

Interdisziplinäre
Beiträge zu
Medizin und Recht

Band 1



Gunnar Duttge, Ehsan Kangarani,
Thomas Meyer (Hg.)

**Aktuelle Themen des
Medizin- und Biorechts
im 21. Jahrhundert**

Universitätsdrucke Göttingen

Gunnar Duttge, Ehsan Kangarani, Thomas Meyer (Hg.)
Aktuelle Themen des Medizin- und Biorechts im 21. Jahrhundert

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons
Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen
4.0 International Lizenz.](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)



erschienen als Band 1 der Reihe „Interdisziplinäre Beiträge zu Medizin und
Recht“ in den Universitätsdrucken im Universitätsverlag Göttingen 2023

Gunnar Duttge, Ehsan Kangarani,
Thomas Meyer (Hg.)

Aktuelle Themen des
Medizin- und Biorechts
im 21. Jahrhundert

Interdisziplinäre Beiträge zu
Medizin und Recht
Band 1

Universitätsverlag Göttingen
2023

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Prof. Dr. jur. Gunnar Duttge, Univ.-Prof. für Strafrecht und Medizinrecht

Dr. jur. Ehsan Kangarani, LL.M. (MedR), Oberstaatsanwalt und Lehrbeauftragter

Prof. Dr. mult. Thomas Meyer, Univ.-Prof. für Molekulare Psychokardiologie

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<https://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Alice von Berg

Umschlaggestaltung: Margo Bargheer

Titelabbildung: CMP/stock.adobe.com



© 2023 Universitätsverlag Göttingen, Göttingen

<https://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-586-1

DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2023-2307>

ISSN: 2940-8652

eISSN: 2940-8660

Vorwort

Der vorliegende Band bildet den Auftakt zu einer neuen Buchreihe, die den Anspruch erhebt, den besonderen Charakter des Medizin(-straf-)rechts als einer Querschnittsmaterie in Gestalt ausgewählter aktueller Einzelthemen in vielfältiger Anschaulichkeit Ausdruck zu verleihen. Umgesetzt wird dabei nicht zuletzt die erst neuerdings gewonnene Einsicht, dass die Forschungsergebnisse und Gegebenheiten im Spannungsfeld von Recht und Medizin auch in der „Gemeinschaft der Lehrenden und Lernenden“ zum Gegenstand des gemeinsamen Verstehens werden müssen. Das ständige medizinrechtliche Seminar an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen vereinigt die Interdisziplinarität des Dialoges auf beiden Ebenen – auf Dozierenden- wie auf Studierendenebene. Die unmittelbare Konfrontation mit der jeweils andersartigen Perspektive befördert das selbstkritische Hinterfragen des Gewohnten und eröffnete neue gedankliche Horizonte. Auf diese Weise werden nicht zuletzt die bestehenden Vorgaben der geltenden Rechtsordnung kritisch-rational in Frage gestellt – mit dem Ziel, die bestehenden Lücken und Schwächen auf dem Weg zu einem sachgerechteren Recht der Medizin aufzuspüren. Soweit sich das Recht aber (vorläufig) „bewährt“ (Popper), ist seine differenzierte Kenntnisnahme für (angehende) Juristinnen und Juristen wie (angehende) Ärztinnen und Ärzte gleichermaßen von essentieller Wichtigkeit. Davon mögen die hier versammelten Beiträge beredt Zeugnis geben. Besonderen Dank schulden die Herausgeber Herrn Liam Maurits Draf für seine wertvolle Unterstützung bei den organisatorischen wie Layoutarbeiten. Ebenso danken wir herzlich Frau Alice von Berg für die seit Langem gewohnt zuverlässige und sorgfältige redaktionelle Durchsicht des Gesamtmanuskripts.

Inhaltsverzeichnis

I. Thematische Einführung	1
II. Aktuelle Themen aus dem Medizin(-straf-)recht	11
<i>Madeleine Meiß</i> Rechtliche Bewertung der nicht-invasiven Präimplantationsdiagnostik	13
<i>Nele Katt</i> Pro und Contra der reproduktionsmedizinischen Verwendung kryokonservierter Keimzellen Verstorbener.....	23
<i>Christine Blume</i> Die Reichweite der Meinungsfreiheit bei personifizierter Kritik an Abtreibungsärzten und -einrichtungen.....	37
<i>Friederike Ammann</i> Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine einfachgesetzliche Konkretisierung im geltenden Familienrecht	49
<i>Nora Höfs</i> Eröffnungswunden als gerechtfertigte Zäsur der strafrechtlichen Abgrenzung von Tötungsdelikt und Schwangerschaftsabbruch?	61
<i>Juliane Siewert</i> Die Behandlungsverweigerung durch einen lebensgefährlich erkrankten Minderjährigen.....	77
<i>Celien Willig</i> Gesicherte Selbstbestimmung des Patienten allein durch Aufklärung und Einwilligung?.....	95

<i>Barbara Dahm</i>	
Die Bedeutung der wirtschaftlichen Aufklärung in der zivil- und strafrechtlichen Arzthaftung.....	107
<i>Fiona Gawlik</i>	
Zum Verhältnis von ärztlicher Schweigepflicht und ärztlichem Zeugnisverweigerungsrecht im Kontext des Arzt-Patienten-Verhältnisses ...	121
<i>Maren Haarde</i>	
Zur Arzthaftung bei alternativmedizinischen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden.....	135
<i>Christian Binder</i>	
Die Bedeutung und rechtliche Einordnung von „Orphan Drugs“ (Arzneimittel gegen seltene Krankheiten)	149
<i>Jana Mendel</i>	
Blut gegen Geld? Zur rechtlichen und ethischen Problematik der unentgeltlichen Blutspende.....	163
<i>Michael G. Lieberum</i>	
Die §§ 299a, 299b StGB im Lichte des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 II GG).....	177
<i>Kira Zobott</i>	
Regelungsoptionen des Gesetzgebers nach dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB	189
<i>Kira Buchholz</i>	
Zur Kollision von Therapiebegrenzung und postmortalen Organspende	201
<i>Malte Kreimer</i>	
Der Status einer hirntoten Schwangeren nach deutschem (Betreuungs-)Recht	221
Autorinnen und Autoren der Beiträge	231
Herausgeber.....	231

I. Thematische Einführung

Thomas Meyer, Ehsan Kangarani, Gunnar Dutge

Das Querschnittsfach des Medizinrechts, angesiedelt im Grenzbereich von klinischer Medizin und juristischer Bewertung, ist nicht nur eine selbständige theoretische Wissenschaftsdisziplin im Kanon der akademischen Fächer, sondern hat ihren eigenen starken Praxisbezug, der unser Leben in vielfältiger Weise berührt. Recht und Medizin haben vorrangig eine angewandte Ausrichtung und sie zielen beide, wenngleich aus jeweils unterschiedlicher Warte, auf eine Verbesserung der Lebensgrundlagen des einzelnen Menschen, sei dies zur Durchsetzung seiner normativ garantierten, subjektiven Freiheitsrechte oder zwecks Aufrechterhaltung von Gesundheit bzw. Abwendung von gesundheitlichem Schaden. Das Medizinrecht nimmt sich der verschiedenen öffentlich-rechtlichen und zivil- wie strafrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit der Anwendung von ärztlichen Heileingriffen wie nichtärztlichen medizinischen Behandlungen an und dient insofern der Rechtssicherheit der betroffenen Kranken und der ihnen anvertrauten Behandler. Obgleich das Medizinrecht thematisch nicht auf die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Ärzten und Patienten begrenzt ist und in gleicher Weise die Rechte und Pflichten der gesetzlichen Krankenversicherung, die Abwicklung der Krankenhausfinanzierung oder regulative Aspekte bei der Arzneimittelversorgung behandelt, steht doch die spezifische Verantwortlichkeit der Arztperson seiner Patientin bzw. seinem Patienten gegenüber im Zentrum des klassischen Medizin(-straf-)rechts. Dabei folgt das Medizinrecht den aktuellen (häufig dynamischen) Entwicklungen und Fortschritten in den medizinischen Wissenschaften, die sich gegenwärtig besonders auf den Gebieten der Stammzellbiologie, der nicht-invasiven Präimplantationsdiagnostik, der Perinatalmedizin, der Arzneimitteltherapie und der Transplantationsmedizin vollziehen.

Von der rechtlichen Aufarbeitung dieser aktuellen medizinischen Fortschritte kündigt die vorliegende Sammlung von ausgewählten Beiträgen studentischer Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Göttinger Seminars zu aktuellen Themen des Medizin- und Biorechts, das als ständiges Seminar an der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen abgehalten wird. Die Verfasserinnen und Verfasser haben sich in den zurückliegenden Semestern mit einzelnen Fragestellungen aus dem Schwerpunktbereich Medizinrecht beschäftigt, und die in diesem Band zusammengetragenen Artikel stellen nach Ansicht der Herausgeber eine Auswahl von besonders gelungenen Beiträgen dar, die aufgrund ihres wissenschaftlichen Anspruchs zweifelsohne einer größeren Öffentlichkeit präsentiert werden sollten.

Dabei nehmen die studentischen Autorinnen und Autoren komplexe rechtliche Bewertungen vor, deren juristische Argumentationsstränge in den verschiedenen, gegenwärtig stattfindenden medizinrechtlichen Diskursen beachtenswert sind. Die in den einzelnen Artikeln vertretenen Positionen entsprechen selbstverständlich nicht den Meinungen der Herausgeber; doch halten wir es für angemessen, sich mit den darin vertretenen Argumentationen kritisch auseinanderzusetzen, damit diese hoffentlich schlaglichtartig als Anregungen oder vielleicht sogar zur Befuehrung von Debatten Gehör finden mögen. Zustande gekommen ist so ein Potpourri an interessanten medizinrechtlichen Abhandlungen zu unterschiedlichen Facetten von ärztlichen Heileingriffen, die in ihrer Gesamtschau die thematische Vielfalt des Faches bezeugen und zugleich zur Klärung von noch offenen, kontroversen Fragen beitragen möchten. Erfrischend ist dabei die in vielen Artikel durchscheinende Bereitschaft der jungen Autorinnen und Autoren, selbst langjährig eingefahrene und allgemein akzeptierte Positionen einer kritischen Neubewertung zu unterziehen und dabei unkonventionelle Lösungsversuche nicht zu scheuen. Der oftmals erkennbare Anspruch, neue Wege abseits bereits eingetretener juristischer Pfade beschreiten zu wollen, führt in nicht wenigen der Kapitel zu einer pointiert einseitigen Herangehensweise, die aber zugleich den besonderen Reiz beim Aufzeigen der medizinrechtlichen Lösungen in vielen dieser Artikel ausmacht.

Thematisch sind die Beiträge in ihrer Abfolge so geordnet, dass sie mit rechtlichen Auseinandersetzungen und Problemen noch vor dem Beginn des Lebens in der Fortpflanzungsmedizin einsetzen und mit kontroversen Fragestellungen im Kontext des Sterbens enden. Den Auftakt machen Artikel, die von der Verwirklichung eines Kinderwunsches handeln und die sich mit den daraus ergebenden rechtlichen Bewertungen durch die gegenwärtigen Fortschritte in der nicht-invasiven Präimplantationsmedizin und der sogenannten post-mortalen Befruchtung auseinandersetzen. Fortgesetzt wird die Reihe durch Artikel über kontroverse Positionen im Zusammenhang mit dem Schutz des sich entwickelnden, ungeborenen Lebens, und hier im Speziellen mit der Rechtsprechung zur personifizierten Abtreibungskritik wie auch der Bedeutung der Eröffnungswehen bei der strafrechtlichen Einordnung von Schwangerschaftsabbrüchen. Themen aus der Kinder- und Jugendmedizin werden ebenso berührt wie allgemeinmedizinisch relevante Aspekte

in der Transplantationsmedizin und der pharmakologischen Behandlung seltener Erkrankungen durch sogenannte Orphan Drugs.

Im ersten Beitrag dieses Sammelbandes unterzieht *Madeleine Meiß* die neueren Entwicklungen in der nicht-invasiven Präimplantationsdiagnostik einer kritischen rechtlichen Abwägung. Durch Fortschritte in der Biomedizin ist die Untersuchung von genetischem Material aus zellfreien Überständen von Kulturmedien möglich; diese Proben dienen der Gewinnung von Informationen über erbliche Veränderungen im Embryo, ohne dass dabei embryonale Zellen entnommen oder zerstört werden müssen. Die Absicht des behandelnden Arztes bei der Präimplantationsdiagnostik ist in jedem Fall das Herbeiführen einer Schwangerschaft, um den Kinderwunsch der Patientin zu erfüllen. *Madeleine Meiß* sieht in der Anwendung der nicht-invasiven Präimplantationsdiagnostik eine faktische „Aushebelung“ des § 3a Embryonenschutzgesetzes und gibt in ihrer Argumentation zu bedenken, dass den Eltern von behinderten Kindern damit ein gesellschaftlicher Rechtfertigungsdruck auferlegt werde. Um die von ihr beschriebene Gesetzeslücke zu schließen, empfiehlt sie eine rechtliche Neubewertung und Vereinheitlichung in der Gesetzgebung von invasiver und nicht-invasiver Präimplantationsdiagnostik. Für bedenklich hält sie ein Streben nach vollkommener Gesundheit, bei der eine Behinderung oder das Vorliegen von Krankheit gesellschaftlich nicht akzeptiert werden könnte, weil dieses als ein Versagen der Präimplantationsdiagnostik verstanden würde.

Der zweite Beitrag mit einem dezidiert dem reproduktionsmedizinischen Kontext entstammenden Thema befasst sich mit den Gründen für und gegen die Verwendung von kryokonservierten Keimzellen von Verstorbenen. Anders als die artifizielle Insemination und die *In-vitro*-Fertilisation ist in Deutschland aus vielerlei Gründen die postmortale Eizellspende nach dem Embryonenschutzgesetz verboten. *Nele Katt* sieht das prinzipielle Verbot der Post-mortem-Befruchtung gemäß dem Embryonenschutz kritisch und befürwortet aus Sicht von Persönlichkeitsrechten stattdessen eine Liberalisierung, bei der Ausnahmeregelungen statthaft sein sollten, sofern die Spender der kryokonservierten Keimzellen noch zu Lebzeiten wirksam in deren Durchführung eingewilligt haben. Einen rechtlichen Unterschied zwischen der post-mortalen Samen- und Eizellenspende will die Verfasserin dabei nicht anerkennen – was natürlich ungelöste Fragen im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft aufwirft, die noch einer umfassenderen Berücksichtigung bedürfen.

Der dritte Artikel, von *Christine Blume* verfasst, untersucht die Reichweite der Meinungsfreiheit bei einer personalisierten Abtreibungskritik, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes mit ihrer eher engen Auslegung zum Ausdruck kommt. Der Hintergrund dieses Essays ist der wiederholte Versuch von einigen Abtreibungsgegnern, ihre Ablehnung der Durchführung von Abtreibungen, die als unvereinbar mit dem generellen Lebensschutz betrachtet wird, mit einer personenbezogenen Kritik an einzelnen Abtreibungsärzten oder Institutionen, in denen Abtreibungen vorgenommen werden, zu verbinden, um dadurch eine größere Öffentlichkeitswirksamkeit zu erreichen. Nachdem die Autorin den grundsätzlichen Widerspruch zwischen dem verfassungsrechtlichen Rechtswidrigkeitsurteil

und der praktischen Straflosigkeit bei der ärztlichen Durchführung von Abtreibungen herausgearbeitet hat, betont sie das unterschiedliche Schutzniveau einer entehrenden Kritik an einzelnen Ärztinnen und Ärzten als Privatpersonen, die dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht unterliegt, und einer Kritik an staatlichen Einrichtungen in öffentlicher Trägerschaft. Die Widersprüchlichkeit des gegenwärtig praktizierten Beratungsmodells mit der restriktiven Deutung der Meinungsfreiheit bei einer personalisierten Abtreibungskritik bedürfte nach Ansicht von *Blume* einer eingehenden juristischen Neubeurteilung, denn nur so ließe sich die höchstrichterliche Verfassungsinterpretation mit dem gesellschaftlichen Rechtsempfinden abgleichen und dem Schutz des ungeborenen Lebens gebührend Rechnung tragen.

Ob der Beginn der Eröffnungswehen eine überzeugende Zäsur in der strafrechtlichen Abgrenzung von Tötungsdelikt und Schwangerschaftsabbruch darstellt, wie es nach herrschender Meinung und Rechtsprechung angenommen wird, ist das zentrale Thema der Untersuchung von *Nora Höfts*. Grundsätzlich ist die Geburt via naturalis ein kontinuierlicher Vorgang, der nach Öffnung des Muttermundes mit der Eröffnungsphase beginnt und mit dem Eintritt des Kindskopfes in das Becken von der Austreibungsphase gefolgt wird. Der Geburtsvorgang endet für das Kind bekanntlich mit der vollständigen Trennung des kindlichen vom maternalen Blutkreislauf. Nach Ansicht von *Höfts* bedarf es einer rechtlichen Definition, die sich in die Systematik des Strafrechts einfügen müsse, um den Zeitpunkt festzulegen, ab dem aus einem (strafbaren oder straflosen) Schwangerschaftsabbruch ein Tötungsdelikt nach § 211 ff. StGB (d.h. ein Verbrechen mit weit höherer Strafandrohung wird). Die Verfasserin kommt nach gründlichen Erwägungen zu dem Ergebnis, dass der hochrangige Schutz des Fötus mittels Anwendbarkeit der Tötungsdelikte schon mit dem Zeitpunkt der extrauterinen Lebensfähigkeit beginnen sollte, also weit vor den Eröffnungswehen. Objektiv feststellbare Kriterien für die Einschätzung der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus werden von der Verfasserin allerdings nicht genannt und infolgedessen die Schwierigkeiten einer klaren Legaldefinition im Sinne des Bestimmtheitsgebotes damit ausgeklammert. Dennoch ist dieser Versuch einer grundlegenden Neubestimmung in der Abgrenzung von Tötungsdelikt und Schwangerschaftsabbruch lesenswert, weil er wichtige Hinweise zur Frage enthält, wann das Ungeborene unter dem strafrechtlichen Begriff des Menschen gemäß §§ 211 ff StGB fällt.

Zwei Artikel aus dem Umkreis der Kinder- und Jugendmedizin wurden in den Sammelband mit aufgenommen. Im ersten der beiden Abhandlungen setzt sich *Friederike Ammann* mit dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als einem Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auseinander. Die Verfasserin beschreibt die vormaligen Schwierigkeiten, legitime Auskunftsansprüche bei ärztlich durchgeführter heterologer Insemination geltend zu machen, wie sie noch vor der Neueinführung des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bestanden hatten. In ihrer kritischen Würdigung des Samenspenderegistergesetzes in Zusammenhang mit den Neuerungen des § 1600d Abs. 4 des BGB kommt die Autorin zu einer im Ganzen positiven Einschätzung und weist darauf

hin, dass sich mit der Novellierung die deutschen Vorschriften den europäischen Standards angenähert haben, was eine Abwanderung von potentiellen Spendern in das Ausland verhindert habe, da die Samenspender vor einer finanziellen oder erbrechtlichen Inanspruchnahme jetzt effektiv geschützt sind. Einen gesetzgeberischen Verbesserungsbedarf sieht *Friederike Ammann* in dem Fehlen von Ausnahmeregelungen, etwa durch einen Zusatz im § 1600d Abs. 4 BGB, wenn sowohl der biologische wie auch der rechtliche Vater eine Anerkennung ihrer Vaterschaft wünschen und dieses ebenfalls dem erklärten Wunsch des Kindes entspricht.

In dem zweiten Beitrag zur Jugendmedizin lotet *Juliane Siewert* rechtlich praktikable Lösungsvorschläge bei der Behandlungsverweigerung von lebensgefährlich erkrankten Minderjährigen aus und schlägt dafür eine durch Fragebögen oder Checklisten abgestützte Evaluation der Einwilligungsfähigkeit durch die behandelnden Ärzte vor. Ein Aufschub der Behandlung bis zum Erreichen der vollen Einsichtsfähigkeit ist bei kritisch Kranken oft nicht geboten und eine vermeidbare Verzögerung des Therapiebeginns könnte in bestimmten Situationen den Behandlungserfolg dramatisch schmälern. Unter welchen Bedingungen das sich individuell ausformende Selbstbestimmungsrecht des Jugendlichen bei eingeschränkter Einsichtsfähigkeit an seine Grenzen stößt, ist das zentrale Thema der Untersuchung von *Juliane Siewert*. Die Verfasserin plädiert dafür, einsichtsunfähigen Minderjährigen nur dann ein Mitspracherecht im Innenverhältnis zu den eigenen Eltern zu gewährleisten, wenn sie die Tragweite ihrer Entscheidung absehen können; ansonsten aber sollten sie nicht eine lebensnotwendige, ärztlich indizierte Behandlung gegen den erklärenden Willen der Personensorgeberechtigten ablehnen können.

Drei Abhandlungen befassen sich mit unterschiedlichen Aspekten der ärztlichen Aufklärung: *Celien Willig* geht der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen eine gesicherte Selbstbestimmung des Patienten beziehungsweise eine informierte Einwilligung durch Aufklärung überhaupt erst möglich wird. Bei Gewährung einer ausreichenden Bedenkzeit vor der Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff und im Anspruch auf eine weitere Beratungsoption sieht *Willig* diese Voraussetzungen als erfüllt an. Dabei gibt die Verfasserin zu bedenken, dass angesichts eines zunehmenden Rationalisierungsdrucks im Gesundheitssystem die Inpflichtnahme von ärztlichen Leistungsanforderungen kaum weiter ausbaubar ist und auf Seiten der Behandler an ihre Praktikabilitätsgrenzen stoßen könnte. Beachtenswert ist die von *Celien Willig* angedachte Unterscheidung zwischen ärztlicher Aufklärung und Beratung. Von einer differenzierten Betrachtung zeugt ihre Einschätzung, dass das Fehlen einer umfassenden gesetzlichen Regelung der Aufklärungspflichten in diesem Zusammenhang durchaus kein Defizit für die partnerschaftliche Arzt-Patienten-Beziehung darstellt, sondern dieser unternormierte Rahmen den Ärzten erst die notwendige Freiheit einräumt, um ihre Patienten nach bestem Wissen und Gewissen behandeln zu können.

Ein im klinischen Alltag und in der medizinrechtlichen Literatur wenig beachtetes Schattendasein führt die wirtschaftliche Aufklärung bei der Verordnung und Anwendung von kostenpflichtigen medizinischen Leistungen, worauf *Barbara Dahm*

in ihrem Beitrag zu Recht hinweist. Deren haftungsrechtliche Relevanz kann im streitigen Einzelfall durchaus bedeutsam sein. Ärzte sind angehalten, die voraussichtlich anfallenden Kosten einer Behandlung ihren Patientinnen und Patienten vorab mitzuteilen, ohne dass sie selbst hierfür notwendig einen Wissensvorsprung haben müssen. Die Mitteilung über Kostenübernahmen oder Zuzahlungsverpflichtungen bei Heilbehandlungen ist Teil der in § 630c III BGB normierten Aufklärung, wobei den kassenärztlich zugelassenen Behandlern nur ein abstrakt-genereller Wissensvorsprung der wirtschaftlichen Folgen der Behandlung gegenüber dem Patienten eingeräumt wird. Ein vorsätzliches Unterlassen der wirtschaftlichen Aufklärung könnte über die haftungsrechtlichen Konsequenzen hinaus auch das Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und dem über seine Rechte von anderer Seite informierten Patienten belasten. Besonders in Zeiten der sozialpolitisch geforderten Leistungskürzungen und der Beschneidungen der Leistungskataloge prognostiziert *Barbara Dahm* eine Zunahme von arzt haftungsrechtlichen Streitigkeiten. Strittige Fragen über die Reichweite der wirtschaftlichen Aufklärung werden uns also wohl auch noch zukünftig und vielleicht mehr denn je weiter beschäftigen.

Fiona Gawlik untersucht in ihrem Beitrag aus einer strafprozessrechtlichen Perspektive das konfliktanfällige und spannungsreiche Verhältnis von ärztlicher Schweigepflicht und ärztlichem Zeugnisverweigerungsrecht. Ausgehend von der unter einem besonderen Schutz gestellten Vertraulichkeit der im Rahmen des Arzt-Patienten-Verhältnisses anfallenden Informationen, deren unbefugte Preisgabe daher nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB mit Strafe bedroht ist, kann es im Strafprozess zu Konflikten mit dem Wahrheitserforschungsprinzip kommen, denn dem Gericht ist in Strafverfahren bekanntlich von Amts wegen die Wahrheitsfindung als ein tragendes Element der Rechtsordnung abverlangt. Die Wahrheitsermittlung stößt jedoch an ihre Grenzen, wo ihr ein prozessuales Zeugnisverweigerungsrecht des Berufsgeheimnisträgers zum Schutz des Vertrauensverhältnisses von Patienten und Arzt entgegensteht. In § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist normiert, dass einer Durchbrechung der Geheimnissphäre im Strafprozess materiell-rechtlich Schranken vorgeordnet sind, die eine Entbindung des Arztes von seiner Schweigepflicht verhindern sollen. Unter welchen rechtlichen Voraussetzungen ein Durchbrechen der ärztlichen Schweigepflicht befugt sein kann, wird in dem Artikel von *Gawlik* im Detail diskutiert. Dabei konstatiert die Autorin ein Ungleichgewicht zwischen dem materiell-rechtlich statuierten weitreichenden Schutz der Geheimnissphäre, der ein Eckpfeifer des ärztlichen Berufsethos darstellt, und seiner nur halbherzigen Ausgestaltung auf prozessualer Ebene in Strafverfahren.

Die Arbeit von *Maren Haarde* behandelt haftungsrechtliche Aspekte bei Verstößen gegen Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit der Anwendung von alternativmedizinischen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden. Nach grundlegenden Bemerkungen zu den Ermessens- und Beurteilungsspielräumen bei der Methodenwahl des Arztes geht die Autorin auf die Besonderheiten bei Heilverfahren außerhalb von etablierten schulmedizinischen Standards ein. Die Sorgfaltspflicht des Arztes für die Therapiedurchführung gilt unabhängig von der Wahl der Behand-

lungsmethode und zwingt diesen zu einer sorgfältigen Abwägung seiner Entscheidungsgründe für oder gegen eine Methode, die unter eingehender Beachtung der individuellen Lebenssituation zu erfolgen hat. Bei Anwendung unkonventioneller, d.h. nicht herkömmlicher Diagnose- oder Heilmethoden aus der Alternativmedizin, für die eine wissenschaftliche Absicherung durch einschlägige Studiendaten oder anerkannte Expertenmeinungen nicht existiert, bedarf es gleichwohl einer Berücksichtigung von schulmedizinischen Ansätzen durch den Behandler hinsichtlich möglicher zu erwartender Vorteile, während umgekehrt alternativmedizinische Verfahren nicht aufklärungsrelevant mit einbezogen werden müssen, wenn die Wahl auf eine Standardmethode fällt. *Maren Haarde* weist schlüssig nach, dass ein Abweichen von etablierten Methoden mit höheren Anforderungen an die Aufklärungspflichten verbunden ist. Nicht die Anwendung eines Alternativverfahrens per se kann haftungsrechtliche Probleme aufwerfen, sondern eine Verletzung der Sorgfalts- und Aufklärungspflichten bei unzureichender Beachtung von allgemein anerkannten und bewährten Diagnose- oder Heilverfahren.

Christian Binder untersucht in seinem Beitrag den Wert von Förderinstrumenten zur Erhöhung der Zahl von Neuzulassungen sogenannter „Orphan Drugs“, die als Arzneimittel gegen seltene Krankheiten von pharmazeutischen Unternehmen entwickelt und bis zur Zulassungsreife gebracht werden. Die enormen Kosten bei der Entwicklung und der Markteinführung von innovativen Arzneimitteln und das sich daraus ergebende hohe unternehmerische Risiko schreckt viele leistungsstarke Mitglieder der pharmazeutischen Industrie ab, wünschenswerte Investitionen in die Erforschung von Pharmaka zur Behandlung von seltenen Erkrankungen zu tätigen, da der Absatzmarkt bei einer engen Indikationsstellung erwartbar niedrig ausfällt. Daraus ergeben sich Fragen einer gerechten Allokation bei der Arzneimittelentwicklung; hier ist der Gesetzgeber gefordert, durch die Einrichtung von Förderprogrammen für Abhilfe zu schaffen. *Christian Binder* beschreibt die Umsetzungsschwierigkeiten bei einer länderübergreifenden, EU-weiten Implementierung der Subventionsprogramme für die Orphan-Drug-Förderung und bietet Lösungsvorschläge zu deren Überwindung an.

Im Beitrag von *Jana Mendel* wird untersucht, ob die unentgeltliche Blutspende, durch welche potenzielle Spender mit einem erhöhten Übertragungsrisiko von Viruserkrankungen von einer Spendenabgabe abgehalten werden sollen, unter den heutigen Wettbewerbsbedingungen noch zeitgemäß und mit welchen rechtlichen und ethischen Problemen diese fehlende Spendenvergütung verbunden ist. Die Verfasserin weist nach, dass die Entgeltzahlung nach § 7 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG), das Blut und Blutprodukte einschließt, enger gefasst ist als in § 10 Abs. 1 S. 2 des Transplantationsgesetzes, das eine angemessene Aufwandsentschädigung für Blutspenden zulässt. *Jana Mendel* wendet sich im Weiteren der Frage zu, ob das Werbeverbot *de lege lata*, welches einer transfusionsmedizinischen Einrichtung die Werbung mit dem Hinweis auf die Zahlung einer finanziellen Zuwendung oder einer Aufwandsentschädigung untersagt, angesichts einer kommerziellen Nutzung und der Wiederholbarkeit der Spende nicht überarbeitet werden sollte. Einer Ent-

geltzahlung stünden nach Ansicht von *Mendel* keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen, wohl aber könnten unionsrechtliche Vorbehalte eine Verankerung in nationales Recht verhindern.

Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive untersucht *Michael G. Lieberum* die Beachtung des Bestimmtheitsgebotes für die im Jahr 2016 im Zuge des „Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“ in das Strafgesetzbuch eingeführten §§ 299a, 299b. Mit der Novellierung wurde eine Gesetzeslücke für Bestechungsdelikte von heilkundlich Tätigen in Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Berufstätigkeit geschlossen. In seiner Stellungnahme sieht *Lieberum* bei der Einführung von Bestechungsdelikten im Gesundheitswesen keine offensichtlichen Verletzungen des Bestimmtheitsgebotes, die sich etwa aus einer Missachtung des Art. 103 II GG ableiten würden. Der Spielraum für die dafür vorgesehene strafrechtliche Ahndung bewegt sich nach Ansicht von *Lieberum* innerhalb des Rahmens vergleichbarer Straftatbestände aus dem Bereich des Korruptionsstrafrechts jenseits des Gesundheitssektors. Die abschließende Beurteilung über das neu eingeführte Korruptionsbekämpfungsgesetz im Gesundheitswesen bedürfte allerdings noch der Bewährung in der Praxis der richterlichen Rechtsprechung, die sich an streitigen Einzelfällen zu orientieren habe.

Im Beitrag von *Kira Zobott* werden alternative Regelungsoptionen des Gesetzgebers nach der Nichtigkeitserklärung des früheren § 217 StGB („geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung“) durch das BVerfG-Urteil vom 26.2.2020 diskutiert. Obgleich die rechtspolitische Diskussion inzwischen weiter vorangeschritten ist und konkrete Gesetzesvorschläge vorliegen, ist der Artikel dennoch von einem allgemeinen Interesse, da die Autorin darin abweichende Regelungsmodelle zur Suizidunterstützung außerhalb einer ärztlichen Beteiligung diskutiert wie z.B. Sterbehilfeorganisationen, Beratungsstellen, berufsmäßige „Sterbehelfer“, Ethikkommissionen oder andere Begutachtergremien. Diskutiert werden alternative Verfahren zur Suizidassistenz mit und ohne Beteiligung von staatlich anerkannten Stellen oder solche von privaten Anbietern, sofern sie dem Kriterium der Freiverantwortlichkeit der individuellen Entscheidung zum Suizidentschluss folgen. In Anbetracht des nachvollziehbaren Widerstandes auf Seiten großer Teile der Ärzteschaft, die sich nicht für die Suizidassistenz instrumentalisieren lassen wollten und ihre entsprechenden Vorbehalte gegen eine solche Vereinnahmung deutlich äußerten, erscheinen alternative Regelungsoptionen, von denen *Kira Zobott* in ihrer Abhandlung berichtet, zur Fortsetzung des gesellschaftlichen Diskurses wieder anschlussfähig.

Das vorletzte, von *Kira Buchholz* verfasste Kapitel behandelt die rechtlichen Konnotationen eines therapeutischen Dilemmas am Lebensende, wenn das zuvor geäußerte Verlangen nach Therapiebegrenzung bei intensivmedizinischer Behandlung mit einem gleichzeitig bestehenden Wunsch nach einer postmortalen Organspende zusammenfällt. Wenn eine Patientin oder ein Patient Vorkehrungen zur Begrenzung invasiver medizinischer Maßnahmen am Lebensende getroffen hat, führt dies bei einem Organspendewillen mit der Notwendigkeit zur Weiterführung einer organprotektiven Therapie fast zwangsläufig zu einer Kollision, die bei den entschei-

dungsbefugten Angehörigen, Betreuern und den behandelnden Ärzten bei Eintreten eines solchen Falls mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden ist. Um den divergierenden Anforderungen im Sinne der betroffenen Patienten dann gerecht zu werden, unterbreitet *Kira Buchholz* hierzu einige praxistaugliche Lösungsvorschläge, die allesamt darauf angelegt sind, bei den Beteiligten für mehr Rechtssicherheit im Sterbeprozess zu sorgen.

Der abschließende Beitrag in diesem Buch untersucht den rechtlichen Status einer hirntoten Schwangeren nach den Vorgaben des Betreuungsrechts. Der Verfasser *Malte Kreimer* gibt in diesem Artikel eine Einschätzung für den Spezialfall, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz der schwangeren Hirntoten mit dem Lebensrecht des Fötus kollidiert. Angesichts fehlender betreuungsrechtlicher Regelungen muss dann mit rechtlichen Schwierigkeiten gerechnet werden, wenn sich der mutmaßliche Wille der Hirntoten gegen eine Weiterbehandlung richtet. In einem solchem Szenario bedarf es einer Abwägung der kollidierenden Grundrechte nach dem Prinzip des schonendsten Ausgleichs, wobei – wie *Kreimer* betont – der rechtliche Status der Schwangeren als Hirntote beachtet werden müsse. Der Beitrag analysiert mögliche praktische Umsetzungen, die in der Form einer Einrichtung von Betreuungen für den Fötus und die Hirntote angedacht werden, und berücksichtigt dabei auch die Rolle des Erzeugers des Fötus.

Vom Anbeginn des menschlichen Lebens bis zu seinem Ende reicht die Themenpalette der Beiträge dieses Bandes. Erst zusammengenommen untermauern sie die inhaltliche Vielgestaltigkeit des Medizin(-straf-)rechts. Die Herausgeber wünschen sich mit diesem Buch, den Anschluss an aktuelle medizinrechtliche Diskurse zu finden und vielleicht auch – wenigstens an der ein oder anderen Stelle – diese durch unkonventionelle Ansichten von jungen Juristinnen und Juristen bereichern zu können.

II. Aktuelle Themen aus dem Medizin(-straf-)recht

Rechtliche Bewertung der nicht-invasiven Präimplantationsdiagnostik

Madeleine Meiß

1 Einleitung

Vom Kinderwunsch zum Kind nach Wunsch mittels nicht-invasiver Präimplantationsdiagnostik – Wo sind dabei die rechtlichen Grenzen zu stecken? Vor neun Jahren wurde in der Sendung „hart aber fair“ mit einem ähnlichen Slogan, damals jedoch bezogen auf die invasive Präimplantationsdiagnostik, eine Grundsatzdebatte über die Präimplantationsdiagnostik (PID) geführt. Mittlerweile gibt es elf PID-Zentren in Deutschland, welche eine invasive PID durchführen und damit Eltern zu einem gesunden Kind verhelfen.¹ Die nicht-invasive PID stellt eine neue Methode dar, die bereits in den USA von der Firma Igenomix angeboten wird.² Fraglich ist, ob diese Methode ebenso wie die invasive PID unter § 3a ESchG zu subsumieren ist oder vielmehr rechtlich grenzenlos und damit wegweisend für die Zukunft des Kinderwunsches in Deutschland ist.

¹ Aktueller Stand und Entwicklung der PID, BT Drucks. 19/15000, S. 17, 39.

² <https://www.igenomix.com/genetic-solutions/embrace/> (Stand: 29.11.2020).

2 Naturwissenschaftliche Grundlagen

„Die PID ist die genetische Untersuchung künstlich erzeugter Embryonen vor deren Übertragung in den Uterus“³.

2.1 Abgrenzung zu anderen Verfahren

Von der PID abzugrenzen ist zum einen die Polkörperdiagnostik und zum anderen die Pränataldiagnostik. Die Polkörperdiagnostik ist der PID zeitlich vorverlagert, denn noch bevor die Zellkerne verschmelzen wird eine sog. Polkörperbiopsie durchgeführt.⁴ Die Pränataldiagnostik (PND) ist der PID hingegen zeitlich nachgelagert, denn sie kommt bei Untersuchungen des Ungeborenen während der Schwangerschaft zum Einsatz.⁵

2.2 Ablauf der nicht-invasiven PID in Abgrenzung zur invasiven PID

Mittels PID können *in vitro* erzeugte Embryonen im Hinblick auf monogene Krankheitsanlagen sowie Chromosomenstörungen untersucht werden.⁶ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit einer Identifikation erwünschter genetischer Merkmale (Geschlechtsbestimmung, HLA-Typisierung).⁷

Die PID (unabhängig ob invasiv oder nicht-invasiv) kann als dreiteiliges Verfahren, bestehend aus *In-vitro*-Fertilisation (IVF) oder intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI), Untersuchung des entnommenen Materials sowie Implantationsentscheidung beschrieben werden.⁸ Für die Gewinnung von Zellen des Embryos für eine genetische Untersuchung bei der invasiven PID besteht die Möglichkeit einer Blastomerenbiopsie und einer Trophektodermbiopsie.⁹ Bei ersterer werden etwa drei Tage nach der extrakorporalen Befruchtung ein bis zwei Zellen für die Untersuchung im sog. Blastomerenstadium entnommen.¹⁰ Zu diesem Zeitpunkt besteht der Embryo aus sechs bis acht Zellen.¹¹ Dabei ist strittig, ob die Zellen im Blastomerenstadium totipotent sind.¹² Die zweite Möglichkeit (Trophektodermbiopsie) ist zeitlich später angesiedelt, nämlich fünf bis sechs Tage nach der Befruch-

³ Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 163.

⁴ Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 10; Wolff/Stute, Gynäkologische Endokrinologie und Reproduktionsmedizin, S. 363.

⁵ Wietersheim, Strafbarkeit der PID, S. 72.

⁶ Bundesärztekammer, Memorandum, S. 3; Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 10, 15.

⁷ Bundesärztekammer, Memorandum, S. 3; Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 10, 15.

⁸ Nationaler Ethikrat, Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft, S. 25; Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3a, Rn. 34.

⁹ Wolff/Stute, Gynäkologische Endokrinologie und Reproduktionsmedizin, S. 363, 369; Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 14.

¹⁰ Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 14

¹¹ Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 14; Ad hoc Stellungnahme Leopoldina PID, S. 7.

¹² Gegen eine Totipotenz: Bundesärztekammer, Memorandum zur PID, S. 3; für eine Totipotenz: Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 14.

tung im sogenannten Blastozystenstadium.¹³ Bei dieser werden sechs bis zehn Zellen der äußeren Zellmasse entnommen, sog. Trophektoderm.¹⁴ Der Unterschied zwischen beiden Methoden besteht darin, dass sich der Trophektoderm nicht weiter zum Embryo, sondern nur zu dem kindlichen Anteil der Plazenta entwickeln kann (sog. pluripotente Zelle).¹⁵

Die nicht-invasive PID unterscheidet sich von der invasiven PID dahingehend, dass für die Untersuchung genetischer Informationen kein Zugriff auf den Embryo stattfindet.¹⁶ Vielmehr werden zellfreie DNA-Fragmente untersucht, die in dem Kulturmedium von *in vitro* befindlichen Embryonen nachgewiesen werden.¹⁷ Auch mittels der nicht-invasiven PID können somit genetische Veränderungen des Embryos erkannt werden.¹⁸

3 Rechtliche Bewertung

3.1 Entwicklung der Rechtslage in Deutschland

Lange Zeit herrschte in Deutschland Ungewissheit über die rechtliche Lage der PID, insbesondere war die Vereinbarkeit mit dem Embryonenschutzgesetz (ESchG) strittig.¹⁹ Zum Wandel trug das Urteil des BGH vom 06.07.2010 bei.²⁰ Der 5. Strafsenat des BGH bestätigte in dem Urteil, dass eine PID, die auf die Feststellung schwerer genetischer Schäden gerichtet ist, nicht nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 2 Abs. 1 ESchG strafbar ist.²¹ Zu einer Klärung der Rechtslage kam es jedoch erst durch Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der PID am 08.12.2011.²²

3.2 Regelungsinhalt § 3a ESchG

§ 3a ESchG geht von einem grundsätzlich strafbewehrten Verbot der PID aus, von dem jedoch gemäß § 3a Abs. 2 ESchG Ausnahmen zugelassen werden.²³ Diese sind als strafrechtliche Rechtfertigungstatbestande ausgestaltet.²⁴ Formelle Voraussetzungen enthält § 3a Abs. 3 S. 1 ESchG und § 3a Abs. 3 S. 2 ESchG beinhaltet eine

¹³ Müller-Terpitz in Spickhoff Medizinrecht, § 3a ESchG, Rn. 7; Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 14.

¹⁴ Aktueller Stand und Entwicklung der PID, BT Drucks. 19/15000, S. 8; Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 14.

¹⁵ Deutscher Ethikrat, PID Stellungnahme, S. 14, 15.

¹⁶ Taupitz, MedR 2020, 335.

¹⁷ Aktueller Stand und Entwicklung der PID, BT Drucks. 19/15000, S. 20, 82.

¹⁸ Aktueller Stand und Entwicklung der PID, BT Drucks. 19/15000, S. 20, 82.

¹⁹ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 3a Rn. 2.

²⁰ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672.

²¹ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672, (2676).

²² Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik v. 21.11.2011 – BGBl. S. 2228.

²³ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C. II. § 3a Rn. 5.

²⁴ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C. II. § 3a Rn. 24.

Melde- und Dokumentationspflicht; insbesondere ist auf die Einschaltung sowie Zustimmung der Ethikkommission gemäß § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ESchG hinzuweisen.²⁵ Dahingehend hat die Ethikkommission allerdings keinen Beurteilungsspielraum in Bezug auf das Vorliegen der Voraussetzungen eines hohen Risikos einer schwerwiegenden Erbkrankheit.²⁶ Verfahrensverstöße werden gemäß § 3a Abs. 4 ESchG als Ordnungswidrigkeiten mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu fünfzigtausend Euro geahndet. § 3a Abs. 5 ESchG enthält eine Gewissensklausel, die jedem Arzt die Möglichkeit eröffnet, selbst zu entscheiden eine PID durchzuführen.²⁷ Schließlich ist noch auf § 3a Abs. 3 S. 3 ESchG einzugehen, der eine Verordnungsermächtigung an die Bundesregierung enthält.²⁸ Die Bundesregierung hat eine entsprechende PID-Verordnung am 21.02.2013 erlassen, die jedoch erst am 01.02.2014 in Kraft trat.²⁹

3.3 Subsumtion der nicht-invasiven PID unter § 3a ESchG

§ 3a Abs. 1 ESchG stellt die genetische oder molekularbiologische Untersuchung von Zellen oder Zellbestandteilen eines Embryos *in vitro* vor seinem intrauterinen Transfer in die Gebärmutter unter Strafe.³⁰ Für eine Begriffsklärung der Untersuchung (von Zellen) kann auf § 3 GenDG verwiesen werden.³¹ Entscheidend für die Frage der rechtlichen Bewertung der nicht-invasiven PID ist vielmehr, was man unter Zellen eines Embryos versteht: Das Gesetz definiert den Begriff „Zelle“ nicht.³² Nach einem Erklärungsansatz von Alberts stellt die Zelle die grundlegende Einheit des Lebens dar.³³ Danach ist eine Zelle die „kleinste selbst reproduzierte Einheit, die aus einer selbstreplizierenden Sammlung von Katalysatoren besteht“³⁴. Ferner ist für diese Reproduktion die Weitergabe der genetischen Information an die Nachkommenzellen von zentraler Bedeutung.³⁵ Jede Zelle speichert ihre Erbinformation als doppelsträngige DNA, die Zelle repliziert diese Information; ferner verfügt sie über eine Zellmembran.³⁶ Nach allgemein akzeptierter Definition stellt die Zelle die „grundlegende strukturelle und funktionale Einheit der lebenden

²⁵ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C. II. § 3a Rn. 50, 60.

²⁶ BVerwG, NVwZ 2021, 1068 (1069).

²⁷ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C. II. § 3a Rn. 69, 70.

²⁸ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C. II. § 3a Rn. 68.

²⁹ §10 PIDV; Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C. II. § 3a Rn. 14.

³⁰ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C. II. § 3a Rn. 16.

³¹ Danach handelt es sich um die Analyse der Zahl und Struktur der Chromosomen (§ 3 Nr. 2a GenDG), der molekularen Struktur der Desoxyribonukleinsäure oder Robinukleinsäure (§ 3 Nr. 2b GenDG) oder der Produkte der Nukleinsäure (§ 3 Nr. 2c GenDG) zur Feststellung genetischer Eigenschaften (§ 3 Nr. 1a GenDG).

³² Müller-Terpitz in Spickhoff, Medizinrecht, § 3a ESchG Rn. 6.

³³ Alberts/Johnson/Lewis/Morgan/Raff/Roberts/Walter, Molekularbiologie der Zelle, S. 1.

³⁴ Alberts/Johnson/Lewis/Morgan/Raff/Roberts/Walter, Molekularbiologie der Zelle, S. 11.

³⁵ Alberts/Johnson/Lewis/Morgan/Raff/Roberts/Walter, Molekularbiologie der Zelle, S. 11.

³⁶ Alberts/Johnson/Lewis/Morgan/Raff/Roberts/Walter, Molekularbiologie der Zelle, S. 11.

Organismen dar und ist die kleinste Struktur, die dazu befähigt ist, lebenserhaltende Funktionen durchzufuhren³⁷.

Ungeachtet der weiteren Tatbestandsmerkmale des § 3a ESchG ist schon fraglich, ob das objektive Tatbestandsmerkmal „Zelle“ bei der nicht-invasiven PID erfüllt ist. Bei der nicht-invasiven PID wird zellfreie DNA aus dem Kulturmedium entnommen und untersucht (s. 2.2.). Diese zellfreie DNA besitzt keine Plasmamembran und ist nicht befähigt, lebenserhaltende Funktionen durchzuführen. Es handelt sich also schon begrifflich nicht um eine Zelle i.S.d. § 3a ESchG.³⁸ Fraglich ist, ob dieses Ergebnis einer Korrektur bedarf. Wirft man einen Blick auf den Sinn und Zweck des Straftatbestandes, so ist festzuhalten, dass der Schutz des Embryos sichergestellt werden soll.³⁹ Durch die Untersuchung der zellfreien DNA im Kulturmedium kommt es jedoch im Falle eines positiven Befundes ggf. zu einer Nichtimplantation des Embryos in die Gebärmutter. Insofern könnte es der Schutzzweck der Norm sowie die Intention des Gesetzgebers – PID nur in eng begrenzten Ausnahmetatbeständen zuzulassen – gebieten, § 3a ESchG dennoch für anwendbar zu erklären.⁴⁰ Dies hätte aber eine Ausdehnung des Wortlauts des § 3a Abs. 1 ESchG zur Folge.⁴¹ Dem steht jedoch Art. 103 Abs. 2 GG entgegen.⁴² Da § 3a Abs. 1 ESchG eine Norm des Strafrechts darstellt und Art. 103 Abs. 2 GG es verbietet, eine Strafnorm über ihren Wortlaut hinaus auf ein Verhalten auszuweiten, welches als ähnlich strafwürdig angesehen wird, wie das von dem Gesetz erfasste, strafrechtlich relevante Verhalten, liegt ein Verstoß gegen das Verbot der strafschärfenden oder begründenden Analogie vor.⁴³ Da der mögliche Wortsinn die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation ist⁴⁴ und der Wortlaut des § 3a Abs. 1 ESchG eindeutig nur auf embryonale Zellen bezogen ist, lässt sich keine Korrektur des oben genannten Ergebnisses vornehmen.⁴⁵ Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass dem Gesetzgeber bei Erlass des § 3a ESchG die Möglichkeit einer nicht-invasiven PID noch nicht bekannt war.⁴⁶ Auch hier greift das Verbot der strafschärfenden bzw. -begründenden Analogie zu Lasten des Täters ein.⁴⁷ Die bei der nicht-invasiven PID aus der Kulturflüssigkeit entnommene zellfreie DNA stellt also keine Zelle i.S.d. § 3a Abs. 1 ESchG dar.⁴⁸ Festzuhalten ist somit an dieser

³⁷ Hardin/Bertoni/Kleinsmith, Beckers Welt der Zelle, S. 1216.

³⁸ Taupitz, MedR 2020, 335, (336).

³⁹ BT Drucks. 17/5451, S. 8.

⁴⁰ So auch Überlegung in Taupitz, MedR 2020, 335, (336).

⁴¹ Taupitz, MedR 2020, 335, (336).

⁴² Taupitz, MedR 2020, 335, (337).

⁴³ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C. II. Vor § 1 Rn. 10; Taupitz, MedR 2020, 335, (337).

⁴⁴ S. BVerfGE 73, 206; BVerfGE 47, 109.

⁴⁵ So auch Taupitz, MedR 2020, 335, (337).

⁴⁶ So auch Taupitz, MedR 2020, 335, (337).

⁴⁷ Taupitz, MedR 2020, 335, (337); Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C. II. Vor § 1 Rn. 10, B. III. Rn. 18.

⁴⁸ Taupitz, MedR 2020, 335, (337).

Stelle, dass die nicht-invasive PID im Unterschied zu der invasiven PID nicht dem grundsätzlichen Verbot des § 3a ESchG unterliegt.

3.4 Verstoß der nicht-invasiven PID gegen § 2 Abs. 1 ESchG

In Betracht kommt aber ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 ESchG. Sinn und Zweck des § 2 Abs. 1 ESchG ist der Schutz des Embryos vor einer missbräuchlichen Verwendung und die damit einhergehende Erwägung, dass „menschliches Leben nicht zum Objekt fremdnütziger Zwecke gemacht werden darf“⁴⁹. Für die Tatbestandsvariante des Verwendens des Embryos kommen zwei Anknüpfungspunkte in Betracht: Zum einen die Gewinnung mittels Biopsie und zum anderen das Verwerfen bei positivem Befund.⁵⁰ Nach dem BGH-Urteil vom 06.07.2010 fällt nicht einmal die Entnahme von Trophoblastzellen für die Untersuchung nach genetischen Erbkrankheiten unter § 2 Abs. 1 ESchG.⁵¹ Vielmehr würden die entnommenen Zellen verwendet.⁵² Bei der Entnahme von zellfreier DNA aus dem Kulturmedium muss dies erst recht gelten (argumentum a maiore ad minus).⁵³ Auch das aktive Wegschütten bzw. Verwerfen stellt nach dem BGH kein Verwenden i.S.d. § 2 Abs. 1 ESchG dar.⁵⁴ Festzuhalten ist somit, dass die nicht-invasive Methode ebenfalls nicht unter den Schutzbereich des § 2 Abs. 1 ESchG zu subsumieren ist.

3.5 Verstoß der nicht-invasiven PID gegen § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG

Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG wird derjenige bestraft, der „es unternimmt eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt“⁵⁵. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verfolgt damit einen doppelten Normzweck, zum einen bindet sie Maßnahmen der extrakorporalen Befruchtung von Eizellen an reproduktionsmedizinische Zwecke und zum anderen soll der Erzeugung von Embryonen zu anderen Zwecken vorgebeugt werden.⁵⁶ Der Tatbestand ist also schon nicht verwirklicht, wenn der Arzt eine Schwangerschaft bei der Frau, welcher die Eizellen entnommen wurden, herbeiführen will.⁵⁷

Da der Arzt die PID (unabhängig ob invasiv oder nicht-invasiv) durchführt, um der Patientin den Wunsch auf ein gesundes Kind zu ermöglichen, ist es seine Intention eine Schwangerschaft herbeizuführen.⁵⁸ Solange es dem Täter auf den Erfolgs-

⁴⁹ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 2 Rn. 7.

⁵⁰ Schroth, NSTZ 2009, 233, 236.

⁵¹ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672; vgl. Taupitz, MedR 2020, 335, (337).

⁵² BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672.

⁵³ Taupitz, MedR 2020, 335, (337).

⁵⁴ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672, (2675).

⁵⁵ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rn. 8.

⁵⁶ Spickhoff, Medizinrecht, § 1 ESchG Rn. 9.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672, (2673); Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, C.II. § 1 Abs. 1 Nr. 2, Rn. 18.

⁵⁸ Taupitz, MedR 2020, 335, (337).

eintritt ankommt, stehen Nebenzwecke nicht entgegen.⁵⁹ Gleichzeitig ist die Absicht aber nicht bedingungsfeindlich, d.h. der Täter kann sein Handeln auch von dem Eintritt einer objektiven Bedingung abhängig machen, unabhängig davon, dass an der Endgültigkeit seines Tatentschlusses zu zweifeln wäre.⁶⁰ Stellt sich bei der PID heraus, dass der Embryo einen genetischen Defekt hat (sogenannter positiver Befund), stellt die damit einhergehende Entscheidung für eine Nichtimplantation in die Gebärmutter eine Nebenfolge dar.⁶¹ Die Untersuchung des Embryos bei der invasiven PID genauso wie die Untersuchung der zellfreien DNA im Kulturmedium (nicht-invasive PID) kann damit als Zwischenziel definiert werden, das den Vorsatz des Arztes nicht begründen kann.⁶² Vielmehr steht die Absicht im Vordergrund, der Frau den Wunsch eines gesunden Kindes zu erfüllen (Herbeiführung der Schwangerschaft durch Einsetzen des Embryos in die Gebärmutter).⁶³ Somit ist diese Absicht „handlungsleitend“ beziehungsweise „bewusstseinsdominant“.⁶⁴ Dies geht ferner auch aus dem Sinn des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG hervor.⁶⁵ Darüber hinaus geht für den Embryo keine Gefahr einher, da die Probe aus der zellfreien DNA der Kulturflüssigkeit entnommen wird.⁶⁶ Als Zwischenergebnis lässt sich also festhalten, dass die Durchführung der nicht-invasiven PID nach dem ESchG straflos ist.

3.6 Rechtslage nach dem Gendiagnostikgesetz und Medizinproduktegesetz

Gemäß § 2 Abs. 1 GenDG findet das GenDG nur Anwendung auf genetische Untersuchungen bei geborenen Menschen sowie Embryonen und Föten während der Schwangerschaft.⁶⁷ Die PID als vorgeschaltete Untersuchung möglicher schwerwiegender Krankheiten vor einer Schwangerschaft der Frau fällt somit schon nicht in den Anwendungsbereich des GenDG.⁶⁸

Bei der nicht-invasiven Pränataldiagnostik besteht die Möglichkeit eines sog. „Praena-Test“⁶⁹, bei dem nach einer teilweise vertretenen Ansicht⁷⁰ eine Gefährdung des Kindes als Dritter i.S.d. § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG angenommen wird.⁷¹ Dieses Ergebnis wird auf einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gestützt; überträgt man diese Überlegung auf die nicht-invasive PID könnte die Vereinbarkeit eines

⁵⁹ BGH, Urt. v. 28.11.1962 – 3 StR 39/62, NJW 1963, 914.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 3.12.1958 – 2 StR 500/58, NJW 1959, 777, (778).

⁶¹ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672, (2673).

⁶² BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672, (2673).

⁶³ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672, (2673).

⁶⁴ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672, (2673).

⁶⁵ Schroth, NSTz 2009, 233, (235); BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, NJW 2010, 2672, (2673).

⁶⁶ Taupitz, MedR 2020, 335, (338).

⁶⁷ So auch Fenger in Spickhoff Medizinrecht, § 2 GenDG 210 Rn. 1.

⁶⁸ Aktueller Stand und Entwicklung der PID, BT Drucks. 19/15000, S. 32.

⁶⁹ Dieser wird ab der 12. Schwangerschaftswoche eingesetzt, um u.a. Trisomie 21 festzustellen.

⁷⁰ Mindermeinung (Gärditz, <https://cdl-online.net/uploads/pdf/praeenatest.pdf> (Stand 16.08.2020)), denn der Deutsche Bundestag hat am 19.09.2019 sogar die Übernahme der Kosten der GKV bejaht.

⁷¹ Gärditz, <https://cdl-online.net/uploads/pdf/praeenatest.pdf> (Stand 16.08.2020).

möglichen Diagnostikproduktes in Form eines *In-vitro*-Diagnostikums und/oder eine Software mit dem Medizinproduktegesetz (MPG) geprüft werden.⁷² Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG ist „das Inverkehrbringen eines Medizinproduktes unzulässig, soweit der begründete Verdacht besteht, dass die Sicherheit und Gesundheit der Patienten, Anwender oder Dritter über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaften vertretbares Maß hinausgehend unmittelbar oder mittelbar gefährdet wird“⁷³. § 4 MPG dient damit der Sicherheit, Eignung und Leistungsfähigkeit der Medizinprodukte.⁷⁴ Ein ähnliches Ziel verfolgen Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 Kap. 1 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2017 über Medizinprodukte sowie die EU-Verordnung 2017/746194 über *In-vitro*-Diagnostika.⁷⁵ Dieser Vergleich ist jedoch nicht haltbar: Die von § 4 MPG vorausgesetzte unmittelbare Gefährdung ist bei der Entnahme zellfreier DNA aus dem Kulturmedium nicht ersichtlich.⁷⁶ In der Untersuchung ist keine Benachteiligung des behinderten Menschen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu sehen.⁷⁷ Eine solche Benachteiligung kann allenfalls in der späteren Entscheidung der Frau liegen, den Embryo (bei positivem Befund) nicht implantieren lassen zu wollen.⁷⁸ Diese Entscheidung ist jedoch wiederum von dem Selbstbestimmungsrecht der Frau gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG sowie dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der Frau gerechtfertigt.⁷⁹ Dieses Ergebnis spiegelt sich auch auf der Tatbestandsebene des § 4 MPG wieder: Unter „Dritter“ i.S.d. § 4 MPG zählen nur Personen, die durch die konkrete Anwendung des MPG in ihrer körperlichen Unversehrtheit bzw. Gesundheit beeinträchtigt werden können.⁸⁰ Eine solche Gefährdung liegt jedoch wie festgestellt nicht vor. Sofern also für die nicht-invasive PID ein Diagnostikprodukt verwendet werden muss, kann dieses nicht gemäß § 4 Abs. 1 MPG verboten werden.⁸¹

⁷² Taupitz, MedR 2020, 335, (339).

⁷³ § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG.

⁷⁴ Lücker in Spickhoff MedR, § 4 MPG, Rn. 1; Deutsch/Lippert/Ratzel/Tag/Gassner, Kommentar zum MPG, S. 99, Rn. 1.

⁷⁵ https://germany.representation.ec.europa.eu/news/medizinprodukte-kommission-schlagt-schritt-weise-einfuehrung-der-neuen-regeln-zu-vitro-diagnostika-vor-2021-10-14_de (Stand: 28.11.2022).

⁷⁶ ABI. L 117/10 v. 5.5.2017.

⁷⁷ Hufen, MedR 2017, 277, (279); Huster, MedR 2017, 282, (283).

⁷⁸ Hufen, MedR 2017, 277, (279); Huster, MedR 2017, 282, (283).

⁷⁹ Hufen, MedR 2017, 227, (279).

⁸⁰ Kage, Das Medizinproduktegesetz, S. 227.

⁸¹ Taupitz, MedR 2020, 335, (340).

4 Kritischer Blick und Fazit

Der Vergleich zwischen invasiver und nicht-invasiver PID zeigt, dass sich der medizinische Unterschied beider Methoden auch auf der rechtlichen Ebene niederschlägt. Bei der Untersuchung zellfreier DNA im Kulturmedium ist der (objektive) Tatbestand des § 3a ESchG nicht erfüllt. Ziel des Gesetzgebers war es nach einer langen Zeit der Ungewissheit über die rechtliche Zulässigkeit der invasiven PID eine Strafnorm zu schaffen, die ein grundsätzliches Verbot der invasiven PID mit nur eng begrenzten Ausnahmen vorsieht. Paare, die sich für eine nicht-invasive PID entscheiden würden, hätten somit den Vorteil, dass sie die formalen Voraussetzungen, die § 3a ESchG fordert, nicht einhalten müssten. Schafft diese Gesetzeslücke eine Hintertür, weil durch die Anwendung der nicht-invasiven PID § 3a ESchG faktisch „ausgehebelt“ wird? Die Antwort muss eindeutig mit „ja“ beantwortet werden. Dies ist eine bedenkliche Tendenz, vor allem, wenn man sich die medizinischen Möglichkeiten wie die HLA-Typisierung und Geschlechtsbestimmung anschaut. Solcherart medizinischer Fortschritt führt gleichzeitig zu einem Streben nach vollkommener Gesundheit. Verwerflich ist daran nichts, doch was ist, wenn die Bereitschaft, Krankheit und Behinderung zu akzeptieren, dadurch zurückgedrängt wird. Ein solcher Prozess wird sich nicht sofort einstellen, könnte jedoch eine schleichende Folge sein. Führt man diesen Gedanken weiter aus, so könnte eine Gesellschaft geschaffen werden, in der sich Eltern für ein behindertes Kind rechtfertigen müssten sowie auch dafür, auf die Durchführung einer nicht-invasiven PID verzichtet zu haben (sog. folgenorientierte Diskriminierung). Natürlich darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die meisten Paare, die eine PID durchführen lassen, durch schwere Schicksalsschläge geprägt sind. Dies darf jedoch nicht dazu führen, jegliche Risiken, die sich bei einer kritischen Hinterfragung der PID aufzeigen, außer Betracht zu lassen. Dies stnde auch dem grundsätzlichen Verbot in § 3a ESchG entgegen. Es ist somit Zeit für den Gesetzgeber zu reagieren und diese Gesetzeslücke zu schließen. Denn festzuhalten bleibt eins: Auch wenn sich invasive und nicht-invasive PID im Hinblick auf die Einordnung als Zelle unterscheiden, spielt es für den Schutz des Embryos doch keine Rolle, ob die PID invasiv oder nicht-invasiv durchgeführt wird. Das Fazit kann somit nur wie folgt ausfallen: Vom Kinderwunsch zum Kind nach Wunsch mittels nicht-invasiver Präimplantationsdiagnostik – rechtlich grenzenlos! Es ist Zeit für den Gesetzgeber zu handeln, um eine einheitliche rechtliche Bewertung von invasiver und nicht-invasiver PID herbeizuführen.

Literatur

- Alberts, B./Johnson, A./Lewis, J./Morgan, D./Raff, M./Roberts, K./Walter, P.: Molekularbiologie der Zelle, 6. Auflage, Weinheim 2017.
- Bundesärztekammer: Memorandum zur Präimplantationsdiagnostik, Berlin 2011.
- Deutsch, E./Lippert, H./Ratzel, R./Tag, B./Gassner, U.: Kommentar zum Medizinproduktegesetz (MPG), 3. Auflage, Berlin 2018.
- Deutscher Ethikrat: Präimplantationsdiagnostik Stellungnahme, Berlin 2011.
- Günther, H./Taupitz, J./Kaiser, P.: Embryonenschutzgesetz: Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen, 2. Auflage, Stuttgart 2014.
- Hardin, J./Bertoni, G./Kleinsmith, L.: Beckers Welt der Zelle, 8. Auflage, Hallbergmoos 2015.
- Hufen, F.: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen frühe Pränataldiagnostik?, MedR 2017, 277.
- Huster, S.: Der Gemeinsame Bundesausschuss als Ethikbehörde? Zur Regulierung der Pränataldiagnostik durch das Krankenversicherungsrecht, MedR 2017, 282.
- Kage, U.: Das Medizinproduktegesetz: staatliche Risikosteuerung unter dem Einfluss europäischer Harmonisierung, Berlin 2005.
- Leopoldina Nationale Akademie der Wissenschaft: Präimplantationsdiagnostik (PID) – Auswirkungen einer begrenzten Zulassung in Deutschland, Ad-hoc-Stellungnahme, Berlin 2011.
- Nationaler Ethikrat: Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft, Berlin 2003.
- Schroth, U.: Die Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Strafrechts, NStZ 2009, 233.
- Spickhoff, A.: Medizinrecht, 3. Auflage, München 2018.
- Taupitz, J.: „Nicht-invasive Präimplantationsdiagnostik“: unlimited erlaubt?, MedR 2020, 335.
- Wietersheim, E.: Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik: PID de lege lata und de lege ferenda, Jur. Diss. Ludwig-Maximilian-Universität München, 2014.
- Wolff, M./Stute, P.: Gynäkologische Endokrinologie und Reproduktionsmedizin – Das Praxisbuch, Stuttgart 2013.
- <https://www.igenomix.com/genetic-solutions/embrace/> (Stand: 29.11.2020).
- <https://cdl-online.net/uploads/pdf/praeatest.pdf> (Stand 16.08.2020).
- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_718 (Stand 16.08.2020).

Pro und Contra der reproduktionsmedizinischen Verwendung kryokonservierter Keimzellen Verstorbener

Nele Katt

1 Einleitung

„Menschliche Fortpflanzung unter Zuhilfenahme kryokonservierter Keimzellen Verstorbener“: Was noch vor wenigen Jahrzehnten wie ein Szenario der Science-Fiction-Literatur wirken musste, ist aus gegenwärtiger medizinischer Perspektive eine mögliche und (rein technisch betrachtet) sogar vergleichsweise unspektakuläre Option. Denn heute können menschliche Keimzellen (weibliche Eizellen und männliche Samenzellen) in tiefgefrorenem, sogenannten kryokonserviertem Zustand problemlos gelagert und potentiell noch Jahre nach dem Tod des Spenders revitalisiert und reproduktionsmedizinisch verwendet werden.¹ Dieser Artikel soll den rechtlichen Rahmen aufzeigen, in dem eine solche reproduktionsmedizinische Verwendung von Keimzellen Verstorbener in Deutschland gegenwärtig stattfindet, um daran anknüpfend deren rechtliches Für und Wider zu erörtern: Welche rechtlichen Gründe streiten für die Zulassung eines solchen medizinischen Vorgangs und welche stehen einer Legalisierung entgegen? Sind die bestehenden rechtlichen Kontrapunkte geeignet, gegenwärtige oder zukünftige Beschränkungen einer solchen postmortalen Verwendung bei umfassender Abwägung der betroffenen Rechtspositionen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen? Welche Regelungsinhalte sind *de lege ferenda* auch und insbesondere unter Berücksichtigung der ethischen

¹ Revermann/Hüsing, Fortpflanzungsmedizin, 2011, S. 9.

Brisanz dieser Rechtsmaterie sinnvoll und geboten? Die nachfolgenden Darstellungen sollen hinsichtlich dieser und ähnlicher Fragen zumindest erhellende Denkanstöße liefern.

2 Pro und Contra der Verwendung kryokonservierter Samenzellen Verstorbener

Reproduktionsmedizinische Verfahren wie die artifizielle Insemination oder die In-Vitro-Fertilisation (IVF) ermöglichen die Befruchtung der Eizelle einer lebenden Frau mit dem kryokonservierten Sperma eines Verstorbenen.² Diesen Vorgang bezeichnet man als „*post-mortem*-Befruchtung“ (im Folgenden *pmB*). Eine solche *pmB* in Kenntnis des Todes des Samenspenders vorzunehmen ist in Deutschland nach § 4 I Nr. 3 ESchG verboten.³ Ausnahmen sind bei diesem Verbot nicht vorgesehen (sog. Totalverbot), auch wird keine Differenzierung vorgenommen: die Befruchtung einer Frau mit dem Samen ihres verstorbenen Partners oder sogar Ehemannes ist ebenso untersagt, wie die mit dem Samen eines Verstorbenen, der ihr völlig fremd war.

2.1 Verfassungsrechtliche Argumente für die Zulassung der *pmB*

Es soll nun zunächst aufgezeigt werden, welche Grundrechte und sonstige Güter von Verfassungsrang auf Seiten des Bürgers grundsätzlich für eine Zulassung der *pmB* streiten und ob das Verbot der *pmB* in § 4 I Nr. 3 ESchG in diese grundrechtlichen Freiheiten in verfassungsrechtlich relevanter Weise eingreift.

Der Vorgang der *pmB* ist zunächst durch die Fortpflanzungsfreiheit derjenigen Frau geschützt, die sich mit dem Samen eines Verstorbenen befruchten lassen möchte (sog. Wunschmutter). Der Schutzbereich dieses unstrittig verfassungsrechtlich gewährleisteten Abwehrrechts (wahlweise aus Art. 6 I GG oder Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG herzuleiten⁴) umfasst u.a. das Recht des Einzelnen darüber zu entscheiden, ob, wann und wie er sich fortpflanzen möchte⁵ und deckt somit auch die Fortpflanzungsbestrebungen unter Zuhilfenahme reproduktionsmedizinischer Techniken wie der *pmB*, weshalb die Fortpflanzungsfreiheit eindeutig als Argument für deren Zulassung anzuführen ist.⁶ Auch der Art. 6 I GG bzw. die hier niedergelegte

² Vgl. erläuternd zu den medizinischen Vorgängen *Diedrich/Ludwig/Griesinger*, Reproduktionsmedizin, 2013, S. 218; *Revermann/Hüsing* (Fn. 1), S. 41.

³ Das Embryonenschutzgesetz trat am 01.01.1991 in Kraft und besteht seit nunmehr einem Vierteljahrhundert unverändert fort, vgl.: *Müller-Terpitz*, ZRP 2016, S. 51.

⁴ Streitstand sehr übersichtlich dargestellt in: *Radatz*, Die Eizellspende im deutschen und dänischen Recht, 2014, S. 67–68.

⁵ Vgl. *Weyrauch*, Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht, 2003, S. 73 ff., 75.

⁶ *Velte*, Die postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht, 2015, S. 54.

Familiengründungsfreiheit der Wunschmutter streitet für eine solche Zulassung der *pmB*, denn der Art. 6 I GG schützt jede Form der Familie – sowohl deren Bestand, als auch die Umstände ihrer Gründung.⁷ Dies gilt auch, wenn besagte Gründung mittels reproduktionsmedizinischer Techniken unter Zuhilfenahme des Samens eines Verstorbenen erfolgt.⁸

Weiterhin kann auch das postmortale Persönlichkeitsrecht desjenigen Mannes, der eine Verwendung seiner Keimzellen zum Zwecke einer *pmB* ausdrücklich gewünscht hat, im Einzelfall für die Durchführung einer solchen sprechen. Der Schutzbereich des Rechts auf individuelle Selbstbestimmung in Form der Fortpflanzungsautonomie ist fraglos berührt, wenn der Einzelne zu Lebzeiten über die Verwendung seiner Keimzellen entscheidet.⁹ Nach hier vertretener, jedoch strittiger Ansicht müssen Bestimmungen, die in Ausübung des eigenen Persönlichkeitsrechts in Form des Selbstbestimmungsrechts getroffen werden, infolge dessen anerkannter postmortaler Fortwirkung¹⁰ auch über den Tod hinaus wirksam und beachtlich sein.¹¹ Wie i.R.d. Organspende unstrittig anerkannt¹² gebietet der postmortale Persönlichkeitsschutz somit auch im Fall der Keimzellenspende, der Entscheidungsfreiheit des Grundrechtsträgers noch nach dessen Tod Rechnung zu tragen. Folglich ist ein zu Lebzeiten unter dem Schutz der Fortpflanzungsautonomie erklärter Wille des Keimzellenspenders zur Verwendung der eigenen Samenzellen zur *pmB*, auch nach dessen Tod schutzwürdig¹³ und in diesen Fällen spricht sein postmortales Persönlichkeitsrecht für die Durchführung eines solchen Verfahrens.

Die in Art. 12 I GG geschützte Berufsfreiheit praktizierender Reproduktionsmediziner spricht ebenfalls für die Zulässigkeit der Durchführung einer *pmB*, da diese, wie grundsätzlich jede Form der medizinischen Behandlung, vom Schutzbereich der ärztlichen Berufsausübungsfreiheit gedeckt ist.¹⁴

Der § 4 I Nr. 3, welcher die medizinische Sterilitätsbehandlung der *pmB* unter Strafe verbietet, stellt einen unmittelbaren Eingriff in Art. 12 I GG dar, da behandelnden Ärzten durch das Totalverbot die Durchführung einer *pmB* final und kausal rechtlich unmöglich gemacht wird. Da für die Durchführung einer *pmB* die Unterstützung durch medizinisches Fachpersonal zwingend ist, hindert § 4 I Nr. 3 ESchG

⁷ So u.a. *Robbers* in Mangold/Klein/Starck, GG (6.Aufl.), 2010, Art. 6 I Rn. 92.

⁸ *Velte*, (Fn. 6), S.104.

⁹ *Prehn*, MedR 2011, S. 559 (561).

¹⁰ Nach Ansicht des BVerfG gründet sich dieser postmortale Schutz allein auf Art. 1 I GG, vgl. BVerfGE 30, S. 173 (195), während die Literatur ihn vornehmlich aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ableitet, vgl. Maunz/Dürig/Herdegen, 2019, GG Art 1 I Rn. 30; Dreier, 2013, GG Art 1 I Rn.76.

¹¹ *Jickeli/Stieper* in: Staudinger, BGB Buch 1, 2017, § 90 Rn. 41.

¹² *Albrecht*, Die rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, 1985, S. 35; *Deutsch*, AcP 1992, S. 161 (172 f.).

¹³ *Prehn*, MedR 2011, S. 559 (561); *Schlüter*, Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin, 2008, S. 150 f., 173 f., 222; *Velte*, (Fn. 6), S. 96; *Selb*, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, 1987, S. 27; a.A. *Laufs*, JZ 1986, S. 769; ders., Rechtliche Grenzen der Fortpflanzungsmedizin, 1987, S.1 (25).

¹⁴ BVerfG NJW 2000, S. 857, 858; BVerfGE 98, S. 265, 297.

auch die Wunschmutter faktisch an der Inanspruchnahme dieser Reproduktionsmaßnahme. Dies stellt eine mittelbare, jedoch zurechenbar und kausal¹⁵ durch den Gesetzgeber gesetzte und somit rechtfertigungspflichtige Beeinträchtigung ihrer Fortpflanzungs- und Familiengründungsfreiheit¹⁶ dar, sodass auch ein verfassungsrechtlich relevanter Eingriff in diese Freiheitsrechte der Wunschmutter zu bejahen ist.¹⁷ In Fällen, in denen die Durchführung einer *pmB* dem ausdrücklichen und nachweisbaren Willen des Keimzellenspenders entsprach, greift § 4 I Nr. 3 ESchG nach hiesiger Ansicht auch in dessen postmortales Persönlichkeitsrecht ein, da das Totalverbot die Verwirklichung dieses verfassungsrechtlich geschützten Willens faktisch verhindert.

Jedoch ist zu beachten, dass diese genannten Grundrechte der Betroffenen ihrerseits von der Verfassung keineswegs vorbehaltlos gewährleistet werden, sondern zugunsten höherwertiger Güter von Verfassungsrang insbesondere zugunsten kollidierender Grundrechte Dritter beschränkbar sein müssen.¹⁸ Das in § 4 I Nr. 3 ESchG niedergelegte Totalverbot der *pmB* könnte also als Eingriff in die besagten Grundrechte gerechtfertigt sein, sofern es dem Schutz eines solchen verfassungsrechtlichen Gutes dient und zur Erreichung dieses Schutzzwecks auch verhältnismäßig, d.h. geeignet erforderlich und angemessen ist.¹⁹

2.2 Verfassungsrechtliche Argumente gegen die *pmB*

Nachdem nun festgestellt wurde, welche Grundrechtspositionen für die Zulassung der *pmB* sprechen und in welche folglich durch § 4 I Nr. 3 ESchG eingegriffen wird, ist nun zu fragen, welche verfassungsrechtlichen Positionen gegen eine solche *pmB* sprechen, und daher die oben genannten Eingriffe potentiell rechtfertigen können.

In der Vergangenheit wurde wiederholt angeführt, die *pmB* stelle eine Gefahr für abstrakte Schutzgüter wie die „Würde der Menschheit“²⁰ und die „Natürlichkeit der Fortpflanzung“²¹ dar. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Die Annahme einer Verletzung „menschlicher Gattungswürde“ durch eine *pmB* ist aus heutiger Perspektive eher abwegig, denn anders als beispielsweise genetische Mutationen, greift die *pmB* in keiner Weise modifizierend in das menschliche Keimgut ein, tangiert also die Zufälligkeit und Einzigartigkeit menschlichen Lebens nicht, sondern betrifft

¹⁵ Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, S. 21 f.

¹⁶ Prehn, MedR 2011, S. 559 (563); Schlüter, (Fn.)15, S. 288.

¹⁷ Velte, (Fn. 6), S.106.

¹⁸ Prehn, MedR 2011, S. 559 (563).

¹⁹ Vgl. BVerfG, NJW 1997, S. 1769 (1796); BVerfG, NJW 2008, S. 1137 (1137).

²⁰ Eine solche abstrahierte Gattungswürde sei im Schutzbereich des Art. 1 I GG verankert, vgl. Benda in: Flöhl, Genforschung (Gentechnologie, Bd. 3), 1985, S. 205 (224); ders. in: Benda/Maibhofer/Vogel, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, 2011, HVVerfR § 6 Rn. 40; Witte/Erlich, MedR 2003, S. 258 (262).

²¹ Alternativentwurf der SPD-Fraktion, BT-Drs. 11/5710, S. 10; Dorneck, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, S. 168.

lediglich die äußeren Umstände der Zeugung.²² Auch der Argumentation mit der Unantastbarkeit natürlicher Vorgänge ist eine rigorose Absage zu erteilen²³, denn derart ethisch und religiös gefärbte Konzepte besitzen keine verfassungs- und insbesondere keine strafrechtliche Rechtsgutsqualität.²⁴ Der Staat ist zu religiöser und weltanschaulicher Neutralität verpflichtet,²⁵ weshalb derartige Prinzipien keine all-gemeingültigen Einschränkungen zulasten liberal denkender Bürger statuieren dürfen.²⁶ Es existieren somit keine aner kennenswerten Interessen der Allgemeinheit, welche der Durchführung einer *pmB* entgegenstehen oder deren Totalverbot rechtfertigen.

Der Art. 6 II 1 GG wird teilweise mit dem Argument gegen die *pmB* ins Feld geführt, er begründe einen übergeordneten, von der Verpflichtung des einzelnen Elternteils abstrahierten Anspruch des Kindes auf Fürsorge, Erziehung und Unterhalt durch zwei Elternteile, welcher durch die Durchführung einer *pmB* zulasten des Kindes vereitelt werde.²⁷ Zwar ist allgemein anerkannt, dass mit den in Art. 6 II 1 GG niedergelegten elterlichen Rechten und Pflichten durchaus auch verfassungsrechtlich geschützte Rechte des Kindes auf Erziehung und Pflege korrespondieren können²⁸, ein Anspruch des Kindes darauf, dass eine optimale Anzahl erziehungsberechtigter Eltern nach seiner Geburt zur Verfügung steht, lässt sich jedoch aus Art. 6 II 1 GG nicht ableiten²⁹, sodass auch dieser als ein der *pmB* entgegenstehendes Grundrecht ausscheidet.

Der Schutz des Kindeswohls³⁰ wird nicht nur in der Literatur³¹, sondern wurde auch vom Gesetzgeber³² als primäres Schutzziel und legitimer Zweck des Verbots der *pmB* verstanden. Da das fragliche Kind im Falle des Verbots der *pmB* zur Zeit des Eingriffs in die o.g. Grundrechte der Beteiligten, insbesondere die der Wunschmutter, als Rechtssubjekt noch gar nicht existiert (Verbot der *pmB* greift ja notwendig gerade vor der Syngamie) ist fraglich, inwieweit überhaupt Rechte eines

²² So auch *Velte*, (Fn. 6), S. 66.

²³ Ebenso *Liegsalz* in: *Roxin/Knauer/Brose*, Medizinstrafrecht (2. Aufl.), 2001, S. 339, 346.

²⁴ *Müller-Götzmann*, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, 2009, S. 252.

²⁵ Vgl. BVerfGE 93, S. 1 ff.

²⁶ *Taupitz* in: *Günter/Taupitz/Kaiser*, ESchG, 2014, § 4 Rn. 29.

²⁷ *Hollenbach* in: *Lorenz*, Rechtliche und ethische Fragen der Reproduktionsmedizin, 2003, S. 82 (87, 91 f.); *Benda*, NJW 1985, S. 1730 (1732); *Starck/Coester-Waltjen*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, DJT B 1986, S. 21.

²⁸ BVerfGE 24; S.119 (143); 121, S. 69 (92).

²⁹ Vgl. *Beitzge* in: *Ganl*, Familienrecht in Geschichte und Gegenwart, 1992, S. 49; auch *Velte*, (Fn. 6), S. 79, die zutreffend anführt, dies werde bereits durch die vom Gesetzgeber lange vorgesehene und verfassungsrechtlich nicht beanstandete Möglichkeit zur Einzeladoption im deutschen Recht deutlich.

³⁰ Im Grundgesetz nicht explizit genannt, aber von Lehre und Rechtsprechung als verfassungsrechtliches Schutzgut anerkannt. Die Herleitung erfolgt primär aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG), vielfach auch aus Art. 6 II GG; vgl. hierzu ausführlich *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983.

³¹ Vgl. ders., S. 75.

³² Vgl. BT-Drs. 11/5710, S. 10.

noch nicht gezeugten Menschen (sog. *nondum conceptus*) zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Grundrechte Lebender herangezogen werden können. Wie genau ein solcher vorwirkender Grundrechtsschutz rechtsdogmatisch konstruierbar ist, wird kontrovers diskutiert, seine Existenz ist aber im Einzelnen anerkannt.³³

Eine Kindeswohlbeeinträchtigung durch *pmB* wurde *a priori* damit begründet, die Kenntnis von einem im Zeugungszeitpunkt bereits Verstorbenen abzustammen würde unabsehbare psychische Traumata bei dem betroffenen Kind auslösen und seine Identitätsfindung und Persönlichkeitsentwicklung beeinträchtigen.³⁴ Doch auch wenn dies zur Zeit des Erlasses des ESchG möglicherweise noch als legitime Prognose des Gesetzgebers einzuordnen war³⁵, so handelt es sich aus heutiger Perspektive allein um „paternalistische Spekulationen“.³⁶ Denn bis heute – fast 30 Jahre nach Erlass des ESchG – liegen keinerlei wissenschaftliche Nachweise vor, die derartig negative Auswirkungen der *pmB* auf die kindliche Psyche stützen³⁷, obwohl diese Art der Zeugung in diversen anderen Ländern durchaus gestattet ist und praktiziert wird.³⁸

Abseits solch rein psychologischer Auswirkungen, wird auch bereits der Umstand, dass ein mittels *pmB* gezeugtes Kind zwangsläufig dazu „verdammte“ ist, ohne leiblichen Vater aufzuwachsen, als Kindeswohlbeeinträchtigung gesehen.³⁹ Dem ist jedoch ebenfalls nicht zuzustimmen. Maßgeblicher Faktor für ein gesichertes Kindeswohl ist nach heutigen wissenschaftlichen und höchstrichterlichen⁴⁰ Erkenntnissen die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung, d.h. das Aufwachsen eines Kindes in stabilen Beziehungen zu denjenigen Erwachsenen, die für es sorgen – und weder die Art, in der es gezeugt wurde⁴¹, noch die Anzahl der ihm zur Seite gestellten Erziehungsberechtigten. Auch der Gesetzgeber hat in Bezug auf die biologische Vaterschaft mit Erlass des Samenspenderregistergesetzes zwar die Bedeutung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Herkunft für das Kindeswohl anerkannt, er hat jedoch durch den Verzicht auf eine Erweiterung der Verbotstatbestände des § 4 ESchG für die Möglichkeit, dass ein durch Samenspende gezeugtes Kind geplant vaterlos aufwächst, offensichtlich eine Kindeswohlgefährdung durch das Fehlen

³³ Ders., S. 126; so auch: *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2004, S. 145 f.; *Velte*, (Fn. 6), S. 77.

³⁴ So *Velte*, (Fn. 6), S. 85. *Biermann*, NZFam 2017, S. 957 (964); BT-Drs. 11/5460, S. 8; Günther/*Taupitz*/Kaiser, ESchG, 2014, S. 316 Rn. 26; *Dorneck*, (Fn. 21), S. 168.

³⁵ OLG München Urt. v. 22.02.2017, Az. 3 U 4080/16, Rn. 45.

³⁶ *Biermann*, NZFam 2017, S. 957 (964).

³⁷ *Weyrauch*, (Fn. 5), S. 77; *Liegsalz*, (Fn. 23), S. 349, hier handelte es sich zwar um die Konstellation der Abstammung von einer bereits vor der Geburt hirntoten Mutter, dies ist aber als Vergleich durchaus geeignet, vgl. Günter/*Taupitz*/Kaiser, ESchG, 2014, S. 31, Rn. 26.

³⁸ Wie etwa in England, Brasilien, Griechenland. Hierzu *Henrich* in: *Staudinger*, Art. 19–24 EGBGB, 2008, Art. 19 EGBGB, Rn. 50a.

³⁹ *Velte*, (Fn. 6), S. 85; *Wuermling* in: *Flöhl*, Genforschung (Gentechnologie, Bd. 3), 1985, S. 278 (282 f.); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 2014, Rn. 1090.

⁴⁰ *Gassner*, ZRP 2015, S. 126 (für Eizellspende) unter Hinweis auf BVerfG, NJW 1998, S. 519 (522).

⁴¹ *Inthorn/Pisani*, MedR 2018, S. 415 (419).

eines sozialen Vaters regelmäßig verneint.⁴² Somit ist als Konsequenz der soeben dargestellten rechtlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse festzuhalten, dass die Zeugung mittels *pmB* keine Kindeswohlbeeinträchtigung darstellt, weshalb auch der Kindeswohlschutz der *pmB* nicht entgegensteht – und das Totalverbot in § 4 I Nr. 3 ESchG nicht rechtfertigt.⁴³

Abschließend soll nun das postmortale Persönlichkeitsrecht des Mannes, dessen Samen bei einer *pmB* verwendet werden soll, als Argument gegen diesen Vorgang und als ein potentielles Schutzgut des § 4 I Nr. 3 ESchG in den Blick genommen werden. Da Selbiges im Falle der konsentierten *pmB* ja bereits als Pro-Argument diesbezüglich angeführt wurde, ist an dieser Stelle noch einmal die Notwendigkeit der Differenzierung zu betonen: In Fällen, in denen der verstorbene Spender vor seinem Ableben ausdrücklich und nachweisbar in die Verwendung seines Keimmaterials zum Zwecke der *pmB* eingewilligt hat, wird dieser Wille durch dessen postmortales Persönlichkeitsrecht geschützt, sodass besagtes Recht in dieser Konstellation für die Durchführung der *pmB* und gegen deren Verbot spricht. Hat der Verstorbene in die postmortale Verwendung seiner Keimzellen zu Zeugungszwecken jedoch nicht ausdrücklich eingewilligt oder dieser sogar widersprochen, so schützt sein postmortales Persönlichkeitsrecht auch diesen Willen und steht der *pmB* entgegen. Bezüglich einer solchen, seitens des verstorbenen Keimzellenspenders nicht konsentierten *pmB* ist also im Interesse des postmortalen Persönlichkeitsschutzes ein Verbot grundsätzlich durchaus geeignet.

Jedoch ist ein Totalverbot, wie es der § 4 I Nr. 3 ESchG gegenwärtig vorsieht, nicht erforderlich oder angemessen, da ein solches absolutes Verbot ja gerade die Möglichkeit einer konsentierten *pmB* gänzlich außer Acht lässt. Eine konsentierte *pmB* verletzt den Verstorbenen nicht in seinem postmortalen Persönlichkeitsrecht, sondern ist – au contraire – gerade Ausfluss dieses Rechts. Mithin steht der postmortale Persönlichkeitsschutz des Verstorbenen der *pmB* keineswegs in jedem Fall entgegen und kann daher das gegenwärtig bestehende Totalverbot der *pmB* in § 4 I Nr. 3 ESchG nicht rechtfertigen.

2.3 Zwischenergebnis

Die vorhergehenden Untersuchungen haben gezeigt, dass das in § 4 I Nr. 3 ESchG niedergelegte Totalverbot der *pmB* einer Abwägung der widerstreitenden verfassungsrechtlichen Positionen nicht standhält.⁴⁴ Das besagte Verbot greift in diverse bürgerliche Freiheitsrechte ein, die für eine grundsätzliche Zulassung der *pmB* streiten und diese durch § 4 I Nr. 3 ESchG kausal und zurechenbar bewirkten staatlichen Grundrechtseingriffe sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.⁴⁵ Die

⁴² Dies., MedR 2018, S. 415 (419).

⁴³ So auch *Liegsalz* (Fn. 23), 349; *Schroeder* in: *Kühne*, FS für Miyazawa, 1995, S. 533 (545); *Velte*, (Fn. 6), S. 100; *Günther/Taupitz/Kaiser*, ESchG, 2014, S. 317, Rn. 28.

⁴⁴ a.A. OLG München Urt. v. 22.02.2017, Az. 3 U 4080/16, Rn. 45.

⁴⁵ So auch *Liegsalz* (Fn. 23), S. 349; *Schroeder*, (Fn. 43), S.545; *Velte*, (Fn. 6), S. 100.

angeführten Argumente gegen die Durchführung einer *pmB* vermögen das geltende Totalverbot nicht zu tragen. Zwar sind Kindeswohlschutz und der Würdeschutz zugunsten des Verstorbenen grundsätzlich legitime Zwecke einer Verbotsnorm, der § 4 I Nr. 3 ESchG ist jedoch in der gegenwärtigen Ausgestaltung als absolutes Verbot zum Schutz dieser Rechtsgüter keineswegs erforderlich, im Falle des Kindeswohlschutzes nach gegenwärtigem Erkenntnisstand auch nicht geeignet. Es ist daher an den Gesetzgeber zu appellieren, dieses absolute Verbot der *pmB* schnellstmöglich zu reformieren.

3 Pro und Contra der postmortalen Eizellspende

Auch wenn das Problem der Verwendung von Keimzellen nach dem Tod ihres Spenders bislang allein im Kontext der soeben erörterten *pmB* diskutiert wird, so wäre medizinisch auch der umgekehrte Fall denkbar: Die Eizelle einer Verstorbenen könnte mit dem Samen eines noch lebenden Mannes befruchtet werden, um dann von einer anderen Frau ausgetragen zu werden. Man müsste in diesem Fall von einer „postmortalen Eizellspende“ (*pmEZSp*) sprechen.

Diese ist in Deutschland jedoch gleich in mehrfacher Hinsicht nicht legal durchführbar. Denn anders als die i.R.d. *pmB* eingesetzten Techniken der artifiziellen Insemination und IVF, welche in Deutschland grundsätzlich rechtlich gestattet und nur im speziellen Fall der *pmB* durch § 4 I Nr. 3 ESchG untersagt sind, ist die Eizellspende (d.h. der Vorgang, bei dem eine Frau die *in vivo* oder *in vitro* befruchtete Eizelle einer anderen austrägt⁴⁶) in Deutschland durch § 1 Nr. 1 und Nr. 2 ESchG schon grundsätzlich absolut untersagt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Spenderrin der Eizellen noch lebt oder tot ist.⁴⁷

Es ist einer lebenden Frau in Deutschland daher rechtlich nicht möglich, sich die (u.U. bereits befruchtete) konservierte Eizelle einer Verstorbenen zur Überwindung der eigenen Infertilität einsetzen zu lassen. Auch der überlebende Partner einer verstorbenen Frau hat somit nicht die Möglichkeit, deren konservierte Eizellen zu verwenden, um sie von einer sog. Ersatzmutter austragen zu lassen, welche das Kind nach seiner Geburt an den Vater herausgibt.⁴⁸ Durch letzteren Vorgang würde sowohl gegen § 1 Nr. 1 bzw. 2 (Verbot der Eizellspende), als auch gegen Nr. 7 ESchG (Verbot der Ersatzmutterchaft) verstoßen. Es besteht somit in Deutschland ein umfassendes Verbot hinsichtlich der reproduktionsmedizinischen Verwendung von Eizellen Verstorbener.

Ob oder vielmehr warum das genannte Totalverbot der Eizellenspende in seiner aktuellen Fassung insgesamt als verfassungswidrig einzustufen ist, kann hier keine umfängliche Erörterung finden, da an dieser Stelle allein der spezielle Fall der

⁴⁶ S. Erlebach in: Barth, Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts, 2015, S. 215.

⁴⁷ Günter/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2014, S. 318, Rn. 32.

⁴⁸ Vgl. Diefenbach, Leihmutterchaft: rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterchaft, 1990, S. 4 ff.

postmortalen Eizellspende in Rede steht. Es sei daher lediglich lösungsorientiert darauf hingewiesen, dass kein sachlicher oder rechtlicher Grund besteht, der eine Ungleichbehandlung der reproduktionsmedizinischen Verwendung von Samenzellen eines Verstorbenen einerseits und der von Eizellen einer Verstorbenen andererseits verfassungsrechtlich rechtfertigt. Insbesondere das vielgeführte Argument, dass bei der Eizellspende ein medizinischer Eingriff erforderlich ist, rechtfertigt diese Ungleichbehandlung bei ausreichender Information und Aufklärung der Spenderin nicht.⁴⁹ Speziell im postmortalen Bereich kann ein solches Argument nicht treffen, denn hier wurde der medizinische Eingriff ja bereits (zulässigerweise!) zur Sterilitätsbehandlung einer Lebenden vorgenommen und erfolgte gar nicht mit dem Ziel einer Fremdeizellspende. Eine Ungleichbehandlung von postmortaler Befruchtung und postmortaler Eizellspende, ist mithin unter Verweis auf Art. 3 I GG⁵⁰ und in Ermangelung tragfähiger Argumente für eine rechtliche Differenzierung verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.⁵¹

Als Konsequenz der notwendigen rechtlichen Gleichbehandlung lässt sich unter Bezugnahme auf die i.R.d. Untersuchungen des Verbots der *pmB* gewonnenen Erkenntnisse auch hinsichtlich des Für und Widers einer postmortalen Eizellspende das Folgende festhalten: Für eine Zulassung der *pmEZSp* streiten die Berufsausübungsfreiheit der Reproduktionsmediziner aus Art. 12 I GG, sowie die Fortpflanzungsfreiheit (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) und das Recht auf Familiengründung (Art. 6 I GG) derjenigen Wunschmutter oder des Elternpaares, welche(s) sich mittels der Eizelle der verstorbenen Frau fortpflanzen möchte. Auch das postmortale Persönlichkeitsrecht der Eizellenspenderin spricht für die *pmEZSp*, sofern sie zu Lebzeiten wirksam in deren Durchführung eingewilligt hat. Die Argumente, die gegen eine Eizellspende ins Feld geführt werden (deren Widerspruch zur „Natürlichkeit der Fortpflanzung“, der postmortale Würdeschutz der Keimzellenspenderin für den Fall einer unkonsentierten Verwendung ihrer Eizellen, sowie eine Gefährdung des Kindeswohls infolge der „Spaltung von Mutterschaft“⁵²) sind ebenso wie im Fall der *pmB* nicht geeignet ein diesbezügliches Totalverbot und die hierdurch erfolgenden staatlichen Eingriffe in die oben genannten Freiheitsrechte zu rechtfertigen.⁵³ Ebenso wie im § 4 I Nr. 3 ESchG hält das Totalverbot der *pmEZSp* aus § 1 Nr. 1, 2 ESchG einer Abwägung der widerstreitenden verfassungsrechtlichen Positionen nicht stand, da auch dieses letztlich ebenfalls nur durch fälschlich prognostizierte

⁴⁹ Dethloff, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, 2016, S. 19.

⁵⁰ Vgl. hierzu auch die sehr umfangreiche gleichheitsrechtliche Prüfung bei Reinke, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Eizellspende, 2008.

⁵¹ Vgl. u.a. Müller-Terpitz, ZRP 2016, 51 (53); Coester-Waltjen in: Jahrestagung Ethikrat, Was erlaubt das Recht?, S. 8, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/jt-22-05-2014-coester-waltjen.pdf> (zuletzt eingesehen am 03.04.2019); Dorneck, (Fn. 21), S. 138.

⁵² Begr. z. Entwurf des ESchG v. 25.10.1989, BT-Drs. 11/5460, 7.

⁵³ Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2014, S. 181 Rn. 7; s. auch Müller-Terpitz in: Spickhoff, Medizinrecht, 2014, § 1 ESchG Rn. 7, der von „verfassungsrechtlich dünnem Eis“ spricht.

Kindeswohlbeeinträchtigungen gestützt wird, welche nicht genügen, um das strafrechtliche Verbot als intensivsten Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Personen verhältnismäßig erscheinen zu lassen. Das absolute Verbot der *pmEZSp* durch § 1 I Nr. 1 und insbesondere Nr. 2 ESchG ist somit verfassungswidrig.

4 Abschließende Stellungnahme

Die vorangegangenen Untersuchungen haben einen Umstand sehr deutlich werden lassen: Das ESchG ist in die Jahre gekommen! Die gegenwärtige Gesetzeslage hinsichtlich der reproduktionsmedizinischen Verwendung von Keimzellen Verstorbener ist dringend reformbedürftig, die geltenden Totalverbote der *post-mortem*-Befruchtung gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG und der postmortalen Eizellspende in § 1 I Nr. 1 und Nr. 2 ESchG sind in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung verfassungsrechtlich nicht haltbar.

Eine dringend angezeigte gesetzgeberische Neuregelung, welche die verfassungsrechtlich geschützten Interessen des entstehenden Kindes und sonstiger Beteiligter (insb. auch Wunscheltern, genetische Eltern) berücksichtigt, sollte u.a. die folgenden Aspekte aufgreifen:

- (1) *Zur Regelung der rechtlichen Zulässigkeit einer postmortalen, reproduktionsmedizinischen Verwendung von Ei- oder Samenzellen sollte im Interesse des postmortalen Persönlichkeitsschutzes der verstorbenen Keimzellenspender ein grundsätzliches Verbot mit Ausnahmetatbestand geschaffen werden.*
- (2) *Einer der Ausnahmetatbestand sollte in der Einwilligung des Keimzellenspenders in die postmortale reproduktionsmedizinische Verwendung seines Keimguts bestehen, wobei die dazugehörige Beweislast der Wunschmutter/ den Wunscheltern aufzuerlegen ist.*
- (3) *Die Erklärung eines dazugehörigen Willens seitens des Keimzellenspenders ist im Interesse des Übereilungsschutzes und zu Beweis Zwecken einem Formerfordernis (bspw. notarielle Beurkundung) zu unterstellen. Ein Widerruf muss jederzeit möglich sein.*
- (4) *In allen o.g. Verfahren ist zur Sicherung des Rechts des gezeugten Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung ein gesetzliches Auskunftsrecht zu schaffen, sowie eine zentralisierte Erfassung der Spenderdaten nach Vorbild des Samenspenderegistergesetzes zu regeln. Um diese Erfassung zu gewährleisten ist eine gesetzliche Dokumentations- und Meldepflicht des behandelnden Arztes zu normieren.*

Abschließend ist anzumahnen, dass bei einer gesetzgeberischen Normierung dieser Rechtsmaterie auch der immer rascher fortschreitende Wandel naturwissenschaftlicher und gesellschaftlicher Gegebenheiten zu berücksichtigen ist. Gesetzesbegründungen sind insbesondere bei Pönalisierungen stets anhand fundierter

wissenschaftlicher Erkenntnisse und empirischer Daten zu prüfen. Denn letztlich darf seitens des Gesetzgebers nie aus den Augen verloren werden, dass es keineswegs die Nutzbarmachung neuer medizinischer Techniken ist, die einer tragfähigen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf, sondern deren Verbot.

Literatur

- Albrecht, Volker (1986): Die rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, Marburg Univ., Diss., 1985, Marburg, Elwert.
- Barth, Peter (Hg.) (2015): Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts. Wien, Linde (Schriftenreihe der Interdisziplinären Zeitschrift für Familienrecht, 8).
- Benda, Ernst: Humangenetik und Recht – eine Zwischenbilanz. In: Neue Juristische Wochenschrift 1985 (30), S. 1730–1734.
- Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen (2011): Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Studienausgabe. Tübingen, De Gruyter.
- Biermann, Udo: Anm. zum Urteil des OLG München, 22.02.2017 – 3 U 4080/16: Anspruch auf Herausgabe kryokonservierter Spermaproben von verstorbenem Ehemann. In: Neue Zeitschrift für Familienrecht 2017 (20), S. 957–964.
- Coester, Michael (1983): Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft. Zugl.: Augsburg, Univ., Habil-Schr. Frankfurt a.M., Metzner (Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 114).
- Deutsch, Erwin: Das Persönlichkeitsrecht des Patienten. In: Archiv für die civilistische Praxis 1992 (192), S. 161–180.
- Dethloff, Nina (2016): Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin. Gutachten. Berlin, Friedrich Ebert Stiftung, Forum Politik und Gesellschaft.
- Deutsch, Erwin; Spickhoff, Andreas (2014): Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht. 7. Aufl. Berlin, Springer.
- Diedrich, Klaus; Ludwig, Michael; Griesinger, Georg (Hg.) (2013): Reproduktionsmedizin. Berlin, Springer Medizin.
- Diefenbach, Anne Katrin (1990): Leihmutterchaft: rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterchaft. Diss., Frankfurt am Main.
- Dorneck, Carina (2018): Das Recht der Reproduktionsmedizin *de lege lata* und *de lege ferenda*. Eine Analyse zum AME-FMedG. 1st ed. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft (Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht, v.33).

- Dreier, Horst (Hg.) (2013): Grundgesetz Kommentar: GG, Band I: Präambel, Artikel 1–19, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Flöhl, Rainer (Hg.) (1985): Genforschung – Fluch oder Segen? Interdisziplinäre Stellungnahmen. München, Schweitzer (Gentechnologie, 3).
- Gallwas, Hans-Ullrich (1970): Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte: ein Beitrag zum Begriff der Nebenwirkungen. Berlin, Duncker & Humblot.
- Gassner, Ulrich: Legalisierung der Eizellspende? In: Zeitschrift für Rechtspolitik 2015 (4/2015), S. 126.
- Gaul, Hans Friedhelm (Hg.) (1992): Familienrecht in Geschichte und Gegenwart. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstags von Friedrich Wilhelm Bosch am 2. Dezember 1991. Unter Mitarbeit von Friedrich Wilhelm Bosch. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Wilhelm Bosch; Familienrecht in Geschichte und Gegenwart. Bielefeld, Gieseking.
- Günther, Hans-Ludwig; Taupitz, Jochen; Kaiser, Peter (2014): Embryonenschutzgesetz. Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen. Stuttgart, Kohlhammer (Rechtswissenschaften und Verwaltung Kommentare).
- Hieb, Anabel Eva (2004): Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts. Dissertation. Universität Mannheim.
- Inthorn, n.a.; Pisani, n.a.: Anmerkung zur Entscheidung des OLG München, 22.02.2017 – 3 U 4080/16: Verfassungsmäßigkeit des Verbots der post-mortem-Befruchtung. In: Medizinrecht 2018 (6), S. 415–420.
- Laufs, Adolf: Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen. In: JuristenZeitung 1986, 769–777.
- Laufs, Adolf (1987): Rechtliche Grenzen der Fortpflanzungsmedizin. Heidelberg, Winter Univ. Verl. (Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, 1987, 2).
- Lorenz, Dieter (Hg.) (2003): Rechtliche und ethische Fragen der Reproduktionsmedizin. Internationales Symposium im Rahmen der Kooperation zwischen dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz und der Universidad Santo Tomás, Bogotá, vom 17.–19. Juni 2002 in Konstanz. Universität Konstanz; Internationales Symposium im Rahmen der Kooperation zwischen dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz und der Universidad Santo Tomás, Bogotá. 1. Aufl. Baden-Baden, Nomos Verl.-Ges.
- Maunz, Theodor; Dürig, Günter (2013): Grundgesetz. Kommentar; Hg. V. Roman Herzog, München, Beck.
- Mangoldt, Hermann von; Klein, Friedrich; Starck, Christian (2010): Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1. 6., vollst. neubearb. Aufl., München, Vahlen.
- Müller-Terpitz, Ralf: „ESchG 2.0“ – Plädoyer für eine partielle Reform des Embryonenschutzgesetzes. In: Zeitschrift für Rechtspolitik 2016, S. 51–53.

- Müller-Götzmann, Christian (2009): Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft. Eine arztrechtliche Untersuchung zur Zulässigkeit fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2008–2009. Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag Berlin Heidelberg (Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim, 35).
- Prehn, Annette (2011): Die Strafbarkeit der post-mortem-Befruchtung nach dem Embryonenschutzgesetz. In: MedR 29 (9), S. 559–568.
- Radatz, Johanna (2014): Die Eizellspende im deutschen und dänischen Recht. 1st, New ed. Frankfurt a.M, Peter Lang GmbH Internationaler Verlag der Wissenschaften (Europäische Hochschulschriften/European University Studies, Publications Universitaires Européennes, 5623).
- Reinke, Mathias (2008): Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende. Zugl.: HU Berlin, Dissertationsschrift, 2006. 1. Aufl. Berlin, Duncker & Humblot (Schriften zum Öffentlichen Recht, 1097).
- Revermann, Christoph; Hüsing, Bärbel (2011): Fortpflanzungsmedizin. Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Fortschritte und Folgen. Berlin, Edition Sigma (Studien des Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, 32).
- Roxin, Claus; Knauer, Christoph; Brose, Johannes (Hg.) (2001): Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht. 2., überarb. Aufl., Stuttgart, Boorberg.
- Schlüter, Julia (2008): Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin. Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2007. Münster: LIT (Medizin – Recht – Wirtschaft, 3).
- Selb, Walter (1987): Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen. Tübingen, Mohr.
- Spickhoff, Andreas (2014): Medizinrecht. 2. Aufl. München, Beck-Online, (Beck'sche Kurz-Kommentare, 64).
- Starck, Christian; Coester-Waltjen, Dagmar: Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen. Gutachten A/B zum 56. Deutschen Juristentag, Berlin 1986 (Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1, Gutachten, 56A/B).
- Staudinger, Julius von; Klumpp, Steffen; Singer, Reinhard; Stieper, Malte; Albrecht, Karl-Dieter (2017): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Neubearbeitung 2017. Hg. v. Sebastian Herrler. Berlin, Sellier-de Gruyter.

- Velte, Gianna (2015): Die postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht. Heidelberg, Springer (Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim, 43).
- Weyrauch, Verena (2003): Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht. Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2003. Birkenau, Berlin, Jurawelt; TENEVA-Verl. (Juristische Reihe TENEVA, www.jurawelt.com, 43).
- Witteck, Lars; Erich, Christina: Straf- und verfassungsrechtliche Gedanken zum Verbot des Klonens von Menschen. In: MedR 2003 (21), S. 258–262.

Die Reichweite der Meinungsfreiheit bei personalisierter Kritik an Abtreibungsärzten und -einrichtungen

Christine Blume

1 Einleitung

„Kinder-Mord im Mutterschoß“, „Damals: Holocaust – heute: Babycaust“ oder „Tötungs-Spezialist für ungeborene Kinder“¹ –

Immer wieder äußern Abtreibungsgegner ihre Kritik an der gegenwärtigen Abtreibungspraxis mithilfe drastischer Formulierungen, drucken diese auf Flugblätter oder veröffentlichen sie im Internet. Um eine größere Wirkung zu erzielen, werden häufig auch einzelne Ärzte namentlich genannt und persönlich kritisiert. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG), auf die sich die Abtreibungsgegner berufen, einerseits und Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der genannten Ärzte oder Einrichtungen andererseits prallen aufeinander. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Äußerungen noch zulässige Kritik darstellen, wie groß also die Reichweite der Meinungsfreiheit bei personalisierter Abtreibungskritik ist?

Zur Beantwortung dieser Frage werden im Folgenden, neben allgemeinen Abgrenzungserwägungen zwischen Meinungsfreiheit und Ehrschutz, vor allem die einschlägigen Gerichtsentscheidungen herangezogen. Zunächst erfolgt jedoch eine Darstellung der Rechtslage zum Schwangerschaftsabbruch, um später etwaige Zu-

¹ BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 49/00 u.a., NJW 2006, 3769 (3769).

sammenhänge zwischen der Reichweite der Meinungsfreiheit und der rechtlichen Bewertung des kritisierten Verhaltens erkennen zu können.

2 Rechtliche Grundlagen des Schwangerschaftsabbruchs

Nach Ansicht des BVerfG erstreckt sich der Lebensschutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auch auf sich entwickelndes menschliches Leben, jedenfalls ab der Nidation.² Damit liegt aus verfassungsrechtlicher Sicht die Herausforderung darin, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Lebensrecht des Embryos inklusive der damit einhergehenden Schutzpflicht des Staates³ einerseits und den Rechten der Mutter aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG⁴ andererseits zu finden. In seinen wegweisenden Schwangerschaftsabbruch-Urteilen⁵ entschied das BVerfG diesen Konflikt jeweils zugunsten des Lebensrechts: Ein Schwangerschaftsabbruch stelle grundsätzlich Unrecht dar. Die Frau treffe eine Pflicht zum Austragen des Kindes⁶, die nur in Ausnahmefällen durch den Gesetzgeber ausgeschlossen werden könne.⁷ Grundsätzlich hält das BVerfG auch ein sog. Beratungsmodell für mit der Verfassung vereinbar, jedoch nur unter der Maßgabe, dass es weiterhin „nicht zulässig [sein dürfe], nicht indizierte Schwangerschaftsabbrüche für gerechtfertigt (nicht rechtswidrig) zu erklären.“⁸ Möchte der Gesetzgeber also den Schwangerschaftsabbruch nach Beratung innerhalb einer gewissen Frist straflos stellen, muss er gleichzeitig sicherstellen, dass das grundsätzliche Unrechtsurteil aufrechterhalten wird.⁹

Ihre einfachgesetzliche Umsetzung finden die vorgenannten Grundsätze heute in § 218 a StGB, der eine Fristenregelung mit Beratungspflicht, ergänzt durch ein Indikationenmodell, enthält.¹⁰ Von entscheidender Bedeutung ist dabei insbesondere § 218 a Abs. 1 StGB¹¹, welcher einen Tatbestandsausschluss für sog. *beratene Schwangerschaftsabbrüche* normiert.

² BVerfGE 39, 1 (LS 1; 36); BVerfGE 88, 203 (LS 1; 251).

³ BVerfGE 39, 1 (36); *Strohner*, S. 36; *Zschiegner*, S. 23.

⁴ BVerfGE 39, 1 (43); *Strohner*, S. 36.

⁵ BVerfGE 39, 1 ff.; BVerfGE 88, 203 ff.

⁶ BVerfGE 39, 1 (44); BVerfGE 88, 203 (LS 3 und 4; 255).

⁷ BVerfGE 39, 1 (48 ff.); BVerfGE 88, 203 (255 ff.).

⁸ BVerfGE 88, 203 (270).

⁹ *Hoerster*, JuS 1995, 192 (193).

¹⁰ *Fischer*, StGB, Vor §§ 218–219 b, Rn. 10; *Satzger*, Jura 2008, 424 (426).

¹¹ Diente 2018 für 96,2 % der Abtreibungen in Deutschland als Rechtsgrundlage: Vgl. *Statistisches Bundesamt (Destatis)*, Schwangerschaftsabbrüche nach rechtlicher Begründung, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabellen/03-schwangerschaftsabbr-rechtliche-begrueundung-schwangerschaftsdauer_zvab2012.html (Stand: 28.11.2022).

2.1 Tatbestandslos, aber rechtswidrig? – § 218 a Abs. 1 StGB

Es ist umstritten, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, durch den Tatbestandsausschluss die verfassungsrechtlich gebotene Missbilligung im Gesetz zu verankern: Aus der Norm selbst ergibt sich nur, dass der beratene Schwangerschaftsabbruch kein strafrechtlich relevantes Unrecht darstellt, nicht jedoch der geforderte Rechtswidrigkeitsvorwurf. Vor diesem Hintergrund wird diskutiert, ob der *beratene Schwangerschaftsabbruch* nach § 218 a Abs. 1 StGB tatsächlich „tatbestandslos, aber rechtswidrig“¹² ist oder ob dem Tatbestandsausschluss womöglich doch rechtfertigende Wirkung zukommt.

Zweifel an Rechtswidrigkeit

Das BVerfG hat die Auffassung vertreten, dass sich ein Tatbestandsausschluss wie ein Rechtfertigungsgrund auswirken könne, wenn das infrage stehende Verhalten nicht an anderer Stelle in der Rechtsordnung als rechtswidrig behandelt werde.¹³ Folgerichtig hat es in seiner Vollstreckungsanordnung, die mit dem 2. Fristenreglungsurteil erging, den § 218 a Abs. 1 StGB mit der Klarstellung versehen, dass das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs durch den Tatbestandsausschluss unberührt bleibe.¹⁴ Der Gesetzgeber hat jedoch auf diesen, die Rechtswidrigkeit klarstellenden Zusatz verzichtet.¹⁵ Überdies ziehen weder der Gesetzgeber noch das BVerfG die sich üblicherweise aus einer Rechtswidrigkeit ergebenden Folgen¹⁶: Die Behandlungsverträge sollen nicht nach §§ 134, 138 BGB unwirksam sein, Nothilfe nach § 32 StGB zugunsten des ungeborenen Lebens soll ausgeschlossen werden und der Arbeitgeber soll zur Lohnfortzahlung während einer Abtreibung verpflichtet werden.¹⁷ Zudem sei die flächendeckende Versorgung mit Beratungsstellen und Abtreibungsärzten eine Staatsaufgabe, was im Widerspruch zur Rechtsstaatlichkeit stünde, sollte es sich dabei um Unrecht handeln.¹⁸

In der Rechtsordnung wird die verfassungsrechtlich gebotene Missbilligung des beratenen Schwangerschaftsabbruchs somit kaum deutlich. Teilweise wird in der Literatur daher vertreten, dass die Norm de facto einen Rechtfertigungsgrund bzw. eine besondere Form der Rechtfertigung darstelle.¹⁹

¹² Fischer, StGB, § 218 a, Rn. 4.

¹³ BVerfGE 88, 203 (274).

¹⁴ Kühl, in: Kühl/Heger, StGB, Vor §§ 218–219 b, Rn. 21; S/S-Eser/Weißer, § 218 a, Rn. 15; Seibel, S. 59.

¹⁵ Kühl, in: Kühl/Heger, StGB, Vor §§ 218–219 b, Rn. 21; S/S-Eser/Weißer, § 218 a, Rn. 16.

¹⁶ NK-StGB/Merkel, § 218 a, Rn. 57; Berghäuser, S. 575 ff., 619; Eser, KritV, Sonderheft 1/1993, 132 (134); Tröndle, NJW 1995, 3009 (3011).

¹⁷ BVerfGE 88, 203 (279; 295; 324); MüKoStGB/Gropp, § 218 a, Rn. 6; NK-StGB/Merkel, § 218 a, Rn. 58; SK-StGB/Rogall, Vor §§ 218 ff., Rn. 36.

¹⁸ NK-StGB/Merkel, § 218 a, Rn. 59; S/S-Eser/Weißer, § 218 a, Rn. 14.

¹⁹ Fischer, StGB, § 218 a, Rn. 5; NK-StGB/Merkel, § 218 a, Rn. 63; Berghäuser, S. 619 f.; Hermes/Walther, NJW 1993, 2337 (2341); Kindhäuser, BT 1, § 6, Rn. 8.

Gründe für die Rechtswidrigkeit

Stärkstes Argument für die Aufrechterhaltung des Unrechtsurteils bei beratenen Schwangerschaftsabbrüchen ist der verfassungsrechtliche Status, der dem ungeborenen Leben nach Auffassung des BVerfG zukommt. Es sei unmöglich einen nicht indizierten Schwangerschaftsabbruch als gerechtfertigt anzusehen, ohne die rechtliche Position des Embryos zu schwächen.²⁰ Als systematisches Argument für die Rechtswidrigkeit des beratenen Schwangerschaftsabbruchs wird der Vergleich zu den Absätzen 2 und 3 des § 218 a StGB herangezogen. Dort wird das beschriebene Verhalten explizit als „nicht rechtswidrig“ bezeichnet. Die abweichende Gestaltung des Absatzes 1 impliziere daher die Rechtswidrigkeit.²¹ Dieses Verständnis entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, durch die Ausgestaltung des § 218 a Abs. 1 StGB die Vorgabe des BVerfG zur rechtlichen Bewertung von Schwangerschaftsabbrüchen umzusetzen.²² Aus dieser Bewertung folge zwar ein Widerspruch zwischen der Einstufung als rechtswidrig und der Behandlung in der übrigen Rechtsordnung. Dies führe allerdings nicht dazu, dass der Abbruch nach § 218 a Abs. 1 StGB als rechtmäßig angesehen werden muss, wodurch der Grundrechtsstatus des ungeborenen Lebens angegriffen würde. Vielmehr stelle dieser Widerspruch die einfachgesetzlichen Regelungen in Frage.²³

Stellungnahme

Es ist offenkundig, dass die Rechtswidrigkeit des beratenen Schwangerschaftsabbruchs zu Wertungswidersprüchen mit der Behandlung dieses Abbruchs in der übrigen Rechtsordnung führt. Die Frage lautet also, ob der Widerspruch hingenommen und so eine Verwirrung des allgemeinen Rechtsbewusstseins²⁴ riskiert werden soll oder ob der Widerspruch aufgelöst werden soll, indem man den Abbruch nach § 218 a Abs. 1 StGB als rechtmäßig ansieht.

Bei einer Entscheidung im Sinne der zweiten Alternative würde man die verfassungsrechtliche Anerkennung des Lebensrechts Ungeborener ignorieren, um Widersprüche auf Ebene des einfachen Rechts aufzulösen. Dies erscheint vor dem Hintergrund der Normenhierarchie nicht hinnehmbar.²⁵ Überdies kann eine Behandlung des beratenen Schwangerschaftsabbruchs als rechtmäßig entgegen der Rechtsauffassung des BVerfG und trotz der Ausgestaltung als Tatbestandsausschluss in Umsetzung dieser Auffassung nicht als richtig erachtet werden. Solange das BVerfG und der Gesetzgeber ihren Standpunkt nicht ändern, sprechen die

²⁰ Vgl. BVerfGE 88, 203 (273 f.); MüKoStGB/*Gropp*, § 218 a, Rn. 5; S/S-*Eser/Weißer*, § 218 a, Rn. 13, 17.

²¹ SK-StGB/*Rogall*, § 218 a, Rn. 4; *Otto*, Jura 1996, 135 (139).

²² Vgl. BT-Drucksache 13/1850, S. 25.

²³ MedR-Komm/*Duttge*, § 218 a, Rn. 2.

²⁴ Vgl. *Duttge*, in: Schumann (Hrsg.), S. 95 (S. 96 f.).

²⁵ Vgl. *Philipp*, ZfL 2004, 7 (8).

besseren Argumente dafür, in einem beratenen Schwangerschaftsabbruch ein zwar tatbestandsloses, aber rechtswidriges Handeln zu sehen.

2.2 Zwischenergebnis

Die gegenwärtige Gesetzeslage zeichnet sich durch den Widerspruch zwischen dem verfassungsrechtlichen Rechtswidrigkeitsurteil und der weitgehenden Behandlung des Schwangerschaftsabbruchs als rechtmäßig im Rest der Rechtsordnung aus. Dieser Widerspruch wird durch die Wahl des Beratungsmodells als Schutzkonzept für das ungeborene Leben gleichsam erzwungen, denn die Idee des Beratungsmodells steht und fällt damit, dass der Frau eine freie Entscheidung, ohne negative rechtliche Folgen, ermöglicht wird.²⁶ Gerade dieser Widerspruch zwischen verfassungsgerichtlichem Postulat und gelebter Rechtsordnung dürfte ein wichtiger Grund dafür sein, dass sich das aus Sicht des BVerfG gebotene Rechtswidrigkeitsurteil im Rechtsbewusstsein der Gesellschaft bisher nicht durchsetzen konnte.²⁷ Vorherrschend dürfte vielmehr das Bewusstsein der Straflosigkeit nach erfolgter Beratung sein.²⁸ Dieses Rechtsverständnis schwächt den verfassungsrechtlich garantierten Schutz des ungeborenen Lebens, dem das BVerfG durch das Unrechtsurteil Rechnung tragen wollte.²⁹ Ob und ggf. wie sich dieses Verständnis auf die Reichweite der Meinungsfreiheit der Abtreibungskritiker auswirkt, wird im Blick zu behalten sein.

3 Reichweite der Meinungsfreiheit bei Abtreibungskritik

Die Vornahme von Abtreibungen wird von Abtreibungsgegnern mitunter scharf kritisiert. Nicht auszuschließen ist, dass sich die Vehemenz dieser Kritik auch aus einem Gefühl der Hilflosigkeit angesichts des Widerspruchs zwischen der Verfassungsrechtslage und der vorherrschenden Wahrnehmung in der Gesellschaft erklärt. Doch wie weit dürfen sie mit ihrer Kritik gehen?

Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG schützt grundsätzlich das Recht auf freie Meinungsäußerung in Wort, Schrift und Bild. Das Grundrecht ist „für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung [...] schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist.“³⁰ Aufgrund der überragenden Bedeutung des Grundrechts gelte bei der Beurteilung von kritischen Meinungsäußerungen sogar eine Vermutung für die Zulässigkeit der Kritik, sofern sie „zum geistigen Meinungskampf in einer die

²⁶ BVerfGE 88, 203 (LS 12).

²⁷ Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.04.2003 – 6 U 189/02, NJW 2003, 2029 (2032); *Berghäuser*, S. 614; *Dutige*, in: Schumann (Hrsg.), S. 95 (S. 99); *Heitzmann*, S. 179.

²⁸ *Heitzmann*, S. 177.

²⁹ BVerfGE 88, 203 (238).

³⁰ BVerfGE 7, 198 (208).

Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage“ beiträgt.³¹ Die Kritik an den Abtreibungsärzten und -einrichtungen fällt in den Schutzbereich des Rechts auf freie Meinungsäußerung. Da es sich bei den Themen Abtreibung und Lebensschutz um die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen handelt, spricht zudem eine (widerlegbare) Vermutung für die Zulässigkeit der Kritik. Jedoch ist selbst die Meinungsfreiheit nicht von unbegrenzter Reichweite, wie sich aus Art. 5 Abs. 2 GG ergibt. Sie kann zugunsten anderer Rechtspositionen eingeschränkt werden, wenn diese im Rahmen einer Abwägung schwerer wiegen.

Im Fall der personifizierten Kritik an Abtreibungsärzten und -einrichtungen kollidiert die Meinungsfreiheit der Abtreibungsgegner in erster Linie mit der Ehre der Abtreibungsärzte als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.³² Das Persönlichkeitsrecht bietet nach Maßgabe der einfachgesetzlichen Konkretisierungen, wie § 823 Abs. 1 BGB oder §§ 185 ff. StGB, Schutz vor Äußerungen, die sich negativ auf das Bild in der Öffentlichkeit auswirken können.³³

3.1 Grundsätzliche Erwägungen im Rahmen der Abwägung

Im Rahmen der Abwägung ist relevant, wie schwer der Eingriff in das jeweilige Grundrecht wiegt. Für die Meinungsfreiheit wurde bereits festgestellt, dass dem Äußerungsinteresse aufgrund der gesellschaftlichen Relevanz des Themas großes Gewicht zukommt. Für das allgemeine Persönlichkeitsrecht liefert die *Sphärentheorie* Kriterien für die Bestimmung der Eingriffsintensität.³⁴ Danach wiegen Eingriffe umso schwerer, je näher sie der Intimsphäre, dem unantastbaren Bereich privater Lebensführung kommen.³⁵ Den geringsten Schutz genießen Sachverhalte aus der Sozialsphäre.³⁶ Die Sozialsphäre beschreibt den „Bereich, in dem die persönliche Entfaltung sich von vornherein im Kontakt mit der Umwelt vollzieht“³⁷, mithin auch den beruflichen Bereich. Anlass für die personifizierte Abtreibungskritik ist die berufliche Tätigkeit der Abtreibungsärzte, also ein Vorgang aus ihrer Sozialsphäre.³⁸ Durch die Personalisierung der Kritik könnte indes die Gefahr bestehen, dass der jeweilige Arzt auch im privaten Bereich herabgesetzt wird, was die Eingriffsintensität deutlich erhöhen würde. Eine Herabsetzung auch im privaten

³¹ BVerfGE 7, 198 (212).

³² Daneben ist auch eine Beeinträchtigung der Ärzte in ihrer Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) denkbar. Dieses Grundrecht wird hier jedoch in Anlehnung an die zugrunde liegenden Gerichtsentscheidungen nicht näher behandelt.

³³ BVerfGE 99, 185 (193); *Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Art. 5 I, II, Rn. 150.

³⁴ *Dreier*, in: H. Dreier (Hrsg.), Art. 2 I, Rn. 93; *Kunig*, Jura 1993, 595 (602); *Rabe*, S. 48.

³⁵ BVerfGE 89, 69 (82); *Hufen*, Staatsrecht II, S. 177.

³⁶ *Dreier*, in: H. Dreier (Hrsg.), Art. 2 I, Rn. 93; *Kunig*, Jura 1993, 595 (602).

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 17.12.2002 – 1 BvR 755/99 u.a., NJW 2003, 1109 (1110).

³⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 1060/02 u.a., NJOZ 2008, 151 (156); BVerfG, Beschl. v. 08.06.2010 – 1 BvR 1745/06, NJW 2011, 47 (48); OLG Stuttgart, Urt. v. 18.09.2002 – 4 U 54/02, NJOZ 2003, 2285 (2287).

Bereich würde voraussetzen, dass die vorgeworfene Tätigkeit als besonders verwerflich angesehen wird.³⁹ Abgesehen davon, dass das private Umfeld i.d.R. ohnehin um die Tätigkeit weiß und fraglich ist, ob es überhaupt mit den Aussagen in den Flugblättern o.ä. in Berührung kommt, ist die Rechtswidrigkeit beratener Schwangerschaftsabbrüche nicht vollends im Rechtsbewusstsein der Öffentlichkeit verankert.⁴⁰ Die Mehrheit der Gesellschaft scheint einem „Schwangerschaftsabbruch toleranter [...] als das geltende Recht“ gegenüberzustehen⁴¹, was gegen die Annahme spricht, dass die Vornahme von Abtreibungen als besonders verwerflich wahrgenommen wird. Eine Herabsetzung des betroffenen Arztes im privaten Bereich lässt sich somit ohne weitere Anhaltspunkte nicht annehmen. Ein großes Äußerungsinteresse steht also einer Beeinträchtigung der nur schwach geschützten Sozialsphäre gegenüber, was für ein Überwiegen der Meinungsfreiheit sprechen könnte.

Ebenfalls relevant ist, ob die Kritik gegenüber einer Privatperson bzw. privaten Einrichtung erfolgt oder gegenüber einer staatlichen Einrichtung. Einrichtungen in öffentlicher Trägerschaft können sich nämlich nicht auf Grundrechte berufen.⁴² Dennoch können sie zivil- und strafrechtlichen Ehrschutz in Anspruch nehmen.⁴³ Schutzgut ist in diesem Fall nicht das Persönlichkeitsrecht, sondern die Sicherung der öffentlichen Anerkennung, die erforderlich ist, damit die Einrichtung ihre öffentlichen Aufgaben erfüllen kann.⁴⁴ Weil dieses Rechtsgut aber nicht so schwer wiegt wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, gilt zugunsten öffentlicher Einrichtungen ein niedrigeres Schutzniveau als für Einzelpersonen.⁴⁵ Zudem ist die Meinungsfreiheit besonders hoch zu gewichten, wenn sich die kritischen Äußerungen gegen staatliche Einrichtungen richten, da das Grundrecht der Meinungsfreiheit nach höchstrichterlicher Rechtsprechung „gerade aus dem besonderen Schutzbedürfnis der Machtkritik erwachsen ist“⁴⁶.

Weitere Aspekte, die das Abwägungsergebnis beeinflussen, sind u.a. die Art der Verbreitung (örtlich begrenzt oder für jedermann frei zugänglich), der Wahrheitsgehalt der jeweiligen Aussage oder die Frage, ob sich der Kritisierte zuvor aktiv in eine öffentliche Diskussion eingebracht hat oder nicht. Diese beispielhaft aufgezählten Kriterien machen deutlich, dass die Entscheidung über die Reichweite der Meinungsfreiheit bei personifizierter Abtreibungskritik stets eine Einzelfallentscheidung ist, die von den konkreten Umständen der Äußerung abhängt.

³⁹ *Frenz*, ZUM 2012, 282 (286); *Rabe*, S. 145.

⁴⁰ Vgl. oben: B. III; OLG Karlsruhe, Urt. v. 23. 4. 2003 – 6 U 189/02, NJW 2003, 2029 (2032); *Heitzmann*, S. 179.

⁴¹ *Heitzmann*, S. 179.

⁴² *Dreier*, in: H. Dreier (Hrsg.), Art. 19 III, Rn. 56; *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 3, Rn. 145.

⁴³ BGH, Urt. v. 30.05.2000 – VI ZR 276/99, NJW 2000, 3421 (3421); BGH, Urt. v. 22.04.2008 – VI ZR 83/07, ZUM 2009, 61 (64).

⁴⁴ BVerfGE 93, 266 (291); BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 49/00 u.a., NJW 2006, 3769 (3771); BGH, Urt. v. 30.05.2000 – VI ZR 276/99, NJW 2000, 3421 (3422).

⁴⁵ Vgl. *Bölke*, NJW 2004, 2352 (2353).

⁴⁶ BVerfGE 93, 266 (293).

3.2 Rechtsprechung zu personifizierter Abtreibungskritik

Betrachtet man die Urteile zu personifizierter Abtreibungskritik, fallen Erwägungen auf, die sich von den üblichen Erwägungen in Fällen unterscheiden, in denen Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht kollidieren.

Die Ermittlung der Bedeutung der Aussagen ist eine Grundvoraussetzung für deren rechtliche Bewertung.⁴⁷ Dabei ist nach Ansicht des BVerfG der Standpunkt eines „unvoreingenommenen und verständigen Publikums“⁴⁸ einzunehmen. Außerdem sind Kontext und Begleitumstände der Äußerungen im Zuge der Auslegung stets zu berücksichtigen. Fernliegende Deutungen dagegen nicht.⁴⁹ In der Rechtsprechung zur Abtreibungskritik werden diese Grundsätze nicht direkt infrage gestellt, es fällt jedoch auf, dass der Kontext einer Aussage sehr eng gefasst wird, so dass Erläuterungen auf der Rückseite eines Flugblatts beispielsweise nicht mehr als Klarstellung mitberücksichtigt werden.⁵⁰ Außerdem werden Aussagen schnell als mehrdeutig verstanden⁵¹, wohl weil dem verständigen Publikum nicht zugetraut wird, ein Verständnis, das zu offenkundig falschen Aussagen führt, auszuschließen. Folge ist, dass auch nicht gewollte Bedeutungen – insoweit zum Nachteil des Äußernden – mit in die Abwägung einfließen.⁵²

Bei der Behandlung von mehrdeutigen Aussagen lässt sich eine ähnliche Tendenz erkennen: Ursprünglich wurde die Vermutung für die Zulässigkeit von Meinungsäußerungen bei Themen von öffentlichem Interesse auch beim Umgang mit mehrdeutigen Äußerungen berücksichtigt, so dass in der Abwägung die für den Äußernden günstigste Verständnismöglichkeit zugrunde gelegt wurde.⁵³ Im sog. *Stolpe-Beschluss* vertrat das BVerfG, dass bei der Behandlung mehrdeutiger Aussagen danach differenziert werden müsse, ob es um die Sanktionierung vergangener Äußerungen oder die Unterlassung zukünftiger Äußerungen gehe.⁵⁴ Im Strafrecht und bei zivilrechtlichen Schadensersatz- und Widerrufsansprüchen sei weiterhin die meinungsfreundlichste Auslegung geboten.⁵⁵ Bei zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen aber sei jede nicht fernliegende Interpretation zu berücksichtigen, also auch die, welche die Persönlichkeit am meisten angreife.⁵⁶ Das BVerfG hat diese These, dass bei Unterlassungsansprüchen von der ehrschutzfreundlichsten Deu-

⁴⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 u.a., NJW 1995, 3303 (3305); Zimmermanns, ZfL 2007, 80 (81).

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 u.a., NJW 1995, 3303 (3305).

⁴⁹ BVerfGE 93, 266 (295 f.).

⁵⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 1060/02 u.a., NJOZ 2008, 151 (152).

⁵¹ Vgl. Hochbut, NJW 2007, 192 (193); Zimmermanns, ZfL 2007, 80 (81).

⁵² Vgl. Zimmermanns, ZfL 2007, 80 (81).

⁵³ Hochbut, NJW 2006, 189 (189); Hochbut, NJW 2007, 192 (193).

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 25.10.2005 – 1 BvR 1696/98, NJW 2006, 207 (208 f.).

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 93, 266 (296).

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 25.10.2005 – 1 BvR 1696/98, NJW 2006, 207 (209); Gas, AfP 2006, 428 (429); Hochbut, NJW 2006, 189 (191).

tung auszugehen sei, in mehreren Urteilen zur Abtreibungskritik bestätigt⁵⁷ und teilweise sogar erweitert.⁵⁸

Ebenfalls in einem Spannungsverhältnis zu der sonst stets betonten überragenden Bedeutung der Meinungsfreiheit steht die häufige Verwendung des Begriffs der *Prangerwirkung*. Eine solche liegt laut BVerfG dann vor, wenn eine Aussage zu einer Stigmatisierung, Ausgrenzung oder Isolierung führt⁵⁹, insbesondere, „wenn ein allgemeines Sachanliegen durch identifizierende Herausstellung einer Einzelperson und damit durch Personalisierung eines als negativ bewerteten Geschehens verdeutlicht werden soll.“⁶⁰ Nach dieser Definition kann personalisierte Abtreibungskritik eine Anprangerung der Ärzte darstellen. Da die Figur der Prangerwirkung aber weder zur absoluten Unzulässigkeit der Äußerung führt noch ein eigenständiges Gewicht i.R.d. Abwägung hat, scheint es als wäre die Figur weitestgehend entbehrlich.⁶¹ Allerdings kommt dem Begriff eine gewisse Signalwirkung zu, die das Bewusstsein für die Gefahren schärft, die von einer namensgebundenen Kritik für das Persönlichkeitsrecht ausgehen können. Die Verwendung des Begriffs *Prangerwirkung* macht es tendenziell einfacher, in einer Abwägung zu einem Überwiegen der Persönlichkeitsrechte zu gelangen. Sie bildet eine Art sprachliches Gegengewicht zur sonst geltenden Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede.

Schließlich kann die Intensität, mit welcher Abtreibungskritik in das Persönlichkeitsrecht des Kritisierten eingreift, davon abhängen, ob der Kritisierte durch sein Vorverhalten Anlass zur Kritik gegeben hat.⁶² Auch in diesem Punkt gehen die Gerichte großzügig mit den Abtreibungsärzten um, indem sie z.B. in einem Hinweis auf die Bereitschaft zur Durchführung von Abtreibungen (nach § 219 a StGB potenziell strafbares Verhalten) kein schutzminderndes Vorverhalten sehen, weil der Hinweis auf ein von der Rechtsordnung ermöglichtes Tun keine negativen Folgen haben dürfe.⁶³ Hier zeigt sich erneut der Konflikt zwischen der Rechtswidrigkeit des beratenen Schwangerschaftsabbruchs und seiner Anerkennung in der Rechtsordnung. Ebenfalls kein schutzminderndes Vorverhalten soll das Vorgehen mit rechtlichen Schritten gegen eine Begrenzung der zulässigen Zahl an Abtreibungen in seiner Praxis darstellen, welches den Arzt als Verfechter des ungehinderten Zugangs zu Abtreibungen bekannt macht.⁶⁴

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 49/00 u.a., NJW 2006, 3769 (3772); BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 1060/02 u.a., NJOZ 2008, 151 (154).

⁵⁸ Vgl. *Hochbut*, NJW 2007, 192 (193); *Zimmermanns*, ZfL 2007, 80 (81).

⁵⁹ BVerfGE 97, 391 (404 f.); BVerfG, Beschl. v. 23.02.2000 – 1 BvR 1582/94, NJW 2000, 2413 (2414).

⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 1060/02 u.a., NJOZ 2008, 151 (155).

⁶¹ Vgl. *Gomille*, ZUM 2009, 815 (817, Fn. 23); *Rabe*, S. 149.

⁶² *Gas*, ZfL 2006, 131 (134); *Rabe*, S. 153.

⁶³ BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 1060/02 u.a., NJOZ 2008, 151 (156); OLG Stuttgart, Urt. v. 18.09.2002 – 4 U 54/02, NJOZ 2003, 2285 (2287).

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.05.2006 – 1 BvR 49/00 u.a., NJW 2006, 3769 (3773); kritisiert von: *Gas*, ZfL 2006, 131 (134).

3.3 Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Gerichte dazu tendieren, die Reichweite der Meinungsfreiheit bei personifizierter Abtreibungskritik restriktiv auszulegen. Dem Schutz der Ehre von Abtreibungsärzten und -einrichtungen scheint größeres Gewicht beigemessen zu werden als der Äußerungsfreiheit der Abtreibungsgegner. Insbesondere die verfassungsrechtlich gebotene Rechtswidrigkeit des beratenen Schwangerschaftsabbruchs scheint in der Abwägung keine Rolle zu spielen.

Dennoch gehen die Gerichte nicht so weit, personalisierte Abtreibungskritik generell als unzulässig anzusehen. Entschieden wird trotz der die Meinungsfreiheit einschränkenden Tendenzen nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls.

4 Stellungnahme

Im Hinblick darauf, dass das BVerfG⁶⁵ die konstitutive Bedeutung der Meinungsfreiheit regelmäßig hervorhebt, stellt sich die Frage, was die Gerichte zu diesem eher ehrschutzfreundlichen Handeln bewegt und was es zu bedeuten hat.

Einerseits tragen die Gerichte auf diese Weise der Tatsache Rechnung, dass die Abtreibungsärzte notwendiger Bestandteil des Beratungsmodells sind⁶⁶, und es daher verdienen, in ihrer Tätigkeit geschützt zu werden.⁶⁷ Andererseits kommen sie durch ihre Wertungsentscheidung dem herrschenden Rechtsbewusstsein der Gesellschaft entgegen. Letztlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch im Rechtsbewusstsein einzelner Richter einer Abtreibung nicht der vom offiziellen Verfassungsverständnis geforderte Unrechtsgehalt beigemessen wird und sich dies auf die Entscheidungsfindung auswirkt.

Indem das BVerfG die Reichweite der Meinungsfreiheit bei personalisierter Abtreibungskritik eher einschränkend auslegt, widerspricht es sich selbst und kommt seiner Forderung, „den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewußtsein zu erhalten und zu beleben“⁶⁸, nicht uneingeschränkt nach. Wenn aber selbst bei der Bewertung von Abtreibungskritik die Rechtswidrigkeit der Abtreibung nicht mehr ins Gewicht fallen soll, verliert das Rechtswidrigkeitsurteil weiter an Bedeutung. Der Verzicht auf die Betonung des Unrechts einer Abtreibung ließe sich letztlich nur damit begründen, dass nicht mehr an dem absoluten Lebensschutz ab der Nidation festgehalten werden soll. Die Entscheidung über die Reichweite der Meinungsfreiheit würde nach diesem Verständnis eingesetzt, um die Verfassungsinterpretation des BVerfG dem gesellschaftlichen Rechtsempfinden anzunähern, ohne einen offiziellen Rechtsprechungswechsel vollziehen zu müssen. Die Frage, wie das Grundgesetz in Bezug auf den Schutz ungeborenen Lebens zu

⁶⁵ Vgl. u.a. BVerfGE 7, 198 (208).

⁶⁶ BVerfGE 88, 203 (289); *Hillgruber*, ZfL 2000, 46 (46).

⁶⁷ Vgl. *Berghäuser*, S. 595.

⁶⁸ BVerfGE 88, 203 (261).

verstehen ist, ist allerdings von derart grundlegender Natur, dass sie nicht durch einen schleichenden Anpassungsprozess an ein Rechtsempfinden entschieden werden sollte, welches durch die Widersprüchlichkeiten des Beratungsmodells geprägt wurde.

Literatur

Berghäuser, Gloria: Das Ungeborene im Widerspruch – Der symbolische Schutz des menschlichen Lebens in vivo und sein Fortwirken in einer allopoietischen Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft, Berlin 2015.

Bölke, Dorothee: Kritik an Macht ist schutzbedürftig – Wann wird Kritik zur Schmähung?, NJW 2004, 2352-2354.

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar – Band I, Präambel, Artikel 1 – 9, 3. Auflage, Tübingen 2013.

Duttge, Gunnar: Schlusswort: Quo vadis?, in: Schumann, Eva (Hrsg.), Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund, Göttingen 2008, S. 95–113.

Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Auflage, München 2018.

Frenz, Walter: Berufsbezogene Vorwürfe und Medienveröffentlichungen, ZUM 2012, 282–289.

Gas, Tonio: Anmerkungen zu BVerfG, Beschluss vom 24.05.2006 – 1 BvR 49/00 u.a., ZfL 2006, 131–135.

Gas, Tonio: Die Variantenlehre des BVerfG bei mehrdeutigen Äußerungen: Vereinheitlichung ja, Aufgabe nein!, AfP 2006, 428–430.

Gomille, Christian: Prangerwirkung und Manipulationsgefahr bei Bewertungsforen im Internet, ZUM 2009, 815–824.

Heitzmann, Barbara: Rechtsbewusstsein in der Demokratie – Schwangerschaftsabbruch und Rechtsverständnis, Wiesbaden 2002.

Hermes, Georg/Walther, Susanne: Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht – Das zweite Abtreibungsurteil des BVerfG und seine Folgen, NJW 1993, 2337–2347.

Hillgruber, Christian: Die Rechtsstellung des Arztes beim Schwangerschaftsabbruch – freie berufliche Betätigung oder Erfüllung einer staatlichen Schutz Aufgabe?, ZfL 2000, 46–55.

Hochhut, Martin: Kein Grundrecht auf üble Nachrede – Der Stolpe-Beschluss des BVerfG schützt das Personal der Demokratie, NJW 2006, 189–191.

Hochhut, Martin: Schatten über der Meinungsfreiheit – Der „Babycaust“-Beschluss des BVerfG bricht mit der „Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“, NJW 2007, 192–195.

- Hoerster, Norbert: Das „Recht auf Leben“ der menschlichen Leibesfrucht – Rechtswirklichkeit oder Verfassungsslyrik?, JuS 1995, 192–197.
- Hufen, Friedhelm: Staatsrecht II – Grundrechte, 6. Auflage, München 2017.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.): Nomos Kommentar – Strafgesetzbuch, Band 2, 5. Auflage, Baden-Baden 2013 (zitiert: NK-StGB/Bearbeiter, §, Rn.).
- Kindhäuser, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 8. Auflage, Baden-Baden 2017.
- Kühl, Kristian/Heger, Martin: Strafgesetzbuch – Kommentar, 29. Auflage, München, 2018.
- Kunig, Philip: Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, 595–604.
- Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Auflage, München 2010.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Band 4 §§ 185–262, 3. Auflage, München 2017 (zitiert: MüKoStGB/Bearbeiter, §, Rn.).
- Otto, Harro: Die strafrechtliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, Jura 1996, 135–145.
- Philipp, Wolfgang: Meinungsfundamentalismus oder Lebensschutz?, ZfL 2004, 7–9.
- Prütting, Dorothea (Hrsg.): Medizinrecht Kommentar, 5. Auflage, Köln 2019 (zitiert: MedR-Komm/Bearbeiter, §, Rn.).
- Rabe, Christian W.: Der Schutz der Persönlichkeit vor Kritik an professionellen Leistungen, Baden-Baden 2014.
- Satzger, Helmut: Der Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff. StGB), Jura 2008, 424–434.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst et al.: Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019 (zitiert: S/S-Bearbeiter, §, Rn.).
- Strohner, Sandra: Die Strafbarkeit der schwangeren Frau beim Schwangerschaftsabbruch, Hamburg 2013.
- Wolter, Jürgen (Hrsg.): Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band IV §§ 174–241 a StGB, 9. Auflage, Köln 2017 (zitiert: SK-StGB/Bearbeiter, §, Rn.).
- Zimmermanns, Thomas: BVerfG schränkt Meinungsfreiheit für Abtreibungsgegner ein – Anmerkungen zu BVerfG, ZfL 2006, 135 ff., ZfL 2007, 80–85.
- Zschiegner, André: Die dogmatische Einordnung der beratungsgebundenen Fristenlösung gem. § 218 a Abs. 1 StGB, Berlin 2011.

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine einfachgesetzliche Konkretisierung im geltenden Familienrecht

Friederike Ammann

1 Einleitung

Im Jahr 1989, also vor etwa 30 Jahren hat das Bundesverfassungsgericht das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gerichtlich anerkannt.¹ Doch es bestanden oft erhebliche Probleme, dieses Recht auch tatsächlich durchzusetzen. Insbesondere im Falle einer heterologen Insemination (Samenspende), bei der die Samen eines Dritten (des Samenspenders) über einen vaginalen Zugangsweg in die Gebärmutter eingebracht werden², hatten die Kinder oft Schwierigkeiten, Kenntnis über ihren genetischen Vater zu erlangen. Warum dies der Fall war, soll im Folgenden näher beleuchtet werden. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bezieht sich auch auf die Kenntnis der genetischen Mutter.³ Dies wird insbesondere im Rahmen von Embryonenspenden von Bedeutung. Die nachfolgende Ausführung beschränkt sich aber auf den Fall der heterologen Insemination.

Das Problem, dass sich das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nur schwer durchsetzen lässt, hat auch der Gesetzgeber erkannt und daher im Juli 2018 ein neues Gesetz beschlossen, das „Gesetz zur Regelung der Kenntnis der eigenen Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen“. Hat das Gesetz das Ziel,

¹ BVerfG, Urteil vom 31.01.1989, BVerfGE 79, 256.

² *Sethe* 1. Teil A. IV. 1. a) S. 35.

³ *Spickhoff* MedizinR vor § 1591 Rn. 7; *Dethloff* JZ 2014, 922 (928); *Coester-Waltjen* FF 2017, 224 (228).

die Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu verbessern, auch tatsächlich erreicht? Welchen Stellenwert hat das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung für diejenigen, die keine Kenntnis ihres genetischen Vaters haben? Diesen Fragen wird sich die nachfolgende Ausarbeitung widmen. Dazu wird zunächst auf die bestehenden Abstammungsregeln des Familienrechts eingegangen, um anschließend die rechtliche Verankerung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung, sowie die Bedeutung dieses Rechts für diejenigen, die ihre Abstammung nicht kennen, näher zu beleuchten. Danach wird sich der Problematik der Durchsetzbarkeit des Rechts gewidmet, um abschließend die Neuerungen des Gesetzes darzustellen und zu bewerten.

2 Die Abstammung im Familienrecht

Wer rechtlicher Vater eines Kindes ist, richtet sich nach § 1592 BGB. Gemäß § 1592 Nr. 1 BGB ist Vater eines Kindes der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, oder gemäß § 1592 Nr. 2 BGB derjenige, der die Vaterschaft anerkannt hat, oder dessen Vaterschaft nach § 1600d BGB oder § 182 Abs. 1 FamFG gerichtlich festgestellt wurde (§ 1592 Nr. 3 BGB).

Das Kind hat die Möglichkeit, seine Abstammung ändern bzw. klären zu lassen. Es ist gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB dazu berechtigt, eine bestehende Vaterschaft anzufechten. Zudem kann das Kind die Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 3 BGB, § 1600d BGB gerichtlich feststellen lassen, sofern es keinen Vater im Rechtssinne hat.

Das Kind hat gemäß § 1598a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB einen Anspruch gegen seine rechtlichen Eltern auf Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung. Im Gegensatz zum Vaterschaftsfeststellungsverfahren ist das Ziel des § 1598a BGB die leibliche Abstammung zu klären, ohne dass sich die statusrechtliche Zuordnung des Kindes ändert.⁴ Allerdings kann mit Hilfe dieses Verfahrens nur festgestellt werden, ob die rechtliche und die leibliche Elternschaft übereinstimmen.⁵ Ist dies nicht der Fall, folgt keine weitere Klärung wer die genetischen Eltern sind.⁶

⁴ MüKo/Wellenhofer § 1598a BGB Rn. 1; Helms FamRZ 2008, 1033 (1033).

⁵ Palandt/Brudermüller § 1598a BGB Rn. 6.

⁶ Palandt/Brudermüller § 1598a BGB Rn. 6.

3 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

3.1 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).⁷ Das Kind hat ein Recht darauf, dass ihm erlangbare Informationen nicht vorenthalten werden dürfen.⁸

3.2 Einfachgesetzliche Ausgestaltung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Unmittelbar aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht lassen sich keine Ansprüche des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung herleiten.⁹ Daher bedarf es im Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten einer zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage.¹⁰ Diese Anspruchsgrundlage besteht in Form von Auskunftsansprüchen, die darauf gerichtet sind, von dem behandelnden Mediziner oder von den Eltern Daten über den leiblichen Vater zu erhalten.

Der Auskunftsanspruch gegen den Mediziner wurde teilweise auf § 810 BGB gestützt.¹¹ Überwiegend wird aber § 242 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen.¹² Ein Anspruch nach § 242 BGB setzt voraus, dass der Anspruchsberechtigte, der zur Durchsetzung seiner Rechte auf die Auskunft angewiesen ist, „in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen und der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen“.¹³ Es bedarf einer Sonderverbindung, die sich in diesem Falle aus dem zwischen den Wunscheltern und dem Reproduktionsmediziner geschlossenen Behandlungsvertrag ergibt.¹⁴ Dieser Vertrag stellt einen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter (in diesem Fall zu Gunsten des Kindes) dar.¹⁵

Gegen die Mutter hat das Kind einen Auskunftsanspruch, der auf die Angabe von Daten des potenziell genetischen Vaters bzw. auf die Angabe des behandelnden

⁷ BVerfG, Urteil vom 31.01.1989, BVerfGE 79, 256 (268 f.).

⁸ BVerfG, Urteil vom 31.01.1989, BVerfGE 79, 256 (269); BVerfG Urteil vom 19.04.2016, BVerfGE 141, 186 (202).

⁹ Palandt/*Brudermüller* Einf. v. § 1591 BGB Rn. 2.

¹⁰ BGH Urteil vom 28.01.2015, BGHZ 204, 54 (56 f.).

¹¹ *Harder* JuS 1986, 505 (508); *Kollbosser* JA 1985, 553 (557).

¹² BGH Urteil vom 28.01.2015, BGHZ 204, 54 (57 f.); OLG Hamm, Urteil vom 06.02.2013, NJW 2013, 1167 (1168); Palandt/*Brudermüller* Einf. v. § 1591 Rn. 2; MüKo/*Wellenhofer* § 1598a BGB Rn. 56.

¹³ BGH Beschluss vom 20.02.2013, BGHZ 196, 207 (216); OLG Hamm, Urteil vom 06.02.2013, NJW 2013, 1167 (1168).

¹⁴ BGH Urteil vom 28.01.2015, BGHZ 204, 54 (57 f.).

¹⁵ BGH Urteil vom 28.01.2015, BGHZ 204, 54 (58).

Arztes gerichtet ist.¹⁶ Dieser Anspruch besteht auch dann, wenn das Kind adoptiert wurde.¹⁷ Anspruchsgrundlage für diesen Auskunftsanspruch ist § 1618a BGB¹⁸, wonach Kinder und Eltern zum gegenseitigen Beistand und zur Rücksichtnahme verpflichtet sind.

3.3 Bedeutung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Viele Personen empfinden die Tatsache, dass sie ihren leiblichen Vater nicht kennen, als sehr belastend. Dass ihnen ein Recht zusteht, Kenntnis über ihren leiblichen Vater erlangen zu können, ist für diese Personen daher von großer Bedeutung.

Dies bestätigen auch die von *Petra Thorn* zitierten Studien.¹⁹ *Petra Thorn* hat unterschiedliche Studien, sowohl quantitativer als auch qualitativer Art ausgewertet, die mit Personen durchgeführt worden sind, die mittels Gametenspende (Samen-, Eizellen- und Embryonenspende) gezeugt worden sind. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass viele der Studienteilnehmer großes Interesse an der genetischen Herkunft haben.²⁰ Zudem zeigen die von *Thorn* zitierten Studienergebnisse, dass Personen, die erst spät also im Erwachsenenalter über die Umstände ihrer Zeugung aufgeklärt worden sind, dies als schockierend erleben und die gebildete Identität hinterfragen.²¹ Das gleiche gilt für Personen, die von der Art der Zeugung durch Zufall erfahren.²²

Auch die auf der Website des Vereins Spenderkinder veröffentlichten Erfahrungsberichte von Spenderkindern bestätigten die Grundaussagen der von *Thorn* dargestellten Forschungsergebnisse. Der Verein Spenderkinder ist ein Zusammenschluss von Personen, die mittels heterologer Insemination (Samenspende) gezeugt wurden. *Nina*, die mit 28 Jahren herausgefunden hat, dass sie mittels einer Samenspende gezeugt worden ist, gibt an, dass die Aufklärung über die Art der Zeugung an ihren Grundfesten gerüttelt habe.²³ *Anna*, die mit 26 Jahren von ihrer Mutter über die Umstände ihrer Zeugung aufgeklärt wurde, sagt, dass sie sich durch das Gespräch mit ihren Eltern in ihrer Identität bedroht gefühlt habe.²⁴ Die Suche nach

¹⁶ MüKo/Wellenbofer § 1598a BGB Rn. 48; Erman/Hammermann Vorbemerkung vor § 1598a Rn. 7.

¹⁷ BGH, NJW 2022, 1088 (1091).

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 6.05.1997, BVerfGE 96, 56 (62); Palandt/Brudermüller Einf. v. § 1591 Rn. 2.

¹⁹ *Thorn*, in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit*, Familienbildung mit Spendersamen, 2014, 131 (131 ff).

²⁰ *Thorn*, in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit*, Familienbildung mit Spendersamen, 2014, 131 (134).

²¹ *Thorn*, in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit*, Familienbildung mit Spendersamen, 2014, 131 (133); so auch Tendenz in *Kindler/Walper/Lux/Bovenschen*, NZFam 2017, 929 (932).

²² *Thorn*, in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit*, Familienbildung mit Spendersamen, 2014, 131 (133).

²³ Spenderkinder, Meinungen und Geschichten, Erfahrungsbericht „*Nina*“ (Website zuletzt aufgerufen am 09.12.2018).

²⁴ Spenderkinder, Meinungen und Geschichten, Erfahrungsbericht „*Anna*“ (Website zuletzt aufgerufen am 09.12.2018).

den genetischen Wurzeln kann helfen, mit diesem Bruch innerhalb der Identitätsentwicklung umgehen zu können.²⁵

4 Problematik der Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung

4.1 Problematik in Bezug auf die Auskunftsansprüche

Kinder, die gegen ihre Eltern Auskunftsansprüche geltend gemacht haben, hatten oftmals das Problem, dass die Eltern selbst zum Zeitpunkt der heterologen Insemination gar nicht wissen, wer die Samen für die künstliche Befruchtung gespendet hat, sodass der Auskunftsanspruch gegen die Eltern in vielen Fällen keinen Erfolg hatte. Grundsätzlich ist ein solcher auf die Auskunft über die Identität des leiblichen Vaters gerichteter Titel vollstreckbar.²⁶

Die Kliniken und die behandelnden Mediziner verweigern häufig, dem Kind Auskunft zu erteilen, da sie dem Spender bei der Samenspende Anonymität zugesichert haben.²⁷ Auf diese zugesicherte Anonymität können sich die Ärzte jedoch nicht mehr berufen.²⁸ Darüber hinaus berufen sie sich teilweise auch darauf, dass sie alle Daten vernichtet haben.²⁹ Zwar besteht eine Dokumentationspflicht in Bezug auf die Daten des Samenspenders, die sich aus §§ 8 d, 16a TPG i. V. m. §§ 6 Abs. 2, 5 Abs. 2 TPG-GewV ergibt und gemäß § 15 Abs. 2 i.V.m. § 8d Abs. 2, § 13 a TPG 30 Jahre beträgt. Diese dreißigjährige Aufbewahrungspflicht gilt jedoch erst seit 2007 (Grundlage war das Gewebegesetz, das die Geweberichtlinie 2004/23/EG umgesetzt hat).³⁰ Vor dieser Regelung wurden die Daten des Spenders wie medizinische Unterlagen behandelt, für die eine Aufbewahrungsfrist von 10 Jahren galt. Folglich entspricht es in einigen Fällen der Wahrheit, dass die entsprechenden Unterlagen vernichtet worden sind.³¹ Der behandelnde Mediziner kann sich aber erst dann auf eine Unmöglichkeit der Auskunftserteilung berufen, wenn er alles Zumutbare getan hat, um an den Namen des Samenspenders zu gelangen,³² sodass es nicht ausreicht, wenn er angibt, dass er sich an den Namen des Samenspenders nicht

²⁵ Stellungnahme Berufsverband Kinder und Jugendpsychologen in BVerfG, Urteil vom 19.04.2016, BVerfGE 141, 186 (195 f.); *Riley*, Australian Journal of Adoption, Vol. 7 No. 2, S. 9 f (Website zuletzt aufgerufen am 06.12.2018).

²⁶ BGH, NJW 2022, 1088 (1093).

²⁷ Verein Spenderkinder, Die Rechtliche Situation, II. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Frage 8 – Weswegen haben Spenderkinder Probleme, ihre Rechte durchzusetzen? (Webseite zuletzt aufgerufen am 26.11.2018, 15:25).

²⁸ OLG Hamm, Urteil vom 06.02.2013, NJW 2013, 1167 (1169); BGH Urteil vom 28.01.2015, BGHZ 204, 54 (70).

²⁹ *Zypries/Zeeb*, ZRP 2014, 54 (55).

³⁰ BGBl. 2007 I, 1574.

³¹ *Zypries/Zeeb*, ZRP 2014, 54 (55).

³² OLG Hamm, Urteil vom 06.02.2013, NJW 2013, 1167 (1170).

erinnern kann.³³ Diese Problemfelder erschweren es, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch tatsächlich durchzusetzen.

4.2 Problematik in Bezug auf die familienrechtlichen Verfahren

Grundsätzlich hatte das Kind gemäß § 1600 d BGB a.F. die Möglichkeit, den biologischen Vater auch als rechtlichen Vater feststellen zu lassen. Hatte das Kind den Wunsch, den Samenspender als rechtlichen Vater feststellen lassen, bestand das Problem, dass es – sofern es bereits einen rechtlichen Vater hat – diese Vaterschaft erst beseitigen musste, bevor es die Vaterschaft des Samenspenders feststellen lassen konnte. Die rechtsfolgenlose Abstammungsklärung nach § 1598a BGB ist nicht dazu geeignet, um die Vaterschaft des leiblichen Vaters feststellen zu lassen, da der Anspruch auf die Zustimmung in eine genetische Abstammungsuntersuchung nur gegen die rechtlichen Eltern geltend gemacht werden kann.³⁴

5 Neueinführung des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen

Auch der Gesetzgeber hat das Problem erkannt, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung sich nur schwer durchsetzen lässt. In dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung heißt es dazu, dass die bisherigen Regelungen nicht geeignet seien, das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung sicherzustellen.³⁵ Daher wurde das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei heterologer Verwendung verabschiedet, mit dem Ziel die Durchsetzung des Rechtes auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu verbessern.³⁶ Inkraftgetreten ist das neue Gesetz ab 1. Juli 2018. Das Gesetz sieht die Einführung eines Samenspenderregistergesetzes vor. Durch das Samenspenderregistergesetz sollen gemäß § 1 Abs. 2 SaRegG die organisatorischen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen geschaffen werden, um die Ausübung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung zu gewährleisten. Dazu werden die Daten der an der heterologen Insemination beteiligten Personen bei einem zentralen Register, dem Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI), erfasst und die Dauer der Speicherung der Daten wird auf 110 Jahre erweitert.³⁷ Zudem wurde eine Änderung des § 1600d Abs. 4 BGB beschlossen. Durch diese Änderung kann der Samenspender, sofern die übrigen Voraussetzungen des § 1600d Abs. 4 BGB erfüllt sind, nicht mehr als Vater des Kindes festgestellt werden.

³³ OLG Hamm, Urteil vom 06.02.2013, NJW 2013, 1167 (1170).

³⁴ Soergel/*Schmidt-Recla* § 1598a BGB Rn. 11.

³⁵ BT-Drucks 18/11291 S. 1, S.16.

³⁶ BT-Drucks 18/11291 S. 1, S.16.

³⁷ BT-Drucks 18/11291 S. 1 f., S. 16.

5.1 Neuregelungen und Auskunftsanspruch des SaRegG

§ 10 SaRegG regelt die Voraussetzungen und das Verfahren der Auskunftserteilung. Gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 SaRegG hat ein Kind, das vermutet durch heterologe Insemination gezeugt worden zu sein, einen Auskunftsanspruch gegen das DIMDI. Der Anspruch ist gemäß § 10 Abs. 2 S.1 SaRegG gerichtet auf die Mitteilung der im Samenspenderregister gespeicherten personenbezogenen Daten. Die Entnahmeeinrichtung hat gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 SaRegG die Pflicht, diese personenbezogenen Daten des Spenders zu erheben und zu speichern. Diese Daten müssen von der Entnahmeeinrichtung gem. § 6 Abs. 4 S. 1 SaRegG auf Verlangen des DIMDI an dieses übermittelt werden. Zudem besteht gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 SaRegG die Möglichkeit, dass der Samenspender weitere Angaben zu seiner Person oder zu seinen Beweggründen für die Spende macht. Macht der Spender zusätzlich diese freiwilligen Angaben, so erstreckt sich der Auskunftsanspruch des Kindes gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 SaRegG auch auf diese. Der Anspruch kann gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 SaRegG nach der Vollendung des 16. Lebensjahres nur von dem Kind selbst geltend gemacht werden. Die personenbezogenen Daten des Spenders werden gemäß § 8 S. 1 SaRegG für die Dauer von 110 Jahren gespeichert.

Es besteht nach dem neuen Samenspenderregistergesetz keine Pflicht der Eltern, das Kind über die Umstände der Zeugung aufzuklären.³⁸ Die Mutter des Kindes wird aber gemäß § 4 S. 1 Nr. 1 SaRegG auf die Bedeutung hingewiesen, die die Kenntnis der Abstammung für die Entwicklung des Kindes hat. In diesem Zusammenhang soll der Empfängerin der Samenspende die Bedeutung einer rechtzeitigen und altersgerechten Aufklärung aufgezeigt werden.³⁹

5.2 Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 1600d Abs. 4 BGB

Voraussetzung des § 1600d Abs. 4 BGB ist zunächst, dass das Kind durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung i.S.d. § 1 a Nr. 9 des Transplantationsgesetzes unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt worden ist. Dieser Samen muss von einem Spender einer Entnahmeeinrichtung im Sinne von § 2 Absatz 1 Satz 1 SaRegG zur Verfügung gestellt worden sein. Damit fallen ärztlich unterstützte künstliche Befruchtungen, die mit privaten gespendeten Samen vorgenommen werden, nicht in den Anwendungsbereich des § 1600d Abs. 4 BGB.⁴⁰ Ebenso wenig werden nicht-ärztlich vorgenommene Befruchtungen vom § 1600d Abs. 4 BGB erfasst.⁴¹ Liegen die Voraussetzungen des § 1600d Abs. 4 BGB vor, so kann der Samenspender nicht mehr als Vater des Kindes festgestellt werden.

³⁸ Helms FamRZ 2017, 1537 (1540).

³⁹ BT-Drucks 18/11291 S. 15.

⁴⁰ Spickhoff MedizinR, § 1600d BGB Rn. 18.

⁴¹ Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Hahn, Beck OK BGB § 1600d Rn. 12.

6 Kritische Würdigung der neuen Regelungen

6.1 Samenspenderregistergesetz

Die Einführung des Samenspenderregistergesetzes ist als positiv zu bewerten, da die Kinder nun anders als zuvor den Auskunftsanspruch zentral geltend machen können und nicht mehr auf die Mithilfe des behandelnden Mediziners oder der Eltern angewiesen sind. Auch der Verein Spenderkinder begrüßt die Einführung eines zentralen Samenspenderregistergesetzes.⁴² Die Erhöhung der Speicherungszeit der Daten von 30 auf 110 Jahre ist zu befürworten, da es möglich ist, dass Kinder, die aus einer heterologen Insemination hervorgegangen sind, erst nach dem 30. Lebensjahr Interesse an der eigenen Herkunft entwickeln. Das Samenspenderregistergesetz sieht auch eine Erhöhung der Speicherungszeit für Daten der Samenspender vor, die vor der Geltung des neuen Gesetzes erhoben worden sind. Problematisch ist dabei jedoch, dass diese Daten nicht zentral beim DIMDI aufbewahrt werden, sondern vielmehr in der jeweiligen medizinischen Einrichtung verbleiben. Dadurch sind Kinder, die die Daten des Samenspenders ermitteln möchten, weiterhin auf die Mithilfe der medizinischen Einrichtung angewiesen.

Private Samenspenden sind von der Regelung des neuen Gesetzes nicht umfasst. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird durch diesen Ausschluss massiv eingeschränkt, da das Kind, um die Identität des Spenders zu ermitteln, auf die Hilfe der Eltern angewiesen ist und nicht auf einem anderen Wege Kenntnis über die eigene Abstammung erlangen kann.

Ausdrücklich zu befürworten ist, dass die Empfängerin der Samenspende über die Bedeutung des Rechtes auf Kenntnis der eigenen Abstammung hingewiesen wird und ihr in dem Zusammenhang auch die Bedeutung einer frühzeitigen Aufklärung verdeutlicht wird. Dadurch wird das Bewusstsein der Mutter geschärft, dass eine rechtzeitige Aufklärung über die Umstände der Zeugung für die Entwicklung des Kindes wichtig ist. Die Möglichkeit, dass der Samenspender nun freiwillig weitere Angaben zu seiner Person machen kann, beispielsweise zu seinen Hobbys, seinem Aussehen oder zu seiner Motivation zur Samenspende, ist als positiv zu bewerten, da sich die Kinder, die durch eine Samenspende gezeugt worden sind, so ein besseres Bild von dem biologischen Vater machen können.

6.2 Neuerungen des § 1600d Abs. 4 BGB

Durch die Neuerungen des § 1600d Abs. 4 BGB kann das Kind den Samenspender nicht mehr als Vater feststellen lassen. Das Kind kann durch die Neuregelung keine erbrechtlichen und unterhaltsrechtlichen Ansprüche mehr gegen den Samenspender geltend machen. Damit nähert sich Deutschland den europäischen Vorschriften weitestgehend an.⁴³ In Europa ist eine Freistellung des Samenspenders von finan-

⁴² Stellungnahme Spenderkinder S. 2 (Website zuletzt aufgerufen am 07.12.2018).

⁴³ BT-Drucks 18/11291.

ziellen Ansprüchen des Kindes weitestgehend Standard. Es wird prognostiziert, dass durch die neue Regelung die Spendebereitschaft wieder steigen wird, da zuvor viele Samenspenden von einer etwaigen finanziellen Inanspruchnahme abgeschreckt worden sind.⁴⁴ Dadurch wird wahrscheinlich auch ein „Abwandern“ der Samenspenden ins Ausland reduziert.⁴⁵ Mittelbar wird dadurch auch verhindert, dass Frauen auf Samen aus dem Ausland zurückgreifen, wo unter Umständen das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht gewährleistet ist.⁴⁶

Die neue Regelung schließt die Anerkennung des Samenspenders als rechtlichen Vater per se aus und sieht keine Ausnahme vor. In der Regel werde es zwar so sein, dass Samenspenden keinen Kontakt zu ihren leiblichen Kindern wünschen und auch nicht als Vater fungieren möchten.⁴⁷ Doch auch zu dieser Regel gebe es Ausnahmen.⁴⁸ So sei es durchaus denkbar, dass beide – der Vater und sein leibliches Kind – den Wunsch haben, den biologischen Vater auch als rechtlichen Vater anerkennen zu lassen. Um diesen Wunsch gerecht zu werden, könnte für diese Fälle in den § 1600d IV BGB ein Ausnahmetatbestand eingefügt werden.⁴⁹ Diesem Vorschlag muss stattgegeben werden, da es nicht interessengerecht scheint, wenn sowohl das Kind als auch der Samenspenden eine rechtliche Vaterschaft des Samenspenders wünschen, diesem Wunsch nicht gerecht zu werden.

7 Ausblick

Das neue Gesetz ist wichtig, um das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch tatsächlich umsetzen zu können. Allerdings wird das neue Gesetz sowohl von der Bundesärztekammer als auch vom Verein Spenderkinder nicht für umfassend genug gehalten.⁵⁰ Daher spricht sich die Bundesärztekammer für die Einführung eines Fortpflanzungsmedizingesetzes aus, das konkrete Regelungen für künstliche Reproduktionen enthält.⁵¹ Zudem wird ein neues Konzept im Familienrecht gefordert, um den neuen medizinischen Entwicklungen Rechnung zu tragen.⁵²

Der Arbeitskreis Abstammungsrecht⁵³ schlägt vor, dass bei der heterologen Insemination die Person, die in die ärztlich assistierte Fortpflanzung eingewilligt hat,

⁴⁴ *Spickhoff* ZfPW 2017, 257 (283).

⁴⁵ *Taupitz/Theodoridis* MedR 2018, 457 (461).

⁴⁶ *Spickhoff* ZfPW 2017, 257 (283 f.).

⁴⁷ *Taupitz/Theodoridis* MedR 2018, 457 (463).

⁴⁸ *Taupitz/Theodoridis* MedR 2018, 457 (463).

⁴⁹ *Spickhoff* ZfPW 2017, 257 (283) *Taupitz/Theodoridis* MedR 2018, 457(463).

⁵⁰ Stellungnahme Spenderkinder S. 2 (Website zuletzt aufgerufen am 11.12.2018); Stellungnahme Bundesärztekammer S. 2 f. (Website zuletzt aufgerufen am 11.12.2018).

⁵¹ Stellungnahme Bundesärztekammer S. 2 f. (Website zuletzt aufgerufen am 11.12.2018).

⁵² Stellungnahme Bundesärztekammer S. 4 (Website zuletzt aufgerufen am 11.12.2018).

⁵³ Der Arbeitskreis Abstammungsrecht wurde vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzt, um einen etwaigen Reformbedarf im Bereich des Abstammungsrechts zu prüfen. Er besteht aus elf namenhaften Sachverständigen und ist interdisziplinär zusammengesetzt.

als zweiter rechtlicher Elternteil neben der Mutter gelten soll.⁵⁴ Dadurch gewinnt das Kind die Sicherheit, neben der Mutter einen feststehenden zusätzlichen Elternteil zu haben. Zudem haben sich die Wunscheltern bewusst für eine Elternschaft entschieden, die sich auch durch die Übernahme der Verantwortung für das Kind auszeichnet. Dem sollte Rechnung getragen werden. Zudem schlägt der Arbeitskreis Abstammungsrecht vor, dass jedes Kind einen Anspruch auf statusunabhängige Klärung der genetischen Abstammung haben soll.⁵⁵ Dieser ist auf die Zustimmung zu einer außergerichtlichen Klärung der Abstammung gerichtet, d.h. der § 1598a BGB würde dadurch erweitert werden. Dieser Vorschlag sollte unbedingt umgesetzt werden, da er sowohl das Interesse des Samenspenders als auch des Kindes angemessen berücksichtigt. Das Kind hätte dadurch die Möglichkeit, die biologische Vaterschaft des Samenspenders zweifelsfrei feststellen zu lassen, während der Samenspender vor einer finanziellen Inanspruchnahme geschützt wird. Zwar könnte auch angeführt werden, dass dem Samenspender dadurch zu viele Verpflichtungen auferlegt werden. Allerdings muss er sich bei Abgabe der Samenspende im Klaren darüber sein, dass durch die Samenspende Menschen entstehen, die ein Recht darauf haben, die eigene genetische Abstammung zu kennen. Das Bundesverfassungsgericht hat zwei Jahre vor der Einführung des neuen Gesetzes aber in der Entscheidung vom 19.04.2016⁵⁶ einer Erweiterung des § 1598a BGB widersprochen. Es wurde argumentiert, dass das Kind nicht rechtlos sei, weil es immer noch das Vaterschaftsfeststellungsverfahren in Bezug auf den Samenspender betreiben könne. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung unter Geltung der jetzigen Rechtslage aufrechterhalten wird.

Kinder, die ihre eigene Abstammung ergründen wollten, hatten vor Geltung der jetzigen Rechtslage einen steinigen Weg auf sich zu nehmen, um Kenntnis von ihrer Abstammung zu erlangen. Durch die Einführung des Samenspenderregistergesetzes können zumindest Kinder, die durch heterologe Insemination gezeugt worden sind, Kenntnis über ihre Abstammung erlangen. Es bleibt abzuwarten, wie der Gesetzgeber in Bezug auf die fortschreitenden medizinischen Entwicklungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin reagiert und ob er eine Anpassung des Abstammungsrechts vornimmt.

⁵⁴ Stellungnahme Arbeitskreis Abstammungsrecht, S. 72 (Website zuletzt aufgerufen am 09.12.2018).

⁵⁵ Stellungnahme Arbeitskreis Abstammungsrecht, S. 83 ff (Website zuletzt aufgerufen am 09.12.2018).

⁵⁶ BVerfGE, Urteil vom 19.04.2016, BVerfGE 141, 186.

Literatur und Quellen

- Arbeitskreis Abstammungsrecht, Empfehlung für eine Reform des Abstammungsrechts von 2017, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017_AK_Abstimmung_Abschlussbericht.pdf?jsessionid=706FA335FEA7D7A48D8DAC738B05A902.2_cid289?__blob=publicationFile&v=4.
- Bamberger, Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, Beck'scher Online Kommentar, 48. Edition, 2018. (Zitiert als: Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Bearbeiter, Beck OK BGB).
- Bundesärztekammer, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 21. Dezember 2016, abrufbar unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/samenspende.pdf.
- Coester-Waltjen, Dagmar, Das Recht auf (Kenntnis der eigenen) Abstammung, in: FF 2017, S. 224–235.
- Dethloff, Nina, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, in: JZ 2014, 922–932.
- Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Peter, Erman BGB Kommentar, 15. Auflage 2017. (Zitiert als: Erman/Bearbeiter).
- Harder, Manfred, Wer sind Vater und Mutter? Familienrechtliche Probleme in der Fortpflanzungsmedizin, in: JuS 1986, S. 505–512.
- Helms, Tobias, Das neue Verfahren zur Klärung der leiblichen Abstammung, in: FamRZ 2008, S. 1033–1037.
- Helms, Tobias, Familienrechtliche Aspekte des Samenspenderegistergesetzes, in: FamRZ 2017, S. 1537–1542.
- Kindler, Heinz/Walper, Sabine/Lux, Ulrike/Bovenschen, Ina, Kenntnis der Abstammung bei fragmentierter Elternschaft aus humanwissenschaftlicher Sicht, in: NZFam 2017, S. 929–935.
- Palandt, Otto, Beckscher Kurzkomentar Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, 2018.
- Riley, H. J., Confronting the conspiracy of silence and denial of difference for late discovery adoptive persons and donor conceived people von 2013, Australian Journal of Adoption, Vol. 7 No. 2, abrufbar unter: <http://pandora.nla.gov.au/pan/98265/20140416-0018/www.nla.gov.au/openpublish/index.php/aja/article/view/3022/3516.html>.
- Säcker, Franz Jürgen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, 7. Auflage, 2017. (Zitiert als: MüKo/Bearbeiter).

- Sethe, Henning von, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus Sicht des Kindes. Eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Jur. Diss., 1994, Veröffentlichung 1995.
- Spickhoff, Andreas, Becksche Kurzcommentare, Medizinrecht, 3. Auflage, 2018
- Spickhoff, Andreas, Vaterschaftsfeststellung, Vaterschaftsanfechtung und das Recht auf Kenntnis der Abstammung nach heterologer Insemination, in: ZfPW 2017, S. 257–285.
- Soergel, Theodor/Siebert, Wolfgang, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 19/1 Familienrecht §§ 1589–1615n, 2012.
- Taupitz, Jochen/Theodoridis, Athina, Das Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, in: MedR 2018, S. 457–466.
- Thorn, Petra, Familienbildung mit Spendersamen: Forschungsstand, klinische Erfahrungen und juristische Erfordernisse aus psychosozialer Perspektive, in: Coester-Waltjen, Dagmar/Lipp, Volker/Schumann, Eva/Veit, Barbara, „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht? 13. Göttinger Workshop zum Familienrecht, 2014, S. 131–142.
- Verein Spenderkinder, Die Rechtliche Situation, II. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Frage 8 – Weswegen haben Spenderkinder Probleme, ihre Rechte durchzusetzen?, abrufbar unter: <https://www.spenderkinder.de/infos/dierechtlichesituation/>.
- Verein Spenderkinder, Meinungen und Geschichten, Erfahrungsbericht „Nina“, abrufbar unter: <http://www.spenderkinder.de/ueberuns/meinungenundgeschichten/nina/>.
- Verein Spenderkinder, Meinungen und Geschichten, Erfahrungsbericht „Anna“, abrufbar unter: <http://www.spenderkinder.de/ueberuns/meinungenundgeschichten/anna/>.
- Verein Spenderkinder, Stellungnahme des Vereins Spenderkinder zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit vom 6. Oktober 2016, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP18/Samenspenderegister/SaReG_Stn_Spenderkinder.pdf.
- Zypries, Brigitte/Zeeb, Monika, Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, in: ZRP 2014, S. 54–57.

Eröffnungswehen als gerechtfertigte Zäsur der strafrechtlichen Abgrenzung von Tötungsdelikt und Schwangerschaftsabbruch?

Nora Höfs

1 Einleitung

Der Rechtsschutz des Ungeborenen ist ein seit Jahrzehnten diskutiertes problematisches Thema.¹ Zunächst lässt sich sagen, dass das ungeborene Leben ein individuelles Leben ist, welches sich im Entwicklungsprozess nicht erst zum menschlichen Leben entwickelt, sondern verfassungsrechtlich gesehen bereits ein solches ist. Und „wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu“.² Das Lebensrecht aus Art. 2 II 1 GG umfasst damit auch das Ungeborene. Dies führt dazu, dass es grundsätzlich unter den Schutz der Rechtsordnung zu stellen ist. Ab welchem Entwicklungsstadium der Schutz im Strafrecht beginnt, ist aber bis heute umstritten. Dies zeigt sich u.a. anhand des am 19.11.2019 ergangenen Urteils des Landgerichts Berlin. In dem Fall wurde bei einem Kaiserschnitt zunächst ein gesundes Kind entbunden und anschließend der schwer hirngeschädigte, aber lebensfähige Zwilling mittels einer Kaliumchloridlösung getötet.³ Der Fall zeigt die Erforder-

¹ Vgl. *Drescher*, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 8 ff., 53 ff.

² BVerfGE 88, 203.

³ Redaktion beck-aktuell, zu LG Berlin, Urteil vom 19.11.2019 – 532 Ks 7/16, Becklink 2014746, 19.11.2019; Redaktion FD-StrafR, zu LG Berlin, Urteil vom 19.11.2019 – 532 Ks 7/16, Link 422328, 20.11.2019/23.

lichkeit der genauen strafrechtlichen Abgrenzung zwischen dem erheblich milder bestraften Schwangerschaftsabbruch nach §§ 218 ff. StGB und den Tötungsdelikten gemäß §§ 211 ff. StGB. Dies gilt insbesondere bei solchen Spätschwangerschaftsabbrüchen nach der 22. Schwangerschaftswoche, bei denen das Ungeborene schon lebensfähig ist.

Hier zeichnet sich eine „besorgniserregend ansteigende Tendenz“ ab.⁴ Während die Anzahl der Fälle 2007 noch 229 betrug, stieg diese bis 2018 auf insgesamt 655 Fälle an.⁵ In dem Urteil des Landgericht Berlins wurde der Zeitpunkt der Zäsur auf den Beginn der Geburt mit den Eröffnungswehen gesetzt. Dadurch wurden die Ärzte nicht mehr nach den §§ 218 ff. StGB, sondern wegen Totschlags bestraft.⁶ Es stellt sich daher die Frage, ob der Zeitpunkt der Eröffnungswehen für den Beginn des umfassenden strafrechtlichen Schutzes über §§ 211 ff. StGB gerechtfertigt ist, oder ob dieser bereits früher oder erst später angesetzt werden sollte. Zur Beantwortung dieser Frage soll in dieser Arbeit geklärt werden, ab wann ein Mensch i.S.d. §§ 211 ff. StGB anzunehmen ist. Hierbei ist auf alle vertretenen Auffassungen einzugehen.

2 Hauptteil

Für die Anwendbarkeit des strafrechtlichen Schutzes verlangen die §§ 211 ff. StGB die Tötung eines Menschen. Fraglich ist, ab wann das Ungeborene als Mensch i.S.d. §§ 211 ff. StGB anerkannt werden sollte.

2.1 Entwicklungsstadien des werdenden Menschen

Zur Beantwortung dieser Frage ist es hilfreich, sich zunächst einen Überblick über die verschiedenen Entwicklungsstadien des werdenden Menschen zu verschaffen. Der Prozess beginnt mit der Verschmelzung der Ei- und der Samenzelle (Befruchtung). Anschließend wandert der Keim aus dem Eileiter in Richtung Gebärmutter und nistet sich ca. in der 2. Schwangerschaftswoche nach der Befruchtung in der Gebärmutterschleimhaut ein (Nidation). Der Begriff des Keims wandelt sich nunmehr in den des Embryos.⁷ Ab diesem Zeitpunkt bilden sich auch das Nervensystem und das Gehirn heraus.⁸ Bis zum Ende der 6. Schwangerschaftswoche nach der Befruchtung sind Gehirn und Rückenmark fast vollständig angelegt.⁹ Ab der 13. Schwangerschaftswoche liegt bereits eine fast vollständige Trennung der Organ-

⁴ *Duttge*, in *Prütting*, Medizinrecht, § 218a StGB Rn. 4.

⁵ Statistisches Bundesamt, Fachserie 12, Reihe 3: Gesundheit: Schwangerschaftsabbrüche, S. 26 f.; vgl. *Duttge*, in *Prütting*, Medizinrecht, § 218a StGB Rn. 4.

⁶ Redaktion beck-aktuell, zu LG Berlin, Urteil vom 19.11.2019 – 532 Ks 7/16, Becklink 2014746, 19.11.2019.

⁷ *Hassenstein*, in *Eser/Lutterotti/Sporken*, Lexikon Medizin Ethik Recht, S. 675, 677.

⁸ *Bleeschmidt*, Die Entwicklung des Nervensystems, S. 5 ff.

⁹ *Eibach*, Experimentierfeld: Werdendes Leben, S. 17.

anlagen vor.¹⁰ Der Begriff des Embryos wandelt sich ungefähr zu diesem Zeitpunkt in den Begriff des Fötus (bzw. Nasciturus oder Leibesfrucht i.S.d. § 218 I StGB¹¹) um.¹² Ab der 22. bis 24. Schwangerschaftswoche nach der Befruchtung kann eine Lebensfähigkeit des Fötus außerhalb der Gebärmutter (extrauterine Lebensfähigkeit) angenommen werden.¹³ Die Geburt beginnt schließlich mit der Ausstoßung des Fötus.¹⁴ Die Ausstoßung wird in so genannte Vorwehen innerhalb der letzten Wochen vor der Geburt und anschließende Ausstoßungs- bzw. Geburtswehen ab Beginn der Geburt unterteilt. Die Geburtswehen beginnen mit den Eröffnungswehen. Diese erweitern den Gebärmutterhalskanal und den äußeren Muttermund und drängen den Fötus in Richtung des Muttermunds. Danach folgen die Presswehen. Durch diese wird der Fötus schließlich aus dem Mutterleib hinausbefördert. Die Geburt endet mit der Trennung des Kindes vom Mutterleib.

2.2 Ab Befruchtung/Nidation oder erst mit Beginn der Hirnfunktionen?

Nach Feststellung der Entwicklungsstadien stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt das Ungeborene von dem Begriff des Menschen erfasst werden sollte. Nach medizinischen Auffassungen ist dies entweder bereits ab der Befruchtung¹⁵ oder ab der Nidation¹⁶ der Fall. Weiterhin gibt es auch Vertreter eines ethischen Ansatzes, der das Menschsein erst später mit dem Beginn der Hirnfunktionen beginnen lassen will.¹⁷ Zu beachten ist aber, dass es bei den oben genannten Auffassungen eher um das medizinische oder ethische Menschsein an sich geht. In der vorliegenden Bearbeitung der Frage, ob der Beginn des Menschseins ab den Eröffnungswehen gerechtfertigt ist, geht es hingegen um eine rein strafrechtliche Beurteilung, um das Menschsein i.S.d. §§ 211 ff. StGB.¹⁸ Das Strafrecht hat den Sinn, ein schutzwürdiges Rechtsgut vor Eingriffen und Verletzungen zu bewahren. Das Leben des Ungeborenen müsste mithin schützenswert sein.¹⁹ Bei den Tötungsdelikten nach §§ 211 ff. StGB ist hierbei eine Abgrenzung zum Embryonenschutzgesetz und zum strafbaren Schwangerschaftsabbruch gem. §§ 218 ff. StGB vorzunehmen. Das Embryonenschutzgesetz schützt den Embryo vor Eingriffen.²⁰ Die §§ 218 ff. StGB schützen die Leibesfrucht ab der Nidation vor einer Abtreibung.²¹ Bei den §§ 211 ff.

¹⁰ Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, S. 19.

¹¹ Duttge, in Prütting, Medizinrecht, § 218a StGB Rn. 6.

¹² Maurach/Schroeder/Mainwald, Strafrecht BT 1, § 5 Rn. 1.

¹³ Bundesärztekammer, MedR 1999, 31, 32; Duttge, in Prütting, Medizinrecht, § 218a StGB Rn. 4.

¹⁴ Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, S. 23.

¹⁵ Hirsch/Eberbach, Auf dem Weg zum künstlichen Leben, S. 220; Kiesecker, Die Schwangerschaft einer Toten, S. 95; Müller-Terpitz, Der Schutz des pränatalen Lebens, S. 132 ff., 216 ff.

¹⁶ Eibach, Experimentierfeld: Werdendes Leben, S. 18 f.; Lüttger, JR 1969, 445, 450.

¹⁷ Rager, in Beckmann, Fragen und Probleme einer Ethik, S. 254, 270; Merkel, Früheuthanasie, S. 460 ff.; Sass, in Flöhl, Genforschung, S. 30, 38 f.

¹⁸ Vgl. Hirsch/Eberbach, Auf dem Weg zum künstlichen Leben, S. 220.

¹⁹ Duttge, in Prütting, Medizinrecht, § 218a StGB Rn. 6.

²⁰ Vgl. Hirsch/Eberbach, Auf dem Weg zum künstlichen Leben, S. 221.

²¹ Fischer, StGB, § 218 Rn. 2.

StGB ist hingegen das Menschenleben Tatobjekt. Die Tatobjekte des Embryonenschutzgesetzes²² und der §§ 218 ff. StGB einerseits und der §§ 211 ff. StGB andererseits überschneiden sich dabei nicht, sondern schließen sich gegenseitig aus. Der Schutz der §§ 211 ff. StGB beginnt mithin, wenn der Schutzbereich der §§ 218 ff. StGB endet.²³ Ein schutzwürdiges Menschenleben i.S.d. §§ 211 ff. StGB bereits mit einem dieser frühen Stadien anzunehmen, ginge zu weit.²⁴ Es sind mithin weitere Ansätze zu untersuchen, die auf einen späteren Zeitpunkt abstellen.

2.3 Überwiegende Auffassung: Ab Einsetzen der Eröffnungswehen

Nachdem festgestellt wurde, dass die Anwendbarkeit der Tötungsdelikte i.S.d. § 211 ff. StGB aufgrund der verschiedenen Tatobjekte nicht mit dem der §§ 218 ff. StGB kollidieren kann, stellt sich die Frage, ab wann der strafbare Schwangerschaftsabbruch zu einem Tötungsdelikt werden sollte. Die überwiegende Auffassung setzt den Zeitpunkt der Zäsur auf den Beginn der Geburt mit Einsetzen der zur Ausstoßung führenden Wehen, der Eröffnungswehen.²⁵ Dies gilt unabhängig davon, ob der Arzt die Geburt hinauszögert oder beschleunigt.²⁶ Zur Begründung greift die überwiegende Auffassung u.a. auf die rechtshistorische Entwicklung der Zäsur zurück.²⁷ Hierbei gab es den Paragrafen der Kindstötung nach § 217 StGB a.F., der folgenden Wortlaut enthielt: „Eine Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft“.²⁸ Dem Wortlaut zufolge wurde die Zäsur hier auf den „Beginn der Geburt“, konkret das Einsetzen der Eröffnungswehen gelegt.²⁹ Bis 1998 folgten zahlreiche die Rechtsauffassung bestätigende Urteile³⁰ und Schriften in der Literatur³¹. Im Jahr 1998 entfiel jedoch der § 217 StGB a.F. mit der 6. Strafrechtsreform.³² Dennoch halten Rechtsprechung und Literatur an der Zäsur des § 217 StGB a.F. fest.³³ Dem liegt die Intention des Gesetzgebers in der Begründung des Entwurfs

²² *Hirsch/Eberbach*, Auf dem Weg zum künstlichen Leben, S. 221.

²³ *Drescher*, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 5, 133.

²⁴ Vgl. *Duncker*, Strafrechtlicher Lebensschutz in vivo, S. 105.

²⁵ BGHSt 10, 5; 31, 348, 350 f.; 32, 194 ff.; OLG Dresden MedR 2014, 896, 897; *Küper*, GA 2001, 515 ff.; *Lüttger*, JR 1971, 133, 135 ff.; *Maurach/Schroeder/Maivald*, Strafrecht BT 1, § 1 Rn. 8; *Eser/Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder*, StGB, Vor §§ 211 ff. Rn. 13.

²⁶ BGHSt 31, 348, 356.

²⁷ BGHSt 31, 348, 350 f.; *Hirsch*, in FS Eser, S. 309 ff.

²⁸ *Küper/Zopfs*, Strafrecht BT, S. 159.

²⁹ *Drescher*, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 10.

³⁰ BGHSt 31, 348, 350 f.; 32, 194 ff.

³¹ *Drescher*, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 12; *Lüttger*, JR 1971, 133, 135; *Rüppke*, Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz, S. 146 f.

³² *Drescher*, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 53.

³³ BGHSt NStZ 2008, 393, 394; *Hirsch*, in FS Eser, S. 309, 322; *Joeks*, StGB, Vor § 211 Rn. 2, 17; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, § 1 Rn. 8 ff.; *Küper*, GA 2001, 515, 533 ff.; *Ulsenheimer*, in *Laufs/Kern/Rebhorn*, Handbuch des Arztrechts § 149 Rn. 1.

der 6. Strafrechtsreform zugrunde.³⁴ Der § 217 StGB a.F. wurde danach u.a. nur aus dem Grund abgeschafft, dass Schwangere mit ehelichen Kindern gegenüber nicht-ehelichen Kindern privilegiert wurden, was nicht mehr zeitgemäß war.³⁵ Der Gesetzgeber wollte mithin nur eine unzeitgemäße Vorschrift abschaffen, nicht aber die Grenze zwischen den §§ 218 ff. StGB und den §§ 211 ff. StGB verschieben.

Neben der Historie könnte auch der Wortlaut für die Zäsur ab Beginn der Geburt sprechen. Nach dem Wortlaut „Mensch“ ist aus Sicht eines Laien ein „menschliches Lebewesen“ mit menschlichen Anlagen und Fähigkeiten gemeint.³⁶ Es kommt dabei nicht auf ein bestimmtes Entwicklungsstadium an. All dies hat der Fötus bereits. Auch enthält das Strafgesetzbuch keine andere Definition für das Menschsein.³⁷ Der Wortlaut spricht einer Zäsur ab Beginn der Geburt mithin nicht entgegen.

Die Zäsur ab Beginn der Geburt müsste sich zudem in die Systematik des Strafgesetzes einfügen. Hierbei ist, wie bereits angesprochen, eine Abgrenzung von den §§ 218 ff. StGB vorzunehmen. Die Schwangerschaft i.S.d. §§ 218 ff. StGB müsste bereits mit den Eröffnungswehen enden und zu diesem Zeitpunkt in ein Menschsein i.S.d. §§ 211 ff. StGB übergehen. Aus Sicht eines Laien erfordert eine „Schwangerschaft“ keine Einbeziehung des Geburtsvorgangs, sondern enthält vielmehr einen Bedeutungsspielraum, der ein Ende der Schwangerschaft mit Beginn der Geburt zulässt.³⁸ Damit steht die Systematik nicht entgegen.

Der Sinn und Zweck der §§ 211 ff. StGB fordert den umfassenden Schutz des Menschen. Ein Fötus, dessen Geburt bereits beginnt, stellt einen solchen eigenständigen und vom Mutterleib unabhängigen, „fertigen“ Menschen dar.³⁹ Zudem befindet sich der Fötus in der Geburt in einer besonders gefahrenintensiven Phase, in der etwa einer Wehenschwäche oder andere Geburtshindernisse auftreten können. Deshalb ist der Fötus auch bereits in dieser Phase besonders schützenswert.⁴⁰ Damit würde auch der Sinn und Zweck zunächst für eine Zäsur ab Beginn der Geburt sprechen.

Schwierigkeiten ergeben sich der überwiegenden Ansicht folgend, wenn die Geburt nicht durch das Einsetzen der Eröffnungswehen, sondern durch andere Vorgänge eingeleitet wird. Bei einem operativen Eingriff anstelle der natürlichen Geburt, wie etwa bei einem Kaiserschnitt oder einem Fruchtblasenriss, wird die Zäsur aber rechtlich äquivalent zu den Eröffnungswehen mit dem ärztlichen Eingriff bestimmt.⁴¹ Überwiegend wird dabei auf das Öffnen der Gebärmutter (Uterus) abge-

³⁴ Krüger, in LK-StGB, Vor 218 ff. Rn. 33; Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 211 Rn. 13; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, § 1 Rn. 8.

³⁵ Vgl. BT-Drucksache 13/8587, S. 34, 59 f., 81 f.

³⁶ Duden, Die deutsche Rechtschreibung, Stichwort „Mensch“.

³⁷ Drescher, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 133 f.

³⁸ Küper, GA 2001, 515, 536 f.

³⁹ Rüpke, Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz, S. 146 f.

⁴⁰ Drescher, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 136; Lüttger, JR 1971, 133, 135.

⁴¹ Küper, GA 2001, 515, 517 f.; vgl. Lüttger, NSTZ 1983, 481, 484.

stellt.⁴² Ein früherer Zeitpunkt des Geschehens, etwa der Zeitpunkt des Ansetzens des Skalpell in die Bauchdecke⁴³, bereite den Eingriff erst vor und sei noch umkehrbar. Der Statuswechsel zum Menschen sollte aber unumkehrbar sein.⁴⁴ Ab Öffnung des Uterus wird das Kind also als Mensch i.S.d. §§ 211 ff. StGB betrachtet, sodass diese Anwendung finden. Damit erscheint die Festsetzung der Zäsur auf das Einsetzen der Eröffnungswehen bzw. die Öffnung des Uterus bei einer operativen Geburt zunächst sinnvoll.

2.4 Ab Einsetzen der Presswehen oder ab Vollendung der Geburt

Zwei weitere Ansichten sind hingegen der Meinung, dass bei der Zäsur auf einen späteren Zeitpunkt abgestellt werden sollte. Eine Auffassung setzt den Zeitpunkt dabei auf das Einsetzen der Presswehen⁴⁵, die andere erst auf den Zeitpunkt der Vollendung der Geburt mit der Trennung vom Mutterleib⁴⁶. Die Meinungen kritisieren u.a. die Auslegung des Begriffs der Schwangerschaft der überwiegenden Auffassung und sind der Meinung, dass das Ende der Schwangerschaft bzw. die Geburt eine räumliche Trennung des Fötus vom Mutterleib voraussetzen.⁴⁷ Gegen eine Zäsur ab einem dieser späteren Zeitpunkte spricht jedoch, dass dies insbesondere in solchen Fällen zu einer Einbuße des Schutzes führen würde, in denen Eröffnungswehen nach dem Einsetzen wieder Aussetzen und eine Geburtshilfe erforderlich wird, die ebenso erhebliche Gefahren mit sich bringt. Der Fötus wäre allein über die §§ 218 ff. StGB geschützt, die einen eher geringen Schutz in dieser gefahrenintensiven Phase darstellten. Dies wird dem Schutz des Fötus nicht gerecht.⁴⁸ Ein späterer Zeitpunkt ist mithin abzulehnen.

2.5 Zäsur ab der extrauterinen Lebensfähigkeit

Neben den genannten Auffassungen, ab Beginn der Geburt oder erst danach, gibt es auf der anderen Seite auch eine Auffassung, die auf einen viel früheren Zeitpunkt die extrauterine Lebensfähigkeit ab der ca. 22. bis 24. Schwangerschaftswoche abstellt.⁴⁹ Diese Ansicht erschließt sich durch die zunehmend moderneren medizi-

⁴² *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche, S. 132 ff.; *Eser/Sternberg-Lieben*, in *Schönke/Schröder*, StGB, Vor §§ 211 ff. Rn. 13; *Lackner/Kühl*, Vor § 211 Rn. 3.

⁴³ So *Lüttger*, in FS Ernst Heinitz, S. 359, 365 f.; *Drescher*, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 25; *Schneider*, in MüKo-StGB, Vor §§ 211 ff. Rn. 12.

⁴⁴ *Ratzel*, MedR 1994, 472.

⁴⁵ *Saerbeck*, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, S. 95; *Preisendanz*, StGB, § 217, S. 685, § 218, S. 690.

⁴⁶ *Herzberg/Herzberg*, JZ 2001, 1106, 1112; *Herzberg*, in *Bernsmann/Ulsenheimer*, Bochumer Beiträge, S. 39, 62.

⁴⁷ Ab den Presswehen: *Saerbeck*, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, S. 95 f.; ab Vollendung der Geburt: *Herzberg*, in *Bernsmann/Ulsenheimer*, Bochumer Beiträge, S. 39 ff.

⁴⁸ *Lüttger*, JR 1971, 133, 135.

⁴⁹ *Gropp*, GA 2000, 1 ff.; *Hirsch*, JR 1985, 335, 340; *Güntber*, in *Güntber/Keller*, Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, S. 137, 171 f.

nischen Möglichkeiten zur Lebenserhaltung des Fötus.⁵⁰ Sie greift insbesondere das Problem der zulässigen Spätschwangerschaftsabbrüche trotz lebensfähigem Fötus auf.⁵¹ Die Auffassung stützt sich zum einen auf den Wortlaut des Menschen gemäß §§ 211 ff. StGB. Der Fötus hat bereits ab der 22. Schwangerschaftswoche ausgeprägte menschliche Züge, was den Anforderungen des Wortlauts, wie bereits oben beschrieben, genügt.

Gegen diese Zäsur könnte hingegen die bereits oben dargestellte historische Entwicklung mit der fortgeltenden Zäsur des § 217 StGB a.F. sprechen. Es stellt sich aber die Frage, ob diese heute noch zeitgemäß ist. Der Zeitpunkt wurde damals aufgrund möglicher Komplikationen während des Geburtsvorgangs auf den Beginn der Geburt gesetzt. Heute gibt es jedoch umfassende Untersuchungsmöglichkeiten wie pränatale Diagnostik und Therapie, die das Feststellen einer Lebensfähigkeit schon weit vor der Geburt ermöglichen. Die Geburt stellt eine nicht mehr so erhebliche Zäsur in der Entwicklung des Kindes dar.⁵² Durch die mit den Maßnahmen verbundene Gefahrenintensität ist auch die Zeitspanne vor der Geburt schutzwürdig geworden.⁵³ Die Historie ist somit nicht zwingend ein entscheidendes Argument für die Zäsur ab Beginn der Geburt.

Als nächstes ist der Sinn und Zweck der §§ 211 ff. StGB in Form des umfassenden Lebensschutzes des Menschen zu berücksichtigen.⁵⁴ Zu beachten ist, dass der Fötus selbst Träger von Menschenwürde und einem Lebensrecht ist.⁵⁵ Dies führt zu dem Schluss, dass zumindest der lebensfähige Embryo einen hohen Schutz durch die Rechtsordnung verdient. Als ein solcher Schutz kommen die §§ 218 ff. StGB in Betracht, welche allerdings einen eher geringen Schutz gewährleisten. Dies zeigt sich durch die geringe Strafandrohung und die leichte Straffreiheit bei Fahrlässigkeit oder im Fall des § 218a II StGB. Die Anforderungen an eine Strafflosigkeit nach § 218a II StGB wurden mit der Reform von 1995 stark vereinfacht. Ein strafloser Spätschwangerschaftsabbruch ist seitdem noch nach der 22. Schwangerschaftswoche bis kurz vor der Geburt bei einem schon lebensfähigen Embryo möglich. Zudem sind das Erfordernis der Beratung durch einen Arzt, eine dreitägige Bedenkzeit sowie eine Dokumentation der Feto-Abbrüche weggefallen.⁵⁶ Auch genügen zur Erfüllung des § 218a II StGB bereits Umstände der Schwangeren, wie z.B. eine drohende Depression mit Suizidgefahr infolge der zu erwartenden hormonellen Umstellungen auf Seiten der Mutter. Es ist allein eine Schwangerschaftskonfliktberatung sowie eine anschließende anonyme Erklärung über die Unzumutbarkeit erforderlich, um damit die Tötung des Kindes noch bis kurz vor der Geburt zu

⁵⁰ *Gropp*, in *Schumann*, Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen, S. 19, 33.

⁵¹ *Gropp*, GA 2000, 1.

⁵² *Gropp*, GA 2000, 1, 9 f.

⁵³ *Drescher*, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 140.

⁵⁴ Vgl. *Drescher*, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 5.

⁵⁵ BVerfGE 39, 1, 45 ff.; 88, 203 ff., 258.

⁵⁶ *Duttge/Bernau*, Zfl 2009, 42, 43.

rechtfertigen. Dies stellt einen erheblichen Einschnitt in den Schutz des Fötus dar.⁵⁷ Es birgt zudem eine Missbrauchsgefahr.⁵⁸ Auch das Embryonenschutzgesetz schützt lediglich vor Eingriffen, jedoch nicht das Leben des Embryos.⁵⁹ Das Zivilrecht ist hingegen gemäß § 1 BGB erst später, ab Vollendung der Geburt anwendbar. Damit wäre das Leben des Fötus nach der überwiegenden Auffassung in der Phase zwischen Lebensfähigkeit und Eröffnungswehen nahezu schutzlos gestellt.⁶⁰

Die Problematik zeigt sich v.a. anhand zweier Fälle. In den „Contergan-Prozessen“ von 1971 wurde durch schädliche Medikamente auf die Leibesfrucht eingewirkt, woraufhin der Embryo schwere Fehlbildungen entwickelt hat.⁶¹ Bei solchen „pränatalen Eingriffen mit postnatalen Folgen“⁶² wird nach dem Gesetzgeberwillen auf den Zeitpunkt der Eingriffshandlung und nicht auf den Zeitpunkt des Todeserfolges abgestellt.⁶³ Begründet wird dies u.a. auch damit, dass eine zufällige Strafbarkeit nach den §§ 211 ff. StGB aufgrund eines unvorhersehbaren Zeitpunkts der Tatfolgen (vor oder nach der Geburt) aus Sicht des Täters verhindert werden soll.⁶⁴ Hier bestand der Eingriffszeitpunkt in dem Einnehmen der Medikamente. Mangels Eröffnungswehen wären hier folglich die §§ 218 ff. StGB einschlägig gewesen. Mangels Abbruchshandlung und Vorsatz der Schädigungen wären die Voraussetzungen der §§ 218 ff. StGB jedoch nicht erfüllt worden, sodass die Verantwortlichen gänzlich straflos gewesen wären.⁶⁵ Ähnlich verhält es sich bei einem fehlgeschlagenen Spätschwangerschaftsabbruch nach der 22. Schwangerschaftswoche, nach dem das lebensfähige Neugeborene unbehandelt liegen gelassen wird. Auch hier wird auf den Zeitpunkt der Eingriffshandlung und nicht auf den des Todes des Fötus nach dem Liegenlassen abgestellt.⁶⁶ Demzufolge wären nach der überwiegenden Auffassung auch hier mangels Eröffnungswehen die geringer schützenden §§ 218 ff. StGB anwendbar und die Tat nach § 218a II StGB ggf. straflos. Die Zäsur ab der extrauterinen Lebensfähigkeit entspricht mithin dem Sinn und Zweck der §§ 211 ff. StGB mehr.

Dem könnte jedoch die Systematik der Rechtsordnung entgegenstehen. So ist zu beachten, dass das Strafrecht v.a. den Schutz von Rechtsgütern gewährleisten soll.⁶⁷ Hierbei ist die Abgrenzungsnotwendigkeit der §§ 211 ff. StGB von den §§ 218 ff. StGB zu beachten. Für den Begriff der Schwangerschaft besteht jedoch, wie bereits oben dargestellt, ein Bedeutungsspielraum. Auch enthält der § 218 StGB

⁵⁷ Gropp, in *Schumann*, Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen, S. 19, 24 f.

⁵⁸ Duttge, in *Schumann*, Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen, S. 95, 97 ff.

⁵⁹ Gropp, GA 2000, 1, 4.

⁶⁰ Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, S. 58; Gropp, GA 2000, 1, 4.

⁶¹ LG Aachen, JZ 1971, 507, 509; So auch Teppermien, Praenatale Einwirkungen, S. 94 f., 139 f.

⁶² Duttge, in *Prütting*, Medizinrecht, § 212 StGB Rn. 7.

⁶³ BGHSt 31, 348, 352; BGHSt JR 1985, 332, 333; BGHSt NStZ 2008, 393, 394; Küper, GA 2001, 518; Gropp, GA 2000, 1, 7; Lüttger, JR 1971, 133, 140.

⁶⁴ BGHSt JR 1985, 332, 333.

⁶⁵ LG Aachen, JZ 1971, 507, 509; So auch Teppermien, Praenatale Einwirkungen, S. 94 f., 139 f.

⁶⁶ Gropp, in *Schumann*, Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen, S. 1, 32 f.

⁶⁷ Duttge, in *Prütting*, Medizinrecht, § 218a StGB Rn. 6.

keine Definition derselben.⁶⁸ Darüber hinaus beschränkt sich die gefahrenintensive Phase durch die Entwicklungen in der invasiven Pränatalmedizin nicht mehr nur auf den unmittelbaren Beginn der Geburt, sondern wurde bis zum Beginn der Lebensfähigkeit erweitert. Somit könnte eine gesetzliche Anpassung erforderlich sein.⁶⁹ Auf der anderen Seite sind die Leibesfrucht und die Schwangere aber als zwei getrennte, selbstständige Rechtssubjekte zu sehen, die gesondert geschützt werden müssen.⁷⁰ Der Gesetzgeber hat die Leibesfrucht durch den § 218 StGB bewusst aus dem Anwendungsbereich der §§ 211 ff. StGB herausgenommen und wollte ihr einen geringeren Schutz einräumen. Bei einer Zäsur ab der extrauterinen Lebensfähigkeit wäre die Mutter stattdessen hohen Strafbarkeitsrisiken durch vergleichsweise kleinere Fehler wie einem vermeidbarem Sturz oder einer fehlenden Schwangerschaftsvorsorge ausgesetzt.⁷¹ Dies würde die Schwangere erheblich in ihrer Handlungsfreiheit beeinträchtigen und der Vorstellung des Gesetzgebers bezüglich eines straffreien fahrlässigen Schwangerschaftsabbruchs widersprechen.⁷² Darüber hinaus kommt der Schwangeren infolge der Trennung der Rechtssubjekte ein Recht auf Selbstbestimmung zu, welches das Lebensrecht des Embryos begrenzt.⁷³ Dies führt dazu, dass es im Einzelfall zulässig sein muss, der Mutter keine Rechtspflicht aufzutragen, das Kind zu gebären.⁷⁴

Dagegen lässt sich allerdings einwenden, dass das Argument, den Fötus als Teil des mütterlichen Körpers anzusehen, schwächer wird, je weiter die Entwicklung des Fötus voranschreitet und je sicherer seine Lebensfähigkeit wird.⁷⁵ Das Leben des Fötus würde ansonsten zu jeder Zeit davon abhängen, ob die Schwangere von ihrer Tötungsbefugnis Gebrauch macht oder nicht. Dies erscheint nicht interessengerecht.⁷⁶ Damit widerspricht die Festlegung der Zäsur auf die Lebensfähigkeit zwar den aktuell im Gesetz getroffenen Regelungen⁷⁷, eine Zäsur erst ab Einsetzen der Eröffnungswehen wird jedoch keineswegs dem Schutz des Fötus gerecht und ist mit dem Selbstbestimmungsrecht der Mutter vereinbar. Es ist mithin der Zäsur ab der extrauterinen Lebensfähigkeit zu folgen.

⁶⁸ *Gropp*, GA 2000, 1, 14.

⁶⁹ *Gropp*, in *Schumann*, Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen, S. 19, 33.

⁷⁰ BVerfGE 39, 1, 42 f.; 88, 207, 252, 253, 343 f. BGHSt 11, 15 17.

⁷¹ *Drescher*, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB, S. 142.

⁷² *Teppervien*, Praenatale Einwirkungen, S. 118 ff.

⁷³ *Günther*, in *Günther/Keller*, Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, S. 137, 172.

⁷⁴ BVerfGE 88, 203 f., 255.

⁷⁵ *Riba*, in *Schumann*, Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen, S. 41, 50.

⁷⁶ *Dutge*, in *Schumann*, Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen, S. 95, 107.

⁷⁷ *Heim*, Ektogenese, S. 137 f.

3 Schluss

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es neben der Zäsur ab dem Einsetzen der Eröffnungswehen auch einige andere, differenzierte Auffassungen bezüglich der Zäsur zwischen den §§ 218 ff. StGB und den §§ 211 ff. StGB gibt. Eine umfassende und detaillierte Auseinandersetzung mit dem Thema ist notwendig, da es um einen hoch schützenswerten Menschenwürdeträger geht. So können schon kleine Abweichungen über den Umfang des Schutzes entscheiden. Die Annahme, die Zäsur erst ab den Presswehen oder der Vollendung der Geburt anzusetzen, ist meines Erachtens wenig nachvollziehbar. Die Schwangerschaft endet und das Menschsein des Fötus beginnt wohl auch aus Sicht eines Laien spätestens mit fortgeschrittenen Wehen und der Einleitung des Fötus in den Geburtskanal. Der Fötus vollzieht nach dem Einsetzen der Eröffnungswehen keine entscheidende körperliche Entwicklung mehr und ist zu dem Zeitpunkt der Eröffnungswehen grundsätzlich schon ebenso weit entwickelt, wie beim Austritt eines Körperteils. Auch bestehen schon zu diesem Zeitpunkt geburtsintensive Gefahren, sodass der Fötus erhöht schützenswert ist. Hierbei sollte der Schutz des fast voll entwickelten Kindes auch nicht weit nachrangig hinter dem der Schwangeren zurückstehen. Neben der Auffassung zu einer Zäsur ab Einsetzen der Eröffnungswehen ist die Ansicht bezüglich der Zäsur ab der extrauterinen Lebensfähigkeit nach eigener Einschätzung die relevanteste und überzeugendste Meinung. Hierbei haben der Sinn und Zweck der §§ 211 ff. StGB, den Menschen umfassend zu schützen, besondere Bedeutung. Da der Fötus selbst Menschenrechtsträger ist und dieser nach der überwiegenden Auffassung weder vor Fahrlässigkeit noch nach dem Zivilrecht geschützt ist, erscheint der Schutz hier zu gering. Dies zeigen insbesondere die hoch problematischen Spätschwangerschaftsabbrüche, die mit geringen Anforderungen zu einer Straffreiheit führen können. Die Straflosigkeit einer Tötung des fast voll entwickelten, mit Menschenwürde ausgestatteten Kindes kurz vor dem Einsetzen der Eröffnungswehen, allein aufgrund von Umständen der Schwangeren nach § 218a II StGB, erscheint auch hinsichtlich einer Missbrauchsgefahr grob unbillig. Der Schutz dieses Fötus würde von einer geringen zeitlichen Zäsur abhängen. In bestimmten Fällen würden hier nur Minuten zwischen einem strafbaren Totschlag oder straflosen Schwangerschaftsabbruch entscheiden. Dies wird dem Schutz des lebensfähigen Fötus nicht gerecht. Vieles spricht also dafür, die Zäsur auf den Zeitpunkt der extrauterinen Lebensfähigkeit zu setzen.

Literatur

- Blechschildt, Erich: Die Entwicklung des menschlichen Nervensystems: die Entstehung der Gehirntätigkeit, 1. Auflage, Göttingen (u.a.) 1964, Zit. als: Blechschildt, Die Entwicklung des Nervensystems.
- Bundesärztekammer: Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, MedR 1999, Heft 1, S. 31–33, Zit. als: Bundesärztekammer, MedR 1999, 31.
- Die Dudenredaktion: Duden – Die deutsche Rechtschreibung, Stichwort „Mensch“ 28. überarb. Auflage, Berlin 2020 (Online-Ausgabe), Abgerufen von: https://www.duden.de/rechtschreibung/Mensch_Lebewesen_Individuum (17.08.20), Zit. als: Duden, Die deutsche Rechtschreibung, Stichwort „Mensch“.
- Drescher, Tanja: Beginn des Menschseins im Sinne der §§ 211 ff. StGB nach Fortfall des § 217 StGB a.F., 1. Auflage, Frankfurt am Main 2004, Zit. als: Drescher, Beginn des Menschseins i.S.d. §§ 211 ff. StGB.
- Duncker, Martin Andreas: Strafrechtlicher Lebensschutz in vivo: das ungeborene menschliche Leben als Schutzgut des Strafgesetzbuchs, 1. Auflage, Hamburg 2006, Zit. als: Duncker, Strafrechtlicher Lebensschutz in vivo.
- Duttge, Gunnar: Quo Vadis?, in: Schumann, Eva (Hrsg.), Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund: Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Band 4, S. 95–113, 1. Auflage, Göttingen 2008, Zit. als: Duttge, in Schumann, Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen, S. 95.
- Ders./Bernau: Thesen zum neuen Schwangerschaftskonfliktgesetz, ZfL 2009, Ausgabe 2 (Online-Ausgabe), S. 42–47, abgerufen von: https://zfl-online.de/media/zfl_2009_2_37-72.pdf (17.08.20), Zit. als: Duttge, ZfL 2009, 42.
- Eibach, Ulrich: Experimentierfeld: Werdendes Leben, 1. Auflage, Göttingen 1983, Zit. als: Eibach, Experimentierfeld: Werdendes Leben.
- Eser, Albin/Lutterotti, Markus von/Sporcken, Paul (Hrsg.): Lexikon Medizin Ethik Recht, 1. Auflage, Freiburg am Breisgau 1989, Zit. als: Bearbeiter, in Eser/Lutterotti/Sporcken, Lexikon Medizin Ethik Recht.
- Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. überarb. Auflage, München 2020, Zit. als: Fischer, StGB.
- Gropp, Walter: Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit GA 2000, S. 1–18, Zit. als: Gropp, GA 2000, 1.

- Ders.: Strafrechtlicher Schutz des Lebens vor und nach der „Geburt“, in: Schumann, Eva (Hrsg.), Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund: Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Band 4, S. 19–40, 1. Auflage, Göttingen 2008, Zit. als: Gropp, in Schumann, Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen, S. 19.
- Günther, Hans-Ludwik: Strafrechtlicher Schutz des menschlichen Embryos über §§ 218 ff. StGB hinaus?, in: Günther, Hans-Ludwik/Keller, Rolf (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken?: Tübinger Beiträge zum Diskussionsentwurf von Embryonen, S. 137–176, 2. überarb. Auflage, Tübingen 1991, Zit. als: Günther, in Günther/Keller, Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, S. 137.
- Heim, Ulrike: Ektogenese: der strafrechtliche Lebensschutz vor neuen Herausforderungen, 1. Auflage, Konstanz 2004, Zit. als: Heim, Ektogenese.
- Herzberg, Rolf Dietrich: Der Anfang der Geburt als Ende der „Schwangerschaft“ – das „Ungeborene“ als Mensch und Person?, in: Bernsmann, Klaus/Ulsenheimer, Klaus (Hrsg.), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen: Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12./13.10.2001, S. 39–62, 1. Auflage, Köln (u.a.) 2003, Zit. als: Herzberg, in Bernsmann/Ulsenheimer, Bochumer Beiträge, S. 39.
- Herzberg, Rolf Dietrich/Herzberg, Annika I.: Der Beginn des Menschseins im Strafrecht: Die Vollendung der Geburt, JZ 2001, Heft 22, S. 1106–1113, Zit. als: Herzberg/Herzberg, JZ 2001, 1106.
- Hirsch, Günther/Eberbach, Wolfram: Auf dem Weg zum künstlichen Leben: Retortenkinder – Leihmütter – programmierte Gene..., 1. Auflage, Basel (u.a.) 1987, Zit. als: Hirsch/Eberbach, Auf dem Weg zum künstlichen Leben.
- Hirsch, Hans-Joachim: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.12.1983 – 1 StR 665/83 (BGHSt 32, 193), JR 1985, Heft 8, S. 335–340, Zit. als: Hirsch, JR 1985, 335.
- Ders.: Die Grenze zwischen Schwangerschaftsabbruch und allgemeinen Tötungsdelikten nach der Streichung des Privilegierungstatbestandes der Kindstötung § 217 StGB a.F., in: Arnold, Jörg (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, S. 309–322, 1. Auflage, München 2005, Zit. als: Hirsch, in FS Eser, S. 309.
- Ingelfinger, Ralph: Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots: Das Menschenleben als Schutzobjekt des Strafrechts, 1. Auflage, Köln (u.a.) 2004, Zit. als: Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche.
- Joecks, Wolfgang/Jäger, Christian: Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 12. überarb. Auflage, München 2018, Zit. als: Joecks, StGB.
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4: §§ 185–262, 3. überarb. Auflage, München 2017, Zit. als: Bearbeiter, in MüKo-StGB.

- Keller, Rolf/Günther, Hans-Ludwig/Kaiser, Peter: Embryonenschutzgesetz: Kommentar zum Embryonen-schutzgesetz, 1. Auflage, Stuttgart (u.a.) 1992, Zit. als: Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz.
- Kiesecker, Regine: Die Schwangerschaft einer Toten, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1996, Zit. als: Kiesecker, Die Schwangerschaft einer Toten.
- Küper, Wilfried: Mensch oder Embryo? Der Anfang des „Menschseins“ nach neuem Strafrecht, GA 2001, S. 515–537, Zit. als: Küper, GA 2001, 515.
- Küper, Wilfried/Zopfs, Jan: Strafrecht Besonderer Teil: Definitionen mit Erläuterungen, 10. überarb. Auflage, Heidelberg 2018, Zit. als: Küper/Zopfs, Strafrecht BT.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin: Strafgesetzbuch, 29. überarb. Auflage, München 2018, Zit. als: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.): Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, Band 7: 1. Teilband: §§ 211–231, 12. überarb. Auflage, Berlin (u.a.) 2019, Zit. als: Bearbeiter, in LK-StGB.
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin (Hrsg.): Handbuch des Arztrechts, 5. überarb. Auflage, München 2019, Zit. als: Bearbeiter, in Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts.
- Lüttger, Hans: Der Beginn des Lebens und des Strafrechts, JR 1969, Heft 12, S. 445–453, Zit. als: Lüttger, JR 1969, 445.
- Ders.: Der Beginn der Geburt und das Strafrecht: Probleme an der Grenze zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschenqualität, JR 1971, Heft 4, S. 133–142, Zit. als: Lüttger, JR 1971, 133.
- Ders.: Geburtshilfe und Menschwerdung in strafrechtlicher Sicht in: Lüttger, Hans/Blei, Hermann/Hanau, Peter, Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, S. 359–372, 1. Auflage, Berlin 1972, Zit. als: Lüttger, in FS Ernst Heinitz, S. 359.
- Ders.: Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen, NStZ 1983, Heft 11, S. 481–485, Zit. als: Lüttger, NStZ 1983, 481.
- Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred/Hoyer, Andreas/Momsen, Carsten: Strafrecht Besonderer Teil 1: Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 11. überarb. Auflage, Heidelberg 2019, Zit. als: Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1.
- Merkel, Reinhard: Frühheuthanasie: Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, 1. Auflage, Baden-Baden 2001, Zit. als: Merkel, Frühheuthanasie.
- Müller-Terpitz, Ralf: Der Schutz des pränatalen Lebens: eine verfassungs-, völker- und gemeinschaftsrechtliche Statusbetrachtung an der Schwelle zum biomedizinischen Zeitalter, 1. Auflage, Tübingen 2007, Zit. als: Müller-Terpitz, Der Schutz des pränatalen Lebens.

- Preisendanz, Holger: Strafgesetzbuch, 30. überarb. Auflage, Berlin 1978, Zit. als: Preisendanz, StGB.
- Prütting, Dorothea (Hrsg.): Medizinrecht Kommentar, 5. überarb. Auflage, Köln 2019, Zit. als: Bearbeiter, in Prütting, Medizinrecht.
- Rager, Günter: Embryo – Mensch – Person: zur Frage nach dem Beginn des personalen Lebens, in: Beckmann, Jan P. (Hrsg.), Fragen und Probleme einer medizinischen Ethik, S. 254–278, 1. Auflage, Berlin (u.a.) 1996, Zit. als: Rager, in Beckmann, Fragen und Probleme einer Ethik, S. 254.
- Ratzel, Rudolf: Das strafrechtlich relevante Abgrenzungskriterium zwischen „Leibesfrucht“ und Mensch bei der abdominalen Schnittentbindung, MedR 1994, Heft 12, S. 472–474, Zit. als: Ratzel, MedR 1994, 472.
- Redaktion beck-aktuell: Pressemitteilung zu LG Berlin, Urteil vom 19.11.2019 – 532 Ks 7/16, Verlag C.H.Beck, Becklink 2014746, 19.11.2019, Zit. als: Redaktion beck-aktuell, zu LG Berlin, Urteil vom 19.11.2019 – 532 Ks 7/16, Becklink 2014746, 19.11.2019 (17.08.2020).
- Redaktion FD-StrafR: Pressemitteilung zu LG Berlin, Urteil vom 19.11.2019 – 532 Ks 7/16, Link 422328, 20.11.2019, Ausgabe 23: Aktuelle Nachrichten, Zit. als: Redaktion FD-StrafR, zu LG Berlin, Urteil vom 19.11.2019 – 532 Ks 7/16, Link 422328, 20.11.2019/23 (17.08.2020).
- Riha, Ortrun: Der Wunsch nach einem gesunden Kind, in: Schumann, Eva (Hrsg.), Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund: Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Band 4, S. 41–64, 1. Auflage, Göttingen 2008, Zit. als: Riha, in Schumann, Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen, S. 41.
- Rüpke, Giselher: Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz: Eine Antwort auf das in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25.2.1975 unge löste Verfassungsproblem, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1975, Zit. als: Rüpke, Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz.
- Saerbeck, Klaus: Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, 1. Auflage, Berlin (u.a.) 1974, Zit. als: Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe.
- Sass, Hans-Martin: Extrakorporale Fertilisation und Embryotransfer: zukünftige Möglichkeiten und ihre ethische Bewertung, in: Flöhl, Rainer (Hrsg.), Genforschung – Fluch oder Segen?: Interdisziplinäre Stellungnahmen, S. 30–58, 1. Auflage, München 1985, Zit. als: Sass, in Flöhl, Genforschung, S. 30.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.): Strafgesetzbuch, 30. überarb. Auflage, München 2019, Zit. als: Bearbeiter, in Schönke/Schröder, StGB.

Statistisches Bundesamt (Destatis): Fachserie 12, Reihe 3: Gesundheit: Schwangerschaftsabbrüche, 2019, Stand 03.03.2020 (Online-Ausgabe), Abgerufen von: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Publicationen/Downloads-Schwangerschaftsabbrueche/schwangerschaftsabbrueche-2120300197004.pdf?__blob=publicationFile (17. 08. 20), Zit. als: Statistisches Bundesamt, Fachserie 12, Reihe 3: Gesundheit, Schwangerschaftsabbrüche.

Tepperwien, Ingeborg: Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?, 1. Auflage, Tübingen 1973, Zit. als: Tepperwien, Praenatale Einwirkungen.

Wessels, Johannes/Hettinger, Michael/Engländer, Armin, Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 43. überarb. Auflage, Heidelberg 2019, Zit. als: Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1.

Die Behandlungsverweigerung durch einen lebensgefährlich erkrankten Minderjährigen

Juliane Siewert

1 Einleitung

Die Vorstellung, dass das eigene Kind einmal lebensgefährlich erkrankt, würde wohl jedem Menschen Angst machen. Dank moderner Medizin können aber viele Patienten geheilt werden. Doch was passiert, wenn ein Minderjähriger trotz lebensgefährlicher Krankheit die Behandlung verweigert? Kann es auf diese Ablehnung überhaupt ankommen?

Die Voraussetzung, dass jegliche medizinischen Eingriffe nur durchgeführt werden dürfen, wenn die Einwilligung des Patienten vorliegt, ist eine der wichtigsten Vorgaben des Medizinrechts. Damit soll sichergestellt werden, dass das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, also auch des Minderjährigen, nicht verletzt wird. Für das Kindeswohl sind vornehmlich die Eltern verantwortlich. Gleichzeitig trifft den Staat aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG eine Schutzverantwortung für Kinder und junge Menschen.¹ Deshalb überrascht es, dass es keine besonderen Anforderungen an die Einwilligung für Behandlungen von Minderjährigen gibt. In welchem Alter oder nach welchen Kriterien die Einwilligung noch von den Eltern oder schon von dem Minderjährigen selbst einzuholen ist, ist gesetzlich nicht bestimmt.

Was aber geschieht, wenn ein lebensgefährlich erkrankter Minderjähriger eine Behandlung ablehnt? Sollten die Eltern die Durchführung der Behandlung befürworten, nach wessen Entscheidung muss sich der Mediziner dann richten? Bestehen

¹ BVerfGE 79, 51 (66); BVerfGE 55, 171 (179).

Möglichkeiten, sowohl für die Eltern als auch für den Mediziner oder einen Dritten, eine Behandlung gegen den Willen des Minderjährigen durchzuführen?² Der Staat hat sich zum Schutz der Minderjährigen verpflichtet.² Gerade bei lebensgefährlich Erkrankten stellt sich die Frage, ob der Schutz des Lebens höher wiegt als das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen.

Diese Arbeit soll die aufgezeigte Problematik behandeln, indem zunächst die gesetzlichen Regelungen untersucht, sowie die unterschiedlichen Ansichten von Literatur und Rechtsprechung besprochen werden, um dann mit Lösungsvorschlägen und einer eigenen Stellungnahme abzuschließen.

2 Rechtlicher Hintergrund zum Selbstbestimmungsrecht von Minderjährigen

2.1 Begrifflichkeiten

Bevor vertieft in das Thema eingestiegen werden kann, sollen zunächst die Begrifflichkeiten definiert werden. Unter einer Behandlung versteht man die Diagnose und Therapie sowie sämtliche Maßnahmen und Eingriffe zum Zwecke der Heilung oder Schmerzlinderung des Menschen (auch Heilbehandlung).³ Eine Krankheit ist das subjektive oder objektive Vorliegen von Veränderungen, die sowohl körperlich als auch psychisch sein können.⁴ Eine solche ist lebensgefährlich, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Krankheit ohne oder auch trotz Behandlung zu dem Tod des Patienten führen könnte.

Da das Thema dieser Arbeit explizit die Behandlungsverweigerung bei der lebensgefährlichen Erkrankung ist, richten sich die nachfolgenden Beschreibungen ausschließlich auf diesen Fall und nicht auf jegliche kosmetischen oder sonstigen Eingriffe, die nicht die Heilung oder Schmerzlinderung des Patienten zum Ziel haben. Der Begriff „Minderjähriger“ ist nicht legal definiert. Allerdings besagt § 2 BGB, dass die Volljährigkeit der Zustand ist, der mit dem Erreichen des 18. Lebensjahres beginnt. Als Umkehrschluss kann daher festgestellt werden, dass minderjährig ist, wer noch nicht das 18. Lebensjahr erreicht hat.⁵

² Sachs/von Coelln, Art. 6, Rn. 76.

³ BT-Drs. 17/10488, S. 18.

⁴ Roche Lexikon Medizin, S. 989.

⁵ Böhmker, S. 18.

2.2 Möglichkeit der Verweigerung von Heilbehandlungen

Schon 1894 hat das Reichsgericht angenommen, dass jede ärztliche Heilbehandlung den Tatbestand einer Körperverletzung erfüllt, da in die körperliche Integrität des Patienten eingegriffen wird.⁶ Bis heute vertritt die höchstrichterliche Rechtsprechung diese Ansicht⁷, auch in Gesetzesbegründungen ist sie zu erkennen.⁸

Die Literatur dagegen nimmt überwiegend an, dass bei einem indizierten und kunstgerecht ausgeübten Heileingriff die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Körperverletzung nicht gegeben sind, da die Wiederherstellung der Gesundheit das körperliche Wohlbefinden verbessern würde, jedenfalls wenn der Eingriff kunstgerecht durchgeführt wurde.⁹

Der Mensch hat jedoch die Entscheidungshoheit über seine höchstpersönlichen Rechtsgüter, kann also persönlich entscheiden, ob er Eingriffe in seine körperliche Integrität gestattet. Ein Eingriff in dieses persönliche Rechtsgut wird durch einen erfolgreichen Eingriff nicht rechtmäßig.¹⁰ Der Einzelne muss selbst entscheiden können, welches Risiko er eingehen möchte.¹¹ Damit stellt jede Behandlung eine Körperverletzung dar. Um einer Strafbarkeit zu entgehen, müsste also ein Rechtfertigungsgrund vorliegen. Dieser wird regelmäßig eine Einwilligung sein.¹² Zivilrechtlich ist seit 2013 mit der Normierung des Behandlungsvertrages im BGB durch das Patientenrechtegesetz¹³ das Erfordernis der Einwilligung in medizinische Eingriffe im Anschluss an die schon vorher bestehende Praxis in § 630d BGB geregelt. Gemäß Abs. 2 dieser Vorschrift ist die Einwilligung nur wirksam, wenn ausreichend über die Behandlung aufgeklärt worden ist; nach § 630d Abs. 3 BGB ist die Einwilligung weiterhin jederzeit frei widerrufbar.

Mit der Verweigerung der Einwilligung kann also jede medizinische Behandlung verhindert werden. Fraglich ist aber, wer die Einwilligung im Falle der Behandlung eines Minderjährigen zu erteilen hat. § 630d Abs. 1 S. 2 BGB besagt lediglich, dass im Falle der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten der Berechtigte die Einwilligung zu erteilen hat. Für eine Anwendung der Vorschrift muss daher festgestellt werden, wann und ob ein Minderjähriger einwilligungsfähig ist oder nicht, sowie wer der andernfalls Berechtigte ist und an welchen Kriterien dieser seine Entscheidung auszurichten hat.

⁶ RG Urt. vom 31.05.1894, 1406/94, RGSt 25, 375 ff.; Gleixner-Eberle, S. 216.

⁷ BGHSt 11, 111; 43, 306, 308; 45, 219, 221; ebenso der 4. (Zivil-) Senat des BGH, vgl. NJW 1958, 1106.

⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 23.

⁹ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, § 223, Rn. 30; Lackner/Kühl/Kühl, § 223, Rn. 8.

¹⁰ BeckOK StGB/Eschelbach, § 223, Rn. 7.

¹¹ Gleixner-Eberle, S. 220.

¹² Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Böse, § 223, Rn. 26.

¹³ Gesetz v. 20.2.2013, BGBl I 2013, S. 22 ff.

2.3 Aktuelle Praxis

Die Notwendigkeit einer gültigen Einwilligung in Kombination mit der unvollständigen gesetzlichen Regelung führt zu einer starken Rechtsunsicherheit.¹⁴ Dies ist besonders problematisch, wenn man bedenkt, dass ein Behandlungsabbruch auf Wunsch des Minderjährigen in bestimmten Situationen durchaus als passive Sterbehilfe gewertet werden kann, wenn die lebensverlängernden Maßnahmen eingestellt werden und nach Ansicht der Ärzte ohne diese ein Tod in kurzer Zeit eintreten wird.¹⁵ Daher holen viele Ärzte grundsätzlich sicherheitshalber die Einwilligung der Eltern ein, um einer möglichen Strafbarkeit zu entgehen. Dies könnte jedoch das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen verletzen.

Nach der Auswertung eines Fragebogens der Juristin Daniela Böhmker¹⁶, der von verschiedenen Ärzten beantwortet wurde, sind sich nur 12,5% der befragten Klinikärzte und 37,5% der befragten niedergelassenen Ärzte sicher, welche Kriterien die Rechtsprechung für die Einwilligungsfähigkeit von minderjährigen Patienten annimmt. 75% der Klinikärzte bzw. 38% der niedergelassenen Ärzte gaben an, dass die Kriterien ungefähr bekannt wären.¹⁷ Schon die Antwort auf diese eine Frage verdeutlicht, dass nicht erwartet werden kann, dass jeder Arzt auf gleiche Weise mit minderjährigen Patienten umgeht. Auch zeigt die Studie, dass 44% der Klinikärzte und 50% der niedergelassenen Ärzte bereits Sorge hatten, eine Entscheidung zu treffen beziehungsweise eine Behandlung durchzuführen, die nicht von der Einwilligung der Erziehungsberechtigten gedeckt war und deshalb strafrechtlichen Konsequenzen ausgesetzt zu sein.¹⁸

Viele Ärzte waren bereits in der Situation, dass ein minderjähriger Patient die Behandlung verweigert hat. Größtenteils wird dann versucht, die Minderjährigen zur Zustimmung zu überzeugen, teilweise wurde die Meinung des Minderjährigen auch übergangen.¹⁹ Für die Praxis besteht der dringende Bedarf, die gesetzliche Lage deutlicher und verständlicher zu klären, so dass die betroffenen Ärzte genau wissen, wie sie sich verhalten müssen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass Behandlungen ohne ausreichende Einwilligung durchgeführt werden oder aber auch Behandlungen von Seiten der Ärzte verweigert werden, weil Unsicherheit besteht, ob die Einwilligung ausreicht.

¹⁴ Ludyga, NZFam 2017, 1121 (1123).

¹⁵ Weimer, S. 5.

¹⁶ Böhmker, S. 221 ff.

¹⁷ Böhmker, S. 225 f.

¹⁸ Böhmker, S. 226 f.

¹⁹ Lippert, S. 143.

2.4. Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen

Im Folgenden wird das Zusammenspiel aus rechtlichen Normen und Rechtsprechung in Bezug auf die Behandlungsverweigerung von Minderjährigen zusammengeführt. Der Zweck des Einwilligungserfordernisses ist die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.²⁰ Laut Gesetzesbegründung soll mit § 630d BGB die verfassungsrechtlich garantierte freie Entfaltung der Persönlichkeit sowie die Achtung der persönlichen Würde des Patienten zivilrechtlich konkretisiert werden.²¹

Das Selbstbestimmungsrecht ist ein Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR), welches aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet wird.²² Das APR schützt zusätzlich auch die engere persönliche Lebenssphäre sowie die Grundbedingungen der Persönlichkeitsentfaltung.²³ Der Schwerpunkt des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist das Verfügungsrecht über den eigenen Körper. Jeder Mensch soll also selbst entscheiden können, was mit ihm geschieht, beispielsweise welche Behandlungen durchgeführt werden, ob lebenserhaltende Maßnahmen vorgenommen werden und was nach dem Tod mit seinen Organen passiert.²⁴ Eine solche Entscheidung, durch die über den eigenen Körper verfügt wird, setzt aber voraus, dass der Patient eine innere wie auch äußere Verfügungsfreiheit hat. Er muss die Entscheidung freiwillig treffen können und dazu auch in der Lage sein, über die Situation zu urteilen.²⁵ Das Selbstbestimmungsrecht ist also an die Einsichtsfähigkeit geknüpft. Ist jemand nicht mehr oder noch nicht in der Lage, das Ausmaß seiner Entscheidungen zu begreifen, so muss gemäß § 630d Abs. 1 S.2 BGB ein anderer Berechtigter entscheiden oder eine eventuell vorliegende Patientenverfügung beachtet werden. Ein weiteres grundgesetzlich geschütztes Recht, welches durch das Einwilligungserfordernis geschützt wird, ist der Schutz der körperlichen Integrität. Dieser ist ein Bestandteil der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG.²⁶

Während bei volljährigen Patienten grundsätzlich von ihrer Einsichtsfähigkeit ausgegangen werden kann, solange keine offensichtlichen Mängel daran ersichtlich sind, stellt sich bei Minderjährigen regelmäßig die Frage nach ihrer Einwilligungsfähigkeit.²⁷ Da auch Minderjährige Träger von Grundrechten sind²⁸, muss auch ihr Selbstbestimmungsrecht gewahrt werden. Dass dieses von ihnen selbst ausgeübt wird, ist aber nur im Falle ihrer ausreichenden Einsichtsfähigkeit möglich.

²⁰ Jauernig/*Mansel*, § 630d Rn. 1.

²¹ BT-Drs. 17/10488, S. 23.

²² Maunz/*Dürig/Di Fabio*, GG Art. 2 Abs. 1, Rn. 128.

²³ Maunz/*Dürig/Di Fabio*, GG Art. 2 Abs. 1, Rn. 147.

²⁴ Maunz/*Dürig/Di Fabio*, GG Art. 2 Abs. 1, Rn. 204-206.

²⁵ Duttge, S. 78.

²⁶ Maunz/*Dürig/Herdegen*, GG Art. 1 Abs. 1, Rn. 95.

²⁷ Duttge, S. 79.

²⁸ Kaiser/*Schnitzler/Friederici/Schilling/Rakete-Dombek*, § 1626 BGB, Rn. 1.

Fraglich ist, wonach sich die Einwilligungsfähigkeit richtet. Möglich wäre, die zivilrechtlichen Regelungen über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), analog auch zur Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit anzuwenden.²⁹ Gemäß §§ 104, Nr. 1, 106 BGB sind Minderjährige im Alter unter sieben Jahren nicht geschäftsfähig, während ältere Minderjährige nur beschränkt geschäftsfähig sind.

Das Ergebnis dieser Überlegung ist jedoch abzulehnen, denn zunächst ist die Einwilligung in einen Heileingriff schon keine Willenserklärung³⁰, sondern als geschäftsähnliche Handlung³¹ lediglich die Erlaubnis zur Vornahme einer tatsächlichen Handlung.³² Auch ist die Einwilligungsfähigkeit ein Ausfluss der Grundrechte, die jedem Menschen unabhängig des Alters zustehen. Weiterhin reifen Kinder unterschiedlich schnell, so dass eine starre Altersgrenze keine sinnvolle Regelungsmethode wäre.³³ Die Unterschiede zwischen den Kindern würden nicht ausreichend berücksichtigt werden. Auch hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, eine solche Altersgrenze einzuführen, in anderen Bereichen, wie beispielsweise der Religionsmündigkeit ab dem 14. Lebensjahr oder der Testierfähigkeit gemäß § 2229 BGB ab 16 Jahren, wahrgenommen, im Bereich der Einwilligung in die medizinische Behandlung aber nicht genutzt.³⁴

Stattdessen wird die Einwilligungsfähigkeit in jedem Einzelfall bestimmt werden müssen. Gesetzliche Kriterien sind nicht gegeben, üblich ist es aber, eine behandlungsspezifische natürliche Einsichtsfähigkeit vorauszusetzen. Dafür muss der Minderjährige in der Lage sein, die Aufklärung, den Nutzen sowie die Risiken der Behandlung zu verstehen und diese auch gegeneinander abwägen zu können.³⁵ Abgestellt werden könnte auch darauf, dass der Minderjährige über die Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit verfügt, die notwendig dafür ist, die Tatsachen ausreichend zu begreifen, um sich ein eigenes Urteil bilden zu können.³⁶ Die Tatsachen ergeben sich aus den Informationen der Aufklärung. Die Aufklärung muss sämtliche wesentlichen Umstände des Eingriffs enthalten.³⁷ Die Risikoaufklärung sollte zum einen mögliche medizinische Komplikationen bei der Durchführung des Eingriffs aber auch die Risiken beim Operateur selbst umfassen. Um einwilligungsfähig zu sein, müssen demnach alle diese Informationen verstanden und verarbeitet werden können. Zu welchem Zeitpunkt diese Fähigkeiten vorliegen, wird in jedem Einzelfall anders sein. Gerade ein Minderjähriger, der bereits eine schwere Krankheit hatte, wird oft auf Grund seiner bisherigen Erfahrungen eine Reife besitzen, die

²⁹ Reipschläger, S. 29 f.

³⁰ Duttge, S. 78.

³¹ Erman/Rehborn/Gescher, § 630d, Rn. 4.

³² BGH 5.12.1958 – VI ZR 266/57, NJW 1959, 811 (811).

³³ Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 34: 935 (936).

³⁴ Kreße, MedR 2015, 33: 91 (92).

³⁵ Kreße, MedR 2015, 33: 91 (92); BGH 5.12.1958 – VI ZR 266/57, NJW 1959, 811 (811).

³⁶ Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 34: 935 (935).

³⁷ Spickhoff/*Spickhoff*, MedR, § 630e, Rn. 2.

sein Alter übersteigt.³⁸ Auch haben zumeist Mädchen einen Entwicklungsvorsprung vor Jungen, der sich im Alter von 13 Jahren laut Forschern auf bis zu sechs Jahre Unterschied des Entwicklungsalters belaufen kann.³⁹ Weiterhin ist auch die Schwere des Eingriffs ein zu beachtendes Kriterium. Denn je größer die Intensität des Eingriffs und die möglichen Folgen, desto höher müssen auch die Ansprüche an die Einsichtsfähigkeit sein. Dass ein Patient den Behandlungsvorschlag eines Arztes entgegen allgemeiner Vernunft ablehnt, ist dabei kein ausreichendes Zeichen von fehlender Einsichtsfähigkeit. Denn es kommt bei der Entscheidung auf die persönlichen Kriterien des Patienten an, nicht auf die Vorstellungen anderer.⁴⁰

Weiterhin ist fraglich, von wem die Einwilligungsfähigkeit festgestellt werden kann. In Betracht kommt hier, dass der behandelnde Arzt diese Einschätzung treffen könnte. Dieser muss dafür sämtliche Faktoren, den Patienten wie auch die Behandlung betreffend, einbeziehen und im Zweifelsfall auch einen Psychiater hinzuziehen.⁴¹ Laut Daniela Böhmkers Fragebogen⁴² trauen sich 81% der befragten Klinikärzte sowie 94% der niedergelassenen Ärzte eine Entscheidung bezüglich der Einsichtsfähigkeit zu. Allerdings meinen nur 25% der Ersteren, genügend Zeit für die Ermittlung der Einwilligungsfähigkeit zur Verfügung zu haben, bei Letzteren beträgt diese Ziffer immerhin 44%.⁴³ Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Arzt im beruflichen Alltag die Einwilligungsfähigkeit in jedem Einzelfall korrekt bestimmen oder jedenfalls mit der erforderlichen Sorgfalt prüfen kann.

Auch wenn im Einzelfall die Einwilligungsfähigkeit durch den Arzt attestiert werden kann, so muss dies nicht bedeuten, dass die Wahl der Behandlung auf einer eigenständigen Entscheidung des Minderjährigen beruht. Im Weiteren muss daher zwischen der Einwilligungsfähigkeit und der Einwilligungskompetenz unterschieden werden. Während erstere die geistigen Fähigkeiten des Minderjährigen meint, so betitelt letztere, wer die Kompetenz zur tatsächlichen Einwilligung innehat.⁴⁴

Die Meinungen hierüber gehen auseinander. Eine Auffassung besagt, dass jeder Patient, der einwilligungsfähig ist, auch die Einwilligungskompetenz besitzt.⁴⁵ Für diese Ansicht spricht, dass die körperliche Integrität ein höchstpersönliches Rechtsgut ist. Höchstpersönliche Rechtsgüter sind grundsätzlich nicht vertretungsfähig. Allerdings wird für die Einwilligung in medizinische Heilbehandlungen aus praktischen Erwägungen eine Ausnahme angenommen⁴⁶. Weiterhin spricht hierfür auch der Wortlaut des § 630d Abs. 1 BGB.⁴⁷ Sollte der einwilligungsfähige Minderjährige

³⁸ Gleixner-Eberle, S. 399.

³⁹ Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 34: 935 (936).

⁴⁰ Duttge, S. 79.

⁴¹ Duttge, S. 86.

⁴² Böhmker, S. 221 ff.

⁴³ Böhmker, S. 228 ff.

⁴⁴ Gleixner-Eberle, S. 15.

⁴⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 29. November 2019 – II-12 UF 236/19, Rn. 22; Kreße, MedR 2015, 33: 91 (94).

⁴⁶ Gleixner-Eberle, S. 302.

⁴⁷ Kreße, MedR 2015, 33: 91 (94).

also die alleinige Entscheidungskompetenz besitzen, so wäre er auch in der Lage, lebensnotwendige Maßnahmen abzubrechen.⁴⁸

Eine andere Ansicht besagt aber, dass die Entscheidung, zumindest bei schwerwiegenden Eingriffen, bei einem anderen Berechtigten liegen muss, um den Minderjährigen zu schützen, auch vor sich selbst. Der Schutz des Lebens wäre demnach wichtiger als das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen, sodass trotz genereller eigener Entscheidungsfreiheit keine Befähigung vorliege, über sein eigenes Leben zu verfügen.⁴⁹ Begründet wird dies mit der fehlenden Fähigkeit, die Auswirkungen der Ablehnung zu begreifen. Diese Ansicht überzeugt allerdings nicht. Denn die Einwilligungskompetenz besteht nur, wenn dem Minderjährigen zugetraut werden kann, alle Faktoren des Eingriffs zu berücksichtigen und sowohl die Folgen einer Zustimmung wie auch die der Ablehnung des Eingriffs zu überblicken. Denn sonst wäre der Minderjährige ohnehin nicht entscheidungskompetent. Wenn das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit jedoch bejaht wird, kann nicht gleichzeitig angenommen werden, die Folgen der Behandlungsverweigerung könnten nicht verstanden werden.

Nach einer dritten Ansicht darf ein Minderjähriger nie eine alleinige Entscheidung bezüglich einer medizinischen Behandlung treffen, da zu wichtige Rechtsgüter betroffen seien.⁵⁰ Da diese Ansicht das Selbstbestimmungsrecht komplett außer Acht lässt, ist sie abzulehnen. Verweigert ein einwilligungsfähiger Minderjähriger bei lebensgefährlicher Erkrankung eine Behandlung, soll aber versucht werden, seine Beweggründe zu verstehen.⁵¹ Lehnt er eine Behandlung ab, weil er nach ausgiebigem Überdenken der Situation beschlossen hat, die mit der Behandlung einhergehenden Leiden nicht ertragen zu können oder nach der Behandlung nicht weiter mit bedeutenden Einschränkungen leben zu wollen, dann ist seine Entscheidung aus Gründen gefallen, die nicht an der Einwilligungsfähigkeit zweifeln lassen. Verweigert er die Behandlung aber etwa aus Gründen wie Liebeskummer⁵², fehlender Lust, Unwilligkeit weitere Zeit im Krankenhaus zu verbringen oder aber auch aus Angst, so sind darin Gründe erkennbar, die die geistige Reife des Minderjährigen in Frage stellen. Denn aus der Entscheidung über die Verweigerung einer lebensnotwendigen Behandlung resultieren schwerwiegende Folgen. Es wird in vielen Fällen nicht mehr möglich sein, eine Behandlung zu einem späteren Zeitpunkt nachzuholen. Ein einwilligungsfähiger Minderjähriger muss demnach – vorbehaltlich der noch zu prüfenden Reichweite des möglicherweise kollidierenden Elternrechts – auch bei lebensbedrohlicher Erkrankung die Behandlung verweigern können. Es ist aber mit besonderer Sorgfalt festzustellen, dass auch wirklich die notwendige Einsichtsfähigkeit vorliegt.

⁴⁸ Gleixner-Eberle, S. 399.

⁴⁹ Reipschläger, S. 179.

⁵⁰ Lorenz, NZFam 2017, 782 (786).

⁵¹ Diepold, S. 45.

⁵² Reipschläger, S. 179.

2.5 Personensorge durch die Eltern

Als nächstes müssen die Befugnisse der Eltern betrachtet werden, da diese zuerst als Entscheidungsberechtigte für Minderjährige in Betracht kommen, sollte man diesen die Einwilligungskompetenz absprechen. Die elterliche Sorge ist sowohl verfassungsrechtlich, wie auch einfachgesetzlich bestimmt. Die verfassungsrechtliche Grundlage der elterlichen Sorge ist Art. 6 Abs. 2 GG. Träger dieses Rechts sind die durch Abstammung oder rechtliche Zuordnung bestimmten Eltern.⁵³ Es ist sowohl Pflicht wie Recht der Eltern, ihr Kind zu pflegen und zu erziehen. Es sind keine spezifischen Ziele in der Erziehung bestimmt, vielmehr dürfen die Eltern diese nach ihren eigenen Vorstellungen gestalten⁵⁴, wobei es sich dabei vor allem um ein fremdnütziges Recht handelt.⁵⁵ Ihr Recht wird dabei begrenzt durch das Kindeswohl sowie durch das Ziel einer gesunden körperlichen und seelischen Entwicklung ihres Kindes. Inhalt des Rechtes ist alles, was Einfluss auf die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes nimmt.⁵⁶ Das Elternrecht beinhaltet auch ein Wahrnehmungsrecht, also das Recht zur Wahrnehmung von Rechten für das Kind.⁵⁷ Da die Komponente der Pflege auch die Sorge um Ernährung, Vermögen sowie die hier relevante Gesundheit beinhaltet⁵⁸, fallen auch Entscheidungen für ärztliche Maßnahmen wie Operationen in den Geltungsbereich des Art. 6 Abs. 2 GG.⁵⁹ Im Falle einer Kollision des (fremdnützigen) Elternrechtes mit dem Kindeswohl muss das Kindeswohl priorisiert werden.⁶⁰ Daher nehmen die Rechte der Eltern gemäß Art. 6 Abs. 2 GG ab, wenn das Kind mit fortschreitendem Alter ein geringeres Pflege- und Schutzbedürfnis hat und erlöschen mit der Volljährigkeit des Kindes vollständig.⁶¹

Die elterliche Sorge wird weiterhin durch einfachgesetzliche Bestimmungen konkretisiert. Diese finden sich im vierten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches, dem Familienrecht. Relevant sind die Normen in Titel 5, elterliche Sorge. § 1626 BGB enthält die zivilrechtliche Normierung der elterlichen Sorge. Gemäß Abs. 1 S. 2 sind davon sowohl die Personensorge wie auch die Vermögenssorge umfasst. Abs. 2 konkretisiert insoweit, dass die Eltern die individuellen Fähigkeiten und Bedürfnisse ihres Kindes zu selbständigem und verantwortungsbewusstem Handeln altersgerecht zu berücksichtigen haben. Sobald ein angemessener Entwicklungsstand erreicht ist, sollen weiterhin Fragen der elterlichen Sorge mit dem Kind besprochen und wenn möglich Einvernehmen erzielt werden. Abs. 3 sichert den Umgang mit beiden Elternteilen sowie anderen, für die Entwicklung wichtigen

⁵³ BeckOK GG/*Uhle*, Art. 6 GG, Rn. 58.

⁵⁴ Leibholz/*Rinck/Burghart*, Art. 6 GG, Rn. 559, 571.

⁵⁵ Spickhoff, *FamRZ* 2013, 337 (338).

⁵⁶ BeckOK GG/*Uhle*, Art. 6 GG, Rn. 52, 56.

⁵⁷ Sachs/*von Coelln*, Art. 6 GG, Rn. 62.

⁵⁸ Sachs/*von Coelln*, Art. 6 GG, Rn. 60.

⁵⁹ BeckOK GG/*Uhle*, Art. 6 GG, Rn. 54.

⁶⁰ BeckOK GG/*Uhle*, Art. 6 GG, Rn. 57.

⁶¹ Maunz/*Dürig/Badura*, Art. 6 GG, Rn. 135.

Personen. Die Eltern können dem Kind gegenüber nach den Grundsätzen des Deliktsrechts haften, wenn sie die elterliche Sorge nicht pflichtgemäß ausüben.⁶² Auch wenn § 1626 Abs. 2 BGB besagt, dass reifere Kinder in die Entscheidungen miteinbezogen werden sollen, so bedeutet dies nicht, dass Eltern dem Willen des Kindes folgen müssen. Entscheidungen gegen den Willen des Kindes sind weiter möglich, wenn die Eltern diese im Interesse des Kindes sehen.⁶³

Fraglich ist, ob und wann die Eltern die Berechtigung zur Einwilligung in ärztliche Behandlungen an ihrem Kind haben. Gemäß § 1629 I BGB können Eltern Willenserklärungen im Namen des Kindes abgeben.⁶⁴ Bei einer Einwilligung in eine ärztliche Behandlung handelt es sich, wie bereits festgestellt, nicht um eine Willenserklärung. Die Einwilligung der Eltern in die Durchführung eines ärztlichen Eingriffs bei ihrem Kind wird nicht als ein Rechtsgeschäft verstanden, sondern ist eine Ermächtigung zur Vornahme von medizinischen Handlungen, die in die Rechte des Gestattenden eingreifen.⁶⁵ Eine Willenserklärung erfolgt im Rahmen des Abschlusses des Behandlungsvertrags. Angesichts des Rechts zur Pflege der Gesundheit wäre die Einwilligung der Erziehungsberechtigten in einen Heileingriff aber trotzdem gerechtfertigt.⁶⁶ Fraglich ist jedoch, ob die Einwilligung der Eltern zu jedem Zeitpunkt der Entwicklung des Minderjährigen ausreichend ist.

Eine Möglichkeit wäre, dass die Eltern des Kindes zu jedem Zeitpunkt die alleinige Entscheidungsbefugnis über die Erteilung der Einwilligung haben. Wäre dies der Fall, so wäre es dem Minderjährigen nicht möglich, sich der Behandlung zu verweigern. Minderjährige, die nicht einsichtsfähig sind, können eine Einwilligung nicht selbst treffen, da sie die Folgen nicht absehen können. In diesem Fall können die gesetzlichen Vertreter, regelmäßig also die Eltern, die Einwilligung erteilen.⁶⁷ Eine familiengerichtliche Genehmigung ist dafür, anders als im Betreuungsrecht, nicht nötig.⁶⁸ Problematischer ist es, wenn das Kind selbst aufgrund seiner geistigen Reife einsichtsfähig ist. Teilweise wird angenommen, dass die Eltern trotz der Einwilligungsfähigkeit ihres Kindes einer Behandlung zustimmen können, auch wenn dieses seinen natürlichen Willen gegen die Behandlung äußert. Dies wird mit den Elternrechten aus Art. 6 Abs. 2 GG sowie §§ 1626 ff. BGB begründet. Auch der BGH hat festgestellt, dass ein Arzt im Allgemeinen darauf vertrauen kann, dass die ordnungsgemäß ausgesprochene Einwilligung der Eltern in eine Behandlung genügt.⁶⁹ Bei Verkennen der Einsichtsfähigkeit des Kindes soll es dem Arzt nicht zur

⁶² Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Rakete-Dombek*, § 1626 BGB, Rn. 21.

⁶³ Schulz/Hauß/*Schmid*, § 1626 BGB, Rn. 8.

⁶⁴ Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Rakete-Dombek*, § 1629 BGB, Rn. 2.

⁶⁵ BGH v. 5.12.1958 – VI ZR 266/57, BGHZ 29,33; BGH v. 28.6.1988 – VI ZR 22/87, FamRZ 1988, 1142.

⁶⁶ Gleixner-Eberle, S. 303.

⁶⁷ Schwedler, NJOZ 2014, 1 (1);

⁶⁸ Gleixner-Eberle, S. 303.

⁶⁹ BGH vom 10.10.2006 – VI ZR 74/05, NJW 2007, 217 (218).

Last zu legen sein, wenn dieser nur die Einwilligung der Eltern einholt.⁷⁰ Damit wurde den Medizinern die Möglichkeit gegeben, eine für sie einfache Lösung zu verfolgen, ohne sorgsam die Einsichtsfähigkeit des Patienten feststellen zu müssen. Dabei wird aber übersehen, dass die Elternrechte durch die Rechte des Kindes begrenzt werden. Mit fortschreitendem Alter muss der Wille des Kindes auch mehr Bedeutung erlangen.⁷¹ Dies unterstützt auch § 1626 Abs. 2 BGB, der dem Kind Mitwirkung auch im Bereich der medizinischen Versorgung einräumt.⁷² Ein Alleinentscheidungsrecht der Eltern bei ihrem einsichtsfähigen Kind ist daher abzulehnen.

Um diese Mitwirkung des Kindes zu ermöglichen, wird Minderjährigen teilweise ein Vetorecht eingeräumt, welches oft aus § 1626 Abs. 2 BGB abgeleitet wird.⁷³ Wie genau dieses ausgestaltet sein soll, ist umstritten. Der BGH geht davon aus, dass ausreichend urteilsfähigen Kindern ein Vetorecht gegen die Fremdbestimmung durch seine gesetzlichen Vertreter zusteht.⁷⁴ Sie könnten also von den Eltern gewünschte medizinische Eingriffe wirksam ablehnen. Allerdings soll dieses Vetorecht nur für relativ indizierte Eingriffe mit erheblichen Folgen für die künftige Lebensgestaltung des Betroffenen bestehen. Dieser Ansicht folgen auch Teile der Literatur.⁷⁵

Ein relativ indizierter Eingriff ist ein solcher, der für den Patienten empfehlenswert, aber nicht unbedingt notwendig wäre.⁷⁶ Erhebliche Folgen für die künftige Lebensgestaltung liegen vor, wenn auch nach der grundsätzlichen Abheilungsphase noch spürbare und nicht nur geringfügige Einschränkungen im täglichen Leben vorhanden sind. Der BGH definiert nicht, wann genau eine ausreichende Urteilsfähigkeit vorliegt, auch differenziert das Urteil nicht nach dem Vorliegen von Einsichtsfähigkeit, sondern nimmt generell keine Entscheidungskompetenz zugunsten des Vetorechts an.⁷⁷

Sollte man dem einwilligungsfähigen Minderjährigen jedoch lediglich ein Vetorecht zusprechen, so würde dem Elternrecht ein höherer Wert als dem Selbstbestimmungsrecht zugebilligt.⁷⁸ Auch schränken die Voraussetzungen des Vetorechts die Anwendbarkeit stark ein. Bei der Behandlung einer lebensbedrohlichen Krankheit wird zwar mit erheblichen Folgen für die zukünftige Lebensgestaltung zu rechnen sein, ist sie jedoch absolut indiziert, so hätte der Minderjährige keinerlei Einwirkungsrecht auf die Entscheidung. Teilweise wird angenommen, dass ein weiterer Entscheidungsfaktor betrachtet werden müsse. So müssten bei lebensbedrohlichen

⁷⁰ Laufs/Katzenmeier/Lipp/*Katzenmeier*, V. Rn. 54.

⁷¹ Ulsenheimer, S. 88.

⁷² Peschel-Gutzeit, NZFam 2014, 433 (434).

⁷³ Amelung, S. 18.

⁷⁴ BGH vom 10.10.2006 – VI ZR 74/05, NJW 2007, 217 (217).

⁷⁵ Laufs/Katzenmeier/Lipp/*Katzenmeier*, V. Rn. 54.

⁷⁶ Rumetsch, S. 78.

⁷⁷ Gleixner-Eberle, S. 316.

⁷⁸ Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 34: 935 (937).

Krankheiten auch die Heilungschancen einbezogen werden. Wäre die Behandlung aussichtslos, müsse auch der minderjährige Patient das Recht haben, diese abzulehnen, denn dann wäre die Behandlung aufgrund fehlender Erfolgsaussicht bereits nicht mehr medizinisch indiziert.⁷⁹ Ebenso dürfte zu entscheiden sein, wenn die Behandlung das Leben nur um einen kurzen Zeitraum verlängern könnte.

Der komplette Ausschluss eines bereits voll Einsichtsfähigen von einer Entscheidung, die sein eigenes Leben betrifft, stellt eine Einschränkung seines Selbstbestimmungsrechts dar, die nicht mehr vertretbar erscheint. Weiterhin hätte man das Ziel des § 1626 Abs. 2 BGB, der Mitwirkung des Kindes, verfehlt. Teilweise wird das vom BGH 2006 entwickelte Vetorecht ohnehin als veraltet angesehen, da es nach der Normierung von § 630d Abs. 1 BGB nicht mehr haltbar sei.⁸⁰

Auch in der Literatur wird vielfach ein Vetorecht von Kindern angenommen. Hier wird zumeist aufgrund des Mitwirkungsrechts davon ausgegangen, dass die Vetomündigkeit weiter reicht als die Einwilligungsmündigkeit, diese demnach schon früher erreicht werden kann.⁸¹ Es würde eine Übergangsphase bestehen, in der die Entwicklung der Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit bereits begonnen hat, allerdings noch nicht in ausreichendem Maße für eine alleinige Entscheidung besteht.⁸² Auch für die Vetomündigkeit wird keine feste Altersgrenze bestimmt werden können, sondern im Einzelfall entschieden werden müssen. Fraglich ist jedoch, ob dies bei jeder Art von Eingriff der Fall ist. Möglich wäre auch ein Vetorecht für nur relativ indizierte Behandlungen oder nur solche, die nicht dringlich, sondern bis zur eigenen Entscheidungskompetenz oder Volljährigkeit des Minderjährigen aufgeschoben werden könnten.⁸³

Anderer Ansicht nach sind jegliche Vetorechte des Minderjährigen abzulehnen. Vetorechte seien dort normiert, wo der Gesetzgeber sie wolle, etwa bei dem Widerspruch des Minderjährigen an der Teilnahme an einer klinischen Arzneimittelprüfung.⁸⁴ Dass dies bei der Behandlungseinwilligung nicht der Fall sei, würde bedeuten, dass der (minderjährige) Patient entweder einwilligungsfähig wäre und die Entscheidung alleine treffen könnte oder nicht einwilligungsfähig wäre, so dass die Entscheidungskompetenz bei einer anderen Person liegen müsste.⁸⁵ Problematisch bei einem Vetorecht, sollte man es annehmen, wäre weiterhin, dass die Ablehnung gegenüber den Eltern auszusprechen ist.⁸⁶ Diese könnten das Veto allerdings ignorieren und dem Arzt trotzdem ihre Einwilligung bestätigen, um ihren eigenen Behandlungswunsch durchzusetzen. Da der Arzt auf die Einwilligung der Eltern vertrauen darf, wäre damit der Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Minderjährigen

⁷⁹ Rumetsch, S. 74 f.

⁸⁰ Kreße, MedR 2015, 33: 91 (94).

⁸¹ Ulsenheimer, S. 88.

⁸² Gleixner-Eberle, S. 316.

⁸³ Ulsenheimer, S. 88.

⁸⁴ § 40 Abs. 4 Nr. 3 S. 3 Halbs. 2 AMG.

⁸⁵ Kreße, MedR 2015, 33: 91 (94).

⁸⁶ Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 34: 935 (937).

ausgehebelt. Ein Ausweg aus dieser Situation wäre, wenn der Minderjährige selbst ein Verfahren aus § 1666 Abs. 1 BGB einleiten würde, indem er vorträgt, es würde sein Kindeswohl gefährden, wenn sein Veto ignoriert werde.⁸⁷

Eine weitere Möglichkeit wäre, einen allseitigen Konsens der Betroffenen zu verlangen.⁸⁸ Damit wären Behandlungen nur durchführbar, wenn sowohl Personensorgeberechtigte wie auch der betroffene Minderjährige selbst in den Eingriff einwilligten. Eine vergleichbare Regelung enthält § 36 Abs. 2 S. 1 SGB I. Diese Vorschrift dient dem Schutz der Minderjährigen, indem den Eltern die Möglichkeit gegeben wird, die Handlungsfähigkeit des (mindestens 15 Jahre alten) Minderjährigen wieder einzuschränken. Es wird vorgeschlagen, diese Norm erweiternd im Sinne der Notwendigkeit der Einschaltung des gesetzlichen Vertreters auslegen zu müssen, bevor eine Leistung versagt werden darf.⁸⁹

Anhänger der Konstruktion der kumulativen Einwilligung wollen mit dieser dafür sorgen, dass Eltern und Kind gemeinsam über die Entscheidung diskutieren und einen Kompromiss finden.⁹⁰ Dies soll jedenfalls solange so sein, bis der Minderjährige uneingeschränkt einsichtsfähig ist.⁹¹ Sollte allerdings kein gemeinsamer Kompromiss gefunden werden können, so kann jede Seite die weitere Behandlung blockieren. Ein Vorteil gegenüber dem Vetorecht wäre, dass die Meinung des Minderjährigen nicht von den Eltern übergangen werden kann, da dem Arzt die Einwilligung von dem Minderjährigen selbst bestätigt werden muss, um den Eingriff zu rechtfertigen.⁹² So wäre seine körperliche Integrität ausreichend geschützt, ohne den Eltern ihr Elternrecht vollkommen abzusprechen.⁹³

In dem Bereich der Behandlungsverweigerung kommt man auf diesem Weg zum selben Ergebnis wie bei einem Vetorecht des Minderjährigen. Dieser kann durch seine Ablehnung der Behandlung, auch bei lebensgefährlicher Erkrankung, deren Durchführung stoppen. Bei einer Verweigerung wäre sein medizinisches Selbstbestimmungsrecht damit gewahrt. Gleichzeitig würde eine größere Rechtssicherheit bestehen, da der Arzt sicher sein könnte, dass alle Parteien den Eingriff wünschen. Eine Verweigerung der Behandlung könnte ein Minderjähriger damit selbst durchsetzen, eine Vornahme dagegen nicht. Für diesen Wertungswiderspruch fehlt eine Begründung, wenn man bedenkt, dass die Nichtvornahme einer Behandlung genauso schwere Auswirkungen wie deren Vornahme auf das Leben des Minderjährigen haben kann.

⁸⁷ Lorenz, NZFam 2017, 782 (787).

⁸⁸ So z.B. Schaffer, VersG 1993, 1458.

⁸⁹ Hauck/Noftz/*Fastabend*, § 36 SGB I, Rn. 16.

⁹⁰ MüKo BGB/*Wagner*, § 630 d, Rn. 42.

⁹¹ Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 34: 935 (940).

⁹² Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 34: 935 (940).

⁹³ vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.8.2021 – 6 UF 120/21, NZFam 2021, 872.

Lösungsvorschläge

Fraglich ist, ob es Mittel gibt, diese unübersichtliche und vom Einzelfall abhängige Situation rechtssicherer zu regeln, so dass alle Beteiligten in der Praxis wissen, ob eine Behandlungsverweigerung des lebensgefährlich erkrankten Minderjährigen zu beachten ist oder nicht. Eine Möglichkeit wäre, gestaffelte Altersgrenzen anzunehmen. Wenngleich starre Altersgrenzen auf Grund der unterschiedlichen Entwicklungsgeschwindigkeit von Minderjährigen abzulehnen sind, könnten doch widerlegbare Regelvermutungen aufgestellt werden. So könnte vermutet werden, dass Kinder unter 14 Jahren nicht die nötige Einsichtsfähigkeit besitzen, während dies bei Minderjährigen über 16 regelmäßig der Fall ist. Für das Alter zwischen 14 und 16 würde keine Regelvermutung bestehen.⁹⁴ Diese Altersgrenzen sollten aber nicht unumstößlich sein, sondern eher Richtlinien. Lügen im Einzelfall Indizien dafür vor, dass der Minderjährige anders einzustufen wäre, so könnte der Arzt dies tun. Damit stellt sich aber die Frage, ob die Altersgrenzen überhaupt eine Erleichterung für Ärzte wären, wenn jeder Einzelfall dennoch überprüft werden muss. Es würde die Gefahr bestehen, dass Ärzte nicht mehr von den Richtlinien abweichen, so dass im Einzelfall einwilligungsfähigen Personen die Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts auf Grund ihres Alters verwehrt wird.

Eine weitere Möglichkeit wäre die Einführung eines Kompetenztests, dem ein Kind sich vor der Behandlung unterwerfen müsste. So könnte mit geringem Zeitaufwand festgestellt werden, ob ein Kind die nötige Reife zur Einwilligungsfähigkeit besitzt. Problematisch hierbei ist wiederum, dass Reife schwierig über einen schriftlichen Test abzufragen ist. Denn ob ein Kind die Risiken eines Eingriffs verstehen kann, hängt nicht unbedingt von der Intelligenz oder der Allgemeinbildung ab.⁹⁵ Auch wird nicht berücksichtigt, dass gerade Kindern mit einer schweren Krankheit oft auf Grund von Schulversäumnissen die Fähigkeiten fehlen, einen solchen Test zu bestehen. Dafür haben sie aber oft ein behandlungsspezifisches Wissen, welches sie sich im Laufe ihrer Krankheit aneignen konnten und das für eine Behandlungsentscheidung von höherer Bedeutung ist.⁹⁶

An den Gedanken der Kompetenztests anknüpfend würde weiterhin ein Fragebogen, oder auch eine Checkliste, in Betracht kommen, welcher aber nicht von den minderjährigen Patienten, sondern von den behandelnden Ärzten auszufüllen wäre. In diesem wären verschiedene Kriterien zur Einsichtsfähigkeit vermerkt, so dass der Arzt wüsste, worauf er achten muss, um im ohnehin notwendigen Aufklärungsgespräch die Fähigkeiten des Kindes bewerten zu können und danach eine nachvollziehbare Entscheidung über das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit treffen zu können. Auf Grund der Standardisierung des Fragebogens müssten sich einerseits die Ärzte keine Gedanken darüber machen, nach welchen Kriterien die Entscheidung zu treffen ist, andererseits würde sichergestellt werden, dass überall nach den

⁹⁴ Duttge, S. 80.

⁹⁵ Alderson, S. 32.

⁹⁶ Alderson, S. 31.

gleichen Standards entschieden wird. Auch wenn immer noch Abweichungen zu erwarten wären, sollten diese geringer sein als in der aktuellen Situation. Die Verwendung einer solchen Checkliste könnte durch eine Leitlinie der Bundesärztekammer bestimmt werden, welche Entscheidungshilfen für Ärzte sein sollen.⁹⁷

3 Stellungnahme

Verweigert ein minderjähriger, lebensgefährlich Erkrankter die Behandlung, so ist der rechtliche Rahmen zwar bestimmt, die genaue Ausgestaltung jedoch unübersichtlich und nicht im Detail geklärt. Viele verschiedene Literaturmeinungen und BGH-Urteile kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, eine einheitliche Linie ist nicht zu erkennen.

Zwei Fragen müssten für eine sicherere Rechtslage beantwortet werden. Erstens, ab wann ist ein Minderjähriger einwilligungsfähig? Auf diese Frage gibt es viele Antworten, die auch oft übereinstimmen: Er muss eine ausreichende Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit besitzen, um die Behandlung zu verstehen und Vor- und Nachteile abwägen zu können. Doch mangelt es an präzisen Kriterien, auf die Ärzte sich verlassen können. Zum jetzigen Zeitpunkt ist die Beurteilung sehr subjektiv. Dies könnte zu Situationen führen, in denen ein Arzt den Minderjährigen als einsichtsfähig beurteilt und seine Behandlungsverweigerung akzeptiert. Wären die Eltern damit nicht einverstanden, könnten sie einen anderen Arzt aufsuchen, der die Lage anders sieht und die Behandlung gegen den Willen des seiner Meinung nach einsichtsunfähigen Minderjährigen durchführt. Eine komplette Einheitlichkeit ist vermutlich nie zu erreichen. Doch könnte mit der Bestimmung von genauen Kriterien erreicht werden, dass die Entscheidungen insgesamt gleichläufiger getroffen werden, als das momentan der Fall ist. Die oben aufgeworfene Checkliste könnte dies unterstützen.

Die zweite Frage ist, inwieweit die Behandlungsverweigerung von einsichtsunfähigen Minderjährigen in die Entscheidung einbezogen werden soll, insbesondere bei lebensgefährlichen Behandlungen. Sowohl Vetorechte wie auch das Erfordernis eines allseitigen Konsenses führen bei der Behandlungsverweigerung durch den Patienten zu demselben Ergebnis: Die Behandlung könnte nicht vorgenommen werden. Damit hätte der Minderjährige trotz Einsichtsunfähigkeit die alleinige Entscheidung getroffen, keine weitere Behandlung durchzuführen. Indem man ihm die Einwilligungsfähigkeit abspricht, stellt man gerade fest, dass er nicht in der Lage ist, die Entscheidung selbstständig zu treffen. Ihm dann ein Vetorecht (oder auch die kumulative Einwilligung) zu gestatten, kann nur auf der Einschätzung beruhen, dass ohne Behandlung im Zweifel weniger Schaden angerichtet wird.⁹⁸ Aber gerade bei lebensgefährlichen Erkrankungen wird ohne Behandlung das Leben des Patienten

⁹⁷ Berger, S. 73.

⁹⁸ Reipschläger, S. 177.

gefährdet. Anders könnte es sein, wenn dies nicht der Fall wäre. Für die Beurteilung wäre es dann wichtig, wie die Behandlung indiziert ist und wie schwerwiegend die Krankheit selbst ist.⁹⁹ Ist die Behandlung absolut indiziert, hat der Patient ohne sie keine Überlebenschance? Gibt es eine Alternative? Wäre der Minderjährige bereit, eine andere Behandlung durchzuführen, die auch eine Chance bietet, wenn sie auch geringer ist? Wie hoch ist die Überlebenschance ohne eine Behandlung? Besteht überhaupt die Chance der Heilung oder bietet die Behandlung nur die Möglichkeit einer etwas verlängerten Lebensdauer?

Sollte eine Alternativmaßnahme möglich oder die Behandlung bis zum Erreichen der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen aufschiebbar sein, so könnte man dem einsichtsunfähigen Minderjährigen zubilligen, eine dieser Varianten zu wählen. Eine Abgrenzung nach der Schwere der Krankheit dürfte kaum umsetzbar sein. Denn auch hier fehlen die objektiven Kriterien. Nicht jeder Arzt wird die gleiche Prognose stellen. Bis zu welchem Behandlungszeitpunkt dem Minderjährigen ein Mitspracherecht zustehen sollte, bliebe unsicher, so dass die Rechtsunsicherheit sich noch verstärken würde. Weiterhin könnte auch ein Aufschub der Behandlung schwerwiegende Folgen haben, so dass auch eine leichte Erkrankung lebensbedrohlich werden könnte.¹⁰⁰ Sinnvoller erscheint es, Vetorechte sowie den Co-Konsens abzulehnen und den Eltern des Einwilligungsunfähigen die alleinige Entscheidungskompetenz zu überlassen. Diese sollten dann zwar versuchen, eine Einigung mit dem Kind zu erlangen, haben aber gleichzeitig das letzte Wort, da es auf ihre Entscheidung ankommt. Das Kind könnte als letztes Mittel versuchen, sein Selbstbestimmungsrecht im Zuge eines Verfahrens nach § 1666 BGB durchzusetzen, in dem es die Entscheidung der Eltern als Gefährdung seines Kindeswohls darstellt. Dann käme die Entscheidung dem Gericht zu, das diese durch eine Abwägung von Sachargumenten treffen müsste.¹⁰¹

Damit komme ich zusammenfassend zu dem Ergebnis, dass einsichtsfähige Minderjährige immer allein entscheiden dürfen und einsichtsunfähige Minderjährige nur im Innenverhältnis zu ihren Eltern ein Mitspracherecht haben. Sie wären also nicht in der Lage, eine Behandlung gegen den Willen ihrer Personensorgeberechtigten abzulehnen. Auch wenn dies eine Einschränkung ihres Selbstbestimmungsrechts bedeutet, wäre diese verhältnismäßig, da das Leben des Minderjährigen geschützt werden muss, auch vor dem Minderjährigen selbst.¹⁰²

⁹⁹ Reipschläger, S. 181.

¹⁰⁰ Reipschläger, S. 181.

¹⁰¹ Lorenz, NZFam 2017, 782 (787).

¹⁰² Reipschläger, S. 179.

Literatur

- Alderson, P.: Die Autonomie des Kindes – über die Selbstbestimmungsfähigkeit von Kindern in der Medizin, in: C. Wiesemann, A. Dörries, G. Wolfslast, A. Simon: Das Kind als Patient, Frankfurt am Main 2003.
- Amelung, K.: Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention, Berlin 1995.
- Berger, A.: Die Bundesärztekammer, Baden-Baden 2005.
- Böhmker, D.: Die Entscheidungskompetenz des minderjährigen Patienten in der medizinischen Behandlung, Frankfurt am Main 2014.
- Diepold, B.: Einsicht und Urteilsfähigkeit von Kindern, in: C. Dierks, T. Graf-Baumann, H.G. Lenard: Therapieverweigerung bei Kindern und Jugendlichen, Heidelberg 1995.
- Duttge, G.: Patientenautonomie und Einwilligungsfähigkeit, in: C. Wiesemann, A. Simon: Patientenautonomie, Münster 2013.
- Epping, V.; Hillgruber, C.: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand 15.08.2018.
- Gleixner-Eberle, E.: Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, Heidelberg 2014.
- Hauck, K.; Noftz, W.: Sozialgesetzbuch I, Stand: Juni 2016.
- Herzog, R.; Herdegen, M.; Klein, H.; Scholz, R.: Maunz Dürig Grundgesetz, 83. Auflage 2018.
- Hoffmann-LaRoche AG; Urban & Schwarzenberg Verlag, Roche Lexikon Medizin, 2. Auflage, München 1987.
- Kaeding, N.; Schwenke, L.: Medizinische Behandlung Minderjähriger – Anforderungen an die Einwilligung, Medizinrecht 2016, 34: 935–940.
- Kaiser, D.; Schnitzler, K.; Firederici, P.; Schilling, R.: BGB Familienrecht, 3. Auflage 2014.
- Kindhäuser, U.; Neumann, U.; Paeffgen, H.: Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017.
- Kreße, B.: Aufklärung und Einwilligung beim Vertrag über die ärztliche Behandlung einwilligungsunfähiger Patienten, medizinrecht 2015, 33: 91–96.
- Kühl, K.; Heger, M.: Lackner Kühl StGB, 29. Auflage 2018.
- Laufs, A.; Katzenmeier, C.; Lipp, V.: Arztrecht, 7. Auflage 2015.
- Leibholz, G.; Rinck, H.: Grundgesetz, 73. Auflage 2017.
- Lippert, L.: Probleme der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger in ärztliche Behandlungen, Marburg 2016.
- Lorenz, A.: Das Selbstbestimmungsrecht des einsichtsfähigen Minderjährigen bei Eingriffen in die körperliche Integrität, Neue Zeitschrift für Familienrecht 2017, 782–788.

- Ludyga, H.: Die Schweigepflicht von Ärzten bei der Behandlung Minderjähriger, *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2017, 1121 ff.
- Peschel-Gutzeit, L.M.: Die Bedeutung des Kindeswillens, *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2014, 433 ff.
- Reipschläger, C.: Die Einwilligung Minderjähriger in ärztliche Heileingriffe und die elterliche Personensorge, Frankfurt am Main 2004.
- Rumetsch, V.: *Medizinische Eingriffe bei Minderjährigen*, Basel 2013.
- Sachs, M.: *Grundgesetz*, 8. Auflage 2018.
- Säcker, F.J.; Rixecker, R.; Oetker, H.; Limperg, B.: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage 2016.
- Schaffer, W.: Die Aufklärungspflicht des Arztes bei invasiven medizinischen Maßnahmen, *Versicherungsrecht* 1993, 1458 ff.
- Schönke, A.; Schröder, H.: *Strafgesetzbuch*, 29. Auflage 2014.
- Schulz, W.; Hauß, J.: *Familienrecht*, 3. Auflage 2018.
- Schwedler, A.: Die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen bei minderjährigen Patienten, *Neue Juristische Online-Zeitschrift* 2014, 1–3.
- Spickhoff, A.: *Medizinrecht*, 3. Auflage.
- Spickhoff, A.: Grund, Voraussetzung und Grenzen des Sorgerechts bei Beschneidung männlicher Kinder, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2013, 337–343.
- Stürner, R.: *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, 17. Auflage 2018.
- Ulsenheimer, K.: Therapieverweigerung bei Kindern. Strafrechtliche Aspekte, in: C. Dierks, T. Graf-Baumann, H.G. Lenard: *Therapieverweigerung bei Kindern und Jugendlichen*, Heidelberg 1995.
- von Heintschel-Heinegg, B.: *Beck'scher Onlinekommentar Strafgesetzbuch*, Stand: 01.11.2018.
- Weimer, T.: *Der tödliche Behandlungsabbruch beim Patienten im apallischen Syndrom*, Frankfurt am Main 2004.

Gesicherte Selbstbestimmung des Patienten allein durch Aufklärung und Einwilligung?

Celien Willig

1 Einleitung

Die individuelle Aufklärung von Patientinnen und Patienten vor invasiven, diagnostischen und insbesondere chirurgisch-interventionellen Eingriffen ist notwendiger Bestandteil einer jeden medizinischen Behandlung.¹ Da diese einen Teil des immer wichtigeren Selbstbestimmungsrechts des Patienten darstellt, spricht man im medizinischen Bereich auch von einer Selbstbestimmungsaufklärung. Die sogenannte Selbstbestimmungsaufklärung bildet die erforderliche und maßgebliche Entscheidungsgrundlage des Patienten, der frei und selbstverantwortlich über die Durchführung einer ärztlichen Behandlung zu entscheiden hat.² Das Selbstbestimmungsrecht ist somit tragende Säule einer jeden Arzt-Patienten-Beziehung. Dabei stellt sich jedoch die Frage inwieweit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten durch die rechtlichen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung und die Einwilligung wirklich gesichert ist. Können Patienten auf dieser Grundlage eine selbstbestimmte Entscheidung treffen oder bedarf es noch weiteren Voraussetzungen, um wirklich von einer „informierten Einwilligung“ (sog. *informed consent*) sprechen zu können.

¹ Vgl. Janda, Medizinrecht, 4. Aufl., S. 134.

² Vgl. Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 67, Rn. 1.

2 Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Das Selbstbestimmungsrecht beschreibt im Wesentlichen die Befugnis des Einzelnen über sein Leben und seine körperliche Unversehrtheit frei verfügen zu können.³ Im medizinischen Bereich geht es somit um das Recht des Patienten eigenverantwortlich und selbstbestimmt zu entscheiden, welchen Gefahren er sich im Rahmen einer medizinischen Behandlung aussetzen will.⁴ Andererseits geht es um die Freiheit, die Risiken seines eigenen Handelns selbst einzuschätzen und dadurch mögliche Gefährdungen hinzunehmen.⁵

Dogmatischer Ausgangspunkt des Selbstbestimmungsrechts ist nach überwiegender Ansicht die Körperverletzungsdoktrin.⁶ Demnach verwirklicht jeder ärztliche Heileingriff eine Körperverletzung gemäß § 223 StGB, die ihre Rechtfertigung nur durch die wirksame Einwilligung des Patienten finden kann.⁷ Das Bundesverfassungsgericht leitete das Selbstbestimmungsrecht dabei zunächst aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG ab.⁸ Mittlerweile rekurrierte dieses jedoch seine Ansicht und sieht das Selbstbestimmungsrecht vorwiegend als Ausfluss des Rechts auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.⁹ Das Recht auf körperliche Unversehrtheit schütze demnach nicht lediglich den jeweiligen Gesundheits- oder Krankheitszustand des Menschen, sondern gewährleiste den Freiheitsschutz im Bereich der körperlich-seelischen Integrität.¹⁰ Auch wenn die Rechtsprechung noch weitestgehend an der Körperverletzungsdoktrin festhält, begründet sich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten heute primär aus der zivilrechtlichen Konkretisierung der Grundrechte des Patienten.¹¹

³ Vgl. *Panagopoulou-Koutnatzi*, Die Selbstbestimmung des Patienten, 2008, S. 24.; *Hollenbach*, S. 49.

⁴ Vgl. *Dutige*, in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle, Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, Bd. 16, Göttingen 2014, S. 144 ff.

⁵ Vgl. *Hustler*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit – Normative Aspekte von Public Health, 2015, S. 17, in: Dreier/Willoweit, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 23.

⁶ Vgl. *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Rn. 83.

⁷ Vgl. RG, Urt. v. 31.05.1894 – 1406/94 – RGSt 25, S 375.

⁸ BVerfG, Beschluss vom 25. 7. 1979 – 2 BvR 878/74 – NJW 1979, 1925, 1930 f., Votum der Richter *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger*; BVerfGE 52, 171, 172 f. (25.07.1979 – 2 BvR 878/74).

⁹ BVerfG, Beschluss vom 22-09-1993 – 2 BvR 1732/93; BVerfGE 89, 120 (22.09.1993 – 2 BvR 1732/93).

¹⁰ BVerfGE 52, 171, 172 f. (25.07.1979 – 2 BvR 878/74).

¹¹ Vgl. *Holland*, Das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung, 2017, S. 3.; *Müller*, Die Arzthaftung im neuen Patientenrechtegesetz, in: GuP – Gesundheit und Pflege, Heft 1 2013, S. 1 f.

3 Einwilligungserfordernis des Patienten

§ 630 d I S. 1 BGB normiert die Einwilligungserfordernis des Patienten wie folgt: „Vor jeder Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen.“¹² Eingriffe sind dabei nicht nur therapeutische Maßnahmen zur Heilung oder Schadensminderung, wie etwa die Durchführung von Operationen oder die Verabreichung von Medikamenten, sondern auch sämtliche diagnostischen Maßnahmen unter Einschluss von einfachen Blutentnahmen oder potentiell belastende, bildgebende Verfahren.¹³ Der Normzweck orientiert sich dabei vor allem an der Gewährleistung der Patientenautonomie.¹⁴ Die in einer gelungenen Einwilligung liegende Disposition des Patienten über das hohe Rechtsgut seiner körperlichen Integrität entscheiden zu können, erfordert dabei das Vorliegen weiterer, zentraler Elemente. Zum einen bedarf es einer bestimmten Kompetenz vonseiten des Patienten, um informiert einwilligen zu können.¹⁵ Ferner muss der Patient vor der Abgabe seiner Einwilligung hinreichend über seinen Krankheitszustand und weitere Behandlungsoptionen sowie deren Chancen und Risiken informiert werden. Dabei ist es vor allem erforderlich, dass die Einwilligung des Patienten in Bezug auf die Behandlung freiwillig und tatsächlich erfolgt.¹⁶

4 Die ärztliche Aufklärungspflicht

Der behandelnde Arzt ist gemäß § 630e BGB verpflichtet, den Patienten über sämtliche, für die Einwilligung wesentliche Umstände aufzuklären.¹⁷ Die Selbstbestimmungsaufklärung verfolgt dabei das Ziel, dem Patienten eine eigenverantwortliche Entscheidung über die Durchführung oder das Unterlassen einer Behandlung zu ermöglichen.¹⁸ Diese Entscheidung kann der Patient nur sinnvoll treffen, wenn er durch die Aufklärung „Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, jedenfalls in seinen Grundzügen, erkannt hat“.¹⁹ Von der Selbstbestimmungsaufklärung umfasst sind die Diagnose-, Verlaufs- sowie die Risikoaufklärung. Die Diagnoseaufklärung befasst sich mit dem medizinischen Befund, also der Informationsüber-

¹² *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Aufl. 2020, § 630 d BGB, Rn. 1–7.

¹³ Vgl. *Parzeller/Wenk/Zedler/Rothschild*, Aufklärung und Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, in: Deutsches Ärzteblatt, Jg. 104, Heft 9, März 2017.

¹⁴ *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Aufl. 2020, § 630 d BGB, Rn. 1–7.

¹⁵ Vgl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 8. Aufl. 2019, S. 119 ff.

¹⁶ Vgl. *Beckers*, Patientenautonomie und informierte Einwilligung, Jur. Diss., 2018, S. 17.

¹⁷ Vgl. *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630 e BGB, Rn. 1.

¹⁸ Vgl. *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 11; *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung – Handbuch für Ärzte, Juristen und Patienten, 2. Aufl. 2004, S. 136.

¹⁹ Vgl. *Duttge*, in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle, Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, Bd. 16, Göttingen 2014, S. 149.

mittlung hinsichtlich der Diagnose des Patienten.²⁰ In der Verlaufsaufklärung wird die Pflicht des Arztes gesehen, den Patient vollständig über den vorhersehbaren, postoperativen Zustand zu informieren.²¹ Zentraler Gegenstand der Risikoauflklärung ist hingegen der Hinweis über die mit der ärztlichen Behandlung verbundenen Gefahren.²² Ein von der Rechtsprechung entwickelter Grundsatz der Aufklärung „im Großen und Ganzen“, verlangt dabei keine detaillierte Darstellung der einzelnen Risiken. Vielmehr sei es erforderlich, dass der Patient im Rahmen der Aufklärung ein allgemeines Bild von der Schwere und Richtung der Risiken gewinnen kann.²³

Die Aufklärung des Patienten bedarf keiner bestimmten Form. Sie soll sich in verständnisvoller Unterredung, schrittweise vollziehen und ist durch den Arzt unter Beachtung der intellektuellen Fähigkeiten des jeweiligen Patienten zu erklären.²⁴ Insbesondere ist dabei die konkrete, durch die Erkrankung oder das Vorliegen von Komorbiditäten herabgesetzte Belastbarkeit und Einsichtsfähigkeit des Patienten zu berücksichtigen. Die Selbstbestimmungsaufklärung bezweckt dabei vor allem, dass der Patient nicht als Objekt der ärztlichen Behandlung angesehen wird, sondern sich vielmehr als ein Subjekt von ärztlicher Fürsorge erlebt, das selbstständig über sein eigenes Wohl und seine Gesundheit entscheidet.²⁵

5 Hinreichende Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts

Betrachtet man die rechtlichen Anforderungen an die Aufklärung und Einwilligung im Lichte des Selbstbestimmungsrechts, stellt sich die Frage, ob diese das Selbstbestimmungsrecht auch hinreichend berücksichtigen. Bereits bei der Anwendung des durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes der Aufklärung im „Großen und Ganzen“, ist auffallend, dass dieser eine nahezu ausufernde Weite der aufklärungspflichtigen Informationen begründet, gleichzeitig jedoch keinen klaren Abgrenzungsmaßstab dessen setzt, was für den Patienten zur Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes wirklich wesentlich ist. Doch was sind die wesentlichen Erfordernisse, die vorliegen müssen, um von einem *informed consent* sprechen zu können?

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 18.11.2004 – 1 BvR 2315/04 – NJW 2005, 1103,1104; *Martin/Winkelhart*, Arzthaftungsrecht, A 539.

²¹ Vgl. *Upboff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissl, Medizinschadesrecht, § 4, Rn.43.

²² BGH Urt. v. 20.10.1961 – VI ZR 39/61, BeckRS 1961, 31186054; OLG Jena, Urt. v. 6.3.2012 – 4 U 26/11, BeckRS 2012, 6099.

²³ BGH, Urteil vom 6.7.2010 – VI ZR 198/09, VersR 2010, 1220 f.; *Steffen/Paue*, Arzthaftungsrecht, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 14. Aufl. 2017, S. 183 ff.; *Schenk*, Die medizinische Grundaufklärung: Aufklärung im Großen und Ganzen, Grundaufklärung und Basiswissen als Zurechnungsebenen eines Haftungssystems für medizinische Aufklärungsfehler, 2014, S. 66 ff.

²⁴ Vgl. *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630 e BGB, Rn. 2

²⁵ Vgl. *Duttge*, in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle, Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, Bd. 16, Göttingen 2014, S. 146.

Reicht der rein einseitige Informationstransfer bereits aus, um dem Patienten eine selbstbestimmte Entscheidung zu ermöglichen, oder bedarf es gegebenenfalls noch weiteren Voraussetzungen, die bisher keine rechtliche Anerkennung erlangt haben?

5.1 Bedenkzeit des Patienten zur Einwilligung

Schaut man in den Wortlaut des § 630 e II S. 1 Ziff. 2 BGB, hat die Aufklärung durch den Arzt „so rechtzeitig zu erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann“. Der Zeitpunkt der Aufklärung ist demnach so zu wählen, dass dem Patienten genügend Zeit verbleibt, nach vollständiger Aufnahme und Abwägung aller ihm erteilten Informationen, seine Entscheidung zu durchdenken und diese ohne zeitlichen Druck treffen zu können.²⁶ Doch wie viel Zeit bedarf es, um von einer Rechtzeitigkeit im Sinne des § 630 e II S. 1 Ziff. 2 BGB auszugehen?

Mit dieser Frage beschäftigte sich auch das OLG Köln in einer aktuellen Rechtsprechung.²⁷ In seiner Entscheidung legte das OLG fest, dass dem Patienten vor der Einwilligung eine, den Umständen nach entsprechende Bedenkzeit einzuräumen ist. Nur so könne dieser eine selbstbestimmte Entscheidung treffen. Fraglich ist also, ob die Einführung einer gesetzlich festgelegten Bedenkzeit in der medizinischen Praxis erforderlich wäre, um das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Patienten hinreichend zu wahren.²⁸ Die einzig rechtliche Zeitspanne im Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärung lag bisher darin, diese mindestens einen Tag (24 Stunden) vor der medizinischen Maßnahme durchzuführen, sofern es sich nicht um einen medizinischen Notfall handelt.²⁹ Diese Frist betrifft jedoch die Zeit zwischen der Aufklärung und der Durchführung der Behandlung. Eine einzuhaltende Bedenkzeit zwischen der Aufklärung und Einwilligung dagegen, besteht im klassischen Medizinrecht bisher nicht.

Ein Blick auf die Voraussetzungen in anderen medizinischen Bereichen lässt erkennen, dass eine rechtliche Bedenkzeit etwa im Bereich des Schwangerschaftsabbruches bereits besteht. Gemäß § 218a I Nr. 1 StGB sowie in § 2a SchKG (Schwangerschaftskonfliktgesetz) ist gesetzlich vorgegeben, einer Schwangeren bei Vorliegen eines auffälligen Befundes eine dreitägige Bedenkzeit zwischen der Diagnosestellung und der Einwilligung der Patientin zur Abtreibung einzuräumen.³⁰ Die Bedenkzeit soll der Schwangeren den nötigen Raum geben, um eine damit möglicherweise verbundene Schocksituation zu überwinden. Gleichzeitig trägt die Bedenkzeit dazu bei, die Voraussetzungen für eine fundierte und tragfähige Entscheidung zu schaffen, ob die Betroffene den zu erwartenden psychischen sowie physischen

²⁶ Vgl. Kern, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage 2019, §72, Rn.7.

²⁷ OLG Köln, Urt. vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BeckRS 2019, 2369.

²⁸ OLG Köln, Urt. vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BeckRS 2019, 2369.

²⁹ BGH, Urt. vom 07-04-1992 – VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351.; OLG Stuttgart, Urt. vom 15.05.1997 – 14 U 21/96, NJWE-VHR 1997, 256.

³⁰ BVerfG, Urteil vom 28.05.993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – NJW 1993, 1751, 1752.

Belastungen gewachsen ist.³¹ Vergleicht man diese Anforderungen mit den rechtlichen Vorgaben der klassischen Medizin, stellt sich die Frage, ob eine rechtlich festgelegte Bedenkzeit auch bei anderen medizinischen Eingriffen in Betracht kommt. Dafür müsste zunächst eine vergleichbare Situation in Bezug auf die Aufklärung und Einwilligung sowie eine ähnliche Intensität des Eingriffs vorliegen, welche die Einführung einer Bedenkzeit begründen könnte.

Hinsichtlich einer vergleichbaren Intensität ist zu berücksichtigen, dass jeder ärztliche Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht. Dem Patienten wird damit die schwierige Entscheidung auferlegt, einen Eingriff in dessen körperliche Integrität sowie körperliche Unversehrtheit zu bewilligen. Diese Entscheidung stellt für die meisten Patienten eine enorme Stress- sowie Belastungssituation dar, mit welcher sie physisch sowie psychisch umzugehen haben. Zwar kann nicht bei jedem Eingriff davon ausgegangen werden, dass eine vergleichbare Intensität der psychischen Belastung und Entscheidungsschwierigkeit für den Patienten vorliegt, die ein Schwangerschaftsabbruch begründet. Bei besonders risikoreichen und schwerwiegenden Eingriffen ist die Belastungssituation jedoch durchaus vergleichbar. Die Einführung einer ganztägigen Bedenkzeit zwischen der Aufklärung und der Einwilligung wird in der klassischen Medizin praktiziert.³²

Fraglich ist jedoch, welche Auswirkungen und Probleme eine festgelegte Bedenkzeit vor der Einwilligung hervorrufen würde. Die erste Problematik drängt sich bereits in der Frage nach der angemessenen Länge der Bedenkzeit auf. Dabei erscheint die Einführung einer pauschalen Bedenkzeit für alle einwilligungsbedürftigen Maßnahmen schon aufgrund der Vielseitigkeit und Menge dergleichen als kaum möglich und zugleich wenig zielführend.³³ Vielmehr müsste sich an der Intensität des jeweiligen Eingriffs orientieren und bestimmen, inwiefern das Selbstbestimmungsrecht des Patienten dabei angetastet wird.³⁴ Dies hätte jedoch zur Folge, dass die Einwilligung in einen schweren medizinischen Eingriff eine sehr lange Bedenkzeit erfordere, wogegen dem Patienten bei weniger schweren Eingriffen nur eine kurze Bedenkzeit verbliebe. Was dabei außer Acht gelassen wird ist, dass sich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und somit auch die Länge der Bedenkzeit ausschließlich an den individuellen Bedürfnissen des Patienten und nicht an objektiven Maßstäben zu orientieren hat.³⁵ Was für den einzelnen Patienten in der

³¹ BVerfG, Urteil vom 28.05.993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 – NJW 1993, 1751, 1752.; *Weißer/Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 30. Aufl. 2019, § 218 Rn. 35 f.

³² Vgl. *Etterer*: Urteilsanmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BecksRS 2019, 2369 – FD-MedizinR 2019, 415278.

³³ Vgl. *Etterer*: Urteilsanmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BecksRS 2019, 2369 – FD-MedizinR 2019, 415278.

³⁴ Vgl. *Kern*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage 2019 §72, Rn. 7.

³⁵ Vgl. *Duttge*, Die Rolle der Wahrheit im Medizinrecht, in: Nembach, *Informationes Theologiae Europaeae* 23, 2015, S. 193 ff.; *Steuer/Zimmermann*, Die „wahrheitsgemäße“ ärztliche Aufklärungspflicht: Wider die Verabsolutierung des Selbstbestimmungsrechts, S. 81. in: *GreifRecht*, Heft 22, Okt. 2016, S. 79–86.

jeweiligen Situation als „angemessen“ gilt, kann somit nicht pauschal festgestellt werden, sondern muss sich am jeweiligen Einzelfall orientieren.

Ein weiteres Problem könnte sich aus der Umsetzung einer rechtlichen Bedenkzeit in der medizinischen Praxis darstellen. Durch die Einführung einer einzuhaltenen Bedenkzeit könnte die gängige Praxis stark eingeschränkt werden und zu Verzögerungen im Krankenhausbetrieb führen. Der Faktor der „Zeitersparnis“, unter welchem die Organisation der meisten Kliniken läuft, würde durch die Einführung einer Bedenkzeit unterlaufen und einen großen organisatorischen Umschwung des klinischen Alltags bedeuten.³⁶ Auf der anderen Seite könnte die Beibehaltung der gängigen Aufklärungs- und Einwilligungspraxis bedeuten, dass die Einwilligung des Patienten, aufgrund eines möglichen Eingriffes in dessen Selbstbestimmungsrechts sowie dessen Entscheidungsfreiheit, unwirksam und eine Maßnahme somit rechtswidrig ist.

5.2 Der Arzt in beratender Funktion

Aus den rechtlichen Anforderungen der Aufklärung und Einwilligung zeigt sich, dass im bisherigen Grundverständnis des *informed consent* ein rein einseitiger Informationstransfer zwischen dem Arzt und dem Patienten verstanden wird.³⁷ Unter der Fülle an Informationen fällt es dem Patienten als medizinischen Laien oft schwer, eine moralisch und sachlich richtige Entscheidung zu treffen. Dabei wird die Entscheidungsfindung durch die extreme Anspannungs- und Stresssituation, in der sich die Patienten häufig befinden, zusätzlich erschwert. Auch fehlt es meist an der Fähigkeit der Patienten, sich auf der theoretisch vermittelten Informationsgrundlage eine praktische Vorstellung über den Verlauf der Behandlung machen zu können.³⁸ Um dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten also hinreichend gerecht zu werden, ist neben der bestehenden Informationspflicht des Arztes gegebenenfalls an eine rechtliche Beratungspflicht zu denken. Durch eine Beratung von ärztlicher Seite würde dem Patienten nicht nur eine rein sachliche Informationshäufung entgegengebracht werden, sondern zudem eine fachliche Abwägung am individuellen Fall. Diese könnte dem Patienten als Anknüpfungspunkt sowie zur Orientierung zu seiner selbstbestimmten Entscheidung verhelfen. Bisher ist das Erfordernis einer solchen Beratung durch den Arzt weder begrifflich oder inhaltlich von den rechtlichen Regelungen zur Aufklärung und Einwilligung, noch von dem klassischen Grundverständnis des *informed consent* umfasst. Es stellt sich somit die Frage, ob über die Informationsvermittlung hinaus noch eine ärztliche Beratung erforderlich ist, damit der Patient sein Selbstbestimmungsrecht hinreichend ausüben und informiert einwilligen kann.

³⁶ Vgl. *Etterer*: Urteilsanmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BecksRS 2019, 2369 – FD-MedizinR 2019, 415278.

³⁷ Vgl. *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 8. Aufl. 2019, S. 118.

³⁸ OLG Köln, Urteil vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, BecksRS 2019, 2369.

Nimmt man auch hier Bezug zu anderen medizinischen Bereichen, findet sich in § 219 StGB sowie in § 5 des Gesetzes zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz – SchKG) bereits eine rechtliche Pflicht zur Beratung der Schwangeren.³⁹ Gemäß § 219 II S. 1 StGB i.V.m. §§ 8, 9 SchKG ist es erforderlich, dass sich die Betroffene vor dem Schwangerschaftsabbruch durch eine anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle beraten lässt.⁴⁰ Die Beratung dient gemäß § 219 Abs. 1 StGB dem Schutz des ungeborenen Lebens und soll der Schwangeren helfen, mit gegenwärtigen sowie zukünftigen Belastungen umzugehen.⁴¹ Ebenso wie beim Schwangerschaftsabbruch geht es in der klassischen Medizin darum, den Patienten zu einer wohlüberlegten, in verfassungsmäßig geschützte Rechtsgüter eingreifenden Entscheidung zu verhelfen. Eine Situationsähnlichkeit zum Schwangerschaftsabbruch im Hinblick auf die mentale Belastung des Patienten vor medizinischen Eingriffen ist somit zu konstatieren. Aus diesen Gründen erscheint die generelle Einführung einer Beratungspflicht nicht vollkommen abwegig. Der Ausbau einer dafür speziell eingerichteten Beratungsstelle, wie es bei Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen der Fall ist, kann im Hinblick auf die Funktionalität eines Klinikbetriebes nicht erwartet werden. Zu denken wäre jedoch, eine solche Pflicht dem behandelnden Arzt zukommen zu lassen.

Das Problem einer Beratungspflicht könnte sich jedoch aus dem festzulegenden Umfang einer solchen ergeben. Neben dem voraussichtlich positiven Effekt könnte diese gleichzeitig eine unzulässige, äußere Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit des Patienten darstellen.⁴² Eine solch verpflichtende Konfrontation des Patienten mit der medizinischen Ansicht des behandelnden Arztes könnte diesen in die unterbewusste Zwangslage versetzen der empfohlenen Ansicht des Arztes zu folgen. Dies könnte eine erhebliche Überforderungssituation des Patienten bedeuten, sofern dieser eine andere als vom Arzt bevorzugte Behandlungsmethode wählt. Ferner könnte eine durch den Arzt vermittelte Überzeugung von der Durchführung einer bestimmten Behandlungsalternative einen manipulativen Effekt sowie eine negative Wirkung auf die Freiwilligkeit des Patienten in seiner Entscheidung bedeuten.⁴³ Infolgedessen könnte die Einführung einer Beratungspflicht durch die mögliche Überlastung des Patienten ungewollt negative Folgen auf die überragend wichtige Arzt-Patienten-Beziehung bedeuten, welche gerade den wesentlichen Grundstein einer jeden Behandlung und somit auch der Selbstbestimmung des Patienten darstellt.⁴⁴ Eine besondere Schwierigkeit würde sich daraus ergeben zu ermitteln,

³⁹ Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Komm. zum Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2018, StGB § 219 Rn. 1–3.

⁴⁰ Vgl. *Gropp*, in: MüKoStGB, 3. Aufl. 2020, StGB § 218a Rn. 13–15.

⁴¹ Vgl. *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Komm., 30. Aufl. 2019, StGB § 219 Rn. 6–11

⁴² Vgl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 8. Aufl. 2019, S. 136 ff.

⁴³ Vgl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 8. Aufl. 2019, S. 136–137.

⁴⁴ Vgl. *Duttge*, in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle, Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, Bd. 16, Göttingen 2014, S. 144 ff.

welche Informationen für den Patienten wertvoll sind und welche diesen in unzulässiger Weise beeinflussen.

Zur Vermeidung eines Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten sollte der Einführung einer generellen Beratungspflicht ein restriktiver Gedanke zugrunde gelegt werden. Die ärztliche Beratung sollte allgemein verständlich und ergebnisoffen erfolgen, um eine ungewollt manipulative Wirkung auf den Patienten zu vermeiden. Ferner sollte im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eine Beratung des behandelnden Arztes nur dann verpflichtend sein, wenn diese von dem Patienten aktiv erfragt oder gefordert wird. In Betracht käme somit ein Beratungsanspruch des Patienten gegenüber seinem behandelnden Arzt. Aus diesem ergebe sich gleichzeitig die Pflicht des Arztes, bei aktiver Nachfrage durch den Patienten eine Beratung zu erteilen. Ungeklärt ist jedoch, welche Auswirkung ein allgemeiner Beratungsanspruch des Patienten auf die medizinische Praxis hätte. Eine negative Folge könnte sich daraus ergeben, dass der Arzt, der aufgrund der oft zeitlich begrenzten Beratungsmöglichkeit, nicht auf alle Fragen des Patienten hinreichend eingehen kann. Gleichzeitig müsste dieser jedoch, bei nicht vollumfänglicher Beratung mit einer zivilrechtlichen Haftung rechnen.

6 Zusammenfassende Stellungnahme

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die gesetzliche Einführung einer Bedenkzeit sowie eines optionalen, weiterführenden Beratungsgesprächs zielführend sind, um dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten hinreichenden Raum zu geben. Gleichzeitig begründen diese fachärztlich durchgeführten Beratungsangebote jedoch besondere Schwierigkeiten bei ihrer Umsetzung. Während die Einführung einer angemessenen Bedenkzeit die Möglichkeit des Patienten zur selbstbestimmten Entscheidung deutlich erweitern würde, ergeben sich durch die Vielseitigkeit der unterschiedlichen Maßnahmen, besondere Probleme bei der Festlegung einer bestimmten Zeitspanne. Was für den Patienten in der bestimmten Situation als angemessen gilt, bedarf der hinreichenden Abwägung des Einzelfalles.

Die Einführung einer Beratungspflicht des Arztes würde die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Patienten hinreichend fördern. Dennoch liegt eine besondere Schwierigkeit darin, einen angemessenen Umfang für die Beratung zu bestimmen, ohne einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu riskieren. Denkbar wäre somit allenfalls dem Patienten einen gesetzlichen Beratungsanspruch einzuräumen.

Den mit diesen Gesetzesvorhaben verfolgten Zielen lässt sich zunächst kaum etwas entgegensetzen, da hinreichende Verbesserungen der Patientensicherheit und der Versorgungsqualität als durchaus sinnvoll erscheinen. Einer Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten sollte im Rahmen der Arzt-Patienten-Beziehung eine hohe Bedeutung zugemessen werden und dieses Patientenrecht sollte weiterhin gefördert werden, um den Patienten und seine Bedürfnisse hinreichend

zu schützen. Dem Patienten muss deshalb die Möglichkeit gegeben werden, die teils anspruchsvollen Inhalte des Aufklärungsgespräches hinreichend überdenken zu können. Generell ist eine angemessene Bedenkzeit vor der informierten Einwilligung somit durchaus zu begrüßen. Eine solche ist jedoch im aktuellen Klinikalltag schwer umsetzbar. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten steht im stetigen Konflikt mit den organisatorischen Möglichkeiten der Klinik sowie den begrenzten Handlungsmöglichkeiten der Ärzte. Die zunehmende Menge an ärztlichen Aufgaben verbunden mit der politisch vermehrten Rationalisierung medizinischer Leistungen im Gesundheitssystem sollte somit nicht mit einer weiteren Inpflichtnahme der Leistungserbringer begegnet werden.⁴⁵ Die bisherige Rechtsprechung sowie die gesetzlichen Anforderungen an die Aufklärung und Einwilligung sind bereits hoch entwickelt und ausdifferenziert und enthalten umfangreiche Anforderungen zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts.

Um die notwendige Bedenkzeit des Patienten nicht in unzulässiger Weise zu verkürzen, erscheint die Einführung der verpflichtenden und dokumentierten Nachfrage von Behandlerseite, ob der Patient bei seiner Entscheidung zur Einwilligung bleibe, eine angemessene Lösung, um einerseits den Klinikalltag nicht zu belasten und andererseits dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten gerecht zu werden. Der Patient hätte die Möglichkeit, die ohnehin rechtlich festgelegte Zeitspanne von 24 Stunden zwischen der Aufklärung und dem Eingriff, dazu zu nutzen, seine Entscheidung hinreichend zu überdenken.

Die Einführung einer generellen Beratungspflicht oder eines Beratungsanspruches bereitet hingegen grundsätzliche Bedenken. Eine solche Verrechtlichung könnte eine nahezu ausufernde Haftung des Arztes bedeuten, sofern dieser aus zeitlichen Gründen nicht auf alle Fragen des Patienten eingehen kann. Dies hätte zur Folge, dass die Leistungserbringer weniger nach ihrem ärztlichen Ethos handeln, sondern danach was rechtlich garantiert und eingeklagt werden kann. Die behandelnden Ärzte würden sich vollkommen auf den Rechtsstandpunkt zurückziehen, um eine mögliche Haftung zu vermeiden. Die zusätzliche Einführung weiterer, das Selbstbestimmungsrecht sichernder Regelungen könnte nicht nur den klinischen Betrieb einschränken, sondern zu einer Überregelung sowie Belastung einer partnerschaftlichen Arzt-Patienten-Beziehung führen.

Ziel der Regelungen zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts sollte vielmehr sein, dieses zu optimieren und nicht zu maximieren. Dabei ist zu bedenken, dass eine Beratung durch die Ärzte in der medizinischen Praxis bereits hinreichend praktiziert wird. Dass es hierfür bislang keine gesetzliche Regelung gibt, stellt somit durchaus kein Defizit dar, sondern gibt den Leistungserbringern die nötige Freiheit, ihre Patienten nach bestem Wissen und Gewissen behandeln zu können. Zudem ist zu bedenken, ob sich ein solcher Beratungsanspruch des Patienten nicht bereits aus dem Selbstbestimmungsrecht herleiten lässt. Dies ließe sich allenfalls durch eine

⁴⁵ Vgl. Entschließung TOP II auf dem 112. DÄT, DÄBl 2009, A-1120 f.; Entschließung TOP IV auf dem 113. DÄT, DÄBl 2010, A-1001 f.

Gesetzesauslegung ermitteln. Die Einführung eines Beratungsanspruches ist somit zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts geeignet, jedoch nicht zwingend erforderlich.

Literatur

- Beauchamp, Tom L./Childress James F. (Hrsg.): Principles of Biomedical Ethics, 8. Auflage, Washington D.C./Chilmark, MA/Charlottesville, VA, 2019.
- Beckers, Pia: Patientenautonomie und informierte Einwilligung – Schlüssel und Barriere medizinischer Behandlungen, Jur. Dissertation, Bielefeld 2018.
- Duttge, Gunnar: Die Rolle der Wahrheit im Medizinrecht, in: Nembach, Ulrich (Hrsg.): *Informationes Theologiae Europaeae* (Internationales ökonomisches Jahrbuch für Theologie) 23, 2015, S. 193 ff.
- Etterer, Claudia: Urteilsanmerkung zu: OLG Köln, Urteil vom 16.01.2019 – 5 U 29/17, Becks RS 2019, 2369 – FD-MedizinR 2019, 415278.
- Huster, Stefan: Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit – Normative Aspekte von Public Health, 2015, S. 17, in: Dreier/Willoweit, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 23.
- Holland, Dario: Das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung, Göttinger Schriften zum Medizinrecht Band 21, Jur. Dissertation, Kassel 2017.
- Janda, Constanze: Medizinrecht, 4. Auflage, Speyer 2019.
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.)/Bearbeiter: Münchener Kommentar zum StGB, Band.1, 4. Aufl., München 2020.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München 2018
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker (Hrsg.): Arztrecht, 7. Auflage, Köln/Göttingen 2015.
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn Martin: Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage, Leipzig/Dortmund 2019.
- Müller, Gerda: Die Arzthaftung im neuen Patientenrechtegesetz, in: GuP – Gesundheit und Pflege, Heft 1, 2013.
- Panagopoulou-Koutnatzi, Fereniki: Die Selbstbestimmung des Patienten – Eine Untersuchung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Berlin 2008.
- Parzeller, Markus/Wenk, Maren/Zedler, Barbara/Rothschild, Markus: Aufklärung und Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, in: Deutsches Ärzteblatt, Jg. 104, Heft 9, 2. März 2007
- Prutsch, Karin, Die ärztliche Aufklärung – Handbuch für Ärzte, Juristen und Patienten, 2. Auflage, Wien 2004.

- Ratzel, Rudolf/Lissl, Patrick M (Hrsg.): Handbuch des Medizinschadensrechts, München 2013.
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)/Rixecker, Roland (Hrsg.)/Oetker, Hartmut(Hrsg.)/Limperg, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band. 5, 8. Auflage, München 2020.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.)/Bearbeiter: Strafgesetzbuch, 30. Auflage, München 2019.
- Spickhoff, Andreas (Hrsg.): Medizinrecht, 3.Auflage, München 2018.
- Steuer, Melanie/Zimmermann, Anja: Die „wahrheitsgemäße“ ärztliche Aufklärungspflicht: Wider die Verabsolutierung des Selbstbestimmungsrechts, S. 81, in: GreifRecht – Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaften, Heft 22, Okt. 2016, S. 79–86.
- Yamanaka, Keiichi/Schorkopf, Frank/Jehle, Jörg-Martin (Hrsg.): Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit – Ein deutsch-japanisches Symposium, Göttinger Juristische Schriften Band 16, Göttingen 2014.

Die Bedeutung der wirtschaftlichen Aufklärung in der zivil- und strafrechtlichen Arzthaftung

Barbara Dahm

1 Einleitung

Der Zahnarzt weist auf die Zuzahlung zur Füllung hin, der Hausarzt verschreibt ein Medikament unter Hinweis auf die Zuzahlungspflicht.¹ Die wirtschaftliche Aufklärung taucht auf im Arzt-Patienten-Verhältnis. Bedeutung für die Arzthaftung bekommt sie allerdings erst in den Fällen, in denen der Patient ihr nicht begegnet: Weiß der Patient von selbstzutragenden Kosten nicht, bringen Heilbehandlungen diesen aufgrund der hohen Summen schnell in wirtschaftliche Probleme.²

Bedeutung durch praktische Relevanz für die Arzthaftung gewinnt die wirtschaftliche Aufklärung, wenn der Patient den Arzt auch tatsächlich haftbar macht. Bei einer diesbezüglichen Befragung geben von 75 Ärzten 84% an, nicht zu wissen, worum es sich bei der wirtschaftlichen Aufklärung handelt. In keinem Fall besteht demzufolge Wissen darüber, welche haftungsrechtlichen Folgen ihnen daraus entstehen könnten.³ Es bleibt zu klären, wie groß die Bedeutung der wirtschaftlichen

¹ Rieger, Lexikon des Arztrechts, 643, Rn.13; OLG Köln, VersR 2005, 1589; LG Wiesbaden, VersR 2013, 910.

² Bergmann/Wever, Die Arzthaftung: Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen, 131.

³ Es fand eine nicht repräsentative Befragung von 75 Ärzten statt. Es stellt sich die Frage, ob nur die Begrifflichkeit nicht bekannt ist und im praktischen Kontext ein anderer Ausdruck genutzt wird. Allerdings handelt es sich bei ‚wirtschaftlicher Aufklärung/Information‘ um einen Begriff, welcher

Aufklärung unter zunehmendem Einfluss wirtschaftlicher Aspekte sein kann,⁴ wenn der Praktiker selbst davon kaum tangiert zu werden scheint.⁵

2 Pflicht der wirtschaftlichen Aufklärung

Die Pflicht der wirtschaftlichen Aufklärung ist, anknüpfend an die vorangegangene Rechtsprechung,⁶ seit 2013 in §630c III BGB normiert. §630c III BGB verpflichtet den Behandelnden, den Patienten über die finanziellen Folgen der Behandlung zu informieren.⁷ Dabei soll diesem jedoch keine Nachforschungspflicht entstehen.⁸

2.1 Aufklärungsverpflichtete

Aufklärungsverpflichtet ist der Behandelnde, der erkennt oder hätte erkennen müssen, dass die Behandlungskosten nicht durch einen Dritten übernommen werden.⁹ § 630c III BGB setzt dabei nicht zwingend einen tatsächlichen Wissensvorsprung bezüglich der Kostenübernahme voraus.¹⁰ Es wird ein abstrakt-genereller Wissensvorsprung im Rahmen der Berufsausübung bei Kassenpatienten angenommen,¹¹ der auf der Abrechnungspraxis als des Behandelnden sprichwörtlich täglich Brot beruht.¹² Diese Annahme hinkt: Ein großer Anteil der Behandelnden ist in Krankenhäusern tätig, in welchen die Abrechnung zentriert und der Einzelne damit

durch Juristen so oder ähnlich auch in medizinischer Literatur genutzt wird: vgl. Dillschneider, *Der Chirurg* 2013, 325 (326); Jorzig, *Der Gynäkologe* 2014, 524 (524); Heberer, *Der Gastroenterologe* 2014, 278 (278); Fischer, *ZfMER* 2013, 6 (8). Es ist also damit zu rechnen, dass der Behandelnde bei Beschäftigung mit der Thematik in jedem Fall auf die hier und im juristischen Kontext verwendete Begrifflichkeit gestoßen wäre.

⁴ Schelling, *MedR* 2004, 422 (423).

⁵ So auch Prütting, *MedR* 2018, 291 (291) bezüglich ambulant behandelnden Befragten.

⁶ BT-Drs. 17/10488, 22; Wenzel, *Patientenrechtegesetz*, Rn.500; AG Köln, *NJW* 1980, 2756; Schneider, in: Prütting/Wegen/Weinreich, §630c Rn.14; Herberer, *Der Gastroenterologe* 2014, 278 (280); VerfGH Saarland, *MedR* 2014, 670; OLG Köln, *VersR* 2005, 1589; BGH, *VersR* 1983, 443; OLG Hamm, *NJW* 1995, 790; OLG Düsseldorf, *NJW-RR* 2000, 906; LG Hamm, *VersR* 2001, 895 ff.

⁷ BT-Drs. 17/10488, 22.

⁸ Wever, in: *Gesamtes Medizinrecht*, §630c, Rn.10; Weidenkaff, in: Palandt, §630c, Rn.8; LG Wiesbaden, *VersR* 2013, 910; Fehse, *MedR* 1986, 115 (117); Rieger, *Lexikon des Arztrechts*, 640, Rn.12; Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rn.561; Frank/Hart, *Charta der Patientenrechte*, 189.

⁹ Weidenkaff, in: Palandt, §630c, Rn.9; Jaeger, *Patientenrechtegesetz*, Rn.170; Spickhoff, in: Soergel, §823 BGB Anh. I Rn.131; Schelling, *MedR* 2004, 422 (422); Beppl, *Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung*, 157; BGH *VersR* 1983, 443; LG Saarbrücken, *NJW* 1984, 2632; OLG Düsseldorf, *VersR* 1985, 458; OLG Hamm, *NJW* 1995, 790; LG Braunschweig, *NJW* 1988, 777; OLG Koblenz, *MedR* 1991, 335; Wenzel, *Patientenrechtegesetz*, Rn.521; OLG Köln, *MedR* 2018, 700.

¹⁰ Voigt, *IGeL*, 158.

¹¹ BT-Drs. 17/10488, 22; Bergmann/Wever, *Die Arzthaftung: Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen*, S.143.

¹² OLG Koblenz, *MedR* 1991, 335; Schelling, *MedR* 2004, 422 (423); Martis/Winkhart, *Arzthaftungsrecht* Rn.A773; Jaeger, *Patientenrechtegesetz*, Rn.180.

keineswegs vertraut ist. Es ist damit zu rechnen, dass nur niedergelassene Behandelnde möglicherweise selbst Abrechnungspraxis haben – auch hier gibt es die Möglichkeit, diese auszugliedern. Eine wie in der Gesetzeserläuterung dargestellte generelle Vertrautheit mit der Versicherungsabrechnung anzunehmen ist in dieser verallgemeinernden Weise nicht realistisch, im Einzelfall kann diese aber vorliegen.

Anders stellt es sich bei Privatpatienten dar, hier kann der Arzt die einzelnen Abrechnungsmodalitäten kaum kennen.¹³ Sowohl der Behandelnde von gesetzlich als auch von privat krankenversicherten Patienten ist schließlich nicht nur bei Wissen um Übernahmeschwierigkeiten, sondern auch bei vorliegenden Anhaltspunkten diesbezüglich zur Aufklärung verpflichtet.

2.2 Aufzuklärende

Aufzuklärend ist der Patient, demgegenüber der Arzt einen Wissensvorsprung¹⁴ bezüglich der wirtschaftlichen Folgen einer Behandlung hat. Der gesetzlich krankenversicherte Patient kann in der Regel von der Kostenübernahme durch den Versicherer ausgehen,¹⁵ ihm fehlt daher das Bewusstsein bezüglich der Möglichkeit, selbst Kosten übernehmen zu müssen.¹⁶ Daraus erwächst dem Patienten eine Schutzbedürftigkeit und dem Arzt wiederum die Pflicht, das Vertrauen des Behandelten auf die Übernahme durch die Versicherer zu schützen.¹⁷

Der gesetzlich versicherte Patient ist vom Behandelnden also regelmäßig auf Probleme bei der Übernahme der Kosten durch die Krankenversicherung hinzuweisen.¹⁸ In welchem Rahmen, bestimmt sich nach dem Wissensvorsprung des Behandelnden¹⁹: So ist der Behandelnde aufklärungsverpflichtet, wenn er tatsächliche Anhaltspunkte dafür hat, an der Erstattungsfähigkeit durch die Krankenkasse zu zweifeln. Aufgrund seines Fachwissens²⁰ und der möglichen Einzelfallkenntnis durch die beim Behandelnden liegenden Abrechnungspraxis²¹ kann dieser, anders als der Patient, eine begründete Einschätzung abgeben²², ein Wissensvorsprung ist anzunehmen.

Der Arzt hat aber dem gesetzlich krankenversicherten Patienten gegenüber nicht zwangsläufig einen einzelfallbezogenen Wissensvorsprung, regelmäßig aber ein Mehr an Einschätzungsfähigkeit der Übernahmeveraussetzungen. Diese ver-

¹³ Jaeger, Patientenrechtegesetz, Rn.181; Voigt, IGeL, 157; Schelling, MedR 2004, 422 (422).

¹⁴ Prütting, MedR 2018, S.291.

¹⁵ Schelling, MedR 2004, 422 (423); Schinnenburg, MedR 2000, 185; Wenzel, Patientenrechtegesetz, Rn.502; OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, 1604.

¹⁶ Schelling, MedR 2004, 422 (424); Voigt, IGeL, 158.

¹⁷ Prütting, MedR 2018, 291 (296).

¹⁸ Schelling, MedR 2004, 422 (427); Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht Rn.A771.

¹⁹ Voigt, IGeL, 166.

²⁰ OLG Köln, NJW 1987, 2304; VersR 1987, 792; OLG Hamm, NJW 1995, 790.

²¹ Beppl, Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, 162; Michalski, VersR 1997, 137 (144); Katzenmeier, in: Patientenrechte und Arzthaftungsrecht, Karlsruher Forum 2013, 23.

²² Katzenmeier, MedR 2012, 576 (576); Wagner, VersR 2012, 789 (794).

pflichtet ihn aufzuklären, sobald er die Erstattungsfähigkeit auf Grund seiner Kenntnisse anzweifelt – gleich ob er tatsächlicher Kenntnis hat oder den Leistungsrahmen der gesetzlichen Krankenversicherung überschritten vermutet.²³

Beim Privatpatienten hat der Behandelnde per se keine Berührungspunkte mit der Krankenversicherung.²⁴ Die Verantwortung der Kostentragung durch den privaten Versicherer ist hier eindeutiger der Verantwortung des Patienten zuzuordnen,²⁵ da der Behandelnde den Patienten als Selbstzahler in die Pflicht nimmt.²⁶ Trotzdem rechnet auch der Privatpatient nicht damit, die Kosten endgültig selbst tragen zu müssen,²⁷ ihm erscheint seine Selbstzahlereigenschaft vielmehr wie ein vorübergehendes Kreditieren der Kosten gegenüber seiner Versicherung²⁸ – auch der privat versicherte Patient ist in seinem Vertrauen schutzwürdig, allerdings mit einem höheren Maß an Eigenverantwortung. Der Umfang der Informationspflicht bemisst sich auch hier am Wissensvorsprung: Weiß der Arzt positiv von Nichtübernahme der Kosten,²⁹ muss er diesen Wissensvorsprung teilen.³⁰ Außerdem hat auch hier der Behandelnde mehr Anhaltspunkte als der Patient, die Notwendigkeit und damit die Übernahmefähigkeit einzuschätzen³¹: eine Pflicht zur Aufklärung liegt vor.³² Dem privat Versicherten gegenüber ist dem Arzt weniger Einzelfallkenntnis zu unterstellen als gegenüber dem gesetzlich Versicherten. Hat er aber einen tatsächlichen Wissensvorsprung oder Anhaltspunkte, an der Übernahmefähigkeit der Behandlungskosten zu zweifeln, ist er aufklärungsverpflichtet.

2.3 Aufklärungsinhalt

Aufzuklären ist über die voraussichtlichen Kosten einer Behandlung.³³ In jedem Fall also über das „Ob“ der möglichen finanziellen Belastung des Patienten.³⁴ Umstritten ist, ob sich die Pflicht auch auf die Höhe der Kosten erstreckt.³⁵ Dem Wortlaut des § 630c III BGB zufolge, der „die voraussichtlichen Kosten“ betrifft, ist das der Fall.³⁶ Zwar ist dies dem Patienten dienlich und vereinfacht die Rücksprache

²³ Weidenkaff, in: Palandt, §630c, Rn.9; Wagner, in: MüKO, §630c Rn.52.

²⁴ Schelling, MedR 2004, 422 (424); Bergmann/Wever, Die Arzthaftung, 144.

²⁵ BGH, VersR 1996, 330, NJW 1996, 781; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 906.

²⁶ Schelling, MedR 2004, 422 (424); Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, 330.

²⁷ AG Pforzheim, MedR 2003, 235.

²⁸ Schelling, MedR 2004, 422 (425).

²⁹ Dillschneider, Der Chirurg 2013, 325 (326); Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht Rn.A793.

³⁰ Bergmann/Wever, Die Arzthaftung, 144 f.; OLG Stuttgart, NJW-RR 2013, 1183.

³¹ BGH, NJW 1983, 2630; Beppl, Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, 162.

³² Bergmann/Wever, Die Arzthaftung, S.136; LG Karlsruhe, NJW-RR 2005, 1690 ff.

³³ Schelling, MedR 2004, 422 (424).

³⁴ Wagner, in: MüKO §630c Rn.55.

³⁵ Voigt, IGeL, 160; Katzenmeier, MedR 2012, 576 (580).

³⁶ Voigt, IGeL, 161; Wenzel, Patientenrechtegesetz, Rn.531; a.A.; Bergmann/Wever, Die Arzthaftung, 132; Neu, Der Unfallchirurg 2013, 658 (658); Katzenmeier, in: Patientenrechte und Arzthaftung, Karlsruher Forum 2013, S.23; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 906.

mit der Krankenkasse,³⁷ jedoch kommt eine solche Pflicht der Notwendigkeit eines Kostenvoranschlags gleich. Der BGH lehnte eine solche Pflicht hinsichtlich Wahlleistungen ab³⁸ – dies ginge auch bezüglich der Behandlungskosten zu weit. Ein solcher Kostenvoranschlag wäre ein nicht verlässlich umzusetzendes Unterfangen, betrachtet man die individuellen Besonderheiten und Entwicklungen von Behandlungen bei verschiedenen Patienten.³⁹ Sinnvoll umzusetzen ist eine solche Kosteninformation nur bei kleinen und genau zu umreißenden Eingriffen – auch nur bei solchen Vorgängen ist von einem generellen Wissensvorsprung des Behandelnden auszugehen.⁴⁰ Nimmt man diesen aber bei schlecht planbaren Abläufen an und verpflichtet den Behandelnden damit, einen Kostenvoranschlag vorzulegen, führt dies mitunter zu einem Einschnitt in das Vertrauensverhältnis: Übersteigen die Kosten die Prognose,⁴¹ fällt es dem Patienten schwer sich dem Arzt anzuvertrauen oder der Klagefall tritt ein. Im Umkehrschluss könnte das dazu führen, dass der Arzt im Zweifel höhere Kosten veranschlagt als notwendig⁴² und der Patient von einer Behandlung absieht.⁴³ Auch hier löst der Wissensvorsprung die Hinweispflicht aus.⁴⁴ Der Arzt muss nur in dem Rahmen über die Höhe der Kosten informieren, in dem er selbst Anhaltspunkte für eine Einschätzung hat.⁴⁵ Reichen diese nur für einen Größenrahmen, ist das der zu teilende Wissensvorsprung.⁴⁶ Es liegt dann in der Verantwortung des Patienten, sich darüber hinaus zu informieren und weitergehende Informationen einzuholen.⁴⁷

3 Folgen für die zivilrechtliche Arzthaftung

§ 630c III BGB benennt keine Rechtsfolgen, die sich bei einer unterlassenen oder mangelhaften wirtschaftlichen Aufklärung ergeben.⁴⁸ Der Gesetzgeber hat sich in der Gesetzesbegründung diesbezüglich geäußert: Es ist die Rechtsprechungspraxis zu betrachten,⁴⁹ die bei Verletzung der Pflicht zur wirtschaftlichen Information den Vergütungsanspruch im Ergebnis entfallen lässt,⁵⁰ indem ein Schadensersatz-

³⁷ Lang, in: GOÄ, § 1, Rn10–17; Schelling, MedR 2004, 422 (425).

³⁸ BGH, NJW-RR 2007, 710; VersR 2007, 950.

³⁹ Voigt, IGeL, 160.

⁴⁰ Voigt, IGeL, 161.

⁴¹ LG Braunschweig, NJW 1988, 777.

⁴² Lown, Die verlorene Kunst des Heilens, 177.

⁴³ Voigt, IGeL, 161 ff.

⁴⁴ Wenzel, Patientenrechtegesetz, Rn.518; anders: Wever, in: Gesamtes Medizinrecht, § 630c, Rn.10; OLG Koblenz, MedR 1991, 335.

⁴⁵ Weidenkaff, in: Palandt, §630c, Rn.10.

⁴⁶ Schelling, MedR 2004, 422 (425); Wenzel, Patientenrechtegesetz, Rn.532; Voigt, IGeL, 161.

⁴⁷ Voigt, IGeL, 161.

⁴⁸ Katzenmeier, in: Patientenrechte und Arzthaftungsrecht, Karlsruherforum 2013, 24.

⁴⁹ Katzenmeier, in: Patientenrechte und Arzthaftungsrecht, Karlsruherforum 2013, 24.

⁵⁰ Pelz, Der Gynäkologe 1999, 408 (410); BGH NJW 2000, 3429; OLG Köln, VersR 2005, 1589.

anspruch des Patienten in Höhe des Vergütungsanspruchs angenommen wird.⁵¹ Dieser Schadensersatzanspruch ist dem Anspruch des Behandlenden im Rahmen der Aufrechnung entgegenzuhalten.⁵² Die Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung stellt dabei eine Nebenpflicht aus Vertrag⁵³ im Sinne des § 241 II BGB dar.⁵⁴

Der Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden liegt vor, sofern bei ordnungsgemäßer Aufklärung eine nicht übernahmefähige Leistung nicht gewählt worden wäre.⁵⁵ Dafür spricht bei einem auf die Kostenübernahme durch den Versicherer fest vertrauenden Patienten die Vermutung.⁵⁶

Ersatzfähig ist der Schaden, den der Patient durch das Unterbleiben der wirtschaftlichen Aufklärung erleidet. Sind die Gänze oder Teile der Behandlungskosten nicht durch die Krankenversicherung zu erstatten, liegt ein Schaden vor.⁵⁷ Konnte der Behandelnde allerdings die Kosten nicht ausreichend einschätzen, hat er diesen Schaden mangels Wissensvorsprung nicht zu verschulden.⁵⁸

4 Folgen für die strafrechtliche Arzthaftung

Es sind keine strafrechtlichen Folgen einer unterlassenen oder mangelhaften wirtschaftlichen Information normiert. Jedoch stellt der Heileingriff eine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB dar, welche einer Rechtfertigung bedarf, um den Behandelnden straffrei zu stellen.⁵⁹ Eine fehlerhafte oder unterlassende wirtschaftliche Information könnte Einfluss auf diese Rechtfertigung haben.

Eine Relevanz der fehlenden wirtschaftlichen Information auf die strafrechtliche Einwilligung ist schwerlich zu sehen⁶⁰: Hat eine entsprechende Selbstbestimmungsaufklärung⁶¹ stattgefunden, so hat der Patient alle Voraussetzungen erlangt, um über seine körperliche Integrität zu verfügen.⁶²

⁵¹ BT-Drs. 17/10488, 22.

⁵² AG Bergheim, VersR 2009, 684; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn.565; Katzenmeier, in: Arztrecht, Kap. V, Rn.25; Jaeger, Patientenrechtgesetz, Rn.180.

⁵³ Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 49 f.; OLG Koblenz, MedR 1991, 335; Michalski, VersR 1997, 137 (144); Fehse, MedR 1986, 115 (117); OLG Köln, NJW 1987, 2304; BGH, NJW 1988, 759; BGH, VersR 1996, 330; BGH, NJW 2000, 3429; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 906; OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, 1604; OLG Köln, VersR 2005, 1589.

⁵⁴ OLG Köln, VersR 2005, 1589; LG Braunschweig, NJW 1988, 777; Voigt, IGeL, 169.

⁵⁵ OLG Köln, VersR 2009, 405; Jaeger, Patientenrechtgesetz, Rn.175.

⁵⁶ Uphoff/Hindemith, in: Handbuch des Medizinrechts, Rn.146.

⁵⁷ Jaeger, Patientenrechtgesetz, Rn.180; Wever, in: Gesamtes Medizinrecht, § 630c, Rn.10.

⁵⁸ Voigt, IGeL, 162, 166.

⁵⁹ BGH, VersR 1996, 330; NJW 1996, 781; Schmidt, in: Hdb Medizinrecht, Rn.22.

⁶⁰ Voigt, IGeL, 108; OLG Köln, VersR 2005, 1589.

⁶¹ Zentai, Die strafrechtliche und die zivilrechtliche Aufklärung zu der Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung, 3.

⁶² OLG Köln, VersR 2005, 1589; Schelling, MedR 2004, 422 (426).

Sofern sich der Behandelnde gezwungen sieht, sicherheitshalber über höhere als die wahrscheinlich anfallenden Kosten und damit falsch aufzuklären,⁶³ könnte der Patient sich im Einzelfall gegen eine indizierte Behandlung entscheiden. Erwächst daraus ein Gesundheitsschaden, könnte eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung durch zu hohe wirtschaftliche Aufklärung vorliegen⁶⁴ – im Regelfall wird aber der Kausalzusammenhang zwischen der fehlerhaften Aufklärung und der eingetretenen Gesundheitsschädigung nicht gegeben sein: Hat der Patient die Mittel, sich bei realistischer Aufklärung für die Behandlung zu entscheiden, müsste der Behandelnde gravierend höhere Kosten veranschlagen, um hier den Unterschied zu machen.

Schließlich kommt eine Strafbarkeit wegen Betrugs nach § 263 StGB bei Unterlassen der wirtschaftlichen Aufklärung in Betracht. Es könnte eine Täuschung über die Tatsache der Übernahmefähigkeit dadurch stattfinden, dass der Behandelnde die Aufklärung unterlässt. Das setzt eine Rechtspflicht zum Handeln voraus:⁶⁵ eine solche hat der Behandelnde aus § 630c III BGB. Erwächst dem Patienten daraus der Irrtum, die Behandlungskosten würden sicher übernommen, kann das zu einer Vermögensverfügung durch Eingehung des Behandlungsvertrags führen. Der Behandelnde müsste vorsätzlich und mit Bereicherungsabsicht handeln⁶⁶: Unterlässt er die wirtschaftliche Aufklärung, weil er damit rechnet, den Patienten sonst zu verlieren, will er sich einen Vermögensvorteil verschaffen. Eine Bereicherungsabsicht und damit eine Strafbarkeit nach § 263 StGB auf Grundlage der wirtschaftlichen Aufklärung ist im Einzelfall nicht auszuschließen.

5 Schlussfolgerung – Bedeutung der wirtschaftlichen Aufklärung

Wann hat die wirtschaftliche Aufklärung Bedeutung bzw. welche tatsächliche Relevanz besteht für die Arzthaftung? Diese besteht erst, wenn der Arzt auch tatsächlich in die Haftung genommen wird. Indikator für den aktuellen Stand der Konflikt- und Prozesswilligkeit ist das Wissen der Ärzte um die wirtschaftliche Aufklärung. Wieviel Bedeutung hat die wirtschaftliche Aufklärung aktuell?

Die Mehrheit, nämlich 63 von 75 der befragten Ärzte wissen nicht, worum es sich bei der Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung handelt. Etwa die Hälfte der befragten Behandelnden gibt an, keiner ihrer Patienten würde wirtschaftlich aufgeklärt.⁶⁷ Viele der Behandlungen werden übernahmefähig sein – schon die stationäre Aufnahme kann aber nicht notwendig und eventuell nicht erstattungsfähig sein.⁶⁸ Es ist anzunehmen, dass jeder Behandelnde schon einmal so einen Fall aufzuklären

⁶³ Lown, Die verlorene Kunst des Heilens, 177.

⁶⁴ Voigt, IGel., 162, 171.

⁶⁵ Tsambikakis, in: Medizinrecht Kommentar, §263 Rn.25.

⁶⁶ Tsambikakis, in: Medizinrecht Kommentar, §263, Rn.61.

⁶⁷ 42 der 75 Befragten geben dies an.

⁶⁸ AG Pforzheim, MedR 2003, 234 f.

gehabt hätte, dies scheint in der Regel nicht zu passieren. Dennoch scheint keiner der betroffenen Patienten den Klageweg anzustrengen: Wären die Befragten schon einmal haftbar gemacht worden, wüssten sie um ihre Pflicht zur wirtschaftlichen Information⁶⁹. Die mangelnde Kenntnis der Behandelnden zugrunde legend müssten bei grundsätzlicher Prozessbereitschaft der Patienten Rechtsstreitigkeiten auftreten – der Träger des Krankenhauses hätte ein Interesse daran diesen vorzubeugen. Der Träger selbst tritt aber erst in Form von Rechnungen an den Patienten heran, wenn ihm selbst die Vergütung der geleisteten Behandlung versagt wird, etwa im Falle, dass die Krankenkasse die Erstattungsfähigkeit bemängelt. Eine Ursache dafür, dass die Patienten in der Regel keinen Prozess anstrengen, könnte die mangelnde Überprüfung der Abrechnungen des Krankenhauses durch den Versicherer sein. In diesem Fall wird der Patient mit der fehlenden Übernahmefähigkeit seiner Behandlungen gar nicht konfrontiert – erst der persönlich betroffene Patient aber nimmt den Arzt in Haftung. Passiert dies doch und der Patient wird in die Pflicht genommen, könnte auch die Unwissenheit des Patienten über sein Recht,⁷⁰ wirtschaftlich aufgeklärt zu werden, dazu führen, dass den Arzt mangels Beschwer und mangels Beschreitung des Klagewegs keine Haftung trifft.

Wann käme der wirtschaftlichen Aufklärung mehr Bedeutung zu? Mehr Bedeutung bekäme sie für die Arzthaftung, wenn mehr Patienten den Klageweg anstrengten. Das setzt voraus, dass diese ihr Recht, wirtschaftlich aufgeklärt zu werden, kennen würden. Ein Anlass, sich darüber zu informieren, ist mangelndes Vertrauen in den Behandelnden. Dieses schwindet: Krankheit ist kein zu tragendes Schicksal mehr, der Arzt wird als Dienstleister für den Therapieerfolg verantwortlich gemacht.⁷¹ Hier beginnt ein Teufelskreis: Je mehr Patienten zweifeln, desto mehr informieren sie sich und desto notwendiger erscheint es den Ärzten, sich durch ausreichende Aufklärung abzusichern. Hier schließt sich der Kreis: Zunehmende wirtschaftliche Aufklärung schadet dem Vertrauensverhältnis,⁷² indem dieser in für den Patienten emotionalen Situationen große Gewichtung zukommt – dem Patienten drängt sich die wirtschaftliche Seite des Arztberufes auf. Macht der Arzt schließlich noch einen Fehler bei der Einschätzung der Höhe der Behandlungskosten, zweifelt der Patient an dessen Einschätzungsfähigkeiten zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht – blindes Vertrauen wird erschwert.⁷³

Der Arzt auf der anderen Seite hat durch hohen Bürokratieaufwand⁷⁴ gepaart mit Zeitdruck und Personalmangel keinen Zeitrahmen, um auf solche Bedenken

⁶⁹ Auch wenn es sich hier um angestellte Ärzte handelt, ist anzunehmen, dass der Krankenhausträger im Streitfall um (nicht) stattgefundene wirtschaftliche Aufklärung den Behandelnden befragen würde.

⁷⁰ Katzenmeier, NJW 2012, Editorial.

⁷¹ Katzenmeier, Arzthaftung, 27 f.; Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, 23.

⁷² Katzenmeier, MedR 2012, 576 (582).

⁷³ Voigt, IGeL, 159.

⁷⁴ Ratzel, Der Gynäkologe, 2011, 656 (657).

einzugehen und diese auszuräumen.⁷⁵ Es stellt sich die Frage der praktischen Umsetzbarkeit der Vorgaben im Behandlungsalltag – jedoch ist die wirtschaftliche Aufklärung als Teil der Bürokratieflut, die der Arzt zum Schutze vor juristischen Konsequenzen anstrengt, Grundlage für die Entscheidung des Patienten. Mangels juristischer Komponenten in der Ausbildung⁷⁶ hat der Arzt selbst keine Möglichkeiten, diese notwendig erscheinende Formular- und Informationsflut zu filtern.⁷⁷ Ein unübersichtliches Maß an Informationen ist aber mehr „Fassade als Substanz“⁷⁸ einer tatsächlichen Aufklärung auch in wirtschaftlicher Hinsicht und fördert keineswegs die Übersicht des Patienten, um ihn die „wirtschaftliche Tragweite seiner Entscheidung überschauen“⁷⁹ zu lassen – gleichzeitig drängt sich dem Patienten auf, dass der Behandelnde sich rechtlich in eine Defensivstellung begibt. Das suggeriert Konfliktpotenzial. Denn gibt sich der Arzt vorsichtig, wird der Patient skeptischer vorgelegte Informationen hinterfragen. Das wiederum lässt ihn „prozesswütig“ erscheinen.⁸⁰ Der Arzt hat noch mehr Anlass, durch mehr Informationen vorzubeugen, der Patient verliert erneut Vertrauen darin, dass der Schwerpunkt auf eine gute Behandlung liegt. All diese Aspekte führen zu einem gesteigerten Bedürfnis, sich selbst abzusichern – der Patient informiert sich und stößt auf sein Recht zur wirtschaftlichen Aufklärung, während sein Vertrauen und auch seine Loyalität dem Behandelnden gegenüber abnimmt.

Ein weiterer Grund für Patienten, auf die wirtschaftliche Information aufmerksam zu werden, läge vor, wenn diese in mehr Fällen relevant würde. Sobald der Arzt in mehr Fällen an der Übernahme der Kosten durch den Versicherer zweifelt, tritt dies ein. Grund dafür könnten weitere Rationalisierungen⁸¹ im Gesundheitssystem sein: Es existieren immer mehr, hoch kostenintensive medizinische Leistungen, die nicht beliebig und ohne Deckelung von der Versichertengemeinschaft bezahlt werden können.⁸²

Gleichzeitig werden diese und andere medizinische Leistungen zunehmend in Anspruch genommen, da die Gesellschaft älter und kränker wird.⁸³ Dem begegnen die Krankenkassen mit Einschränkungen im Leistungsumfang.⁸⁴ Ist das medizinisch Mögliche und das gesamtgesellschaftlich Bezahlbare nicht zu vereinen⁸⁵ und wenn der Konflikt zugunsten der Wirtschaftlichkeit und zu Lasten der Patienten-

⁷⁵ Duttge, in: Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, 158.

⁷⁶ Duttge, in: Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, 159.

⁷⁷ Voigt, IGeL, 171; 73 von 75 Befragten haben während ihrer Ausbildung keine Informationen zur Pflicht der wirtschaftlichen Aufklärung bekommen.

⁷⁸ Duttge, in: Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, 159.

⁷⁹ BT-Drs. 17/10488, 22.

⁸⁰ Duttge, in: Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, 159.

⁸¹ Krones, Der Chirurg 2007, 543 (543); Schelling, MedR 2004, 422 (427); Hart, MedR 1999, 47 (49);

⁸² Katzenmeier, in: Arztrecht, Kap. X, Rn.22.

⁸³ Katzenmeier, in: Arztrecht, Kap. V, Rn.22 f.

⁸⁴ §§34, 35 und 53 SGB V.

⁸⁵ Voß, Kostendruck im Arzthaftungsrecht, 160; Fischer, Der Gynäkologe 2014, 688 (689).

seite gelöst wird,⁸⁶ sieht sich der Patient mit der Problematik der Erstattungsfähigkeit konfrontiert. Die Akzeptanz auf Patientenseite für Kürzungen oder Rationierungen hingegen scheint nur gering ausgeprägt zu sein.⁸⁷ Der Patient ist unzufrieden und beginnt sich zu informieren, seine Prozesswilligkeit steigt.

Wird die Bedeutung der wirtschaftlichen Aufklärung in Zukunft zunehmen? Schwindendes Vertrauen in den Arzt und wachsende Restriktionen auf Seiten der Krankenversicherer würden die Bedeutung der wirtschaftlichen Aufklärung in Zukunft wachsen lassen: Die Motivation zum Führen von Konflikten soll dabei nicht durch mangelnde Information des Patienten begrenzt werden. Ein mündiger, selbstverantwortlicher Patient ist wünschenswert.⁸⁸ Vielmehr wäre durch Information und Ausbildung auf beiden Seiten dafür zu sorgen, dass kein irrationales Misstrauen entsteht. Durch die modernen Medien sind dem interessierten Patienten eine Vielzahl an Informationen zugänglich. Dem Arzt wiederum würden nur entsprechende juristische Komponenten in der Ausbildung die Möglichkeit geben, selbst Risiken gewichten zu können und eine Abwehrhaltung zu vermeiden. Solche sind nicht ersichtlich,⁸⁹ es ist mit einem weiter bröckelnden Vertrauensverhältnis zu rechnen.

Auch die sozialpolitischen Einschränkungen der Leistungskataloge bleiben bestehen, die wirtschaftliche Aufklärung wird zunehmend relevant⁹⁰. Je mehr Patienten davon betroffen sind, desto häufiger werden Ärzte für eine solche Problematik in die Haftung genommen. Die Bedeutung für die Arzthaftung sollte damit in der Zukunft zunehmen.

Literatur

- Beppl, A.: Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung: die Entwicklung der Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Diss. 1999, Göttingen.
- Bergman, K. O., Pauge, B. und Steinmeyer, H. D.: Gesamtes Medizinrecht. 2018, Baden-Baden.
- Bergmann, K. O. und Wever, C.: Die Arzthaftung: Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen. 2014, Berlin
- Dillschneider, J.: Patientenrechtgesetz. Auswirkungen auf die ärztliche Praxis. Der Chirurg, 2013. S. 325.
- Deutsch, E. und Spickhoff, A.: 7. Aufl., Medizinrecht. 2014, Berlin.

⁸⁶ Schelling, MedR 2004, 422 (422).

⁸⁷ Krones, Der Chirurg 2007, 543 (547).

⁸⁸ Katzenmeier, MedR 2012, 576 (576).

⁸⁹ Duttge, in: Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, 159.

⁹⁰ Katzenmeier, MedR 2012, 576 (580); Fenger, Der Gynäkologe 2003, 921 (921).

- Duttge, G.: Begrenzung der ärztlichen Aufklärung aus therapeutischen Gründen. in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle, Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, 2014, S. 193.
- Erb, S.: Die Kodifikation des Behandlungsvertragsrechts im BGB, Diss. 2017, Hamburg
- Ehlers, A.: Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen: Bestandsaufnahme und Kritik. 1987, Köln.
- Fehse, M.: Der Behandlungsvertrag und die wirtschaftliche Aufklärung. MedR, 1986. S.115.
- Fenger, H.: Die Beweislast bei der wirtschaftlichen Aufklärung. Der Gynäkologe, 2003. S. 921.
- Fischer, G.: Bringt das Patientenrechtegesetz neue zivilrechtliche Pflichten und Haftungsrisiken für die Ärzte? ZfMER, 2013. S. 6.
- Fischer, G.: Arzthaftung: Behandlungsfehler, Organisationsverschulden und Aufklärungspflichtverletzung, Der Gynäkologe, 2014. S. 688.
- Glatz, C.: Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung : eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Diss. 1996, Mannheim.
- Geiß, K. und Greiner, H.: Arzthaftpflichtrecht. 2014, München.
- Hart, D.: Budgetierung – Rationalisierung – Rationierung – Einflüsse auf die medizinische Leistungsfähigkeit oder Senkung des medizinischen Standards? MedR, 1999. S. 47.
- Herberer, J.: Das Patientenrechtegesetz, Der Gastroenterologe, 2014. S. 278.
- Heidecke, C.-D.: Zwischenbilanz Patientenrechtegesetz und Infektionsschutz, Der Chirurg, 2014. S. 1103.
- Jorzig, A.: Ein Jahr Patientenrechtegesetz – eine Bestandsaufnahme, Der Gynäkologe, 2014, S. 524.
- Katzenmeier, C.: Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie. MedR, 2012. S. 576.
- Katzenmeier, C.: Arzthaftung, Habil Tübingen 2002.
- Katzenmeier, C.: Patientenrechtegesetz – Risiken und Nebenwirkungen. NJW, 2012. Editorial.
- Katzenmeier, C.: Patientenrechte und Arzthaftung, in: Lorenz, Egon [Hrsg.]: Patientenrechte und Arzthaftungsrecht. Karlsruher Forum 2013.
- Krones, C. J.: Gerechte Verteilung knapper Gesundheitsressourcen. Ein aktuelles Patientenmeinungsbild, Der Chirurg 2007, S. 543.
- Lang, M. H.: Der GOÄ-Kommentar: ausführliche Interpretation der neuen Gebührenordnung. Tips und Beispiele zur privatärztlichen Abrechnungspraxis, Stuttgart 1996.

- Lown, B.: Die verlorene Kunst des Heilens. Anleitung zum Umdenken, englische Originalausgabe. 1996.
- Martis, R. und Winkhart-Martis, M.: Arzthaftungsrecht: Fallgruppenkommentar, Köln 2018.
- Michalski, L.: (Zahn-)Ärztliche Aufklärungspflicht über die Ersatzfähigkeit von Heilbehandlungskosten, VersR 1997, S. 137.
- Montgomery, F. U., Brauer, D., Hübner, M. und Seebohm, A.: Das Patientenrechtegesetz aus Sicht der Ärzteschaft, MedR 2013, S. 149.
- Neu, J.: Das Patientenrechtegesetz – ein erster Überblick, Der Unfallchirurg 2013, S. 658.
- Pelz, F. J.: Arzthaftungsrecht Grundlagen, Besonderheiten, Entwicklungstendenzen, Der Gynäkologe 1999, S.408.
- Palandt, O.: Bürgerliches Gesetzbuch: mit Nebengesetzen, München 2018.
- Prütting, D.: Medizinrecht Kommentar, 4. Auflage, Köln 2016.
- Prütting, H., Wegen, G. und Weinreich, G.: Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, Köln 2018.
- Prütting, J.: Das zivilrechtliche Arztrecht im Spiegel fachübergreifender Betrachtung, MedR 2018, S. 291.
- Ratzel, R.: Ein Patientenrechtegesetz. Zum Entwurf aus Sicht der Anwaltschaft, Der Gynäkologe, 2011, S.656.
- Ratzel, R. und Lissel, P.: Handbuch des Medizinschadensrechts, München 2013.
- Ratzel, R. und Luxenburger, B.: Handbuch Medizinrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2015.
- Rieger, H.-J.: Lexikon des Arztrechts, Karlsruhe, Stand: August 2007.
- Schelling, P.: Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, MedR 2004, S. 422.
- Schinnenburg, W.: Besonderheiten des Arzthaftungsrechtes bei zahnärztlicher Behandlung, MedR 2000, S. 185.
- Soergel, H. T. und Siebert, W.: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage, Stuttgart 2005.
- Spickhoff, A.: Patientenrechte und Patientenpflichten – die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstyp, VersR 2013, S. 267.
- Spickhoff, A.: Die Arzthaftung im neuen bürgerlich-rechtlichen Normenumfeld, MedR 2015, S.845.
- Voigt, T.: Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL) im Rechtsverhältnis von Arzt und Patient, Diss. Köln 2013.
- Voß, B.: Kostendruck im Arzthaftungsrecht, Berlin 1999.

Wagner, G.: Kodifikation des Arzthaftungsrechts? – Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, S. 789.

Wenzel, F.: Patientenrechtegesetz: Kommentar für die Praxis, Heidelberg 2007.

Zentai, S. B.: Die strafrechtliche und die zivilrechtliche Aufklärung zu der Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung in einem Rechtsvergleich mit Ungarn, Diss., Trier 2004.

Zum Verhältnis von ärztlicher Schweigepflicht und ärztlichem Zeugnisverweigerungsrecht im Kontext des Arzt-Patienten-Verhältnisses

Fiona Gawlik

„Was ich bei der Behandlung oder auch außerhalb meiner Praxis im Umgang mit Menschen sehe und höre, das man nicht weiterreden darf, werde ich verschweigen und als Geheimnis bewahren.“¹

Wenngleich der Hippokratische Eid in seiner ursprünglichen Form nicht mehr abgelegt wird, so ist doch vor allem die ärztliche Schweigepflicht über die Jahrtausende hinweg erhalten geblieben.² Dies vermag vor dem Hintergrund ihrer fundamentalen Bedeutung als zentraler Sollenssatz des ärztlichen Handelns und Bestandteil des ärztlichen Berufsethos nicht zu verwundern, stellt sie doch die elementare Voraussetzung für ein vertrauliches Verhältnis zwischen Arzt und Patient dar.³ Heutzutage findet sich die ärztliche Schweigepflicht insbesondere in dem Zivilrecht gesetzlich verwurzelt, welches die Schweigepflicht als nebenvertragliche Pflicht begründet⁴,

¹ Auszug aus dem Hippokratischen Eid; deutsche Übersetzung aus: *Tölle-Kastenbein*, Das Genfer Arztgelöbniß und der hippokratische Eid, S. 11.

² *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, IX Rn. 4; *Sobotta*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), *Gesamtes Medizinrecht*, S. 819 Rn. 1; *Kern*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 3 Rn. 18.

³ *Schmidt*, *Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses*, S. 9; BVerfG, *Beschl. v. 06.06.2006*, Az. 2 BvR 1349/05, *MedR* 2006, 586 (587); *Eibach/Schäfer*, *Patientenautonomie und Patientenwünsche*, *MedR* 2001, S. 21 (25).

⁴ *Quaas/Zuck/Clemens*, *Medizinrecht*, § 2 Rn. 48.

sowie auch in dem ärztlichen Berufsrecht, welches die ärztliche Schweigepflicht nach § 9 MBO-Ä 8 ([Muster-]Berufsordnung-Ärzte) konstatiert. Im Fokus der vorliegenden Überlegungen soll jedoch zunächst § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB stehen, der die Verletzung von Patientengeheimnissen strafrechtlich bewehrt und somit in besonderem Maße dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient Rechnung trägt.⁵

Dieser materiell-rechtlich gewährte Schutz des Geheimbereiches des Patienten steht in einem unmittelbaren Spannungsverhältnis zu dem allgemeinen prozessualen Wahrheitserforschungsprinzip als tragendes Element der Strafprozessordnung. Eine unmittelbare Geltung des prozessualen Wahrheitserforschungsprinzips würde eine uneingeschränkte Zeugnispflicht des Arztes zur Folge haben, was schlichtweg das Patientengeheimnis prozessual schutzlos zurückließe.⁶ Um eben diese materiell-rechtliche Pflicht des Geheimnisschutzes auf prozessualer Ebene nicht „leerlaufen“ zu lassen, wirkt das Gesetz zwischen dem Prinzip der Wahrheitsermittlung im Strafprozess und dem Schutz des Geheimbereiches auf verschiedene Weise ausgleichend. So statuiert § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO zuträglich zu der materiell-rechtlichen Schweigepflicht ein prozessuales Zeugnisverweigerungsrecht des Berufsgeheimnisträgers, welches gemeinhin als prozessuales Korrelat des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB gilt.⁷ Das Verhältnis des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO sieht sich indes dann vor besondere Schwierigkeiten gestellt, sofern der Geheimnisträger entgegen seines Zeugnisverweigerungsrechts im prozessualen Verfahren seine ärztliche Schweigepflicht unbefugt durchbricht. In eben solchen Fällen tritt das Spannungsverhältnis von prozessualen und materiellem Recht offen zu Tage, sodass sich die Rechtsgebiete zueinander einer „Feuerprobe“⁸ ausgesetzt sehen.

Es drängt sich zunächst die Frage auf, ob das Offenbaren eines Patientengeheimnisses überhaupt als „unbefugt“ i.S.d. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB gelten kann, wenn der Arzt entgegen seines Zeugnisverweigerungsrechts zeugenschaftlich das Patientengeheimnis innerhalb eines Strafprozesses offenbart. Insofern die prozessuale Aussage bereits die Qualifizierung des Offenbarens als „unbefugt“ entfallen ließe, so wäre auch der Straftatbestand des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht erfüllt. Nach einer damals überwiegenden Auffassung⁹, welche auch bisweilen noch nicht

⁵ Vgl. *Sommer/Tsambikakis*, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch, Medizinrecht, § 3 Rn. 110 f.

⁶ Vgl. *Heilborn*, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes im künftigen Straf- und Strafprozessrecht, in: Kraatz/Szewczyk (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht, S. 113 (125).

⁷ *Gaidzik*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), Gesamtes Medizinrecht, §§ 53 ff. StPO Rn. 1; *Frey*, Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechtes, in: FS Pfenninger, S. 41 (46).

⁸ *Wichmann*, Das Berufsgeheimnis als Grenze des Zeugenbeweises, S. 25.

⁹ *Wolff*, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, S. 77 f.; *Sauter*, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 R.St.G.B.), S. 247 f.; *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, S. 20; *Frank*, Das StGB für das Deutsche Reich, § 300, III 2 c.

vollends überwunden ist¹⁰, kann die zeugenschaftlich erfolgte prozessuale Geheimnisoffenbarung eines Aussageverweigerungsberechtigten nie als materiell-rechtlich „unbefugt“ gelten. Unter Verweis auf den Wortlaut des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO, nach welchem der Geheimnisträger „berechtigt“ sei, die Aussage zu verweigern, sei dem Geheimnisträger vielmehr ein Wahlrecht eingeräumt. In der bloßen Ausübung eines gesetzlich gewährten Wahlrechts könne aber niemals eine unbefugte, strafbare Handlung liegen.¹¹ Diese Auffassung vermag jedoch bereits aus dem Grunde nicht zu überzeugen, als dass die Vorschrift des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO die allgemeine prozessuale Zeugnisspflicht gerade um der materiellen Schweigepflicht willen zurückdrängt.¹² Gerade weil der Arzt ein Zeugnisverweigerungsrecht hat, braucht er der allgemeinen Aussagepflicht nicht nachzukommen und damit auch seine ärztliche Schweigepflicht nicht zu verletzen.¹³ Die Offenbarungsbefugnis kann sich mithin ausschließlich aus solchen Erlaubnissätzen des materiellen Rechts ergeben, welche jeweils Wechselwirkungen zwischen prozessualem und materiellem Recht auslösen können. Diesen gilt es im Folgenden besondere Aufmerksamkeit zuteil werden zu lassen.

Unabhängig von der bisweilen kontrovers beurteilten Frage der dogmatischen Einordnung des Einverständnisses bzw. der Einwilligung als entsprechend tatbestandsausschließend¹⁴ oder rechtfertigend¹⁵, besteht doch zumindest ein dahingehender Konsens, als dass das Einverständnis bzw. die Einwilligung des Patienten in die Preisgabe des anvertrauten Geheimnisses auf materiell-rechtlicher Ebene die Strafbarkeit des Arztes nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB entfallen lässt.¹⁶ Dies erscheint als denknotwendige Folge, hängt doch das unbefugte Durchbrechen der Geheimnisphäre maßgeblich davon ab, welche Bedeutung der Geheimnisgeschützte dem Geheimnis selbst beimisst.¹⁷ Der materiell-rechtlichen Einwilligung entspricht die Entbindung von der Schweigepflicht nach § 53 Abs. 2 S. 1 StPO auf prozessualer Ebene, sodass beide Rechtsinstitute hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und ihrer Wirkungen identisch sind.¹⁸ Gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 StPO entfällt das Zeugnisverweigerungsrecht einer nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bis 3b StPO benannten Person, wenn diese von dem, den das Zeugnisverweigerungsrecht schützen soll, von ihrer

¹⁰ *Foth*, Zur Schweigepflicht der freien Sozialdienste im Strafprozess, JR 1976, S. 7 (9).

¹¹ *Wolff*, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, S. 77 f.

¹² *Welp*, Die Geheimnisphäre des Verteidigers in ihren strafprozessualen Funktionen, in FS Gallas, S. 391 (398 f.)

¹³ *Lenckner*, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 (324).

¹⁴ *Ciernak/Niehaus*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), MüKo StGB, § 203 Rn. 58.

¹⁵ *Fischer*, StGB § 203 Rn. 62.

¹⁶ *Cohn*, Schweigepflicht und Aufklärungspflicht in der Deutschen Demokratischen Republik, in: Kraatz/Szewczyk (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht, S. (53) 55.

¹⁷ *Kientz*, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, S. 80.

¹⁸ *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, § 53 Rn. 200.

Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden wurde. Gleichsam lebt die unbedingte prozessuale Zeugnispflicht wieder auf.¹⁹

Sofern dem verfügungsbefugten Patienten weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Einwilligung möglich ist, tritt dessen „mutmaßlicher Wille“ im Rahmen der mutmaßlichen Einwilligung anstelle des tatsächlich oder konkludent erklärten.²⁰ Als Grundvoraussetzung für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung gilt zunächst, dass das Handeln des Arztes im Interesse sowie wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten erfolgt.²¹ Sofern dem so ist, gilt die mutmaßliche Einwilligung als Einwilligungssurrogat, welche gleichsam als Rechtfertigungsgrund fungiert.²² Der Bruch des ärztlichen Schweigens erfolgt dann nicht „unbefugt“, weshalb auf materiell-rechtlicher Ebene eine Strafbarkeit des Arztes nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB entfällt. Angesichts der Ratio des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO könnte man zunächst auch von einem Wiederaufleben der prozessualen allgemeinen Zeugnispflicht ausgehen, beruht diese Vorschrift doch auf dem Gedanken, dass der Geheimnisschutz dann der Aussagepflicht weichen muss, sofern der Geheimnissgeschützte dem Geheimnis selbst keine Bedeutung zumisst. Entsprechendes müsste insofern gelten, wenn nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten angenommen werden darf, dass dieser mit einer Offenbarung des Geheimnisses mutmaßlich einverstanden gewesen wäre. Gegen die Annahme einer Zeugnispflicht lässt sich jedoch bereits der Wortlaut des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO anführen, welcher ein „Entbinden“ postuliert, was zumindest nach umgangssprachlicher Verwendung ein aktives Tun des Patienten impliziert.²³ Weiterhin sprechen praktische Erwägungen gegen eine Zeugnispflicht, hängt doch die Beurteilung des mutmaßlichen Willens des Patienten von der Aussage des behandelnden Arztes ab. Dem Richter, der diesen freilich zunächst nicht kennt, ist es insofern nicht möglich, ein sicheres Urteil über den mutmaßlichen Willen des Patienten abzugeben.²⁴ Das lediglich mutmaßliche Entbinden von der Verschwiegenheitspflicht lässt daher das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 nicht nach § 53 Abs. 2 S. 1 StPO entfallen.

Die Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht kann auch dann auf materiell-rechtlicher Ebene „befugt“ sein, sofern das Offenbaren des Patientengeheimnisses nach Maßgabe des rechtfertigenden Notstandes gemäß § 34 StGB gerechtfertigt ist. Als Substrat des rechtfertigenden Notstandes gilt das Bestehen einer Notstandslage, für dessen Vorliegen es einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für ein rechtlich geschütztes Interesse bedarf, wobei das geschützte Interesse

¹⁹ *Giering*, in: Ratzel/Luxenburger (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, § 14 Rn. 133.

²⁰ *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, § 15 Rn. 148.

²¹ *Roxin*, Strafrecht AT, § 18 Rn. 19 ff.

²² *Rengier*, Strafrecht AT, § 23 Rn. 47 ff.

²³ Vgl. *Bartsch*, Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, S. 83.

²⁴ *Solbach*, Kann der Arzt von seiner Schweigepflicht entbunden werden, wenn sein Patient verstorben oder willensunfähig ist?, DRiZ 1978, S. 204 (205); *Lenckner*, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 (324).

das beeinträchtigte im Rahmen einer Abwägung wesentlich überwiegen muss.²⁵ Sofern im Wege einer Abwägung das Interesse des Patienten an der Geheimhaltung demjenigen Interesse an einer Geheimnisoffenbarung unterliegt, so muss das Interesse des Patienten zurücktreten und gilt das Offenbaren des Patientengeheimnisses nicht als „unbefugt“. Gegen die Annahme einer prozessualen Zeugnispflicht bei einem auf materiell-rechtlicher Ebene nach § 34 StGB gerechtfertigten Offenbaren des Patientengeheimnisses spricht erneut der Wortlaut des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO, wonach eine Aussagepflicht des Berufsgeheimnisträgers nur besteht, wenn dieser von der Verschwiegenheitspflicht aktiv entbunden wurde.

Vor dem Hintergrund allgemeiner Pflichtenkollisionen können den behandelnden Arzt schließlich gesetzlich normierte Offenbarungspflichten treffen, welche diesen zur Meldung solcher Tatsachen, die ihm im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit offenbar geworden sind, verpflichten.²⁶ Trifft den Arzt eine solche Meldepflicht, so gilt der Bruch der ärztlichen Schweigepflicht als befugt, sodass eine Strafbarkeit des Arztes materiell-rechtlich nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB entfällt.²⁷ Wenn einige Stimmen in der Literatur²⁸ nunmehr davon ausgehen, dass der nach materiellem Recht offenbarungspflichtige Geheimnisträger gleichsam zu einer prozessualen Aussage verpflichtet sei, gleichwohl er nicht wirksam durch den Betroffenen von seiner Schweigepflicht entbunden wurde, so kann dem nicht zugestimmt werden. Insofern sei auf den jeweiligen Wortlaut der gesetzlich normierten Offenbarungspflichten verwiesen, welche zwar eine positiv geregelte Pflicht des Arztes dahingehend statuieren, in bestimmten Fällen über gewisse Informationen Meldung zu machen. Doch ist diese Meldung vor dem Hintergrund des weitmöglichsten Schonens der Patienteninteressen ausschließlich an die jeweilig zuständige Stelle gerichtet und erfasst nicht auch das Strafgericht.²⁹ Es steht dem Arzt somit gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO weiterhin zur Disposition gestellt, von seinem prozessualen Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.

Hinsichtlich der Beurteilung der Zulässigkeit einer Zeugenvernehmung und der prozessualen Verwertbarkeit der Aussage bei gleichzeitiger Strafbarkeit des Zeugen stehen sich seit jeher divergente Auffassungen entgegen. Nach Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH sei es in prozessualer Hinsicht gleichgültig, ob der Arzt materiell-rechtlich befugt oder unbefugt Patientengeheimnisse offenbare.³⁰ Vielmehr habe das materiell-rechtliche Verbot auf die prozessuale Ebene keinerlei Einfluss, sodass die materiell-rechtliche Strafbarkeit des Zeugen nicht zu einer Unverwertbarkeit der Zeugenaussage führen könne.³¹ Vor diesem

²⁵ *Heinrich*, Strafrecht AT, Rn. 405 ff.

²⁶ Vgl. *Krey/Heinrich*, Strafrecht BT, Bd. 1, § 6 Rn. 484.

²⁷ *Losert*, Der Bruch der Schweigepflicht und seine Rechtfertigung, S. 29 f.

²⁸ Vgl. *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, S. 337; *Rilk*, Reichsgericht Strafsachen, JW 1937, S. 886 (887).

²⁹ *Bartsch*, Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, S. 87.

³⁰ BGH, Beschl. v. 16.11.2017, Az. 3 StR 460/17; BGH, Urt. v. 20.11.1962, Az. 5 StR 426/62.

³¹ BGH, Beschl. v. 16.11.2017, Az. 3 StR 460/17.

Hintergrund könne auch die Weigerung des Patienten, den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden oder auch ein Widerruf einer vormalig erklärten Entbindungserklärung, einen strafprozessualen Anspruch des Patienten auf die Verweigerung der Aussage durch den Arzt nicht begründen.³² Ausgehend von dem nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO eingeräumten Wahlrecht liege es vielmehr einzig in dem Ermessen des Berufsheimnisträgers, ob und inwieweit er von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch mache.³³ Dies insbesondere angesichts dessen, dass § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO weder ein Vernehmungsverbot noch eine prozessuale Zeugnisverweigerungspflicht enthalte, noch dass es sonst ein verfahrensrechtliches Mittel gäbe, den aussagebereiten Zeugen zu einer Zeugnisverweigerung zu zwingen, fehle es doch von vornherein an einer Verfahrensverletzung.³⁴ Als dogmatische Grundlage der Judikatur fungiert die sog. Lehre von der doppelfunktionellen Prozesshandlung, nach welcher der Zeugenaussage eine Doppelfunktion zukomme, prozessuale und materielle Wertungen also strikt zu trennen seien.³⁵ Nach diesem Verständnis seien prozessuale Wertungen einzig auf den Gang des Verfahrens, materielle Wertungen hingegen ausschließlich auf das außerprozessuale Geschehen bezogen.³⁶ Diese Doppelfunktionalität resultiere schlichtweg bereits daraus, dass das Prozessrecht eine andere „Materie“ und „Form“ erfordere, als das materielle Recht zubringen könnte.³⁷ Die Entscheidung prozessual auszusagen, obliege der freien Entscheidung des Geheimnisträgers und entspringe daher einzig dessen Risikosphäre.³⁸

Dem widerspricht hingegen ein gewichtiger Teil der Literatur. Müsse die Zulässigkeit der Zeugenvernehmung auch hingenommen werden³⁹, so wird doch zumindest ein Beweisverwertungsverbot bemüht.⁴⁰ Diese Auffassung gründet darauf, dass § 203 StGB vor einer Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs schütze, was sich bereits aus der Überschrift des 15. Abschnittes des StGB ergebe und in verfassungsrechtlicher Hinsicht eine einfachgesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG darstelle.⁴¹ Insofern begründe jede staatlich veranlasste Zeugenaussage über fremde Geheimnisse einen staatlichen Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, was nach dem Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG einer Legitimation durch ein förmliches Ermächtigungsgesetz

³² Ebd.

³³ BGH, Urt. v. 12.01.1956, Az. 3 StR 195/55, 600.

³⁴ BGH, Urt. v. 12.01.1956, Az. 3 StR 195/55, 600.

³⁵ *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, S. 54 f.

³⁶ *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, S. 54 f.

³⁷ Vgl. *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, S. 305.

³⁸ *Bosch*, Die strafprozessuale Regelung von Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht, JURA 2012, S. 33 (40).

³⁹ Krit. *Theuner*, Die ärztliche Schweigepflicht, S. 336 ff.

⁴⁰ *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 131; *Ranft*, Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozess, in: FS Spindel, 719 (733); *Beulke/Swoboda*, StPO, § 23 Rn. 462; *Haffke*, Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, S. 65 (80).

⁴¹ *Rengier*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, S. 333.

bedürfe.⁴² Wenn nun aber § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO die Aussage des Arztes auf materiell-rechtlicher Ebene nicht per se rechtfertigen könne⁴³, so sei auch der in der Zeugenvernehmung bestehende Eingriff nicht zu rechtfertigen.⁴⁴ Zur weiteren Statuierung verweist diese Lehre auf § 383 Abs. 3 ZPO, welcher im Gegensatz zu der StPO ein ausdrückliches Vernehmungsverbot hinsichtlich solcher gerichtlichen Fragen postuliert, welche für den Zeugen das Risiko einer Verletzung der berufsbedingten Verschwiegenheitspflicht berge.⁴⁵ Eine differenzierende Wertung zwischen Zivil- und Strafrecht sei insofern nicht begründbar, weshalb § 383 Abs. 3 analog auf den Strafprozess angewendet werden müsse.⁴⁶ Überdies stelle die Vernehmung und Verwertung der strafrechtlich relevanten Zeugenaussage des Berufsgeheimnisträgers eine Fürsorgepflichtverletzung des Gerichts dahingehend dar, als dass dieses in Anbetracht der drohenden unbefugten Verletzung der Schweigepflicht ein Vernehmungs- und Verwertungsverbot hätte anerkennen müssen.⁴⁷ Insofern gebiete die allgemeine richterliche Fürsorgepflicht die Sicherheit, den Zeugen im Rahmen des Prozesses vor Straftaten und Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu bewahren.⁴⁸

Über die Fürsorgepflichtverletzung hinaus, wird zudem vereinzelt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Prozessrichters erwogen.⁴⁹ Insofern wird neben einer Beihilfe durch Unterlassen gemäß §§ 203 Abs. 1 Nr. 1, 13 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB auch eine Strafbarkeit wegen Anstiftung gemäß §§ 203 Abs. 1 Nr. 1, 26 StGB in Betracht gezogen.⁵⁰ Das strafbewehrte Handlungsunrecht der Tat resultiere daraus, dass der Prozessrichter den von der Schweigepflicht nicht entbundenen Zeugen sehenden Auges einen Raum für das unbefugte Offenbaren der Patientengeheimnisse gewährt habe.⁵¹ Weiterhin stützt sich diese Auffassung darauf, dass ein Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient nur dann begründbar oder bewahrbar sein könne, wenn sich der Patient darauf verlassen könne, dass ein „wortbrüchiger“ Arzt kein gerichtliches Gehör finden werde.⁵²

⁴² *Ranft*, Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozess, in: FS Spindel, 719 (733); *Habscheid*, Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht, in: GS Peters, S. 840 (861); BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975, Az. 2 BvR 883/73 und 379, 497, 526/74.

⁴³ Siehe D.IV.1.

⁴⁴ *Rengier*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, S. 332 f.

⁴⁵ *Burkhard/Pauge*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), Gesamtes Medizinrecht, § 383 ZPO, Rn.3.

⁴⁶ *Timm*, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, S. 83.

⁴⁷ Vgl. *Haffke*, Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, S. 74.

⁴⁸ *Fischer*, in: Hannich (Hrsg.), KK-StPO, Einl., Rn. 133 f.; *Muschallik*, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, S. 117.

⁴⁹ *Kühne*, Die begrenzte Aussagepflicht des ärztlichen Sachverständigen vor Gericht nach §§ 53 I Nr. 3 StPO, 203 I Nr. 1 StGB, JZ 1981, S. 647 (652).

⁵⁰ *Freund*, Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen, GA 1993, S. 48 (55).

⁵¹ *Lenckner*, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 (326).

⁵² *Beulke/Swoboda*, StPO, § 23 Rn. 462.

Weitere Ansätze meinen die Antwort der Streitgegenständlichen Frage in der Differenzierung des preisgegebenen Geheimnisses als belastend oder entlastend für den Angeklagten gefunden zu haben.⁵³ Stelle sich das Geheimnis als belastend für den Angeklagten dar, so müsse vor dem Hintergrund der Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens ein Verwertungsverbot der Zeugenaussage angenommen werden.⁵⁴ Angesichts der Zuschreibung, das Strafurteil diene gerade der Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens⁵⁵, könne die Verwertung eines mit der Strafbarkeit des Zeugen bemakelten Beweismittels keinesfalls in der Lage sein, einer solchen Wiederherstellung zu dienen, da das Beweismittel selbst auf einem Rechtsbruch beruhe.⁵⁶ Wirke das Offenbaren des Geheimnisses hingegen entlastend für den Angeklagten, so sei sowohl das öffentliche sowie insbesondere das private Interesse des Angeklagten gewichtiger als der Geheimnisschutz, sodass eine entlastende Zeugenaussage einer prozessualen Verwertbarkeit zugänglich sei.⁵⁷

Daneben wird von einer weiteren Auffassung eine Differenzierung nach der Person des Geheimnisgeschützten erwogen.⁵⁸ In Anlehnung an die Rechtskreistheorie des BGH wird differenziert, ob das unbefugt offenbarte Geheimnis den angeklagten Patienten oder aber einen Dritten betrifft: Nur sofern die Verwertung der Zeugenaussage des Arztes den Rechtskreis des angeklagten Patienten selbst berühre, sei die Aussage unverwertbar.⁵⁹ Sofern die Zeugenaussage hingegen lediglich gegen einen Dritten verwertet werde, würde das Offenbaren des eigenen Geheimnisses zwar ein Ärgernis bedeuten, die Verurteilung des Dritten aber keine zusätzliche Belastung darstellen, sodass eine Verwertung der Aussage möglich sein solle.⁶⁰

Wenn die Rechtsprechung sowie die Lehre von der doppel funktionellen Prozesshandlung die Unabhängigkeit prozessualen und materiellen Rechts postulieren, so vermag dies angesichts des Wortlauts des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO auf den ersten Blick zu überzeugen, räumt dieser offenbar eindeutig lediglich ein ärztliches Zeugnisverweigerungsrecht, nicht aber eine Zeugnisverweigerungspflicht ein. Wenn diese Auffassung das Prozessrecht insofern als gegenüber dem materiellen Recht „unempfindlich“⁶¹ beurteilt, so ist dem jedoch der Wortlaut und die Systematik des Prozessrechts entgegenzuhalten. Indem das Prozessrecht die Zulässigkeit

⁵³ *Freund*, Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen, GA 1993, S. 48 (56); *Otto*, Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, GA 1970, S. 289 (305).

⁵⁴ *Freund*, Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen, GA 1993, S. 48 (56).

⁵⁵ *Schmidt*, in: Meyer-Goßner/Schmidt (Hrsg.), StPO, Einl., Rn. 4.

⁵⁶ *Freund*, Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen, GA 1993, S. 48 (56).

⁵⁷ *Otto*, Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, GA 1970, S. 289 (305).

⁵⁸ *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 118; *Rogall*, Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess, JZ 1996, 944 (952 f.).

⁵⁹ BGHSt, Beschl. v. 21.01.1958, Az. GSSt 4/57.

⁶⁰ *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 118 f.

⁶¹ *Niese*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, S. 136.

strafprozessualer Zwangsmaßnahmen ausdrücklich an materielle Voraussetzungen knüpft und indem insbesondere § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO der Absicherung der materiellen Geheimnispflicht nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf prozessualer Ebene dient⁶², so gibt das Prozessrecht deutlich zu erkennen, dass der Schutz materieller Rechtsgüter diesem von besonderer Bedeutung ist, eine „Unempfindlichkeit“ also nicht angenommen werden kann. Als staatliches Ziel eines jeden gerichtlichen Prozesses gilt die Verwirklichung des materiellen Rechts zur Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens.⁶³ Sofern aber bereits die zeugenschaftliche Aussage neues Unrecht enthält, kann diese Wiederherstellung kaum erreicht werden, baut doch das auf die Zeugenaussage gestützte Urteil selbst auf einem Rechtsbruch auf.

Es stellt sich zudem die Frage, wie der Staat auf moralischer Ebene der Forderung nach „sittlicher Überlegenheit“⁶⁴ genügen möchte, führt doch die doppelfunktionelle Betrachtung unweigerlich zu einer „doppelten Moral“.⁶⁵ Denn nach der doppelfunktionellen Betrachtungsweise zieht das Gericht zwar die Vorteile der Verwertung der Aussage, doch wird es gleichsam nach § 183 GVG das Strafverfahren gegen den Aussagenden betreiben müssen und ihm genau dieses Verhalten als strafwürdiges Unrecht vorwerfen. Die Rechtsprechung sowie die Lehre von der doppelfunktionellen Prozesshandlung sind somit als inkonsequent abzulehnen. Auch die differenzierenden Ansätze können nicht überzeugen: § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB beurteilt die Strafbarkeit des Arztes vollkommen unabhängig davon, ob dessen prozessuale Aussage den Rechtskreis des Patienten oder eines Dritten berührt. Wenn ferner eine Differenzierung nach der Qualifizierung der preisgegebenen Informationen als belastend oder entlastend postuliert wird, so kann auch diese Auffassung nicht überzeugen, müssen Beweisverbote doch unabhängig von ihrer Wirkung sowohl zulasten wie auch zugunsten des Beschuldigten gelten.⁶⁶ Auch einer analogen Anwendung des § 383 Abs. 3 ZPO auf das Strafprozessrecht ist angesichts der unterschiedlichen Prozessgegenstände mit Bedenken zu begegnen. Nach der hier vertretenen Auffassung wird man zwar angesichts der ausdrücklichen Einräumung eines prozessualen Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO wohl kaum von einer Unzulässigkeit der Zeugenvernehmung ausgehen können, steht es dem Zeugen doch im Rahmen seiner Autonomie freigestellt, prozessual auszusagen. Gleichwohl muss der Verstoß des Zeugen gegen materielles Recht im Wege eines Beweisverwertungsverbotes zu einer prozessualen Unverwertbarkeit der Aussage führen, um Widersprüchlichkeiten gerichtlichen Handelns zu vermeiden und den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient nachhaltig gewährleisten zu können.

⁶² Jäger, Vor Gericht muss man selbst wissen, ob man sich strafbar machen will, JA 2018, S. 632 (634).

⁶³ Lenckner, Ärztliches Berufsgeheimnis, in: Göppinger, Arzt und Recht, S. 189.

⁶⁴ Schmidt, Lehrkommentar Teil II, S. 358 Rn. 21.

⁶⁵ Lenckner, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 (326).

⁶⁶ Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, S. 16, Fn. 2.

Dem umfassenden Schutz des Patientengeheimnisses gebührt besondere Aufmerksamkeit, muss doch davon ausgegangen werden, dass der Patient von einer ärztlichen Behandlung gänzlich Abstand nehmen könnte, sofern er sich seiner Geheimnisse nicht hinreichend sicher fühle. Dieser Schutz muss sich insofern sowohl auf materieller, sowie auch auf prozessualer Ebene widerspiegeln, um das Vertrauen innerhalb des Arzt-Patienten-Verhältnisses möglichst weitreichend gewährleisten zu können. Während § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf materiell-rechtlicher Ebene diesem Schutzzweck hinreichend Rechnung zu tragen scheint, so verbleibt doch die prozessuale Ausgestaltung des Berufsgeheimnisschutzes als inkonsistent und unvollständig zurück, was insbesondere innerhalb der Berufsgruppe der Ärzte und Ärztinnen zu eklatanten Unsicherheiten führt. Wenn auf materiell-rechtlicher Ebene eine ärztliche Schweigepflicht postuliert wird, dem auf prozessualer Ebene hingegen lediglich ein Zeugnisverweigerungsrecht beigelegt wird, über welches das Gericht den Arzt nicht einmal belehren muss⁶⁷, so vermag diese Unsicherheit keineswegs zu verwundern. Dieser „rechtliche Irrgarten“ wird gleichsam anhand des obig geführten Streitstandes zur Zulässigkeit der Zeugenvernehmung und prozessualen Verwertbarkeit bei einem Verstoß gegen materielles Recht eindrücklich belegt. Auf der Ebene des prozessualen Rechts muss der Geheimnisschutz de lege ferenda daher notwendige Änderungen erfahren, um dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zufriedenstellend Rechnung tragen zu können. Es gilt insofern eine Konzeption des strafrechtlichen Geheimnisschutzes zu entwickeln, welche die Wechselwirkungen zwischen materiellem und prozessualem Strafrecht hinreichend berücksichtigt und aufeinander abstimmt, sodass Ärzte und Ärztinnen ihr Handeln sicher an den rechtlichen Vorgaben ausrichten können. § 53 StPO ist insofern novellierend um Abs. 3 und 4 zu ergänzen:

(3) Die nach Abs. 1 zum Zeugnis verweigerungsberechtigten Personen sind vor jeder Vernehmung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren.

(4) ¹Eine prozessuale Aussage, durch welche sich der Zeuge nach § 203 StGB strafbar macht, ist unverwertbar. ²Satz 1 gilt nicht, wenn der Betroffene einer prozessualen Verwertung zustimmt.

Die Dringlichkeit ebendieser Novellierung ergibt sich schließlich daraus, dass sich das Arztgeheimnis mit weitgehenden Veränderungen konfrontiert sieht. Bedenkt man bloß die fortschreitende Vernetzung der Kommunikationsvorgänge, so sieht sich der Vertrauensschutz innerhalb des Arzt-Patienten-Verhältnisses vor besondere Herausforderungen gestellt. Das duale Konstrukt zwischen Arzt und Patient ist insofern schon längst nicht mehr zeitgemäß. In Zeiten, in denen sich Ärzte und Ärztinnen mit der Fragmentierung, Technisierung und Anonymisierung der medizinischen Behandlung sowie einer voranschreitenden Vorschriftendichte konfrontiert sehen, muss ihnen zumindest rechtliche Sicherheit zur Seite gestellt werden.

⁶⁷ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 377.

An den Gesetzgeber und Rechtsanwender ist daher die Forderung zu stellen, die bestehenden Wechselwirkungen von materiellem und prozessuellem Recht im Wege einer gesetzlichen Novellierung aufeinander abzustimmen, sodass die Medizin dem Anspruch einer *ars muta* (weiterhin) gerecht werden kann.

Literatur

- Bartsch, U.: Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, München 1971 (Jur. Diss.).
- Baumann, J. und Weber, U. und Mitsch, W. und Eisele, J.: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2016.
- Beling, E.: Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, Breslau 1903.
- Bergmann, K.O. und Pauge, B. und Steinmeyer, H.D. (Hrsg.): Gesamtes Medizinrecht, Baden-Baden 2018.
- Bulke, W. und Swoboda, S.: Strafprozessrecht, Heidelberg 2018.
- Bosch, N.: Die strafprozessuale Regelung von Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht, JURA 2012, S. 33 ff.
- Cohn, K.: Schweigepflicht und Aufklärungspflicht in der Deutschen Demokratischen Republik, in: Kraatz/Szewcyk (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht, S. 53 ff., Jena 1967.
- Dencker, F.: Verwertungsverbote im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten, Köln 1977.
- Eibach, U. und Schäfer, K.: Patientenautonomie und Patientenwünsche, MedR 2001, S. 21 ff.
- Eisenberg, U.: Beweisrecht der StPO, München 2017.
- Fischer, T.: Strafgesetzbuch, München 2019.
- Foth, H.: Zur Schweigepflicht der freien Sozialdienste im Strafprozess, JR 1976, S. 7 ff.
- Frank, R.: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, Tübingen 1931.
- Freund, G.: Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen: ein Beitrag zur Lehre von den Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten, GA 1993, S. 48 ff.
- Frey, E.: Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechtes, in: FS Pfenninger, S. 41 ff., Zürich 1956.
- Goldschmidt, J.: Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925.

- Habscheid, W.: Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht, in: GS Peters, S. 840 ff., Heidelberg 1967.
- Haffke, B.: Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, S. 65 ff.
- Hannich, R. (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, München 2019.
- Heilborn, H.: Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes im künftigen Straf- und Strafprozessrecht, in: Kraatz/Szewczyk (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht, S. 119 ff., Jena 1967.
- Heinrich, B.: Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart 2016.
- Jäger, C.: Vor Gericht muss man selbst wissen, ob man sich strafbar machen will, JA 2018, S. 632 ff.
- Joecks, W. und Miebach, K. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, §§ 185 – 262, München 2017.
- Kientzy, D.: Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, Tübingen 1970 (Jur. Diss.).
- Krey, V. und Heinrich, M.: Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, Stuttgart 2015.
- Kühne, H.H.: Die begrenzte Aussagepflicht des ärztlichen Sachverständigen vor Gericht nach §§ 53 I Nr. 3 StPO, 203 I Nr. 1 StGB, JZ 1981, S. 647 ff.
- Laufs, A. und Katzenmeier, C. und Lipp, V.: Arztrecht, München 2015.
- Laufs, A. und Kern, B.R. (Hrsg.): Handbuch des Arztrechts, München 2010.
- Lenckner, T.: Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 ff.
- Ders.: Ärztliches Berufsgeheimnis, in: Göppinger, Arzt und Recht, S. 159 ff.
- Losert, M.: Der Bruch der Schweigepflicht und seine Rechtfertigung, Tübingen 2012 (Jur. Diss.).
- Meyer-Goßner, L. und Schmidt, B. (Hrsg.): Strafprozessordnung, München 2019.
- Muschallik, T.: Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, Köln 1984 (Jur. Diss.).
- Niese, W.: Doppelfunktionelle Prozesshandlungen: ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre, Göttingen 1950.
- Otto, H.: Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, GA 1970, S. 289 ff.
- Quaas, M. und Zuck, R. und Clemens, T.: Medizinrecht, München 2018.
- Ranft, O.: Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozess, in: FS Spendel, 719 ff., Berlin 1992.
- Ratzel, R. und Luxenburger, B. (Hrsg.): Handbuch Medizinrecht, Heidelberg 2015.

- Rengier, R.: Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2018.
- Ders.: Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafrecht, Paderborn 1979.
- Rilk, O.: Reichsgericht Strafsachen, JW 1937, S. 886 ff.
- Rogall, K.: Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess, JZ 1996, 944 ff.
- Roxin, C.: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, München 2006
- Sauter, F.: Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 R.St.G.B.), Breslau 1910.
- Schmidt, E.: Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses, München 1951.
- Ders.: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, Göttingen 1957.
- Ders.: Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939
- Solbach, G.: Kann der Arzt von seiner Schweigepflicht entbunden werden, wenn sein Patient verstorben oder willensunfähig ist?, DRiZ 1978, S. 204 ff.
- Terbille, M. und Clausen, T. und Schroeder-Printzen, J. (Hrsg.): Münchener Anwalts Handbuch, Medizinrecht, München 2013.
- Theuner, K.: Die ärztliche Schweigepflicht im Strafrecht: Eine Untersuchung der Interpendenzen zwischen materiellem und formellem Geheimnisschutzstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung seiner Bezüge zu Standesethik und Standesrecht, Frankfurt am Main 2009 (Jur. Diss.).
- Timm, M.: Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, Köln 1988.
- Tölle-Kastenbein, R.: Das Genfer Arztgelöbniß und der hippokratische Eid, Bochum 1978.
- Welp, J.: Die Geheimnissphäre des Verteidigers in ihren strafprozessualen Funktionen, in FS Gallas, S. 391 ff., Berlin 1973.
- Welzel, H.: Das deutsche Strafrecht, Berlin 1969.
- Wichmann, H.: Das Berufsgeheimnis als Grenze des Zeugenbeweises, Göttingen 2000.
- Wolff, H.: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, Breslau 1908.
- Wolter, J. (Hrsg.): Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Mit GVG und EMRK, Band I, §§ 1–93 StPO, Köln 2018.

Zur Arzthaftung bei alternativmedizinischen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden

Maren Haarde

1 Einleitung

„Die Homöopathie wirkt nicht über den Placeboeffekt hinaus.“ Diese Aussage führte dazu, dass das Unternehmen *Hevert* eine Ärztin zur Unterlassung dieser Aussage aufforderte.¹ Spätestens seitdem mehrt sich die Kritik an Homöopathie, die eine von vielen alternativmedizinischen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden ist.² Daneben gibt es u.a. Phytotherapie, Anthroposophische Medizin, Ozontherapie, Traditionelle Chinesische Medizin (TCM).

Alternativmedizinische Methoden haben den Ruf, besonders schonend und nebenwirkungsarm zu sein. Umso schockierender war, als Mitte 2016 infolge einer alternativmedizinischen Infusion drei an Krebs erkrankte Menschen verstarben.³ Diese Fälle haben Kritik an dem Berufsstand der Heilpraktiker, den bekanntesten Anwendern von alternativmedizinischen Heilverfahren, ausgelöst.⁴ Auch viele

¹ <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/natalie-grams-homoeopathie-hevert-unterlassungserklaerung-1.4469545> (Aufgerufen am: 15.08.2020).

² <https://www.kbv.de/html/24232.php> (Aufgerufen am: 15.08.2020); bvmd, Positionspapier Homöopathie, 16.05.2020; <https://www.aerztezeitung.de/Nachrichten/Neue-Weiterbildungsordnung-ohne-Zusatzbezeichnung-Homoeopathie-401506.html> (Aufgerufen am 15.08.2020); <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Kammer-streicht-Homoeopathie-aus-Weiterbildungsordnung-404603.html> (Aufgerufen am 15.08.2020).

³ *LG Krefeld*, MedR 2020, 290.

⁴ *Boscheinen*, MedR 2020, 291.

Ärzte⁵ bieten alternativmedizinische Verfahren an und können in einigen Bundesländern eine Weiterbildung in z. B. Akupunktur oder Homöopathie absolvieren.⁶ Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, inwiefern ein Arzt mit oder ohne Zusatzbezeichnung haften würde, wenn dieser grundsätzlich alternativmedizinische Methoden an Patienten durchführt.

2 Grundlegendes zur Alternativmedizin

Eine allgemeingültige Definition der Alternativmedizin ist nicht bekannt.⁷ Stattdessen wird sie üblicherweise negativ definiert, indem sie von der Schulmedizin und von anderen Konzepten abgegrenzt wird.⁸ Dies soll dem dynamischen Inhalt von Schul- und Alternativmedizin gerecht werden.⁹

Die Schulmedizin beruht auf einer empirisch-naturwissenschaftlichen Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, welche Nachweise ihrer Wirksamkeit vorweisen kann.¹⁰ Auf diese Art von Wirksamkeitsnachweisen wird gegensätzlich dazu bei alternativer Medizin häufig verzichtet, was mit einem ganzheitlichen Ansatz begründet wird; daher seien auch ärztliche Erfahrungswerte und eine Anwendungstradition zu berücksichtigen.¹¹ So fallen unter alternative Medizin solche Verfahren, die bekannt, aber noch nicht wissenschaftlich bewiesen sind oder bei denen ein Beweisversuch der Wirksamkeit zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt hat.¹²

Allerdings sind nicht alle Methoden, welche keinen Wirksamkeitsnachweis vorzeigen können, alternativmedizinische. So gibt es neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (NUB) bzw. Neulandmethoden, medizinische Experimente und Heilversuche. Dabei sind Schulmedizin und Alternativmedizin Oberbegriffe, unter denen jeweils Experimente, Heilversuche und Heilbehandlungen denkbar sind.¹³ Juristisch lassen sich viele Grundsätze zu NUB und Experimenten auch auf die Alternativmedizin übertragen. Darüber hinaus muss die Alternativmedizin von der Wunderheilung abgegrenzt werden. Dies sind übernatürliche Heilungsmethoden,

⁵ Es wird für die Parteien das männliche Genus verwendet; dies entspricht der Sprache des BGB.

⁶ BÄK MWBO 2018, S. 299, 330; *Marstedt/Moebus*, RKI S. 7.

⁷ *Teichfischer/Münstedt*, CAM, S. 17. Der Begriff der Alternativmedizin ist nicht gleichzusetzen mit den gesetzlich anerkannten besonderen Therapierichtungen; Alternativmedizin ist weiter gefasst (siehe mwA: *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 18 f.).

⁸ *Jung*, ZStW 97 (1985), 47 (49); *Spindler*, BeckOGK § 823 Rn. 1011; *Schumacher*, Alternativmedizin S. 8 ff.; *Vogeler*, MedR 2008, 697 (702); *Teichfischer/Münstedt*, CAM, S. 17. Diese Herangehensweise wird von *Zuck* kritisiert (*Zuck*, MedR 2017, 118; *Zuck*, NZS 1999, 313 (318) Fn. 2). Eine passende positive Definition ist allerdings noch nicht gefunden, weswegen die negative Annäherung an den Begriff durchaus geboten bleibt.

⁹ *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 17.

¹⁰ BÄK, DÄBl. 2010, A-1417; *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 14. Dies ist umstritten, genaueres hierzu siehe *Tamm*, Außenseitermethoden, S. 30 ff.

¹¹ *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 16.

¹² *Schmidt-Rögnitz*, Behandlungs- und Heilmethoden, S. 47 f.; *Müller/Raschke*, NJW 2013, 428 (429).

¹³ Mehr hierzu *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 22 ff.

also Methoden, die „noch ‚alternativer‘ als die ohnehin schon als ‚alternativ‘ geltenden“ Heilpraktikermethoden sind.¹⁴

Neben dem Begriff Alternativmedizin werden häufig auch die Begriffe der Außenseitermethoden und der CAM (Complementary and Alternative Medicine) verwendet.¹⁵ Nur letzterer Begriff umfasst vom Wortlaut die Verfahren, welche zusätzlich neben einer schulmedizinischen Behandlung angewendet werden, der Begriff Alternativmedizin ist allerdings als Oberbegriff zu verstehen und umfasst auch komplementärmedizinische Verfahren.¹⁶

3 Grundsätze der Arzthaftung

Dem Arzt-Patienten-Verhältnis liegt regelmäßig ein Behandlungsvertrag zugrunde. Der Arzt haftet nach den allgemeinen Grundsätzen aus dem Schuldverhältnis. Neben vertraglichen Ansprüchen können deliktische Ansprüche gegen einen Arzt entstehen.¹⁷ Die Problemstellungen sind wegen identischer Sorgfaltspflichten regelmäßig deckungsgleich.¹⁸ Die Grunderfordernisse jeglichen ärztlichen Handelns sind Indikation, Einwilligung und eine kunstgerechte Durchführung (*lege artis*).¹⁹

Aufgrund seines Selbstbestimmungsrechts kann der Patient bestimmen, ob und in welchem Umfang er einem ärztlichen Heileingriff zustimmt.²⁰ Bei Anwendung einer Therapie ist die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts wesentlicher Teil des ärztlichen Aufgabenbereichs.²¹ Der Patient ist Subjekt, nicht Objekt der Behandlung.²²

Auf Seite des Arztes liegt der durch Art. 12 GG garantierte Grundsatz der Therapiefreiheit.²³ Dieser umfasst die Entscheidungsfreiheit, ob eine Therapie stattfinden soll, das Verbot, einen Arzt zu einer Behandlungsmethode gegen sein Gewissen zu zwingen und die Kompetenz, die Methode auszuwählen.²⁴ Dieser Entscheidungsspielraum des Arztes ist notwendig, um dem Einzelschicksal gerecht zu

¹⁴ *BVerfG* MedR 2005, 35.

¹⁵ *Vogeler*, MedR 2008, 697 (701); *Teichfischer/Münstedt*, CAM, S. 17. In der Rechtswissenschaft häufig „Außenseitermethoden/verfahren“. Hiervon soll abgesehen werden, vgl. *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 21 f.

¹⁶ *Schumacher*, MedR 2019, 786; *Teichfischer/Münstedt*, CAM, S. 17.

¹⁷ BT-Drs. 17/10488 S. 17; *Greiner*, Spickhoff §§ 823–839 Rn. 1; *J. Prütting/Merrem*, Prütting MedR, Vor. § 630a–h Rn.3.

¹⁸ *BGH* NJW 1989, 767 m. Anm. Deutsch; *Kern/Rebborn*, Laufs/Kern/Rehborn, § 102, Rn. 8; *Vogeler*, MedR 2008, 697; *Greiner*, Spickhoff, BGB § 823–839 Rn. 1.

¹⁹ *Kern*, Laufs/Kern/Rehborn, § 6 Rn. 2.

²⁰ *BVerfG* NJW 1979, 1925 (1930); *Zuck*, NJW 1991, 2933; *BGH* NJW 1988, 763, 764.

²¹ *BVerfG* NJW 1979, 1925 (1930).

²² *Kern/Rebborn*, Laufs/Kern/Rehborn, § 92 Rn. 36.

²³ *BGH* MedR 1992, 214 ff.; *Laufs*, ZaeFQ 1997, 586 ff.; *Zuck*, NJW 1991, 2933.

²⁴ *Laufs*, ZaeFQ 1997, 586; *Zuck*, NJW 1991, 2933.

werden und um den medizinischen Fortschritt zu ermöglichen.²⁵ Zudem soll verhindert werden, dass der medizinische Methodenstreit durch die Judikative anstatt durch medizinwissenschaftlichen Diskurs entschieden wird.²⁶ Die Therapiefreiheit gilt regelmäßig primär als Sache des Arztes, welche dem selbstbestimmten Wohl des Patienten zugutekommt und dessen Rechtsgüter schützen soll.²⁷

4 Haftung wegen Behandlungsfehlern

Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die alternativmedizinische Behandlung für einen Arzt möglich ist. Behandlungsfehler ist die „Abweichung von dem haftungsrechtlich maßgeblichen Standard“ und kann in einem Tun oder Unterlassen des Arztes liegen.²⁸

4.1 Der medizinische Standard

§ 630a Abs. 2 BGB setzt als spezifischen Sorgfaltsmaßstab den Standard für die Behandlung fest.²⁹ Es kann für ein Krankheitsbild mehrere, eine oder keine Standardmethoden geben.³⁰ Der medizinische Standard bedarf einer Kombination aus wissenschaftlicher Erkenntnis, ärztlicher Erfahrung und professioneller Akzeptanz.³¹ Hierbei wird zunehmend die Evidenzbasierte Medizin herangezogen, welche Methoden den Vorzug gibt, die z.B. durch randomisierte kontrollierte Studien eine Wirksamkeit zeigen.³²

Der Standard kann in Basisstandard und dynamischer Standard untergliedert werden, wobei unter den Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB nur der Basisstandard fällt.³³ Alternativmedizinische Methoden fallen nicht unter den Basisstandard,

²⁵ *Laufs*, ZaeFQ 1997, 586 f.; *Müller/Raschke*, NJW 2013, 428 (429). Die Therapiefreiheit als „Motor des medizinischen Fortschritts“ (*Schumacher*, Alternativmedizin, S. 66).

²⁶ *Kern*, Laufs/Kern/Rehborn, § 3 Rn. 25; *Müller/Raschke*, NJW 2013, 428 (429).

²⁷ *BGH NJW* 1988, 763; *BGH NJW* 2006, 2477 (2478); *BGH NJW* 2020, 1358 (1359). Andere Ansicht *Hager*, JA 2020, 389 (390): Der Arzt sei nie allein für die Therapiewahl zuständig. Aber auch nach Aufklärung ist der Arzt dem Patienten bzgl. der med. Fachkenntnis überlegen. Die Therapiefreiheit gilt als „fremdnütziges“ Recht, welches die Rechtsgüter des Patienten schützt. (siehe auch: *BT-Drs.* 17/10488 S. 1; *Kern*, Laufs/Kern/Rehborn, § 3, Rn. 23).

²⁸ *BGH NJW* 2003, 2311 (2313); *Kern/Rehborn*, Laufs/Kern/Rehborn, § 96 Rn. 17; *Vogeler*, MedR 2008, 697 (702); *Katzenmeier*, Laufs/Katzenmeier/Lipp, X Rn. 3.

²⁹ *U. Walter*, BeckOGK, BGB § 630a, Rn. 72. Früher wurde an die Sorgfaltspflicht des Arztes das Merkmal des „Standes der Wissenschaft“ geknüpft, welches mittlerweile durch den Begriff des Standards verdrängt wurde und letztlich vom Gesetzgeber in § 630a Abs. 2 BGB übernommen wurde (*Deutsch*, Anm. zu *BGH NJW* 1987, 1479 (1480 f.); *Hart*, MedR 2015, 1 (4)).

³⁰ *Spickhoff*, MedR 2015, 845 (848 f.); *Kern/Rehborn*, Laufs/Kern/Rehborn, § 96 Rn. 5; *Carstensen*, DÄBl. A-2431 (A-2433).

³¹ *Carstensen*, DÄBl. A-2431 (A-2432); *Vogeler*, MedR 2008, 697 (700); *Katzenmeier*, Laufs/Katzenmeier/Lipp X. Rn. 7.

³² *Hart*, MedR 2000, 1; *Schumacher*, MedR 2019, 786 (788).

³³ *Carstensen*, DÄBl. A-2431 (A-2433); *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 68.

können aber aufgrund der individuellen Ermittlung des Standards im konkreten Einzelfall einen Standard darstellen. Zudem gibt es innerhalb alternativmedizinischer Methoden eine „Binnenanerkennung“, welche gewisse „Standards“ festsetzt.³⁴ Diese Binnenstandards sind bei der Behandlung einzuhalten.³⁵

4.2 Freiheit der Methodenwahl

Aufgrund seiner Therapiefreiheit hat der Arzt einen Ermessens- und Beurteilungsspielraum bei der Methodenwahl. Hierbei hat er Sorgfaltspflichten zu beachten.³⁶ Der Arzt muss eine sachgerechte Therapie aufgrund umfassend erhobener Befunde und sorgfältiger Diagnosestellung auswählen.

Im Rahmen der Methodenwahlfreiheit muss zwischen alternativmedizinischen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden unterschieden werden. Schon bei der Befunderhebung könnte der Arzt Alternativmedizin anwenden. Aufgrund des Erfordernisses einer sorgfältigen Befunderhebung und Diagnosestellung könnte er hierbei an die Schulmedizin gebunden sein.³⁷ Dagegen steht, dass auch schulmedizinischen Untersuchungen lediglich medizinische Wertungen und damit widerlegbare Meinungsäußerungen sind.³⁸ Es muss eine Nutzen-Risiko-Abwägung erfolgen, wobei sich je nach Schwere der Erkrankung die Intensität der Untersuchung bemisst.³⁹ Daher ist angezeigt, zumindest auch eine schulmedizinische Untersuchung vom Arzt zu verlangen. Unterlässt er es, rechtzeitig den gebotenen Befund zu erheben, kann ihm ein Behandlungsfehler vorgeworfen werden.⁴⁰

Die Wahl einer alternativmedizinischen Behandlungsmethode ist zunächst grundsätzlich von der Methodenwahlfreiheit gedeckt und stellt nicht automatisch einen Behandlungsfehler dar.⁴¹ Der Arzt muss aber von dem Wert der alternativmedizinischen Methode überzeugt sein.⁴²

Die Methodenwahl ist fehlerhaft, wenn ein anderes Verfahren allgemein anerkannt überlegen ist.⁴³ Die Wahl muss eine vertretbare Entscheidung im konkreten Fall darstellen.⁴⁴ Hierbei gilt: „Je schwerer oder radikaler ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten ist, desto höher sind die Anforderungen an die

³⁴ Zuck, Anthroposophische Medizin, Rn. 215; Schumacher, Alternativmedizin, S. 71.

³⁵ Schumacher, Alternativmedizin, S. 71.

³⁶ Kern/Rehborn, Laufs/Kern/Rehborn, § 96 Rn. 46, Rn. 48.

³⁷ Müller/Raschke, NJW 2013, 428 (430); Deutsch, VersR 1998, 261 (262).

³⁸ BGH NJW 1989, 2941.

³⁹ Müller/Raschke, NJW 2013, 428 (430); Schumacher, Alternativmedizin, S. 80.

⁴⁰ BGH NJW 2008, 1381 (1382).

⁴¹ BGH NJW 2017, 2685; BGH NJW 2020, 1358.

⁴² Becker, MedR 2014, 475 (479); Müller/Raschke, NJW 2013, 428 (430).

⁴³ Kern/Rehborn, Laufs/Kern/Rehborn, § 96 Rn. 49; Katzenmeier, Laufs/Katzenmeier/Lipp, X. Rn. 101.

⁴⁴ BGH NJW 1987, 2291; Katzenmeier, Laufs/Katzenmeier/Lipp, X. Rn. 101; Vogeler, MedR 2008, 697 (700).

medizinische Vertretbarkeit der gewählten Behandlungsmethode.⁴⁵ Bei Unvertretbarkeit einer Methode liegt ein Behandlungsfehler vor. Unvertretbar ist eine Methode u.a. dann, wenn sie für höhere Belastungen und Risiken für den Patienten keine sachliche Rechtfertigungsgründe in den Besonderheiten des konkreten Falls bzw. einer verbesserten Heilungsprognose finden kann.⁴⁶ Aufgrund seiner Sorgfaltspflichten kann der Arzt nur solche Methoden wählen, die indiziert sind und bei Abwägung der Behandlungsalternativen nach seiner Auffassung am besten geeignet sind.

Indizierte Behandlung

Indiziert ist eine Behandlungsmethode jedenfalls dann, wenn der ärztliche Heilauftrag die vorgesehene Maßnahme umfasst und gebietet.⁴⁷ Auch alternativmedizinische Behandlungen haben regelmäßig die Heilung oder Linderung von Beschwerden zum Ziel. Die Methode darf nicht kontraindiziert, d.h. nicht offensichtlich unwirksam, sein.⁴⁸

Es müssen demnach Anhaltspunkte für die Wirksamkeit der gewählten Methode vorliegen.⁴⁹ Das Fehlen wissenschaftlicher Auswertungen mit statistischer Aussagekraft über die Wirksamkeit einer Behandlung führt nach allgemeiner Ansicht nicht grundsätzlich zu einer Haftung des Arztes.⁵⁰ Die Behandlung darf aber nicht erkennbar ohne Nutzen oder absurd sein.⁵¹ Erforderlich ist eine auf Anhaltspunkte gestützte Wirksamkeitsprognose, nicht aber auf eine sichere Wirksamkeit im Einzelfall.⁵² Der Behandler muss eine Nutzenprognose aufstellen, welche auf wissenschaftlichen Erfahrungsberichten, Studien oder Anwendungsergebnissen beruht, wobei diese nicht an die Schulmedizin gebunden sein müssen.⁵³

Ein solcher Nutzen könnte auch ein Placeboeffekt sein.⁵⁴ Nicht jede Therapie, welche einen Placeboeffekt hervorruft, kann ausgeschlossen sein. Fraglich ist, wie es um solche Verfahren steht, die ausschließlich durch den Placeboeffekt wirken.

⁴⁵ BGH NJW 2017, 2685.

⁴⁶ Greiner, Spickhoff § 823–839 Rn. 37.

⁴⁷ Laufs, Laufs/Katzenmeier/Lipp, I. Rn. 29; Kern, Laufs/Kern/Rehborn § 6 Rn. 1.

⁴⁸ OLG München, VersR 1991, 471; OLG Stuttgart, VersR 1999, 1027; Becker, MedR 2014, 475 (479); Tamm, Außenseitermethoden, S. 160; Müller/Raschke, NJW 2013, 428 (430).

⁴⁹ Dies ist Ausfluss der Schutzpflichten des Behandelnden zugunsten des Patienten, welche auch nicht durch das Selbstbestimmungsrecht disponibel sind (siehe: Laufs, Laufs/Katzenmeier/Lipp, I. Rn. 29; Franz, Naturheilmittel, S. 268 ff.; Schumacher, Alternativmedizin, S. 89).

⁵⁰ BGH NJW 2007, 2774; Müller/Raschke, NJW 2013, 428 (430); Schumacher, Alternativmedizin, S. 90.

⁵¹ Deutsch, VersR 1977, 101 (102); Franz, Naturheilmittel, S. 325 f.; Becker, MedR 2014, 475 (476).

⁵² Dumbs/Dumbs, ZVersWiss, 2017, 227; Schumacher, Alternativmedizin, S. 91 f. Würde ein statistischer Wirksamkeitsnachweis gefordert werden, würde das dem Patienten die Möglichkeit nehmen, jede denkbare Maßnahme zu ergreifen und damit unverhältnismäßig in dessen Selbstbestimmungsrecht eingreifen. Allerdings kann nicht jede nicht sicher nachgewiesene Unwirksamkeit grundsätzlich eine geeignete Methode bedeuten – Wirksamkeit und Unwirksamkeit lassen sich nahezu unmöglich vollkommen sicher nachweisen.

⁵³ Schumacher, Alternativmedizin, S. 93.

⁵⁴ Jütte/Hoppe/Scriba, BÄK Placebo, S. 6; S. 186.

Der Alternativmedizin wird Letzteres häufig vorgeworfen. Teilweise wird vertreten, dass Therapien, deren nachgewiesene Wirksamkeit nicht über den Placeboeffekt hinausgeht, nicht als wirksame Heilverfahren gelten können.⁵⁵ Dagegen spricht, dass der Placeboeffekt den Patienten auch psychisch unterstützt.⁵⁶ Im Gegensatz zur Placebogabe geht der Behandelnde bei Anwendung nicht-evidenzbasierter Verfahren regelmäßig von einer spezifischen Wirksamkeit aus; daher erscheint es nicht sinnvoll, die Verfahren gleichzusetzen.⁵⁷

Abwägung von Behandlungsalternativen

Bei der Wahl einer nicht allgemein anerkannten Methode verlangt der *BGH* eine „sorgfältige und gewissenhafte Abwägung von Vor- und Nachteilen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und des Wohls des konkreten Patienten.“⁵⁸ Der Arzt muss also alternativmedizinische mit herkömmlichen Methoden vergleichen und abwägen, welche Methode im konkreten Fall anzuwenden ist.⁵⁹ Hierbei besteht wohl keine Pflicht zur Berücksichtigung von Alternativmedizin von „Schulmedizinern“; von Ärzten mit alternativmedizinischer Weiterbildung schon.⁶⁰ Bei der Wahl von Alternativmedizin wird von dem Arzt eine besondere Sorgfalt bei der Abwägung verlangt, die strenger wird, je gesicherter die Erkenntnisse der Schulmedizin sind.⁶¹ Er darf die nicht allgemein anerkannte Methode nur dann anwenden, „wenn eine verantwortliche medizinische Abwägung (...) mit der standardgemäßen Behandlung unter Berücksichtigung des Wohls des Patienten die Anwendung dieser Methode rechtfertigt.“⁶²

Der Arzt muss nicht die risikoärmste oder wirksamste Methode wählen; solange ein sachlicher Grund für das Abweichen vorliegt.⁶³ Er muss die in dem konkreten Fall am „besten“ passende Methode wählen.⁶⁴ Wäre eine Wahl lediglich der anerkanntesten und risikoärmsten Methode möglich, würde der medizinische Fortschritt ausbleiben. Eine Abweichung muss daher möglich, und kann sogar verpflichtend sein, wenn der Arzt nach gewissenhafter Prüfung überzeugt ist, einer

⁵⁵ *Becker*, RW 2013, 123 (163). Diese müssten dann in den strengen Voraussetzungen einer Placebotherapie stattfinden.

⁵⁶ *Müller/Raschke*, NJW 2013, 428 (431).

⁵⁷ *Jütte/Hoppe/Scriba*, BÄK Placebo, S. 12. Zudem konnte auch schulmedizinisch bis jetzt nicht eindeutig gezeigt werden, dass homöopathische Mittel tatsächlich nur aufgrund von Placeboeffekten wirken.

⁵⁸ *BGH* NJW 2017, 2685.

⁵⁹ *BGH* NJW 1982, 2121; *Laufs*, ZaeFQ 1997, 586 (587); *Kern/Rehborn*, Laufs/Kern/Rehborn, § 96 Rn. 48; *Müller/Raschke*, NJW 2013, 428 (430).

⁶⁰ *Schneider*, Neue Behandlungsmethoden, S. 129; *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 67.

⁶¹ *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 96.

⁶² *BGH* NJW 2020, 1358.

⁶³ *BGH* NJW 2020, 1358 (1359 f.); *BGH* NJW 2007, 2767 (2768); *BGH* NJW 2007, 2774; *Greiner*, Spickhoff BGB §§ 823–839 Rn. 37; *Katzenmeier*, NJW 2006, 2738 (2739); *Müller/Raschke*, NJW 2013, 428 (430); *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 96.

⁶⁴ *OLG Hamburg* VersR 1989, 147; *Kern/Rehborn*, Laufs/Kern/Rehborn, § 96 Rn. 6, 49.

anderen Methode folgen zu müssen.⁶⁵ Ein sachlicher Grund für höhere Belastungen und Risiken liegt z.B. in einer günstigeren Heilungsprognose.⁶⁶ Die Begründung muss aufwändiger sein, je erfolgsversprechender Standardtherapien sind; dagegen sind bei wenig erfolgsversprechenden schulmedizinischen Methoden alternativmedizinische eher zulässig.⁶⁷

Die unterste Grenze der Vertretbarkeit zur Anwendung von Alternativmedizin wird gezogen, wenn das gewählte Verfahren offensichtlich untauglich ist, einen Heilerfolg herbeizuführen, selbst wenn keine herkömmliche erfolgsversprechende Methode vorhanden ist.⁶⁸

Wünscht der Patient eine alternativmedizinische Behandlung, muss der Arzt zwar auf die notwendige Standardmethode hinweisen, er kann wohl dennoch die alternativmedizinische Methode durchführen, ohne fehlerhaft zu handeln.⁶⁹ Zudem kann Alternativmedizin komplementär zu schulmedizinische Methoden herangezogen werden, wenn diese den Behandlungserfolg nicht gefährdet.⁷⁰

Grenze der tatsächlichen Unmöglichkeit

Becker schlägt vor, den Fall einer offensichtlich unwirksamen Methode vertragsrechtlich durch die Figur der anfänglichen Unmöglichkeit zu lösen.⁷¹ Er zieht hier den „Kartenlesefall“ heran, bei dem der BGH erstmalig zur wissenschaftlichen Möglichkeit und Unmöglichkeit urteilte.⁷² Grundsätzlich ist das Unmöglichkeitsrecht auch beim Behandlungsvertrag anwendbar.⁷³ Allerdings kann aufgrund des Grundsatzes der staatlichen Neutralität nicht jede alternativmedizinische Methode von vornherein als erfolgsungeeignet abgetan werden. Diese Erwägungen scheinen eher auf den Fall der Wunderheilung zu passen.

4.3 Behandlungsfehler bei der Therapiedurchführung

Der Sorgfaltsmaßstab bei der Therapiedurchführung stellt einen festgelegten rechtlich prüfbaren Rahmen dar und gewährt dem Arzt keinen Spielraum.⁷⁴ Grundsätzlich muss der Arzt den Facharzt-Standard einhalten. Bei alternativmedizinischen Methoden gilt der „therapieinterne Standard“ und der „Sorgfaltsmaßstab eines

⁶⁵ Kern/Rehborn, Laufs/Kern/Rehborn, § 96 Rn. 49.

⁶⁶ BGH NJW 2007, 2774; BGH NJW 2020, 1358 (1359).

⁶⁷ Spindler, BeckOGK BGB § 823, Rn. 1012; Schumacher, Alternativmedizin, S. 97.

⁶⁸ Spindler, BeckOGK BGB, § 823 Rn. 1012; Schumacher, Alternativmedizin, S. 97.

⁶⁹ OLG Naumburg, MedR 2009, 292 (293); Schumacher, Alternativmedizin, S. 97.

⁷⁰ Schumacher, Alternativmedizin, S. 98.

⁷¹ Becker, MedR 2014, 475 ff.

⁷² Becker, RW 2013, 123 f.

⁷³ Becker, MedR 2014, 475.

⁷⁴ Siebert, MedR 1983, 216 (218); Müller/Raschke, NJW 2013, 428 (431); Vogeler, MedR 2008, 697 (702).

vorsichtigen Arztes“ ist einzuhalten.⁷⁵ Hierzu gehört, dass der Arzt im Verlauf der Behandlung ständig prüft, ob die Anwendung der Methode weiterhin vertretbar ist.⁷⁶ Behandelt der Arzt mit einer alternativmedizinischen Methode weiter, obwohl Verbesserungen ausbleiben, handelt er fehlerhaft.⁷⁷ Um dies zu vermeiden, muss der Arzt die Behandlung abbrechen und auf eine geeignete Standardbehandlung umsteigen; selbst wenn keine andere Behandlungsmöglichkeit existiert, hat der Arzt eine Pflicht zum Abbruch der Behandlung, da er sonst ohne Indikation handeln würde.⁷⁸ Zudem kann dem Arzt auch eine Pflicht zur Weiterüberweisung obliegen.⁷⁹

4.4 Vereinbarung nach § 630a Abs. 2 Hs. 2 BGB

Durch § 630a Abs. 2 Hs. 2 BGB sind Standardabweichungen durch Parteiabsprache möglich.⁸⁰ Die Parteien können somit die Anwendung alternativer Medizin vereinbaren.⁸¹ Die grundsätzlich formfreie Vereinbarung ist von der Einwilligung zu trennen.⁸² Ohne wirksame Vereinbarung muss die Behandlung nach dem anerkannten Standard erfolgen; die Wahl einer alternativmedizinischen Methode würde zu einem Behandlungsfehler führen.⁸³ Entgegen des Wortlauts von § 630a Abs. 2 BGB bedarf nicht jede Abweichung einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung; die Norm muss in solchen Fällen teleologisch reduziert werden, wenn der Patient nach dem Standard austherapiert ist, eine Standardtherapie nicht existiert oder ein Arzt mit alternativmedizinischer Zusatzweiterbildung agiert.⁸⁴ Eine untere Grenze muss bei § 138 BGB gezogen werden.⁸⁵ Der Arzt kann nicht beliebig durch vertragliche Vereinbarung von seinen Sorgfaltspflichten befreit werden.⁸⁶

⁷⁵ BGH NJW 2007, 2774; *Vogeler*, MedR 2008, 697 (702); *Schumacher*, Alternativmedizin S. 99 f; *Schumacher*, MedR, 2019, 786 (790).

⁷⁶ BGH NJW 2007, 2767 (2769); BGH NJW, 2007, 2774; *Vogeler*, MedR 2008, 697 (702); *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 100 f.

⁷⁷ *Müller/Raschke*, NJW 2013, 428 (431).

⁷⁸ *Müller/Raschke*, NJW 2013, 428 (431); *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 102.

⁷⁹ *Tamm*, Außenseitermethoden, S. 161; *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 103.

⁸⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 20; *Katzenmeier*, MedR 2012, 576 (579).

⁸¹ *Katzenmeier*, BeckOK BGB § 630a Rn. 190; *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (269).

⁸² *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (272); *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 104.

⁸³ *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 105.

⁸⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 20; *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 107 f.

⁸⁵ BGH NJW, 2017, 2685.

⁸⁶ *Greiner*, Spickhoff, BGB §§ 823–839 Rn. 374, *Laufs*, Laufs/Katzenmeier/Lipp, I. Rn. 29; *Franz*, Naturheilmittel, S. 280; *Schumacher*, Alternativmedizin, S. 85.

5 Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung

Der Arzt hat im Rahmen seiner Aufklärungspflicht nach § 630 e BGB auf Alternativen zu der von ihm favorisierten Behandlungsmaßnahme hinzuweisen, wenn andere und gleichfalls indizierte, medizinisch anerkannte Heil- und Diagnosemethoden zu unterschiedlichen, individuellen Belastungen, Risikoeinschätzungen oder Heilungschancen führen.⁸⁷ Möchte er vom Standard abweichen, muss er auf schulmedizinische Alternativen hinweisen und darauf, dass die gewählte Methode den Standard verlässt und dessen Wirksamkeit nicht abgesichert ist.⁸⁸ Zudem muss er darlegen, aus welchen Gründen er von der Standardbehandlung abweichen will.⁸⁹ Je umstrittener und risikoreicher eine Methode ist, umso höhere Anforderungen sind an die Aufklärungspflicht zu stellen.⁹⁰ Eine Pflicht des Arztes über alternativmedizinische Behandlungsalternativen aufzuklären, besteht dagegen oft nicht.⁹¹

6 Stellungnahme

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Begründung der Therapiefreiheit fällt es schwer, alternativmedizinische Methoden von vornherein als fehlerhaft zu verurteilen. Es muss grundsätzlich möglich sein, alle in Betracht kommenden Chancen zur Heilung oder Linderung einer Erkrankung zu ergreifen. Erst die unvoreingenommene Beschäftigung mit allen Methoden, ermöglicht den wissenschaftlichen Fortschritt. Der Methodenstreit soll nicht vom Staat, sondern vom medizinwissenschaftlichen Diskurs vorangetrieben werden. Allerdings kann die Anerkennung von jeglichen wirkungslosen Behandlungen als therapeutisch sinnvoll auch schädlich für den medizinischen Fortschritt sein;⁹² auch die Feststellung der Unwirksamkeit einer Methode kann schließlich das Ergebnis von Forschung sein. Es muss eine Grenze geben, wann eine Methode als „allgemein anerkannt unvertretbar“ nicht mehr anwendbar ist.

Gegen die Homöopathie sprechen sich zwar immer mehr medizinwissenschaftliche Stimmen aus. Dennoch findet sich die Zusatzweiterbildung Homöopathie noch immer in der Muster-Weiterbildungsordnung des Bundes und wird von vielen Ärzten angewendet; es kann daher noch nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Punkt hier erreicht ist. Dies wird weiter zu verfolgen sein.

⁸⁷ Kern, Laufs/Kern/Rehborn, § 63 Rn. 1; BGH NJW 1988, 763 (764); Katzenmeier, Laufs/Katzenmeier/Lipp, X. Rn. 99.

⁸⁸ BGH NJW 2020, 1358 (1360); BGH NJW 2007, 2774 (2775); BGH NJW 1982, 2121; Katzenmeier, Laufs/Katzenmeier/Lipp, X. Rn. 100; Schumacher, Alternativmedizin, S. 114, 119 ff.

⁸⁹ Katzenmeier, Laufs/Katzenmeier/Lipp, X. Rn. 100.

⁹⁰ Laufs, ZaeFQ 1997, 586 (587); Siebert, MedR 1983, 216 (220); Katzenmeier, Laufs/Katzenmeier/Lipp, X. Rn. 100, V. Rn. 30; Schumacher, Alternativmedizin, S. 115.

⁹¹ Hierzu: Schumacher, Alternativmedizin, S. 123 ff.; Schneider, Neue Behandlungsmethoden, S. 129. Anders möglicherweise bei Arzt mit alternativmedizinischer Zusatzbezeichnung.

⁹² So Becker, MedR 2014, 475 (482).

Die Therapiefreiheit des Arztes und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten begründen, dass eine Einschränkung nur unter engen Voraussetzungen legitimiert werden kann. Der Arzt haftet daher regelmäßig nicht für die Anwendung der alternativmedizinischen Methode, sondern für Verletzungen seiner Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten oder für die Nichtanwendung bzw. nicht rechtzeitige Anwendung einer schulmedizinische Behandlungsalternative.

Literatur

- Becker, M.: Unmöglichkeit im Medizinrecht. Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung, 2013, S. 123 ff.
- Becker, M.: Erfolgsgeeignetheit in der vertraglichen Arzthaftung – Zugleich ein Beitrag zur Grenze der Therapiefreiheit. Medizinrecht, 2014, S. 475 ff.
- Boscheinen, J.: Anmerkung zu LG Krefeld, Urt. v. 14.7.2019 – 22 KLS 14/18. Medizinrecht, 2020, S. 291 f.
- Carstensen, G.: Vom Heilversuch zum medizinischen Standard. Deutsches Ärzteblatt, 1989, Heft 36, S. A-2431 ff.
- Deutsch, E.: Ressourcenbeschränkung und Haftungsmaßstab im Medizinrecht. Versicherungsrecht, 1998, S. 261 ff.
- Deutsch, E.: Typen des Arztverschuldens. Versicherungsrecht, 1977, S. 101 ff.
- Dumbs, A. und Dumbs, M.: Arzthaftung auf der Grundlage von Statistiken. Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 2017, S. 227 ff.
- Franz, K.: Naturheilmittel und Recht, Diss. Jur., 1990, Universität Göttingen. Arzt- Krankenhaus- und Gesundheitsrecht, Band 12, 1992.
- Gsell, B.; Krüger, W.; Lorenz, S. und Reymann, C.: beck-online.Grosskommentar BGB. §§ 630a ff: Stand 15.03.2020. § 823: Stand 01.05.2020.
- Hager, J.: Arztrecht: alternative Behandlungsmethode. Juristische Arbeitsblätter, 2020, S. 389 f.
- Hart, D.: Evidenzbasierte Medizin und Gesundheitsrecht. Überlegungen zu rechtlichen Konsequenzen der Verwissenschaftlichung der Medizin. Medizinrecht, 2000, S. 1 ff.
- Hart, D.: Kongruenz und Kontinuität in der Entwicklung von Medizin und Medizinrecht. Evidenzbasierte Medizin, gemeinsame Entscheidungsfindung, Sicherheit. Medizinrecht, 2015, S. 1 ff.
- Jung, H.: Außenseitermethoden und strafrechtliche Haftung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 97, 1985, S. 47 ff.
- Jütte, R.; Hoppe, J.D. und Scriba, P.C.: Placebo in der Medizin. Hrsg.: Bundesärztekammer, 2011.
- Katzenmeier, C.: Aufklärung über neue medizinische Behandlungsmethoden – „Robodoc“. Neue Juristische Wochenschrift, 2006, S. 2738 ff.

- Katzenmeier, C.: Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie. Eine kritische Betrachtung des Patientenrechtegesetz-Regierungsentwurfs. *Medizinrecht*, 2012, S. 576 ff.
- Laufs, A.: Therapiefreiheit des Arztes. *Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung* 1997, S. 586 ff.
- Laufs, A.; Katzenmeier, C. und Lipp, V.: *Arztrecht*. 7. Auflage 2015.
- Laufs, A.; Kern, B.R.; Rehborn, M.: *Handbuch des Arztrechts*. 5. Auflage, 2019.
- Marstedt, G. und Moebus, S.: Inanspruchnahme alternativer Methoden in der Medizin. *Gesundheitsberichterstattung des Bundes*, Heft 9, 2002. Hrsg.: Robert-Koch-Institut.
- Prütting, D.: *Prütting, Medizinrecht Kommentar*. 5. Auflage, 2019.
- Schmidt-Rögnitz, A.: Die Gewährung von alternativen sowie neuen Behandlungs- und Heilmethoden durch die gesetzliche Krankenversicherung. *Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht*, Band 145, 1996.
- Schneider, L.: Neue Behandlungsmethoden im Arzthaftungsrecht. Behandlungsfehler – Aufklärungsfehler – Versicherung, *Jur. Diss.*, 2010, Universität Göttingen.
- Schumacher, K.: Alternativmedizin. Arzthaftungsrechtliche, arzneimittelrechtliche und sozialrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, *Jur. Diss.*, 2015/16, Universität zu Köln. *Kölner Schriften zum Medizinrecht*, Band 30, 2017.
- Schumacher, K.: Arzthaftungsrecht aus alternativmedizinischer Sicht. *Medizinrecht*, 2019, S. 786 ff.
- Siebert, A.: Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit. *Medizinrecht*, 1983, S. 216 ff.
- Spickhoff, A.: Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus. *Versicherungsrecht*, 2013, S. 267 ff.
- Spickhoff, A.: *Medizinrecht*. Beck'sche Kurz-Kommentare. 3. Auflage, 2018.
- Spickhoff, A.: Die Arzthaftung im neuen bürgerlich-rechtlichen Normenumfeld – eine erste Zwischenbilanz. *Medizinrecht*, 2015, S. 845 ff.
- Tamm, B.: Die Zulässigkeit von Außenseitermethoden und die dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten, *Jur. Diss.*, 2006, Universität Bayreuth. *Schriften zum Strafrecht*, Heft 190, 2007.
- Teichfischer, P. und Münstedt, K.: Zur Definition der Komplementär- und Alternativmedizin (CAM). *Forum*, 2011, S. 17 ff.
- Vogeler, M.: Die Haftung des Arztes bei der Anwendung neuartiger und umstrittener Heilmethoden nach der neuen Rechtsprechung des BGH. *Medizinrecht*, 2008, S. 697 ff.
- Zuck, R.: Katrin Schumacher, Alternativmedizin. Arzthaftungsrechtliche, arzneimittelrechtliche und sozialrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit. *Medizinrecht*, 2017, 118 ff.

Zuck, R.: Das Recht der anthroposophischen Medizin. 1. Auflage, 2007.

Zuck, R.: Die Behandlungsmethoden, Arznei- und Heilmitteltherapien der (anerkannten) Besonderen Therapierichtungen. Neue Zeitschrift für Sozialrecht 1999, 313 ff.

Zuck, R.: Der Standort der besonderen Therapierichtungen im deutschen Gesundheitswesen. Neue Juristische Wochenschrift 1991, 2933 ff.

Die Bedeutung und rechtliche Einordnung von „Orphan Drugs“ (Arzneimittel gegen seltene Krankheiten)

Christian Binder

1 Einleitung

Bereits der Begriff „seltenes Leiden“ impliziert, dass es sich bei diesen Krankheiten nur um solche handelt, die in ihrer konkreten Form in der Bevölkerung selten auftreten.¹ Trotzdem legen Patientenzahlen nahe, dass in Europa etwa 30 Millionen Menschen von einer seltenen Krankheit betroffen sind, allein in Deutschland bis zu vier Millionen Betroffene leben.²

Seltene Krankheiten charakterisieren sich vor allem dadurch, dass sie oft sehr schwerwiegend bis tödlich verlaufen, genetisch bedingt sind und die Patienten regelmäßig das Erwachsenenalter noch nicht erreicht haben.³ Anders als bei häufigen Krankheiten stehen Arzneimittel gegen seltene Leiden, auch „Orphan Drugs“ genannt, aber in der Forschung und Entwicklung vor besonderen Herausforderun-

¹ Die Begriffe seltene Krankheit, seltenes Leiden und Orphan Disease werden im Folgenden synonym verwendet.

² *Kaplan/Laing*, Priority medicines for Europe and the world, S. 95; *BMBF*, Artikel „4 Millionen Menschen in Deutschland leiden an einer seltenen Krankheit“. Verfügbar unter <https://www.bmbf.de/bmbf/shareddocs/bekanntmachungen/de/2021/12/2021-12-14-Bekanntmachung-SelteneErkrankungen.html> (Stand: 28.11.2022).

³ *Buck*, S. 202; *ATSE* Publikation „Die Erforschung und Entwicklung von Orphan Drugs: Ein Geschäftsmodell und seine Besonderheiten“ S. 5.

gen.⁴ So ergeben sich Probleme im Rahmen von klinischen Studien im Entwicklungsprozess, weil zu wenig Erkrankte als Probanden vorhanden sind.⁵ Auch mangelt es wiederkehrend an ausreichender Expertise, um überhaupt eine treffende Diagnose für das Leiden eines Patienten an einer seltenen Krankheit vornehmen zu können.⁶ Zusätzlich belastet wird der Konflikt durch den privatisierten Arzneimittelmarkt. Die Entwicklung von Arzneimitteln liegt in Hand der pharmazeutischen Industrie. So muss ein Pharmaunternehmen für die Entwicklung eines Medikaments mit einem neuen Wirkstoff mit Kosten von 1,0 bis 1,6 Mrd. Dollar rechnen.⁷ Davon entfällt mehr als die Hälfte der Kosten auf die klinische Entwicklung, die bei Orphan Drugs regelmäßig im Vergleich zu Arzneimitteln gegen häufige Krankheiten erhöht ausfallen können.⁸ Die Entwicklung eines neuen Medikaments ist für ein Unternehmen aber nur lukrativ und damit umsetzbar, wenn sich am Ende des Prozesses auch eine Rendite, zumindest aber kein Verlust, erwarten lässt. Mit Blick auf den späteren geringen Absatzmarkt der Arzneimittel wegen der kleinen Patientenzahlen, befürchten die Unternehmen jedoch regelmäßig das Gegenteil.⁹ All dies hat zur Folge, dass die Arzneimittelentwicklung im Bereich seltener Krankheiten vernachlässigt wird und die Patienten zu Orphans, also zu „Waisen der Medizin“ werden, weil für sie keine Medikamente zur Verfügung stehen.

Um diesen Herausforderungen zu begegnen, wurde zunächst in den USA im Jahre 1983 der sog. Orphan Drug Act¹⁰ verabschiedet, der es den pharmazeutischen Unternehmen ermöglicht, für ein Arzneimittel in der Entwicklungsphase unter bestimmten Bedingungen den sog. „Orphan Drug-Status“ zu beantragen und so in den Genuss besonderer Förderungen zu kommen. Ziel der Förderung war und ist es bis heute, einen Anreiz für die pharmazeutische Industrie zu setzen, damit diese in die Forschung von Orphan Drugs investiert und so auch eine medizinische Versorgung für Patienten einer seltenen Krankheit gewährleistet. Diesem Beispiel folgten Singapur (1991)¹¹, Japan (1993)¹², Australien (1997)¹³ und im Jahr 1999 auch die europäische Union mit der am 16.12.1999 verabschiedeten Verordnung (EG) Nr.

⁴ Die Begriffe „Arzneimittel gegen seltene Krankheiten“, „seltene Leiden“ und „Orphan Drugs“ werden synonym verwendet.

⁵ Erwägungsgrund 1, 7 der Verordnung (EG) Nr. 141/2000 des europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1999, ABl. L 018 vom 22. Januar 2000.

⁶ *Preuß/Häussler*, Einführung S. IX.

⁷ *Vja*, Forschung für das Leben, S. 20; *Di Masi* et al., Innovation in the pharmaceutical industry: New estimates of R&D costs, S. 20–23, die sich mit der Kostenentwicklung umfangreich auseinandergesetzt haben.

⁸ Warum kleinere Patientenzahlen nicht zu weniger kostenintensiveren Studien führen: *Vja* Positionspapier „Orphan Drugs“, S. 6 f.

⁹ *Drummond* et al., Assessing the economic challenges posed by orphan drugs, S. 1; *Elbers/Dormeyer*, Pharm. Med. 2013, 176 (176).

¹⁰ Orphan Drug Act der USA vom 04.01.1983.

¹¹ Orphan Drug Exemption to the Medicines Act vom 04.11.1991.

¹² Art. 77-2 Pharmaceutical Affairs Law vom 01.10.1993.

¹³ Therapeutic Goods Act 1989 in der Fassung aus dem Jahr 1997.

141/2000 des europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Entwicklung von Arzneimitteln für seltenen Leiden.¹⁴ Im Laufe der Zeit wurde der Förderauftrag der Orphan Drug-Verordnung auch in der innerstaatlichen Gesetzgebung in Deutschland erkannt und hat dort eigene Regulierungen erfahren.¹⁵

2 Der Orphan Drug-Status

Der Orphan Drug-Status stellt für die forschenden Pharmaunternehmen die Brücke zu den begehrten Vergünstigungen dar. Dieser Status wird einem Arzneimittel verliehen, wenn es der Behandlung oder Diagnose eines lebensbedrohlichen Leides dient, das entweder selten ist oder sich die Entwicklung eines Arzneimittels gegen das Leiden für die Pharmaunternehmen als finanziell uninteressant darstellt und deswegen keine Forschung in diesem Bereich betreibt. Für die Anerkennung als Orphan Drug zusätzlich erforderlich ist, dass keine oder keine vergleichbare Therapiemöglichkeit für das zu behandelnde Leiden vorhanden ist.¹⁶ In der Praxis erfolgt die Ausweisung als Orphan Drug in der Regel nach dem Prävalenzkriterium der „Seltenheit“. Nach Art. 3 I a) Alt. 1 der Orphan Drug-Verordnung ist eine Krankheit selten, wenn sie bei nicht mehr als 5 von 10.000 Bürgern in den Ländern der europäischen Union auftritt. Maßgeblich für die Bestimmung ist die Zahl der Personen, denen das Arzneimittel voraussichtlich jährlich verabreicht werden würde.¹⁷

Die Ausweisung eines Arzneimittels als Orphan Drug selbst erfolgt in einem Anerkennungsverfahren, das auch „Orphan Designation“ genannt wird. Es handelt sich dabei um ein Antragsverfahren, über welches das Committee for Orphan Medical Products (COMP) entscheidet. Für einen positiven Bescheid des COMP müssen noch keine Beweise für die Wirksamkeit des medizinischen Präparates vorgelegt werden.¹⁸ Dies hängt damit zusammen, dass die Ausweisung als Orphan Drug praktisch immer vor der eigentlichen Zulassung erfolgt, um bereits in der Entwicklung selbst, in der diese Nachweise erst üblicherweise generiert werden, die besonderen Fördermaßnahmen des Orphan Drug-Status wahrnehmen zu können.

¹⁴ Im Folgenden auch „Orphan Drug Verordnung“ genannt.

¹⁵ Art. 1 Nr. 5 AMNOG mit Verweis auf § 35a I S. 10 SGB V; Zur Übersicht von nationalen Privilegierungen anderer Mitgliedsstaaten: *Jeffery*, Orphan drug pricing and access – current situation and future trend in EU, *Value in Health* 2012, 15:A309.

¹⁶ Vgl. hierzu Art. 3 I der Orphan Drug Verordnung, der die Kriterien genau aufführt.

¹⁷ Bekanntmachung der Kommission zur Verordnung (EG) Nr. 141/2000, Teil B. Nr. 2; *Remmele*, S. 38; *Sträter/Burgardt/Bickmann*, *A&R* 5/2014, 195 (196).

¹⁸ *Elbers/Dormeyer*, *Pharm. Med.* 2013, 176 (179).

3 Das Anreizsystem

Statistiken belegen, dass die Entwicklung von Orphan Drugs aufgrund ihrer Entwicklungsschwierigkeiten lange Zeit für die pharmazeutische Industrie uninteressant war.¹⁹ Erfahrungen aus den USA und Japan haben aber gezeigt, dass die Einführung eines Anreizsystems zur Förderung der Entwicklung von Orphan Drugs bereits Wirkung zeigt, die sich in einer erhöhten Anzahl von Neuzulassungen von Arzneimitteln gegen seltene Krankheiten widerspiegelt.²⁰

Zum einen werden mit dem Orphan Drug-Status bestimmte Verfahrenserleichterungen geschaffen. Ist ein Arzneimittel als Orphan Drug ausgewiesen, so findet die Marktzulassung obligatorisch im zentralen Zulassungsverfahren bei der EMA statt.²¹ Damit soll vor allem langfristig auf eine Vereinheitlichung des Arzneimittelbinnenmarktes hingewirkt werden.²² Zusätzlich besteht für die Arzneimittelhersteller die Möglichkeit, eine bedingte Arzneimittelzulassung zu beantragen.²³ Diese zeichnet sich dadurch aus, dass sie bereits dann erteilt werden kann, obwohl nicht wie sonst üblich die Sicherheit und Wirksamkeit des Medikaments durch klinische Studien vollständig nachgewiesen wurde. Die Begründung für dieses Vorgehen findet sich in der Eigenart von Orphan Drugs selbst. Aufgrund der häufig geringen Patientenzahlen können die klinischen Studien in der Realität mangels Probanden nicht umfangreich durchgeführt werden. Weil aber im Interesse der öffentlichen Gesundheit, insbesondere zur Schließung von Versorgungslücken, eine Arzneimittelverfügbarkeit geboten sein kann, wird den pharmazeutischen Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, eine Marktzulassung trotz fehlender Evidenznachweise unter Auflagen zu erhalten.²⁴

Neben den Verfahrenserleichterungen wurden zusätzlich finanzielle Vergünstigungen für die Entwicklung und Marktzulassung (Erlass von Gebühren) von Orphan Drugs eingeführt. Wirkliche Relevanz erhalten diese Vorteile aber nur für biotechnologische Start-Ups (KMU's)²⁵, die aufgrund ihrer geringen Finanzkraft auf jede Ersparnis angewiesen sind.

¹⁹ *EvaluatePharma*, Orphan Drug Report 2017, USA, EU & Japan Orphan Designations per Year (1983–2016), S. 23; *Vfa*, Anzahl der Neuzulassungen für Medikamente gegen seltene Krankheiten (Orphan Drugs) in der Europäischen Union in den Jahren 1996 bis 2017, <https://www.vfa.de/de/arzneimittel-forschung/woran-wir-forschen/orphan-drugs-medikamente-gegen-seltene-erkrankungen.html> (Zugriff: 20.11.18).

²⁰ Erwägungsgrund 8 der Verordnung (EG) Nr. 141/2000.

²¹ Anhang Nr. 4 der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und Rates vom 31. März 2004, ABl. L 136/1 vom 30.04.2004; Die frühere Fassung war die Verordnung (EWG) Nr. 2309/93 des europäischen Rates vom 22.07.1993, ABl. L 214/1 vom 24.08.1993.

²² Erwägungsgrund 8 der Verordnung (EG) Nr. 726/2004.

²³ Art. 4 I der Verordnung (EG) Nr. 507/2006; Zentner/Haas, G&S 1/2016, 59 (61), Box 1.

²⁴ Erwägungsgrund 2 der Verordnung (EG) Nr. 507/2006 der Kommission vom 29.03.2006, ABl. L 92/6 vom 30.03.2006.

²⁵ Kleine und mittlere Unternehmen.

Der für die Pharmaunternehmen bedeutendste Anreiz stellt die mit der Marktzulassung eines Orphan Drugs einhergehende Marktexklusivität dar.²⁶ Diese neue Art der Subvention war bis dato in der Europäischen Union nicht vorgesehen und unbekannt.²⁷ Das Exklusivrecht wird grundsätzlich für einen Zeitraum von zehn Jahren gewährt. Dieser Zeitraum kann aber verlängert oder verkürzt werden.²⁸ Ihre inhaltliche Umsetzung findet die Marktexklusivität in einem Zulassungsverbot von ähnlichen Medikamenten. Das bedeutet, dass weder die Europäische Union noch die Mitgliedsstaaten einen Antrag auf Genehmigung für das Inverkehrbringen eines Pharmakons mit ähnlichem Wirkstoff annehmen oder ihm stattgeben dürfen.²⁹ Der weite Begriff „ähnliche Wirkstoffe“ führt im Ergebnis letztlich dazu, dass zehn Jahre lang keine anderen Arzneimittel derselben Klasse auf den Markt gelangen können.³⁰ Aus diesem Grund sind die Anforderungen, die an den Begriff „ähnlich“ gestellt werden, genau zu definieren.³¹ Dass eine solche Zulassungssperre für die Pharmaunternehmen einen besonderen Anreiz darstellt, ist einleuchtend. Letztlich wird so praktisch eine Monopolstellung für die Diagnose und Behandlung einer bestimmten Krankheit geschaffen, welche zu einem erheblichen Umsatz und Gewinn für die Pharmaunternehmen führen kann.³² Ihre Schranken findet die Marktexklusivität in Art. 8 III der Orphan Drug-Verordnung, wonach ein konkurrierendes Arzneimittel dann zugelassen werden kann, wenn es klinisch überlegen ist. Klinisch überlegen bedeutet in diesem Zusammenhang, dass das Arzneimittel im Vergleich zu dem geschützten und zugelassenen Medikament nachweislich einen oder mehrere therapeutische Vorteile aufweist.³³ Dabei hat der Gesetzgeber Kriterien geschaffen, die einen therapeutischen Mehrwert begründen können.³⁴ Beweist der zweite Antragssteller einen solchen Vorteil, kann trotz bestehender Marktexklusivität eine Marktzulassung mit der Folge erteilt werden, dass sich das Exklusivrecht in ein Semiexklusivrecht umwandelt.³⁵ Rechtlich ist die Marktexklusivität als selbständiges Schutzrecht zu bewerten.³⁶ Dafür spricht vor allem der Wortlaut der

²⁶ Erwägungsgrund 8, Art. 8 I der Verordnung (EG) Nr. 141/2000.

²⁷ *Hilll*, PharmR 2001, 308 (309); *Strüter/Burgardt/Bickmann*, A&R 5/2014, 195 (197).

²⁸ Art. 37 der Verordnung (EG) Nr. 1901/2006 des Europäischen Parlaments und Rates vom 12.12.2006, ABl. L 378/1 vom 27.12.2006.

²⁹ Art. 8 I der Verordnung (EG) Nr. 141/2000.

³⁰ *Hilll*, PharmR 2001, 308 (309); Zum Begriff „ähnlicher Wirkstoff“: Art. 3 III b) der Verordnung (EG) Nr. 847/2000; Zur Bestimmung der Ähnlichkeit eines Wirkstoffs vgl. Art. 3 III c) der Verordnung (EG) Nr. 847/2000; *Strüter*, Europäische Rahmenbedingungen Teil 1: Rahmenbedingungen für den Schutz des Zulassungsdossiers, Pharm. Ind. 73, Nr. 8, 1450 (1453).

³¹ *Natz*, PharmR 2018, 375; Verordnung (EU) 2018/781 vom 29.05.2018 ABl. L 132/01 vom 30.05.2018; Guideline on aspects of the application of Art. 8 (1) and (3) of the Regulation (EC) No. 141/2000.

³² *Kamann*, PharmR 2000, 170 (173).

³³ Art. 3 III Nr. 3 d) der Verordnung (EG) Nr. 847/2000.

³⁴ Art. 3 III Nr. 3 d) Ziff. 1–3 der Verordnung (EG) Nr. 847/2000.

³⁵ Art. 8 III der Verordnung (EG) Nr. 141/2000; *Bopp/Berg*, PharmR 1999, 38 (41).

³⁶ *Hilll*, PharmR 2001, 308 (309); *Remmele*, S. 65.

Verordnung, die die Marktexklusivität „unbeschadet der Vorschriften über geistiges Eigentum oder anderer Vorschriften des Gemeinschaftsrechts“ gelten lässt.³⁷

Mit der Einführung des § 35 a I S. 10 SGB V hat auch der deutsche Gesetzgeber die Orphan Drug Förderung aufgegriffen und eine innerstaatliche Vergünstigung geschaffen. Danach gilt für Arzneimittel mit neuen Wirkstoffen, die als Orphan Drugs nach der Verordnung (EG) Nr. 141/2000 ausgewiesen sind, der medizinische Zusatznutzen im Rahmen des AMNOG-Verfahrens durch die Marktzulassung als belegt. Das bedeutet, dass die pharmazeutischen Unternehmer nicht mehr dazu verpflichtet sind, umfangreiche Nachweise über einen (möglichen) Zusatznutzen des Medikaments zu erbringen, sondern dieser wird durch die Ausweisung des Medikaments als Orphan Drugs indiziert.³⁸ Übersteigt allerdings der Jahresumsatz mit dem Arzneimittel 50 Millionen Euro, so findet die Vorschrift keine Anwendung mehr.³⁹ Der wesentliche Vorteil der Regelung besteht zum einen darin, dass die Pharmaunternehmen ein geringerer Verwaltungsaufwand trifft. Zum anderen sind Orphan Drugs dadurch von der innerstaatlichen Preisregulierung ausgenommen, sodass mit ihnen stets hohe Erstattungsbeträge erzielt werden können.⁴⁰

4 Kritische Würdigung

Die Anzahl der jährlichen Neuzulassungen seit Geltung der Orphan Drug-Verordnung veranschaulichen, dass die Einführung einer Förderung als Anreiz für die Entwicklung und Erforschung von Arzneimitteln gegen seltene Leiden erfolgreich war.⁴¹ Trotzdem darf eine kritische Auseinandersetzung nicht gemieden werden. Es ist zu klären, ob eine Förderung in diesem Umfang tatsächlich erforderlich ist oder ob sich nicht vielmehr die pharmazeutische Industrie als der Hauptnutznießler etabliert. Dabei müssen vor allem die Fragen nach einer gerechten Allokation der Ressourcen und der Anwendung der etablierten ethischen Prinzipien im Rahmen der Forschung eine zentrale Rolle einnehmen.

Der Arzneimittelmarkt zeichnet sich vor allem durch einen Innovationswettbewerb aus.⁴² Ziel der pharmazeutischen Unternehmen ist es, als erstes ein neues Arzneimittel entwickeln zu können, um durch Wahrnehmung der Schutzrechte erhebliche Gewinne generieren zu können und gleichzeitig die Kosten von Forschung

³⁷ Art. 8 I der Verordnung (EG) Nr. 141/2000.

³⁸ Vgl. hierzu auch die Voraussetzungen für die Ausweisung eines Orphan Drugs, Art. 3 I b).

³⁹ Vgl. § 35 a I S. 11 SGB V.

⁴⁰ „Orphan Drugs besser prüfen“, DAZ.online vom 22.01.2016, <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2016/01/22/gkv-spitzenverband-orphan-drugs-besser-prufen> (Zugriff: 26.11.2018).

⁴¹ *Vja*, Anzahl der Neuzulassungen für Medikamente gegen seltene Krankheiten (Orphan Drugs) in der Europäischen Union in den Jahren 1996 bis 2017, <https://www.vfa.de/de/arzneimittel-forschung/woran-wir-forschen/orphan-drugs-medikamente-gegen-seltene-erkrankungen.html> (Zugriff: 06.12.18).

⁴² ATSE Publikation, S. 19; *Scherer*, Pharmaceutical Innovations, S. 539 ff.

und Entwicklung wieder auszugleichen.⁴³ Dass grundsätzlich eine Förderung erforderlich ist, zeigt sich zum einen daran, dass nach Schätzungen etwa 7000 seltene Krankheiten existieren, es aber erst an die 160 zugelassene Orphan Drug-Medikamente auf dem Markt erhältlich sind. Zum anderen führt für die Patienten kein Weg zum Erhalt einer Therapiemöglichkeit an der Marktzulassung vorbei. Weder besteht ein Anspruch auf Teilnahme an klinischen Studien, noch kann ein Patient ein pharmazeutisches Unternehmen zur Einführung eines Compassionate Use Programms verpflichten.⁴⁴ Den betroffenen Patienten kann deswegen nur geholfen werden, indem die pharmazeutische Industrie zu der Entwicklung und Vermarktung von Medikamenten gegen seltene Krankheiten angehalten wird. Durch die Einführung einer Marktexklusivität und Bewilligung von finanzieller Unterstützung im Rahmen der Orphan Drug-Entwicklung wird für die pharmazeutischen Unternehmen eine Marktsituation begründet, in der sich Investitionen in die Forschung und Entwicklung von Orphan Drugs wieder lohnen. So wird der Innovationswettbewerb im Bereich der Orphan Drugs angekurbelt mit dem langfristigen Erfolg, auch für Patienten mit seltenen Krankheiten eine Therapiemöglichkeit zu schaffen.

Auf der anderen Seite darf eine Förderung aber nicht zu Lasten der Patientengesundheit erfolgen. Schließlich müssen auch Arzneimittel gegen seltene Leiden genauso sicher und verträglich wie andere Medikamente sein. Durch die bedingte Zulassung trotz geringer Evidenznachweise wird jedoch grundsätzlich solch eine Gefahrenquelle eröffnet. Ob dies sachgerecht ist, bleibt fraglich. Es ist richtig, dass für Orphan Drugs meist keine spezifischen Studien zur Sicherheit und Unbedenklichkeit bei Krankheiten mit kleinen Patientenzahlen durchführbar sind.⁴⁵ Dies spiegelt sich insbesondere in der Prüfung des Nutzen-Risiko-Verhältnisses im Rahmen der Marktzulassung wider. In 19 von 44 geprüften Fällen lagen keine randomisierten kontrollierten Studien vor, weil diese mangels Probanden schlicht nicht durchgeführt werden konnten.⁴⁶ Die Frage ist aber, ob dieser Umstand dazu führen darf, dass Medikamente zugelassen werden, für die eindeutig keine Evidenznachweise erbracht werden konnten.⁴⁷ Dass unzureichende klinische Studien zu teilweise dramatischen Fehlern führen können, haben Ereignisse in der Vergangenheit gezeigt. So sei auf den Contergan-Fall aus den 1960er Jahren verwiesen, in dem das Schlaf- und Beruhigungsmittel Thalidomid im Falle der Einnahme in der Schwangerschaftszeit zu erheblichen Fehlbildungen bei Föten geführt hat.⁴⁸ Die Lehren, die aus der Tragödie gezogen wurden, wirken bis heute im Arzneimittelrecht fort.⁴⁹

⁴³ Scherer, *Pharmaceutical Innovations*, S. 564.

⁴⁴ Huster, *Der Zugang zu noch nicht zugelassenen Arzneimitteln*, S. 115 Teil 3 Nr. 1, 2.

⁴⁵ EMA, *Guideline on clinical trials in small populations*.

⁴⁶ Joppi et al., *Orphan Drug development is not taking off*, S. 495 ff.; Siehe zum Ablauf der Studien auch Schwarz, S. 49 ff.

⁴⁷ Windeler/Koch/Lange/Ludwig, *DÄBl.* 2010, A-2032 (2033).

⁴⁸ Näheres dazu umfassend aufgearbeitet in Kirck, *Der Contergan-Fall: Eine unvermeidbare Arzneimittelkatastrophe? Zur Geschichte des Arzneistoffs Thalidomid*.

⁴⁹ Meier/von Czettritz/Gabriel/Kaufmann, *Pharmarecht*, § 1, Rn. 6.

Nichts desto trotz scheint die EMA selbst weiterhin einen schnellen Marktzugang wichtiger als umfangreiche Evidenznachweise einzuschätzen.⁵⁰ Dies ergibt sich aus der Einführung des Konzepts „Adaptive Pathways“, dass das Ziel verfolgt, durch eine beschleunigte Zulassung und Erstattung den frühzeitigen Zugang zu neuen Arzneimitteln zu ermöglichen, auch wenn noch keine gesicherten Erkenntnisse aus den klinischen Studien gezogen werden können.⁵¹ Gleichzeitig stellt sich aber auch die Frage, ob möglicherweise ein solches Risiko, insbesondere bei Orphan Drugs, in Kauf genommen werden muss. Für die Beantwortung ist besonderes Augenmerk auf die Erkrankten und die ethisch-gesellschaftlichen Grundlagen zu richten. Denn spielt es für einen schwer, gar lebensbedrohlich erkrankten Patienten noch eine wichtige Rolle, an (schweren) Nebenwirkungen zu leiden, solange die Möglichkeit besteht, Heilung zu finden? Dies ist wohl zu verneinen, weil die Aussicht auf eine neue Lebensqualität unstreitig das Risiko von Nebenwirkungen für einen Patienten, der bereits dem Tod nahe ist, überwiegen wird. Hinzu kommt, dass jedes Medikament, also auch ein solches, welches in umfangreichen klinischen Studien getestet wurde, ein Restrisiko aufweist. Dies wurde durch den Lipobay-Skandal verdeutlicht.⁵²

Eine Fokussierung ausschließlich auf höchste Evidenzstandards verkennt wiederum die besondere Marktsituation der Arzneimittel gegen seltene Krankheiten. Sollte im schlimmsten Fall eine Marktzulassung aufgrund mangelnder Evidenznachweise versagt werden, so steht regelmäßig bereits aufgrund der Eigenschaft von Orphan Drugs als Medikamente mit begrenztem Indikationsbereich keine alternative Behandlungsmöglichkeit für die betroffenen (und meist schwerkranken) Patienten zur Verfügung. Zu hohe Standards würden deswegen gerade ihre Besonderheiten missachten und dem gesellschaftspolitisch und ethisch gesetzten Ziel, Patienten mit seltenen Krankheiten eine gleiche Versorgung zu gewährleisten, entgegenwirken. Aus diesem Grund verbietet es sich, den gleichen Maßstab wie bei Arzneimitteln gegen häufige Krankheiten anzulegen. Der hohe Bedarf an Arzneimitteln („unmet medical need“) kann in diesem Kontext die Risiken, die mit der Verschiebung der Beweislast von der Prä- auf die Postmarketingphase durch die Verfahrenserleichterungen einhergehen, rechtfertigen.⁵³ Hinzukommt, dass die Förderung von Medikamenten gegen seltene Leiden auch besondere Chancen bietet. So wurde zum Beispiel der Wirkstoff Thalidomid (Contergan-Fall) erneut unter strengen Auflagen als Orphan Drug zur Behandlung der seltenen und tödlichen Blutkrebserkrankung „Multiples Myelom“ zugelassen.⁵⁴ Durch fortgesetzte Forschung an dem Medikament konnte erreicht werden, dass die Lebenserwartung der Patienten verlängert wurde und dass bei manchen sogar eine Heilung eingetreten ist.⁵⁵

⁵⁰ EMA, Adaptive Pathways Report, S. 1.

⁵¹ Zentner/Haas, G&S 1/2016, 59 (59 f.).

⁵² Zylka-Menborn, DÄBl. 2001, A 2076-2078.

⁵³ Erwägungsgrund 2 der Verordnung (EG) Nr. 507/2006.

⁵⁴ ATSE Publikation, S. 15.

⁵⁵ Alexanian et al., Curability of multiple myeloma, S. 4.

Mit Blick auf die Privilegierung im deutschen AMNOG-Verfahren zur Preisregulierung stellt die Vermutung des Zusatznutzens gem. § 35 a I S. 10 SGB V eine der Charakteristika von Orphan Drugs entsprechende Umsetzung dar. Zwar argumentiert die ACHSE e.V. zutreffend, dass der Nutzen von Orphan Drugs bereits mit der Marktzulassung bewiesen wurde und deswegen eine erneute Überprüfung im Rahmen des AMNOG-Verfahrens nicht erforderlich sei.⁵⁶ Ein erhöhtes Gesundheitsrisiko geht damit also nicht einher. Trotzdem führt die Vermutung dazu, dass Arzneimittel gegen seltene Leiden vom AMNOG-Verfahren im Wesentlichen ausgenommen sind und damit der Sinn und Zweck des AMNOG-Verfahrens, die Preisregulierung von Arzneimittel, ausgehebelt wird. Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass der Anteil von Orphan Drugs an den Gesamtausgaben der gesetzlichen Krankenkassen für Medikamente im Jahr 2017 nur 3,7% betrug und deswegen gar keine Regulierung erforderlich sein könnte.⁵⁷ Denn vor dem Hintergrund, dass der weltweite Umsatz, der mit Orphan Drugs erzielt wird, sich bis zum Jahr 2024 fast verdoppelt, wird sich auch dieser Anteil in der Zukunft stark erhöhen, sodass eine Regulierung spätestens dann geboten wäre.⁵⁸ Die Ausnahmeregelung der Zusatznutzenvermutung birgt in diesem Zusammenhang daher zum einen die Gefahr des Missbrauchs durch die pharmazeutischen Unternehmen, indem sie die Vermutung als eine Art „Freifahrtschein“ zu nutzenunabhängigen, erhöhten Arzneimittelpreisen verwenden könnten.⁵⁹ Zum anderen könnte es langfristig zu einer ungerechten Verteilung von knappen Ressourcen und zu einem „Konkurrenzkampf der Krankheiten“ um öffentliche Fördermittel kommen.⁶⁰

Vor diesem Hintergrund drängt sich jedoch die Frage auf, ob die Verfügbarkeit von Arzneimitteln tatsächlich von finanziellen Gegebenheiten abhängen darf und hohe Kosten als Gegenargument angeführt werden können. Die geltende Ratio des Sozialstaates ist nicht die Maximierung einer „Gesamtgesundheit, sondern die Hilfe für notleidende Menschen“.⁶¹ Es ergibt sich somit ein vorrangiger Anspruch der besonders Bedürftigen auf Hilfe und Unterstützung, sodass grundsätzlich erhöhte Preise zu zahlen sind, solange so die Arzneimittelversorgung gesichert wird.⁶² Dies

⁵⁶ ACHSE e.V., Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für das AMNOG, Nr. 3. Verfügbar unter https://www.achse-online.de/cms/medienbord/download-dokumente/101008_AMNOG_ACHSE_240910.pdf (Zugriff: 04.12.2018).

⁵⁷ *Vja*, Ausgaben der gesetzlichen Krankenkassen für Orphan-Medikamente 2017, Verfügbar unter <https://www.vfa.de/download/ausgaben-orphan-drugs.pdf> (Zugriff: 12.12.2018).

⁵⁸ *EvaluatePharma*, Orphan Drug Report 2018, S. 9.

⁵⁹ *Tripple/Lupkin*, The Orphan Drug Machine: Drugmakers Manipulate Orphan Drug Rules to Create Prized Monopolies, Kaiser Health News, 17.01.2017, <http://khn.org/news/drugmakers-manipulate-orphan-drug-rules-to-create-prized-monopolies> (Zugriff: 06.12.2018).

⁶⁰ *Albrecht M.*, „IGES warnt vor Risiken bei NAMSE“, Deutsches Ärzteblatt, Berlin vom 18.10.2013. Verfügbar unter https://www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/gesundheitswirtschaft/article/848318/seltene-erkrankungen-iges-warnt-risiken-namse.html (Zugriff: 05.12.2018).

⁶¹ *Huster*, MedR (2012) 30:289, S. 290. Die Vermutung verstößt deswegen auch nicht gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot aus § 12 I SGB V.

⁶² Zum vorrangigen Anspruch: *Duttge*, in: *Duttge/Dochow/Waschkewitz/Weber* (Hrsg.), *Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems*, S. 139, 150.

gilt erst recht, wenn die Betroffenen überwiegend minderjährig sind. Aus diesem Grund sind die teilweise enormen Behandlungskosten, die Orphan Drugs verursachen können, für die gesetzliche Krankenversicherung hinzunehmen. Schließlich darf das (Über-) Leben in einem Wohlfahrtsstaat nicht von finanziellen Umständen abhängig sein, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem „Nikolaus“-Beschluss ebenfalls entschieden hat und einer Leistungsbegrenzung aus ökonomischen Gesichtspunkten eine klare Absage erteilt.⁶³ Eine Verschärfung der Nutzenüberprüfung im Rahmen der Preisbildung, wie sie von dem GKV-Spitzenverband gefordert wird, würde ein falsches Signal aussenden und diesen Grundsatz leer laufen lassen, weil dies für die Pharmaunternehmen eine abschreckende Wirkung entfalten und deswegen die Arzneimittelentwicklung zurückgefahren werden könnte.⁶⁴

5 Fazit

Das Förderinstrument zur Entwicklung von Arzneimitteln für seltenen Erkrankungen muss insgesamt als sinnvoll und weiterhin notwendig erachtet werden. Auch wenn die pharmazeutischen Unternehmen mit Arzneimitteln gegen seltene Leiden Umsätze in Milliardenhöhe erwirtschaften und gleichzeitig durch bedingte Zulassungen ein Risiko für die Gesundheit der Patienten geschaffen wird, überzeugen die getroffenen Maßnahmen.⁶⁵ Aus ethischer Perspektive ist der Bedarf an Arzneimitteln gegen seltene Leiden schlicht zu hoch, als dass diese „Nebenwirkungen“ nicht in Kauf genommen werden könnten. Hinzu kommt, dass die Förderung auch der Allgemeinheit zugutekommt, indem mit der Forschung auf unbekanntem Gebieten grundsätzlich ein genereller Entwicklungsfortschritt einhergeht. Um aber einen Missbrauch der Förderung und Ausnutzen der Marktexklusivität zu vermeiden, muss zusätzlich die Erhöhung von Transparenzstandards das Ziel sein. Die Verteilung der finanziellen Mittel und die vorgelegten Evidenznachweise müssen nachvollziehbar und rational bleiben. Durch kontinental einheitliche Standards, heterogene Gremien und einen stetigen Diskurs würde die Unabhängigkeit der zuständigen Behörden im Rahmen des Zulassungs- und Vermarktungsverfahrens gewahrt sowie ein gerechter und gleichzeitig nachvollziehbarer Rahmen für die Förderung von Orphan Drugs geschaffen werden. Es erscheint fragwürdig, warum seltene Krankheiten (mehr oder weniger) kontinental unabhängig voneinander erforscht werden sollen, wenn die Herausforderungen von diesen doch weltweit die gleichen

⁶³ BVerfG, Beschl. vom 06. Dezember 2005 – 1 BvR 347/98 - BVerfGE 115, 25-51; *Duttge*, in: *Duttge/Zimmermann-Acklin* (Hrsg.), *Gerecht sorgen – Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende*, S. 73, 78.

⁶⁴ GKV-Spitzenverband, *Geschäftsbericht 2015*, S. 47, verfügbar unter https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/publikationen/geschaeftsberichte/GKV_GB2015_web_barrierefrei_DE0106.pdf (Zugriff: 26.11.2018); GKV-Spitzenverband, *Pressemitteilung – Berlin 21.01.2016*, verfügbar unter https://www.gkv-spitzenverband.de/presse/pressemitteilungen_und_statements/pressemitteilung_339584.jsp (Zugriff: 26.11.2018).

⁶⁵ *EvaluatePharma*, *Orphan Drug Report 2018*, S. 22.

sind. Dass eine internationale Zusammenarbeit möglich ist, zeigt sich vor allem daran, dass Patienten für klinische Studien bereits weltweit gesucht werden.⁶⁶ Zudem würde so verstreute Expertise weiter konzentriert und für die pharmazeutischen Unternehmen Verwaltungs- und Zulassungshürden abgebaut werden.

Die Orphan Drug Förderung steht für mehr als nur für eine einfache Subvention. Sie zeigt zum einen, dass das System im Rahmen der Arzneimittelversorgung flexibel ist und dem Bedarf an Arzneimitteln angepasst werden kann. Zum anderen wird durch sie deutlich, dass das Schutzgut „Leben“ grundsätzlich nicht von finanziellen Vorgaben und strikten Verfahrensabläufen abhängig sein darf. Doch die effektive Umsetzung der Orphan Drug-Förderung findet ihre Grenzen im staatspolitischen Dissens. Es ist nicht nachvollziehbar, wie trotz eines einheitlichen Zulassungsverfahrens der Zugang zu den Arzneimitteln in Europa erheblich variiert.⁶⁷ Vor allem in Ost- und Zentraleuropa lassen sich erhebliche Umsetzungsmängel erkennen.⁶⁸ Dies erscheint problematisch, denn ohne einen schnellen Zugang zu den Medikamenten läuft letztlich die Entwicklungsförderung bei Orphan Drugs ins Leere. Zum Erhalt der humanitären Werte und dem Schaffen einer konsequenten Umsetzung wäre es wünschenswert, sich von diesen Beschränkungen loszusagen und eine gemeinsame, über nationale Grenzen hinausgehende und von einheitlichen Werten getragene Gesundheitspolitik im Rahmen der Orphan Drug-Förderung zu entwickeln.

Literaturverzeichnis

- Alexanian, R. et al.: Curability of multiple myeloma, Bone Marrow Research, Volume 2012, Article ID 916479.
- Arbeitsgemeinschaft Therapie Seltene Erkrankungen (ATSE): Publikation „Die Erforschung und Entwicklung von Orphan Drugs: Ein Geschäftsmodell und seine Besonderheiten“. Verfügbar unter <https://media.celgene.com/content/uploads/sites/6/RPP-E-009-16-ATSE-Positionspapier.pdf> (Zugriff: 12.11.2018) (Zitiert als: ATSE Publikation).
- Bopp, T. und Berg, W.: Der neue Vorschlag für eine Verordnung über Arzneimittel für seltene Leiden (Orphan Drugs). Pharmarecht 1999, S. 38–42.

⁶⁶ Siehe International Clinical Trials Registry Platform (ICTRP) der WHO, <http://www.who.int/ictrp/network/primary/en/> (Zugriff: 04.12.2018); Auf Europäischer Ebene existiert das European Clinical Research Infrastructure Network (ECRIN), <https://www.ecri.org/> (Zugriff: 04.12.2018).

⁶⁷ EURODIS, Zugang zu Orphan-Arzneimitteln, <https://www.eurordis.org/de/content/zugang-zu-orphan-arzneimitteln-0> (Zugriff: 06.12.2018); EURODIS, Umfrage über den Zugang zu Orphan-Medikamenten für Patienten in Europa 2010, <https://www.eurordis.org/de/content/neue-eurordis-umfrage-ueber-den-zugang-zu-orphan-medikamenten-fuer-patienten-europa> (Zugriff: 06.12.2018).

⁶⁸ Zelei et al., Systematic review on the evaluation criteria of orphan medicines in Central and Eastern European countries, S. 8; Pogany, The present situation of Rare Diseases in Central/Eastern Europe? The role of patient organizations, Results.

- Buck, C.: Die Kinderarzneimittelverordnung der Europäischen Gemeinschaft, 1. Auflage, Baden Baden 2008.
- Di Masi, J. A., Grabowski, H. G. und Hansen, R. W.: Innovation in the pharmaceutical industry: New estimates of R&D costs. *Journal of Health Economics* 2016, Volume 47, S. 20–33
- Drummond, M. F. et al.: Assessing the economic challenges posed by orphan drugs. *International Journal of Technology Assessment in Health Care* 2007, Volume 23, Issue 1, S. 36–42.
- Duttge, G.: Zwischen „Myozyme“ und „Nikolaus“. In: Ders./Zimmermann-Acklin, M. (Hrsg.) *Gerecht sorgen – Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende*. Göttinger Schriften zum Medizinrecht Band 15, Göttingen 2013, S. 73–90.
- Duttge, G.: Rationierung im Gesundheitswesen: Auf der Suche nach der Verteilungsgerechtigkeit. In: Ders./Dochow, C./Waschkewitz, M.-A./Weber, A. K. (Hrsg.) *Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems*. Göttinger Schriften zum Medizinrecht Band 7, Göttingen 2009, S. 139–175.
- Elbers, R. und Dormeyer, M.: Orphan Drugs in der EU – Von der Designation bis zur Zulassung. *Pharmazeutische Medizin* 2013, Heft 15, S. 176–185.
- European Commission: Bekanntmachung der Kommission betreffend die Anwendung der Artikel 3, 5 und 7 der Verordnung (EG) Nr. 141/2000 über Arzneimittel für seltene Leiden. ABL. C 424/03 vom 18.11.2016.
- European Medicines Agency (EMA): Guideline on aspects of the application of Art. 8 (1) und (3) of the Regulation (EC) No. 141/2000, Brüssel vom 19.09.2008, C (2008) 4077.
- European Medicines Agency (EMA): Guideline on clinical trials in small populations vom 27.07.2006, CHMP(EWP/83561/2005).
- European Medicines Agency (EMA): Final report on the adaptives pathways pilot vom 28.07.2016, EMA/276376/2016 (Zitiert als: EMA, Adaptive Pathways Report).
- EvaluatePharma: Orphan Drug Report 2017, 4. Edition February 2017. Verfügbar unter <https://info.evaluategroup.com/rs/607-YGS-364/images/EPOD17.pdf> (Stand: 28.11.2022).
- EvaluatePharma: Orphan Drug Report 2017, 5. Edition Mai 2018. Verfügbar unter <https://www.evaluate.com/sites/default/files/media/download-files/OD18.pdf> (Stand: 28.11.2022).
- GKV-Spitzenverband: Geschäftsbericht 2015. Verfügbar unter https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/publikationen/geschaeftsberichte/GKV_GB2015_web_barrierefrei_DE0106.pdf (Zugriff:08.11.2018).
- Hiltl, C.: Orphan Drugs – Zwischenbilanz und Konfliktfelder. *PharmR* 2001, S. 308–312.

- Huster, S.: Das „Morbus-Pompe“-Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes – eine Diskussion aus rechtlicher, sozialmedizinischer und medizinischer Sicht Teil 1. *MedR* 2012, Heft 30, S. 289–291.
- Huster, S.: *Der Zugang zu noch nicht zugelassenen Arzneimitteln – Rechtsfragen und Regulierungsprobleme*, 1. Auflage 2016.
- Jeffery, M. und White, R.: Orphan drug pricing and access – current situation and future trend in EU. *Value in Health* 2012, Volume 15, Issue 7, A 309.
- Joppi, R. et al.: Orphan Drug development is not taking off. *British Journal of Clinical Pharmacology* 2009, Volume 67, Issue 5, S. 494–502.
- Kamann, H.-G.: Die neuen EG-Regeln über Arzneimittel für seltene Leiden: Ein Förderungssystem für die sog. Orphan-Präparate aus Solidarität mit den Patienten. *PharmR* 2000, S. 170–174.
- Kaplan, W. und Laing, R.: Priority medicines for Europe and the world. Verfügbar unter <http://www.who.int/iris/handle/10665/68769> (Zugriff: 07.11.2018)
- Meier, A., von Czettritz, P., Gabriel, M. und Kaufmann, M.: *Pharmarecht*, 2. Auflage, München 2018.
- Natz, A.: Bericht aus Brüssel. *Pharmarecht* 2018, S. 375.
- Pogany, G.: The present situation of Rare Diseases in Central/Eastern Europe? The role of patient organizations. *Orphanet Journal of Rare Diseases* 2010, Volume 5, Supplement 1 :O30.
- Preuß, K.-J. und Häussler, B.: *Seltene Helden – Orphan Drugs in Deutschland*, 1. Auflage 2012.
- Remmele, C.: *Arzneimittel für seltene Leiden („Orphan Drugs“) im EG- und US-Recht*. Jur. Diss., Augsburg 2017.
- Scherer, F. M.: *Pharmaceutical Innovations. Handbook of the Economics of Innovation* 2010, Volume 1, S. 539–574.
- Sträter, B.: Europäische Rahmenbedingungen für den Schutz von geistigem Eigentum an Zulassungsunterlagen, Teil 1: Rahmenbedingungen für den Schutz des Zulassungsdossiers. *Pharm. Ind.* 73, Nr. 8 (2011), 1450–1458.
- Sträter, B., Burgardt, C. und Bickmann, M.: *Arzneimittel für seltene Leiden – Situation in der EU*. *A&R* 05/2014, S. 195–201.
- Verband forschender Arzneimittelhersteller (vfa): *Positionspapier Orphan Drugs* (2017). Verfügbar unter <https://www.vfa.de/download/forschung-fuer-das-leben-2013.pdf> (Zugriff: 24.11.2018).
- Verband für forschenden Arzneimittel (vfa): *Broschüre Forschung für das Leben* (2013). Verfügbar unter <https://www.vfa.de/download/forschung-fuer-das-leben-2013.pdf> (Zugriff: 23.11.2018) (Zitiert als: Vfa, *Forschung für das Leben*).

- Windeler, J., Koch, K., Lange, S. und Ludwig, W.-D.: Arzneimittelneuordnungsgesetz: Zu guter Letzt ist alles selten. Deutsches Ärzteblatt 2010, Jahrgang 107, Heft 42, A 2032–2034.
- Zelei, T. et al.: Systematic review on the evaluation criteria of orphan medicines in Central and Eastern European countries. Orphanet Journal of Rare Diseases 2016, 11:72.
- Zentner, A. und Haas, A.: Adaptive Pathways: Was würde ein beschleunigter Marktzugang von Arzneimitteln in Deutschland bedeuten? G&S 1/2016, S. 59–66.
- Zylka-Menhorn, V.: Ringen um die Arzneimittelsicherheit. Deutsches Ärzteblatt 2001, Jahrgang 98, Heft 33, A 2076–2078.

Blut gegen Geld? Zur rechtlichen und ethischen Problematik der unentgeltlichen Blutspende

Jana Mendel

1 Einleitung

In den 1980er Jahren ereignete sich einer der größten Medizinskandale weltweit: Durch verunreinigte Blutprodukte infizierten sich tausende Menschen mit HIV, Hepatitis C und Hepatitis B.¹ Die meisten Betroffenen waren Hämophile (Bluter), die zur Behandlung ihrer Krankheit auf Gerinnungspräparate, aus Blutplasma hergestellt, angewiesen waren.² Allein in Deutschland infizierten sich rund 4500 Bluter.³

Als Konsequenz aus dem Blutskandal wurde die Risikominimierung bei Blutentnahmen zum Schutz der Bevölkerung am 7. Juli 1998 im Transfusionsgesetz (TFG) verankert; es gründet unter anderem auf dem Prinzip der Unentgeltlichkeit der Blutspende, um insbesondere Menschen mit Infektionspotenzial nicht zu einer Blutspende zu animieren.⁴

Heute, nach über 20 Jahren, stellt sich die Frage, ob die Prämisse der Unentgeltlichkeit noch gerechtfertigt ist. Das Spendeaufkommen in Deutschland ist gering

¹ *Schreiber*, Das Transfusionsgesetz vom 1. Juli 1998, S. 19; *Lechleuthner*, in: Prütting (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, vor § 1 TFG, Rn. 1.

² *Schreiber* (Fn. 1), S. 19; *Lechleuthner*, in: Prütting (Fn. 1), vor § 1 TFG, Rn. 2.

³ *Gießelmann*, HIV-Hepatitis Blutskandal: Bund übernimmt Entschädigung (<https://www.aerzteblatt.de/achiv/188004/HIV-Hepatitis-Blutskandal-Bund-uebernimmt-Entschaedigung>, zuletzt abgerufen am 13.05.2019).

⁴ BT-Drucksache 13/9594 v. 13.01.1998, S. 20.

und deckt nicht den Bedarf: Nur 3 Prozent der Bevölkerung spendet Blut, obwohl 33 Prozent als Spender in Frage kämen.⁵ Inwieweit eine Bezahlung der „Leistung“ Blutspende neben der bereits bestehenden Möglichkeit einer Aufwandsentschädigung als Motivationsanreiz für mutmaßliche Spender dienen könnte und damit einen Ausweg aus dem Dilemma bieten könnte, wird im Folgenden unter ethischen und rechtlichen Gesichtspunkten diskutiert.

2 Ethische Grundlagen im Bereich des Blutspendewesens

Hervorzuheben ist der Ethische Kodex der *International Society of Blood Transfusion (ISBT)*. Danach orientieren sich die Verantwortlichkeiten im Bereich des Blutspendewesens an den anerkannten vier Prinzipien der biomedizinischen Ethik.⁶ Diese umfassen den Respekt vor der Autonomie des Individuums und damit auch die Möglichkeit zu selbstbestimmten Entscheidungen;⁷ außerdem die Prinzipien der Nonmaleffizienz (Schadensvermeidung), der Wohltätigkeit sowie der Gerechtigkeit, allesamt getragen von der Würde.⁸

Im Ethischen Kodex wird unter anderem das Prinzip der Wohltätigkeit durch die Forderung nach einer freiwilligen und unentgeltlichen Spende betont. Auszugsweise heißt es, dass das Spenderblut als Gemeinschaftsgut angesehen werden sollte, um die Würde des Menschen zu gewährleisten und nicht als eine Ware, um die Ziele anderer zu erreichen.⁹ Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit seien dann gegeben, wenn die Spende aus freien Gründen erfolge und die spendende Person keine Zahlung, weder in Form von Bargeld noch in Form von Sachleistungen oder der Freistellung von anderen Tätigkeiten, erhalte.¹⁰ Das Gewähren von kleinen Erfrischungen und die Erstattung der direkten Reisekosten seien gerechtfertigt.¹¹

Weitgehend konform äußert sich Priv. Doz. Dr. med. Thomas Zeiler, Medizinischer Geschäftsführer des DRK Blutspendedienstes West gGmbH: „Blutspende ist soziales Engagement; allein die Frage nach einem Preis zu stellen, ist aus meiner Sicht unethisch.“¹² Der Medizinethiker, Prof. Dr. Georg Marckmann argumentiert demgegenüber, dass Blutspendedienste und auch nachgeschaltete Firmen mit der

⁵ Sokolow, Geld für Blutspende – Medizinethiker befeuert Diskussion, in: Ärzte Zeitung online https://www.aerzzeitung.de/politik_gesellschaft/medizinethik/article/965401/medizinethiker-befeuert-diskussion-blutspende-geld-nicht.html, zuletzt abgerufen am 22.05.2019.

⁶ ISBT, Code of ethics relating to transfusion medicine, S. 1.

⁷ Rauprich, in: ders./Steger (Hrsg.), Prinzipienethik in der Biomedizin, S. 20; *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, S. 32.

⁸ Rauprich, in: ders./Steger (Fn. 7), S. 19 ff; *Schöne-Seifert* (Fn. 7), S. 32; Arndt, Ethik denken – Maßstäbe zum Handeln in der Pflege, S. 63; ISBT (Fn. 6), S. 1.

⁹ ISBT (Fn. 6), S. 5.

¹⁰ ISBT (Fn. 6), S. 5.

¹¹ ISBT (Fn. 6), S. 5.

¹² Zeiler, in: Schriftliches Interview im Rahmen der Studienarbeit „Blut gegen Geld?“, S. 4.

knappen Ressource Blut schließlich Geld verdienen – eine Gewinnbeteiligung der Spender sei daher nicht nur ethisch gerechtfertigt, sondern eigentlich geboten.¹³

Es zeigt sich, dass die Auslegung ethischer Grundlagen in der Diskussion um eine Zahlung an Blutspender von Divergenzen geprägt ist. Dies auch, weil die Antworten auf die Frage, ob das Blutspenden nicht bereits als Teil einer monetär geprägten Handelskette in ein Marktgeschehen eingebunden ist, auseinandergehen. Deshalb ist ein Blick auf die ökonomischen Gegebenheiten indiziert.

3 Erwägungen unter kommerziellen Gesichtspunkten

Auf der Website der Haema AG, des größten privaten Blutspendedienstes in Deutschland, ist zu lesen, dass alle Spendedienste Arzneimittelunternehmen seien, welche an der Herstellung und dem Verkauf von Blutprodukten Geld verdienen, zumeist auch Gewinne erwirtschafteten.¹⁴ Der Merkur veröffentlichte dazu Zahlen des Blutspendedienstes West.¹⁵ Demnach lag der Überschuss aus einer Vollblutspende von je 0,5 Liter im Jahr 2013 bei 4 Cent.¹⁶ Zeiler erläuterte, dass es für die Blutkomponenten, die für die unmittelbare Patientenversorgung bestimmt seien, aus seiner Sicht keine Rechtfertigung für einen Handel gebe; er differenzierte aber, dass dies für die Komponenten, die für die industrielle Weiterverarbeitung bestimmt seien, anders aussehe.¹⁷

Die inhomogenen Aussagen der Blutspendedienste sollen und können hier nicht gewertet werden. Fest steht, dass Überschüsse beziehungsweise Gewinne erwirtschaftet werden. Der zugrundeliegende Umsatz im deutschen Spenderblutmarkt wird auf circa 500 Millionen Euro jährlich geschätzt.¹⁸

Es ist demnach zunächst nicht grundlegend abzulehnen, auch die Blutspender an den Handelsgewinnen finanziell zu beteiligen.

¹³ *Markmann*, in: Taupitz (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, S. 73.

¹⁴ Zit. nach: <https://www.haema.de/blut-plasmaspende/aufwandsentschaedigung.html>, zuletzt abgerufen am 27.05.2019.

¹⁵ Zit. nach: <https://www.merkur.de/leben/gesundheit/blutspenden-blutkonserven-kostet-eine-blutspende-zr-5094139.html>, zuletzt abgerufen am 27.05.2019.

¹⁶ Zit. nach: (Fn. 15), zuletzt abgerufen am 27.05.2019.

¹⁷ *Zeiler* (Fn. 12), S. 1.

¹⁸ *Becker*, 600 Millionen Euro auf der hohen Kante? Zweifel an Gemeinnützigkeit, https://www.fOCUS.de/finanzen/news/deutsches-rotes-kreuz-drk-experten-zweifeln-an-gemeinnuetzigkeit-des-wohlfahrtsverbands_id_7823110.html, zuletzt abgerufen am 27.05.2019.

4 Entgeltzahlung im Kontext zum Transfusionsgesetz

4.1 Transfusionsgesetz de lege lata

Das TFG bildet die primäre Rechtsgrundlage für das Blut- und Plasmawesen.¹⁹ § 1 S. 1 TFG dient dem Schutz des Integritätsinteresses sowohl auf Spender- als auch auf Empfängerseite.²⁰ Dies wird anhand der Formulierung des § 1 S. 1 TFG deutlich, die als Zweck des Gesetzes einerseits die Sorge um eine sichere Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen von Menschen (Spenderschutz) festschreibt; andererseits festlegt, für eine sichere und allgemein zugängliche Versorgung der Bevölkerung mit Blutprodukten (Empfängerschutz) zu sorgen und deshalb die Selbstversorgung mit Blut sowie Plasmapräparaten auf der Basis der unentgeltlichen freiwilligen Blutspende zu fördern.

Das TFG weist seit Inkrafttreten des 1. TFG-ÄndG 2005 ein gestärktes unionsrechtliches Fundament auf.²¹ Insbesondere wurde die hier relevante Richtlinie 2002/98/EG (Blutrichtlinie) in nationales Recht umgesetzt.²²

Entgelt für Blutspender? – Auslegung nach Wortlaut des § 10 Abs. 1 TFG

§ 10 Abs. 1 TFG schreibt in S. 1 vor: „Die Spendeentnahme soll unentgeltlich erfolgen“. Unentgeltlichkeit ist nach allgemeinen Grundsätzen dann gegeben, wenn die Spende weder von einer Gegenleistung rechtlich abhängen soll noch sonst zur Tilgung einer Verbindlichkeit bestimmt ist.²³ Dennoch zieht der Wortlaut „soll“ keine absolute Grenze, sondern lässt Ausnahmen zu.²⁴ Solche wird man annehmen können, wenn die Blutkomponenten des Spenders besonders selten und wertvoll für die Behandlung von Krankheiten wären.²⁵

Nach S. 2 Hs. 1 kann der spendenden Person eine Aufwandsentschädigung gewährt werden. Dabei ist festzustellen, dass durch die Wortwahl „Aufwandsentschädigung“ unmittelbar im Anschluss an die Unentgeltlichkeit in S. 1 keine Gegenleistung impliziert ist, von der die Spende rechtlich abhängen würde.²⁶ Diese Wortlautauslegung wird durch Hs. 2 des § 10 Abs. 1 S. 2 TFG unterstützt, welcher statuiert, dass sich die Aufwandsentschädigung am „unmittelbaren Aufwand je nach Spendenart orientieren soll“. Aufwendungen sind freiwillig erbrachte Vermögens-

¹⁹ *Schreiber* (Fn. 1), S. 23; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), *Arztrecht*, Kap. VI, Rn. 58; *Deutsch*, in: Spickhoff, *Medizinrecht*, TFG, Vorbem., Rn. 10.

²⁰ BT-Drucksache 13/9594 v. 13.01. 1998, S. 15.

²¹ *Deutsch*, in: Spickhoff (Fn. 19), TFG, Vorbem., Rn. 11; *Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann* (Hrsg.), *Transfusionsrecht*, S. 17, Rn. 62 f.

²² *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Fn. 19), Kap. VI, Rn. 61; *Deutsch*, in: Spickhoff (Fn. 19), TFG, Vorbem., Rn. 11.

²³ *Koch*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo BGB*, § 516, Rn. 24.

²⁴ *Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann*, (Fn. 21), S. 175, Rn. 573; zu „Soll“-Vorschriften: *Driien*, in: *Tiipke/Kruse*, *AO/FGO*, § 5 AO, Rn. 10.

²⁵ Vgl. dazu: *Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann* (Fn. 21), S. 175, Rn. 573.

²⁶ Vgl. dazu: *Koch*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Fn. 23), § 516, Rn. 24.

opfer, die der Spender gezielt für die Zwecke der Durchführung der Spende im Interesse eines Anderen erbringt.²⁷ Der Bezug auf ein Vermögensopfer macht deutlich, dass nur materielle Güter von dem Aufwendungsbegriff umfasst sind.²⁸ Dass daneben auch der persönliche Aufwand²⁹ sowie der Risikoaufwand³⁰ umfasst sind, lässt der Bezug auf die jeweilige Spendenart in § 10 Abs 1 S. 2 a. E. erahnen.³¹ Wo die Grenze vom unmittelbaren zum mittelbaren Aufwand zu ziehen ist, wo die zulässige Höhe der Aufwandsentschädigung liegt und ob dafür eine Pauschale festgelegt werden darf, geht aus dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 TFG nicht hervor. Es bleibt festzuhalten, dass sich eine Entgeltzahlung außerhalb einer Aufwandsentschädigung nicht aus § 10 Abs. 1 TFG herleiten lässt.

Dieses Auslegungsergebnis steht im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben. Nach Art. 20 Abs. 1 S. 1 RL 2002/98/EG ergreifen die Mitgliedstaaten der Europäischen Union notwendige Maßnahmen zur Förderung freiwilliger, unbezahlter Blutspenden, damit die Gewinnung von Blut oder Blutbestandteile so weit wie möglich aus Spenden stammt. Der EuGH stellt mit Urteil vom 09. Dezember 2010 zwar fest, dass die Mitgliedstaaten unterschiedliche Regelungen für Anreize oder die Erstattung von Aufwendungen haben und dafür auch ein Beurteilungsspielraum besteht, bestätigt aber ausdrücklich den Grundsatz der freiwilligen, unbezahlten Blutspende.³²

4.2 Transfusionsgesetz de lege ferenda?

Inwieweit sich eine Entgeltzahlung überhaupt mit verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten vereinbaren ließe, wird nachfolgend hinterfragt.

Art. 1 Abs. 1 GG: Aspekt der Menschenwürde

Art. 1 Abs. 1 GG erklärt die Würde des Menschen für unantastbar. Eine Missachtung der Menschenwürde liegt vor, wenn das Individuum zum Objekt, zu einem bloßen Mittel oder zu einer unververtretbaren Größe herabgewürdigt wird.³³ Auf den hiesigen Fall übertragen, müsste die spendende Person durch den Verkauf ihres Blutes derart objektiviert werden, dass ihr im Gegenzug die Subjektqualität abgesprochen würde. Die Meinungen dazu gehen auseinander:

Brenner kommt unter Zugrundelegung der Selbsthaltigkeitsthese (Tenor: „Ich bin mein Leib“) zu einer Würdeverletzung; der Mensch, der mit der Absicht, sein

²⁷ Vgl. *Krieger*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Fn. 23), § 256, Rn. 2; *Berger*, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), Erman BGB, § 670, Rn. 7.

²⁸ *Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann* (Fn. 21), S. 178, Rn. 585.

²⁹ S. zum persönlichen Aufwand: *Deutsch*, in: Spickhoff (Fn. 19), TFG, § 10, Rn. 7.

³⁰ S. zum Risikoaufwand: *Deutsch*, in: Spickhoff (Fn. 19), TFG, § 10, Rn. 7.

³¹ Vgl. dazu: BT-Drucksache 15/4174 v. 10.11.2004, S. 14; s. auch: *Deutsch*, in: Spickhoff (Fn. 19), TFG, § 10, Rn. 7.

³² *EuGH*, Urt. v. 09.12.2010 – C-421-09, GRUR Int. 2011, S. 252, 255.

³³ *Herdegen*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.): Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar, Art. 1 GG, Rn. 36.

Blut zu verkaufen, Hand an sich selbst anlege, taste seine Würde damit per se an.³⁴ Demgegenüber differenziert Müller: Die Menschenwürde sei dann angetastet, wenn durch die Veräußerung menschlicher Körpersubstanzen der besondere ethische Wert des menschlichen Körpers ad absurdum geführt werde.³⁵ Dies sei bei der kommerziellen Nutzung von Organen anzunehmen, nicht jedoch bei der wirtschaftlichen Nutzbarmachung von Blut.³⁶ Müller begründet, dass die Entnahme von Blut durch dessen Regenerationsfähigkeit nicht zu einer dauerhaften Funktionsminderung für den Gesamtorganismus führe.³⁷ Entgegengesetzt statuiert Thier, dass die Reproduzierbarkeit den Eindruck einer Objektivierung verstärke, weil ein wiederholtes, durch einen sich verschlechternden Allgemeinzustand geprägtes Ausbeutungspotential gegeben sei.³⁸

Roidis-Schnorrenberg argumentiert wiederum, dass das Blut mit der Trennung vom menschlichen Körper nicht mehr dessen Bestandteil sei, sodass der Verkauf von Blut nicht den Ausverkauf eines Menschen selbst darstellen könne.³⁹ Zudem folge aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, dass das Erzielen eines finanziellen Gewinns generell von der Rechtsordnung geschützt sei.⁴⁰ Eine mögliche Gesundheitsgefährdung stelle bis zur Grenze des § 228 StGB keinen Verstoß gegen die guten Sitten dar.⁴¹ Aus Motiven freier Selbstbestimmung dürften somit finanzielle Gründe für eine Blutspende nicht pauschal als menschenrechtswidrig eingestuft werden.⁴² Den Autonomieaspekt stellt auch Roth in den Vordergrund: Der Wille des Menschen, sein Blut gegen Entgelt zu veräußern, mache ihn nicht selbst zum Objekt, sondern der Mensch selbst mache einen Teil seines Körpers zum Objekt seiner eigenen Interessen.⁴³

Der Respekt vor der Autonomie des Blutspenders sowie das Faktum der Regenerationsfähigkeit des Blutes können somit als wesentliche Argumente für die Wahrung der Menschenwürde im Falle einer Entgeltzahlung an Blutspender hervorgehoben werden.

³⁴ Vgl. Brenner, in: Taupitz (Fn. 13), S. 156 f.

³⁵ Müller, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, S. 119.

³⁶ Müller (Fn. 35), S. 121 f.

³⁷ Müller (Fn. 35), S. 121 f.

³⁸ Thier, in: Duttge/Viebahn (Hrsg.), Würde und Selbstbestimmung über den Tod hinaus, S. 140.

³⁹ Roidis-Schnorrenberg, Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile), S. 162; vgl. van den Daele, in: Taupitz (Fn. 13), S. 131.

⁴⁰ Roidis-Schnorrenberg (Fn. 39), S. 162.

⁴¹ Roidis-Schnorrenberg (Fn. 39), S. 162.

⁴² Roidis-Schnorrenberg (Fn. 39), S. 163.

⁴³ Vgl. Roth, Eigentum an Körperteilen – Rechtsfragen der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, S. 27.

Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG: Aspekt des Gesundheitsschutzes

Der Gesundheitsschutz findet seine grundrechtliche Ausprägung in Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG, der zumindest somatische Funktionsstörungen oder Körperschäden sowie psychopathische Störungen erfasst.⁴⁴ Nachvollziehbar ist deshalb, dass der Gesundheitsschutz in Folge des Blutskandals eine besondere Beachtung in der Gesetzesbegründung des TFG erfahren hat. Die Befürchtung, dass wegen des Anreizes einer Entgeltzahlung unerwünschte Spendewillige angelockt würden,⁴⁵ lässt sich in diesem Zusammenhang nicht mit Sicherheit ausschließen. Wissenschaftlich belegt ist diese Befürchtung indes nicht.⁴⁶ Zudem scheint der vermutete Kausalzusammenhang zwischen Entgeltzahlung und unerwünschten Blutspendern im Lauf der Jahre an Bedeutung verloren zu haben – die wissenschaftlichen Erkenntnismethoden wurden mittlerweile optimiert, sodass unpassende Spender ausgeschieden werden können.⁴⁷

Das Paul-Ehrlich-Institut bezeichnet in Deutschland eingesetzte Blutkomponenten dank umfassender Kontrollmaßnahmen als sehr sicher.⁴⁸ Nach Angaben der Deutschen Gesellschaft für Transfusionsmedizin und Immunhämatologie ist das Risiko einer HIV-Infektion durch Bluttransfusion geringer als 1:25 Millionen, das einer HCV-Infektion geringer als 1:75 Millionen.⁴⁹ Damit hat sich die Sicherheitsproblematik in der Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen seit 1998 erheblich reduziert, sodass im Umkehrschluss der Gesundheitsschutz auch bei Zahlung einer Vergütung für Spender Bestand hätte.

Art. 3 Abs. 1 GG: Aspekt der Gleichheit vor dem Gesetz

Nach Art. 3 Abs. 1 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Der Gesetzgeber ist durch Art. 3 Abs. 1 GG dazu angehalten, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.⁵⁰

Eine Ungleichbehandlung könnte durch eine Vergütungsregelung in § 10 Abs. 1 TFG de lege ferenda für Blutspender gegenüber Inhabern eines Organs, bei denen

⁴⁴ Zur vollständigen Begriffsklärung, s. *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 2 GG, Rn. 150; *Di Fabio*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.) (Fn. 33), Art. 2 GG, Rn. 57.

⁴⁵ BT-Drucksache 13/9594 v. 13.01.1998, S. 20.

⁴⁶ *Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann* (Fn. 21), S. 175, Rn. 573.

⁴⁷ *Deutsch/Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, Kap. XLII. Spende, Rn. 2145.

⁴⁸ PEI Pressemitteilung 11/2019 v. 20.05.2019, <https://www.pei.de/DE/ifos/presse/pressemitteilungen/2019/11-sicherheit-blutspenden-weiter-erhoeht-pei-ordnet-hepatitis-e-testung-blutspendean.html>, zuletzt abgerufen am 25.05.2019.

⁴⁹ *Ham*, Bluttransfusionen: Wie hoch ist das Ansteckungsrisiko für HIV oder Hepatitis, <https://www.gesundheitsstadt-berlin.de/bluttransfusionen-wie-hoch-ist-das-ansteckungsrisiko-fuer-hiv-oder-hepatitis-12594/>, zuletzt abgerufen am 25.05.2019.

⁵⁰ *Kirchhof*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.) (Fn. 33), Art.3 GG, Rn. 89.

§ 17 Abs. 1 S. 1 Transplantationsgesetz (TPG) den Handel⁵¹ explizit verbietet, vorliegen. Die rechtlich bedeutsame Gemeinsamkeit der Konstellationen wäre die Absicht einer kommerziellen Nutzung eigener Körpersubstanzen.⁵² Mit Blick auf die stoffliche Zusammensetzung ließe sich vermutlich kein sachlicher Grund⁵³ für die Ungleichbehandlung einzelner organischer Zellen gegenüber dem Blut finden, das ebenfalls zelluläre Bestandteile aufweist.⁵⁴

Zu beachten bleibt indes, dass auch die aktuelle Gesetzeslage in § 10 Abs. 1 TFG kein explizites Handelsverbot vorsieht, sodass davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber seine Einschätzungsprärogative⁵⁵ derart ausgeübt hat, zwischen der Zell- und Gewebespende (TPG) und der Blutspende (TFG) zu differenzieren.⁵⁶ Als weiteres Unterscheidungsmerkmal ist erneut anzuführen, dass Blut vom Körper selbst reproduziert wird, während Organe nicht eigens reproduzierbar sind. Damit sind triftige Unterscheidungsmerkmale vorhanden, die eine differenzierte monetäre Behandlung von Blut- und Organspendern rechtfertigen könnten.

5 Entgeltzahlung im Kontext zum Heilmittelwerbe-gesetz

5.1 Heilmittelwerbe-gesetz de lege lata

Das Heilmittelwerbe-gesetz (HWG) findet nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG Anwendung auf Werbung für Arzneimittel im Sinne des § 2 Arzneimittelgesetz (AMG). Darunter fallen auch Blut und Blutplasma⁵⁷. § 7 Abs. 3 HWG setzt der Werbung für Blutspenden ihre Grenzen. Danach ist es „unzulässig, für die Entnahme oder sonstige Beschaffung von Blut-, Plasma- oder Gewebespenden zur Herstellung von Blut- und Gewebeprodukten und anderen Produkten zur Anwendung bei Menschen mit der Zahlung einer finanziellen Zuwendung oder Aufwandsentschädigung zu werben“. Es fällt auf, dass der Wortlaut des § 7 Abs. 3 HWG enger gefasst ist als der des § 10 Abs. 1 S. 2 TFG, der eine Aufwandsentschädigung für Blutspenden zulässt.

⁵¹ Nach *BGH*, Urt. v. 15.04.1980 – 5 StR 135/80 = NJW 1980, S. 2204, 2204 ist Handeltreiben jede eigennützige, auf Güterumsatz gerichtete Tätigkeit, selbst wenn es sich nur um eine gelegentliche, einmalige oder vermittelnde Tätigkeit handelt.

⁵² *Roth* (Fn. 43), S. 91.

⁵³ Zur sog. Willkürformel: *Nußberger*, in: *Sachs* (Fn. 44), Art. 3 GG, Rn. 8.

⁵⁴ *Roth* (Fn. 43), S. 91.

⁵⁵ Nach unionsrechtlichen Vorgaben gibt weder Art. 12 der Geweberichtlinie noch Art. 20 der Blutrichtlinie eine explizite Verbotsregelung vor.

⁵⁶ *Roth* (Fn. 43), S. 91 f.

⁵⁷ *Rebmann* (Hrsg.), *Arzneimittelgesetz (AMG)*, § 3, Rn. 2; vgl. *Brixius* in: *Bülow/Ring/Arzt/Brixius* (Hrsg.), *Heilmittelwerbe-gesetz Kommentar*, § 1, Rn. 66; *Doepner*, in: *ders./Reese* (Hrsg.), *Heilmittelwerbe-gesetz*, § 1, Rn. 195.

Auslegung des § 7 Abs. 3 HWG unter Zugrundelegung des § 10 Abs. 1 S. 2 TFG

§ 7 Abs. 3 HWG könnte gegen Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) verstoßen, der auch die Freiheit der beruflichen Außendarstellung einschließlich der Werbefreiheit umfasst.⁵⁸ Dadurch, dass § 7 Abs. 3 HWG den Spendeeinrichtungen (die über Art. 19 Abs. 3 GG in den Schutzbereich der Berufsfreiheit einbezogen sind) die Werbung mit der Zahlung einer finanziellen Zuwendung oder Aufwandsentschädigung für Blutspenden verbietet, liegt ein final, unmittelbar und imperativ wirkender Eingriff in deren Werbefreiheit vor.⁵⁹

Restriktiv auf die Werbefreiheit wirkt allerdings wiederum der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG modifiziert durch die Dreistufentheorie nach der sich Einschränkungen umso eher rechtfertigen lassen, je mehr sie die Berufsausübungs- und je weniger sie die Berufswahlfreiheit berühren.⁶⁰ Als Berufsausübungsregel kann eine Einschränkung der Werbefreiheit durch vernünftige Gemeinwohlerwägungen und unter Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein.⁶¹ Dazu entschied der BGH mit Urteil vom 30.04.2009 das Folgende:⁶² Neben den Interessen des Gesundheitsschutzes und den, unter anderem ethisch geprägten Zielen, den menschlichen Körper beziehungsweise dessen Teile nicht als Objekte des Handels erscheinen zu lassen, diene die Gewährung einer Aufwandsentschädigung auch der Versorgung der Bevölkerung mit Blut und Plasma.⁶³ Werbeabsichten käme dem öffentlichen Interesse nach der Förderung einer ausreichenden Spendebereitschaft zugegen.⁶⁴ Eine sachorientierte Information könne gerade durch die exakte Wortlautwiedergabe des § 10 Abs. 1 S. 2 TFG erreicht werden.⁶⁵

Es bleibt festzuhalten, dass ein Eingriff durch § 7 Abs. 3 HWG in die Werbefreiheit als Ausprägung des Art. 12 Abs. 1 GG solange nicht zu beanstanden ist, wie sich die Werbung auf sachliche Informationen bezieht. Um mehr Rechtsklarheit und -sicherheit für die Durchführung von Werbemaßnahmen zu bieten, erscheint es aber mittelfristig sinnvoll, § 7 Abs. 3 HWG entsprechend zu überarbeiten sowie darüber hinaus die gestalterischen und inhaltlichen Rahmenbedingungen der Werbung für eine Aufwandsentschädigung für die Blutspende zu konkretisieren.

Da eine Aufwandsentschädigung per Definition nicht unter die Regelung des Art. 20 Abs. 1 S. 1 RL 2002/98/EG fällt, kann eine sachliche Information über die Gewährung einer Aufwandsentschädigung durch Werbung auch unter unionsrecht-

⁵⁸ Mann, in: Sachs (Fn. 44), Art. 12 GG, Rn. 79.

⁵⁹ Zum klassischen Eingriffsbegriff, s.: Sachs, in: ders. (Fn. 44), Vorbem. zu Abschnitt I, Rn. 78 ff.

⁶⁰ Vgl. Mann, in: Sachs (Fn. 44), Art. 12 GG, Rn. 105 ff.; grundlegend: *BVerfG*, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 = NJW 1958, S. 1035, 1038 f.

⁶¹ Vgl. Mann, in: Sachs (Fn. 44), Art. 12 GG, Rn. 126 f.; grundlegend: *BVerfG*, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 = NJW 1958, S. 1035, 1038 f.

⁶² *BGH*, Urt. v. 30.4.2009 – I ZR 117/07 = *MedR* 2010, S. 316 ff.

⁶³ BT-Drucksache 15/4174 v. 10.11.2004, S. 14.

⁶⁴ *BGH*, Urt. v. 30.4.2009 – I ZR 117/07 = *MedR* 2010, S. 316 ff.

⁶⁵ Ebd.

lichen Gesichtspunkten nicht verboten sein.⁶⁶ Vielmehr kann § 7 Abs. 3 HWG nur mit teleologischer Reduktion als unionsrechtskonform angesehen werden.⁶⁷

5.2 § 7 Abs. 3 HWG de lege ferenda?

Anknüpfend an die Ausführungen und Lösungsvorschläge zu der Gewährung einer Entgeltzahlung im Kontext des § 10 TFG stellt sich die Frage, ob de lege ferenda zudem das Werbeverbot des § 7 Abs. 3 HWG dahingehend eine Änderung erfahren sollte, dass auch eine Entgeltzahlung an Blutspender beworben werden dürfte. Als Ausgangspunkt der Betrachtung kann erneut das Urteil des BGH zur Werbung für eine Blutspende unter Wiedergabe des Wortlautes des § 10 Abs. 1 S. 2 TFG herangezogen werden.⁶⁸ Bestünde die Möglichkeit, ein Entgelt nach § 10 Abs. 1 TFG n. F. zu gewähren, so könnte auch die Werbung für Blutspenden gegen Entgelt, unter Wiedergabe des Wortlauts des § 10 Abs. 1 TFG n. F. als sachliche Information eingeordnet werden. § 7 Abs. 3 HWG ließe sich damit weiterhin teleologisch reduzieren, dass ein Auseinanderfallen von § 10 Abs. 1 TFG und § 7 Abs. 3 HWG zunächst keine objektive Relevanz hätte.

6 Abschließende Stellungnahme – Ausblick

Als Konsequenz aus der vorstehenden Erörterung sieht die Verfasserin die Prinzipien der biomedizinischen und (grund-)gesetzlich verankerten Ethik bei einer Entgeltzahlung für Blutspenden gewahrt. Dabei stellen das individuelle Recht auf Selbstbestimmung, die Regenerationsfähigkeit des menschlichen Blutes, die es von soliden Organen abgrenzt, sowie der hohe Standard im Gesundheitsschutz die Hauptargumente dar. Nach dieser Einschätzung können kommerzielle Erwägungen in diesem Bezug nicht unbeachtet bleiben. Der Handel mit Blut und eine daraus resultierende Gewinn- beziehungsweise Überschusserzielung ist existent. In diesem Zusammenhang hat es keine Relevanz, in welchem Umfang bestimmte Blutbestandteile oder Blutprodukte, welchen Handelsweg gehen, sondern dass diese auf einen Spender zurückzuführen sind, der das Fundament für die kommerzielle Nutzung legt und damit auch den Anspruch auf eine monetäre Beteiligung hätte. Als wesentlich für die Legitimation einer Entgeltzahlung für Blutspenden sowie darüber hinaus deren Bewerbung sollte der „Nachfrage-Aspekt“ beachtet werden, der mit dem Anspruch des § 10 Abs. 1 TFG konform geht und durch das dargestellte Urteil des BGH⁶⁹, das die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Blut und Blutplasma in den Vordergrund stellt, gestützt wird.

⁶⁶ BT-Drucksache 15/4174 v. 10.11.2004, S. 13, zit. in: *BGH*, Urt. v. 30.4.2009 – I ZR 117/07 = *MedR* 2010, S. 316, 317.

⁶⁷ Vgl. *Reese*, in: *Doepner/Reese* (Fn. 57), § 7, Rn. 207.

⁶⁸ *BGH*, Urt. v. 30.4.2009 – I ZR 117/07 = *MedR* 2010, S. 316 ff.

⁶⁹ *BGH*, Urt. v. 30.4.2009 – I ZR 117/07 = *MedR* 2010, S. 316 ff.

Allerdings könnte eine Entgeltzahlung für Blutspenden, selbst wenn eine Einbindung in deutsches Recht gewollt wäre, auf EU-Ebene scheitern. Zudem ist der Handel mit Blut wenig transparent. Letztendlich wäre die Höhe von Handelsgewinnen auf einer solchen Grundlage nicht explizit abschätzbar und damit wäre auch eine marktbasierete Vergütung an Blutspender nicht bestimmbar. Eine Definition des Marktgeschehens einschließlich der Erlös- und Gewinnsituation erscheint daher unumgänglich. Die Einführung eines Entgeltes für Blutspender sowie auch der Werbung hierfür ließe sich dementsprechend nur langfristig erreichen. Ein die dargestellten Kritikpunkte umfassendes Lösungsmodell könnte wie folgt ausgestaltet sein:



Abbildung 1: Lösungsmodell zur sukzessiven Umsetzung einer Entgeltzahlung an Blutspender sowie deren Bewerbung

Literatur

- Arndt, M.: Ethik denken – Maßstäbe zum Handeln in der Pflege. 1. Auflage, Stuttgart 1996.
- Brenner, A.: Über Körper und Leiber und deren Selbstkommerzialisierung, in: Taupitz (Hrsg.): Kommerzialisierung des menschlichen Körpers. 1. Auflage, Heidelberg 2007, S. 153–160.
- Bülow, P./Ring, G./Arzt, M./Brixius, K.: Heilmittelwerbegesetz Kommentar. 5. Auflage, Köln 2016.
- Deutsch, E./Bender, A. W./Eckstein, R./Zimmermann, R.: Transfusionsrecht – Ein Handbuch für Ärzte, Juristen und Apotheker. 2. Auflage, Stuttgart 2007.

- Deutsch, E./Spickhoff, A.: Medizinrecht. 7. Auflage, Heidelberg 2014.
- Doepner, U./Reese, U.: Heilmittelwerbegesetz Kommentar. 3. Auflage, München 2018.
- Herzog, R./Scholz, R./Herdegen, M./Klein, H. H. (Hrsg.): Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar. Band 1, 85. Lieferung, München 2018.
- Laufs, A./Katzenmeier, C./Lipp, V.: Arztrecht. 7. Auflage, München 2015.
- Marckmann, G.: Menschliches Blut – altruistische Spende für kommerzielle Zwecke? in: Taupitz (Hrsg.): Kommerzialisierung des menschlichen Körpers. 1. Auflage, Heidelberg 2007, S. 69–81.
- Müller, R.: Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen – Rechtliche Grundlagen und Grenzen. 1. Auflage, Berlin 1997, jur. Diss., Friedrich-Alexander-Universität, Erlangen-Nürnberg, 1996.
- Prütting, D. (Hrsg.): Medizinrecht Kommentar. 4. Auflage, Köln 2016.
- Rauprich, O.: Prinzipienethik in der Biomedizin – Zur Einführung, in: Rauprich/Steger (Hrsg.): Prinzipienethik in der Biomedizin – Moralphilosophische und Medizinische Praxis. 1. Auflage, Frankfurt am Main 2005, S. 11–45.
- Rehmann, W. A. (Hrsg.): Arzneimittelgesetz (AMG) Kommentar. 4. Auflage, München 2014.
- Roidis-Schnorrenberg, H. E.: Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile. 1. Auflage, Mannheim 2016, jur. Diss., Universität Mannheim, 2015.
- Roth, C.: Eigentum an Körperteilen – Rechtsfragen der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers. 1. Auflage, Heidelberg/Berlin 2009, jur. Diss., Universität zu Köln, 2008.
- Sachs, M. (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar. 8. Auflage, München 2018.
- Säcker, F. J./Rixecker, R./Oetker, H./Limperg, B. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4, 8. Auflage, München 2019.
- Schöne-Seifert, B.: Grundlagen der Medizinethik. 1. Auflage, Stuttgart 2007.
- Schreiber, S.: Das Transfusionsgesetz vom 1. Juli 1998. 1. Auflage, Frankfurt am Main, 2001, jur. Diss., Georg-August-Universität Göttingen, 2001.
- Spickhoff, A.: Medizinrecht. 3. Auflage, München 2018.
- Thier, M.: Rechtliche Aspekte der Körperspende, in: Duttge/Viebahn (Hrsg.): Würde und Selbstbestimmung über den Tod hinaus. 1. Auflage, Göttingen 2017, S. 129–142.
- Tipke, K./Kruse, H. W. (Hrsg.): Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung Kommentar. 155. Lieferung, Köln 2019.
- van den Daele, W.: Gewinnverbot: Die ambivalente Verteidigung einer Kultur der Gabe, in: Taupitz (Hrsg.): Kommerzialisierung des menschlichen Körpers. 1. Auflage, Heidelberg 2007, S. 127–140.

Westermann, H. P./Grunewald, B./Maier-Reimer, G. (Hrsg.): Erman, BGB
Kommentar. 15. Auflage, Köln 2017.

Zeiler, T.: Schriftliches Interview im Rahmen der Studienarbeit mit dem Thema:
Blut gegen Geld? – Zur rechtlichen und ethischen Problematik, auch im Hin-
blick auf die Vorschriften des HWG. Göttingen 2019, S. 1–5.

Die §§ 299a, 299b StGB im Lichte des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 II GG)

Michael G. Lieberum

1 Einleitung

Fragen nach der Bestimmtheit eines Gesetzes offenbaren ein allgegenwärtiges Spannungsverhältnis: Auf der einen Seite steht die nötige Präzision der Formulierung und ihr gegenüber die gebotene sprachliche Offenheit, welche erst die Möglichkeit der generell-abstrakten Anwendung des jeweiligen Rechtssatzes auf eine Vielzahl unvorhersehbarer Tatbestände zu schaffen vermag. Der Gesetzgeber sieht sich entsprechend beim Erlass von Normen – zugespitzt formuliert – stets mit einer Gratwanderung zwischen dem Gebot der Bestimmtheit staatlichen Handelns und dem Verbot des Einzelfallgesetzes konfrontiert. Dies gilt umso mehr im Bereich der ultima ratio, dem Strafrecht, für welches die Mütter und Väter des Grundgesetzes in Art. 103 II GG strikte Vorgaben machten. Besondere Relevanz entfalten diese Grundsätze immer wieder aufs Neue, wenn es um die Fragen des „Ob“ und vor allem des „Wie“ der Bekämpfung kurzfristig im öffentlichen Diskurs auftauchender, potenziell gesellschaftsschädigender Verhaltensweisen geht. Der folgende Beitrag befasst sich aus verfassungsrechtlicher Perspektive mit den noch relativ „jungen“ §§ 299a und 299b, die im Jahr 2016 im Zuge des „Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“ in das StGB eingeführt wurden.¹

¹ Art. 1 des „Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ vom 30.05.2016, BGBl. I 2016, S. 1254 ff.

2 Die Grundsätze des Art. 103 II GG

Auf die Bedeutung des allgemeinen Rechtsstaatsgebotes (Art. 20 III, Art. 1 III GG)² sei in diesem Zusammenhang hingewiesen, und gleichfalls von Relevanz ist der zweite Absatz des Art. 103 GG, der speziell für die staatliche Strafgewalt (nochmals) einen strengen Gesetzesvorbehalt festlegt.³ Aus diesem Vorbehalt wird üblicherweise neben dem Rückwirkungsverbot, dem Verbot des Gewohnheitsrechts und dem Analogieverbot auch das Bestimmtheitsgebot hergeleitet.⁴ Während also das allgemeine Bestimmtheitsgebot die generelle Verlässlichkeit des Rechts bzw. die Klarheit über den Bestand aller rechtswirksamen Staatsakte sicherstellen soll,⁵ bezieht sich das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG seinem Wortlaut nach nur auf das Strafrecht und ist hier ungleich strenger aufzufassen⁶ – wie streng im Einzelnen jedoch, hängt nicht zuletzt von der Zweckrichtung ab. Nach allgemeiner Ansicht treten hierbei zwei Aspekte mit unterschiedlichen Zweckrichtungen in den Vordergrund.⁷

2.1 Zweckrichtung Gewaltenteilung

Auf der einen Seite ist der Gesetzgeber aufgefordert, die Grenzen der Strafbarkeit so exakt zu formulieren, dass deren Konkretisierung nicht allein dem Rechtsanwender überlassen bleibt. Das Bestimmtheitsgebot ist also (auch) ein Ausdruck der Gewaltenteilung.⁸ Die Entscheidung über den Umfang des Schutzes eines Rechtsguts mit den Mitteln des Strafrechts soll der Legislative obliegen. Gleichzeitig kann die Strafe als Eingriff in die Freiheit des Einzelnen gemäß Art. 104 I GG nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes erfolgen. Zwecks Abgrenzung der Kompetenzen der legislativen Gewalt von denen der Exekutive darf der Strafrichter diese Entscheidung des Normgebers keinesfalls korrigieren.⁹

² BVerfGE 95, 96, 131.

³ BVerfGE 126, 170, 199.

⁴ Etwa: BVerfGE 26, 41, 42; *Roxin*, AT Bd. 1, § 5 Rn. 7; *Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips, S. 21; *Fischer*, StGB §1 Rn. 2; *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.) GG, Art. 103 Abs. 2 Rn. 2.

⁵ *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 20 Rn. 122 f.

⁶ *G. Nolte/H.P. Aust* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 103 II Rn. 136; v. Münch/*Kunig* (Hrsg.), GG, Art. 103 II, Rn. 27.

⁷ BVerfGE 71, 108, 116; 92, 1, 19; 126, 170, 197; 130, 1, 43 und BVerfGE 25, 269, 285; 26, 41, 42; BGHSt 23, 167, 171; 37, 226, 239. Von einem „doppelten Zweck“ des Bestimmtheitsgebots sprechen etwa auch *G. Nolte/H.P. Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 103 II Rn. 140; *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 103 II Rn. 38.

⁸ *Krabl*, Die Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgrundsatz, S.23, 404 f.; *Birkenstock*, Die Bestimmtheit von Straftatbeständen, S. 104.

⁹ BVerfGE 130, 1, 43 f.; 105, 135, 153.

2.2 Zweckrichtung Vorhersehbarkeit

Die zweite Zweckrichtung betrifft die Vorhersehbarkeit der staatlichen Strafe. Schon im Jahr 1951 urteilte der Bayerische Verfassungsgerichtshof unter Anwendung des Art. 104 BV (seinem Sinngehalt nach dem Art. 103 II GG entsprechend), dass Eingriffe in die persönliche Freiheit, „das höchste Gut des Bürgers“, voraussehbar und berechenbar sein müssen. So sei die Würde der menschlichen Persönlichkeit verletzt, wenn aufgrund einer unbestimmten Strafnorm eine Verurteilung erfolgen könnte.¹⁰ Dem Einzelnen muss also „die Grenze des straffreien Raums klar vor Augen stehen“.¹¹

2.3 Praktischer Rahmen

Die ständige Rechtsprechung macht deutlich, dass dem Gesetzgeber ein gewisses Maß an Allgemeinheit bei der Formulierung von Normen des zwangsläufig abstrakt-generellen Strafrechts zuzugestehen ist,¹² denn „ohne derartige Begriffe könnte der Gesetzgeber der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht Rechnung tragen.“¹³ Vielmehr ist die Gerichtsbarkeit gefragt und muss mit Hilfe des Wortlauts als äußerster Grenze der zulässigen richterlichen Interpretation den Inhalt der gesetzlichen Sanktionsnorm bestimmen. Der Schutz der Gewaltenteilung soll entsprechend nicht derart scharf durchgreifen, dass den Gerichten lediglich die bloße Wiedergabe präziser Rechtssätze verbleibt.¹⁴ Die mögliche Gesetzesauslegung durch den Rechtsanwender kann also als nachträgliches Korrektiv eine Norm verfassungsmäßig ausreichend bestimmen.¹⁵

Dieser Ansatz erscheint allerdings nicht unproblematisch und wird entsprechend auch in Teilen der Literatur kritisiert.¹⁶ Es muss die Frage erlaubt sein, ob es dem Gesetzlichkeitsprinzip noch entspricht, wenn eine zunächst verfassungswidrige, weil unbestimmte Norm durch genügend Urteile nachträglich in die Verfassungsmäßigkeit gerettet werden kann. Von der Hand weisen lässt sich jedoch ebenso wenig, dass – soweit die Vorhersehbarkeit einer strafrechtlichen Reaktion des Staates im Vordergrund stehen soll – überhaupt erst durch eine tradierte Rechtsprechung die äußersten Grenzen des Wortlauts Kontur erlangen können.

¹⁰ BayVerfGH, Ent. v. 13.10.1951 in: Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes Bd. 4, S. 194 ff.

¹¹ BVerfGE 109, 133, 172; 32, 346, 362; 25, 269, 285.

¹² Das Bundesverfassungsgericht spricht insofern von einem „Präzisierungsgesetz“, BVerfGE 126, 170, 198. Ebenso: BVerfGE 75, 329, 341; 78, 374, 382; 95, 96, 131; 105, 135, 153; BGHSt 59, 218 Rn. 9.

¹³ BVerfGE 4, 352, 358.

¹⁴ *Marxen*, Goldammer's Archiv 1985, S. 546.

¹⁵ BVerfGE 93, 266, 292 zur Frage nach dem Begriff der „Beleidigung“ in § 185 StGB.

¹⁶ *Krabl*, Die Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgrundsatz, S. 343 f; *Lutfullin*, Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot und Mengenbegriffe, S. 59; *Kemmer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Art. 103 II, Rn. 96; *Greco*, Goldammer's Archiv 2012, S. 458 f.

Insofern ist das Bestimmtheitsgebot nicht als absolut zu sehen, sondern als ein rechtstheoretisches Prinzip, das der Optimierung der Strafgesetze dient und damit abwägungsfähig ist.¹⁷ Ebenso ist festzuhalten, dass nicht weiter auslegungsfähige Straftatbestände vom Gesetzgeber weder praktisch zu leisten sind, noch ernstlich erwartet werden können. Erst aus dem Zusammenwirken von Legislative und Strafgerichtsbarkeit ergibt sich die engstmögliche Annäherung an Klarheit und Voraussehbarkeit für den Einzelnen.¹⁸

3 Die §§ 299a, 299b StGB¹⁹

Mit seinem Beschluss vom 29. März 2012²⁰ zur Frage nach der Subsumtion von Kassenärzten unter den Begriff des „Amtsträgers“ im § 11 I Nr. 2 bzw. zu der Überlegung, diese als „Beauftragte“ der Krankenkassen i.S.d. § 299 anzusehen, wich der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs von vorangegangenen Urteilen einiger Amts- und Landgerichte²¹ ab und führte dem Gesetzgeber so eine Strafbarkeitslücke bei den Bestechungsdelikten vor Augen. Auf die deutliche Empfehlung der obersten Richter folgte zwar umgehend die Erarbeitung eines Gesetzentwurfes,²² letztlich verzögerte sich die Verabschiedung eines entsprechenden Änderungsgesetzes zum StGB aber bis Mitte 2016.²³

3.1 Tatbestand

Mit der Eingliederung der neu geschaffenen Vorschriften in den 26. Abschnitt des StGB „Straftaten gegen den Wettbewerb“ verdeutlicht der Gesetzgeber die Absicht, das Vertrauen in den funktionierenden freien und fairen Wettbewerb zu schützen. Die §§ 299a, 299b sind hierbei auf den Bereich des Gesundheitsmarktes beschränkt. Sie dienen somit der Einhaltung der Regeln des Gesundheitsmarktes und weniger dem Schutz eines komplett freien Wettbewerbs.²⁴

Gemäß § 299a muss der Täter im Zusammenhang mit der Heilberufsausübung sich oder einem Dritten einen Vorteil versprechen lassen oder annehmen. Dies muss als Gegenleistung bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln bzw. von Medizinprodukten, bei der unmittelbaren Anwendung von eben solchen

¹⁷ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 75 f.

¹⁸ Hassemer/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *StGB*, § 1 Rn. 41.

¹⁹ Alle folgenden §§ sind soweit nicht anders gekennzeichnet solche des StGB.

²⁰ BGHSt GS 57, 202 = NJW 2012, 2530 ff.

²¹ So etwa: AG Ulm, Urt. v. 26.10.2010 = 3 Cs 37 Js 9938/07; LG Hamburg, Urt. v. 9.12.2010 – 618 KLS 10/09; GesR 2011, 164.

²² „Deutschlands Zukunft gestalten“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14.12.2013, S. 55.; BT-Drs. 17/14575.

²³ Durch Art. 4 des „Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ vom 30.05.2016, BGBl. 2016 I S. 1254.

²⁴ Rogall, in: Wolter (Hrsg.), *SK-StGB*, § 299a Rn. 1.

Mitteln bzw. Produkten durch einen Heilberufsangehörigen oder einem von ihm beauftragten Berufshelfer oder aber bei der Zuführung von Untersuchungsmaterial für die Bevorzugung im Wettbewerb in unlauterer Weise erfolgen. § 299b ist als Spiegelbild des § 299a dann erfüllt, wenn die Bestechung durch den Täter aktiv vorgenommen wird.

3.2 Bisheriger Diskussionsstand zur Bestimmtheit der §§ 299a, 299b

Nach der Fassung des Regierungsentwurfes des § 299a I Nr. 2 StGB-E sollte sich wegen Bestechlichkeit auch derjenige Heilberufsangehörige strafbar machen, der bei der Vorteilsannahme „seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.“²⁵ Diese Tatvariante, die Bezug auf das Schutzgut des „Vertrauens der Patienten auf die heilberufliche Unabhängigkeit“ nehmen sollte und auch dann gegriffen hätte, wenn es an einer Wettbewerbslage fehlte,²⁶ wurde jedoch vor Inkrafttreten ersatzlos gestrichen. An der Einbeziehung der berufsrechtlichen Pflichten waren zuvor Bedenken geäußert worden.²⁷ So wurde kritisiert, dass die Verwendung eines solchen Blankett-Straftatbestandes eine Vielzahl an unterschiedlichen Berufsausübungsregelungen im Gesundheitswesen umfasst hätte. Zusätzlich hätte der pauschale Verweis auf das Berufsrecht in Einzelfällen auch dazu geführt, dass – übertrieben formuliert – die Ärzteschaft selbst die Grenzen der Strafbarkeit definiert hätte.

a.) Bestimmtheitsproblematik – Vorhersehbarkeit

Der normative Begriff der „berufsrechtlichen Pflichten“ umfasst die im Bundesgebiet uneinheitlichen Berufsordnungen der einzelnen Ärztekammern. Diese nehmen als berufsständische Selbstverwaltung der approbierten Ärzte unter anderem auch die durch das Kammergesetz des jeweiligen Bundeslandes übertragene Aufgabe der Entwicklung einer eigenen Berufsordnung wahr.²⁸ Zwar gibt es mit der MBO-Ä ein durch Beschluss der Bundesärztekammer festgelegtes Muster einer solchen Berufsordnung, dieses ist allerdings unverbindlich. Lokale Unterschiede sind nicht unüblich und es besteht bis heute ein schwer zu überblickendes Geflecht von ortsabhängigen Regelungen, die teilweise viel Raum für Interpretationen lassen.

Der Verweis auf das Berufsrecht der Heilberufe im Entwurf der §§ 299a, 299b StGB-E vermag entsprechend nicht die Voraussetzungen der Strafbarkeit für den

²⁵ RegE, BT-Drs. 18/6446, S.7.

²⁶ RefE v. 04.02.2015, 20 f.; RegE, BT-Drs. 18/6446, S. 16; *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, medstra 2015, 152.

²⁷ *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11 ff.; *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, medstra 2015, 142 ff.; *Gaede*, medstra 2015, 263 ff.; *Schubert/Brettel/Duitge*, JZ 2015, 929 ff.; Stellungnahme der vfa. (Die forschenden Pharma-Unternehmen) vom 11.11.2015, S.5 f.; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, Nr. 40/2015, S. 5 ff.; Befürwortend hingegen: Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, Nr. 22/15.

²⁸ Für Niedersachsen: § 25 Nr. 1 lit. f) Nds.HKG.

Adressaten klar zu umreißen. Dies gilt besonders für das Allgemeindelikt des § 299b StGB-E, aber selbst von Mitgliedern der einzelnen Heilberufe kann wohl kaum erwartet werden, dass sie die unterschiedlichen Regelungen aller 17 Landesärztekammern kennen. Aus Sicht der Normadressaten ist somit die Erkennbarkeit der Tragweite des Straftatbestandes aus dem Gesetz selbst keinesfalls gegeben. Entsprechend steht die Nr. 2 der §§ 299a I und 299b I StGB-E mit dem Bestimmtheitsgebot in Konflikt, indem sie dem Zweck der Vorhersehbarkeit entgegenläuft.

b.) Bestimmtheitsproblematik – Gewaltenteilung

Zusätzlich sind die einzelnen Berufsordnungen relativ weit von einer demokratischen Legitimation durch einen parlamentarischen Gesetzgeber entfernt, wodurch sich entsprechend Probleme im Hinblick auf die Sicherung der Gewaltenteilung (welche, wie oben gezeigt, ebenfalls durch das Bestimmtheitsgebot geschützt werden soll) ergeben. Zwar fällt auch eine Satzung unter den Begriff des materiellen „Gesetzes“ in Art. 103 II GG, soweit diese gemäß der Voraussetzungen des Art. 80 I GG erlassen wurde.²⁹ Nach dem Bundesverfassungsgericht ist aber zum einen der Verordnungsgeber ausdrücklich zu ermächtigen, zum anderen sind höchstens „lediglich gewisse Spezifizierungen des Straftatbestandes“ durch eine Verordnung erlaubt.³⁰ Im Falle des Entwurfes zu § 299a StGB-E fehlte aber bereits eine explizite Ermächtigung, darüber hinaus wäre die Grenze der Strafbarkeit von der jeweiligen berufsrechtlichen Organisation keinesfalls gezielt zum Zwecke der Spezifizierung strafrechtlicher Normen festgelegt worden.³¹ Dies wäre jedoch die einzige noch verfassungsgemäße Verweisungsmöglichkeit.³² Ob allerdings in der Außenwirkung begrenzte Berufsordnungen dem überhaupt Rechnung tragen können (Art. 74 I Nr. 1 GG), ist mehr als zweifelhaft.

3.3 Bestimmtheit der Beschlussfassung

Zwar reagierte der Gesetzgeber auf die berechtigte Kritik und strich die kritische Formulierung in der finalen Fassung, der Vorwurf der Unbestimmtheit lässt sich jedoch möglicherweise auch gegen die letztlich in Kraft getretene Fassung der §§ 299a, 299b ins Feld führen. Anschaulich wird dies vor allem bei der Betrachtung des Begriffs der „Unlauterkeit“:

a.) Problemaufriss

Der Begriff der „Unlauterkeit“ dient im Kontext der §§ 299a, 299b der Wahrung des Wettbewerbsschutzes im Gesundheitswesen. Er ist jedoch trotz seiner Übernahme aus dem § 299 alles andere als greifbar. Dort ist er auf ausdrücklichen

²⁹ BVerfGE 78, 374, 382; BGH, NJW 2016, 1256.

³⁰ BVerfGE 14, 174, 185 f.

³¹ *Schneider/Kaltenhäuser*, medstra 2015, 31; *Gaede*, medstra 2015, 266; *Jäger*, MedR 2017, 696.

³² BVerfGE 14, 174, 186.

Wunsch des Gesetzgebers³³ immer im Zusammenhang mit dem UWG zu lesen, also wettbewerbsakzessorisch auszulegen.³⁴ Bei Betrachtung des zu § 299 entwickelten Verständnisses des Tatbestandsmerkmals wäre auf die Sachfremdheit der Entscheidung zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern abzustellen.³⁵ Daraus lässt sich letztlich entnehmen, dass zur Überprüfung der (Un-)Lauterkeit die einschlägigen Marktverhaltensregeln und damit unter anderem die Berufsordnungen der Ärztekammern maßgebend sind. Insbesondere in der Beziehung zwischen gesetzlichen Krankenversicherungen und (heilberuflichen) Leistungserbringern, wo gemäß § 69 II SGB V das allgemeine Wettbewerbsrecht keine Anwendung finden soll, kommen die Berufsordnungen neben u. a. dem Sozialrecht zum Tragen.

Hieraus könnten sich erneut Bestimmtheitsprobleme ergeben, wie sie bereits gegen die gestrichene Tatvariante vorgebracht wurden: Anzunehmen ist zunächst, dass ein Verhalten, welches berufsrechtlich erlaubt und somit auch sozialadäquat ist, nicht unlauter sein kann. Im Umkehrschluss könnte überlegt werden, ob Handlungen, die gegen die jeweils gültige Berufsordnung verstoßen, allein dadurch unlauter sind. Durch einen solchen Automatismus würden abermals die föderalen Berufsordnungen der Ärztekammern direkt in das Gesetz einbezogen werden, wodurch die zuvor geäußerten Bedenken im Kern wiederaufleben.

b.) Einordnung

Der möglichen Übertragung der Kritik an der Nr. 2 der Entwurfsfassung der §§ 299a, 299b StGB-E auf den Begriff der „Unlauterkeit“ in §§ 299a, 299b ist in zwei Schritten entgegenzutreten. Zunächst ist in Anlehnung an das Lauterkeitsrecht des UWG zu beachten, dass durch die Begrifflichkeit der „unlauteren Weise“ lediglich solche berufsrechtlichen Regelungen bei der Auslegung einbezogen werden können, die in einem direkten Wettbewerbszusammenhang stehen. Somit greift aber die Kritik an der Entwurfsfassung nicht mehr vollends durch, da diese erst durch ihren Verweis auf „alles“ Berufsrecht zu weit formuliert (und damit unbestimmt) war. Es kommen also bei der Ausfüllung des Begriffs der Unlauterkeit in den §§ 299a, 299b nur solche Berufsnormen des Gesundheitswesens zum Zuge, die beispielsweise eine (Un-)Zulässigkeit von Vorteilsgewährungen regeln.

Dem könnte entgegnet werden, dass trotz der Beschränkung auf wettbewerbspezifisches Berufsrecht die zuvor problematisierten regionalen Unterschiede der Berufsordnungen bestehen bleiben. Auch ist der Wettbewerbsbezug berufsrechtlicher Regelungen nicht stets erkennbar, was die Unsicherheit sogar verstärken könnte. Allerdings erfolgt die Einbeziehung etwa der ärztlichen Berufsordnungen durch den direkten Verweis in der Entwurfsfassung unmittelbar, während sie im Rahmen des Begriffs der Unlauterkeit lediglich der Auslegung dienen soll. So können zwar solche Handlungen nicht tatbestandsmäßig sein, die berufsrechtlich

³³ BT-Drs. 13/5584 S. 15.

³⁴ *Ragall* in: Wolter (Hrsg.), SK-StGB, § 299 Rn. 74.

³⁵ BGHSt, Urt. v. 18.06.2003 – 5 StR 489/02 = NJW 2003, 2996, 2997.

zulässig (also „lauter“) sind; ein Verstoß gegen Berufsrecht hat aber nicht automatisch eine Strafbarkeit zur Folge. Vielmehr dient er nur als Indiz für die Verletzung der §§ 299a, 299b.³⁶ Hier besteht der entscheidende Unterschied zur Einbeziehung „berufsrechtlicher Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“.

Abschließend ist auch deshalb kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot ersichtlich, weil die (indirekte) Bezugnahme auf die Berufsbestimmungen zu den jeweiligen Heilberufen als Grenzen der Sozialadäquanz zum einen dem jeweiligen Berufsträger bekannt sein sollten (und insofern keine Überraschungen böten), zum anderen aber die unregelmäßigen Bereiche des beruflichen Verhaltens, die nicht von den jeweiligen Berufsbestimmungen erfasst bzw. erwähnt werden, eben gerade keine Indizwirkung entfalten. Die Unbestimmtheit wirkt sich insofern „vorteilhaft“ für den Täter aus. Solche „vorteilhaften Unbestimmtheiten“ verletzen aber nicht den Art. 103 II GG.

4 Stellungnahme

Eine Gesamtschau der §§ 299a, 299b im Lichte des Bestimmtheitsgebotes lässt keine eklatanten Verletzungen des Art. 103 II GG erkennen. Gleichzeitig erzeugt besonders der Unlauterkeitsbegriff Unsicherheiten, die eine Abwägung erforderlich machen. Argumentieren lässt sich hier zunächst, dass im Rahmen von Überlegungen zur Bestimmtheit einer Strafnorm die „je...desto“-Formel zu berücksichtigen ist: Je schärfer die angedrohte Sanktion (i.d.R. also je höher das Strafmaß), desto bestimmter *mus*s das entsprechende Strafgesetz formuliert sein. Im Umkehrschluss wäre dem Gesetzgeber bei einem geringeren Strafmaß mehr Spielraum bei der Verwendung von unbestimmten Begriffen einzuräumen. Konkret könnte insoweit das Strafmaß von lediglich „bis zu drei Jahren“ als Argument für eine zulässige Verwendung auslegungsoffener Begriffe ins Feld geführt werden.

Überzeugen kann dies indes nicht. Führt man diesen Ansatz zu seiner logischen Vollendung, wäre ein vollkommen unbestimmter Straftatbestand bei einem minimalen Strafmaß aus der Perspektive des Bestimmtheitsgebotes nicht länger zu beanstanden. Daneben sind die §§ 299a, 299b durch den besonders schweren Fall gemäß § 300 StGB einem höheren Strafmaß von immerhin drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe zugänglich. Bei Erfüllung eines der Regelbeispiele durch einen Täter (insbesondere § 300 I S. 2 Nr. 1 „ein Vorteil großen Ausmaßes“) gewinnen die §§ 299a, 299b keineswegs an Bestimmtheit.

Weiterhin ist bei der Gesamtschau anzudenken, ob im Korruptionsstrafrecht grundsätzlich eine offenere Formulierung der Tatbestände angebracht ist. So ist der gesellschaftliche Wunsch nach einer wirksamen und strengen Strafverfolgung in diesem Bereich durchaus vorhanden. Gleichzeitig soll der Gesetzgeber die Privatautonomie auf dem freien Markt gewährleisten und sozialadäquates respektive

³⁶ So auch: *Dann/Scholz*, NJW 2016, 2078.

unschädliches Verhalten nicht unnötig unter Strafe stellen. Das Recht muss also flexibel genug bleiben, um auf neue Entwicklungen vorbereitet zu sein. Eine extrem präzise Strafgesetzgebung ließe der Justiz keinen Spielraum für eine dynamische Reaktion auf immer neu entstehende Graubereiche, weder zu Gunsten noch zu Lasten der Akteure.

So kommt es bei den §§ 299 ff. eben auch nicht auf einen (schwer ermittelbaren) tatsächlichen wirtschaftlichen Schaden an. Vielmehr wird das Vertrauen auf faire Bedingungen auf den freien Märkten geschützt. Dieses Schutzgut ist stark von der gesellschaftlichen Auffassung der sozialen Norm abhängig, die ebenso schwer bestimmbar und einer ständigen Veränderung unterworfen ist. Umso mehr gilt es hier, ein sehr bestimmtes bzw. spezifisches Strafrecht, welches bis ins Detail durchkonkretisierte Normen enthält, zu vermeiden. Für die Einschätzung der Bestimmtheit der §§ 299a, 299b bedeutet dies, dass bereits die grundlegende Zweckrichtung dem Gesetzgeber einen erweiterten Spielraum bei der Formulierung der Normen gewährt und Art. 103 II GG nicht verletzt ist.

Fernab von der dogmatischen Diskussion muss zudem anerkannt werden, dass sich die befürchtete Rechtsunsicherheit für Heilberufsangehörige und deren (Geschäfts-)Partner bzw. Patienten bisher nicht derart manifestiert, dass – salopp gesagt – eine Vielzahl überraschter Ärzte sich vollkommen unerwartet und unvorhersehbar mit der „geballten Härte“ des deutschen Strafrechts konfrontiert sehen.

Darüber hinaus ist es aus praktischer Perspektive überzeugender, einer neuen Vorschrift schlicht die Zeit zuzugestehen, die nötig ist, um durch gerichtliche Entscheidungen in Einzelfällen ihre Grenzen auszuloten. Ließe man diese Form der Rechtsentwicklung durch ein reflexartiges Ablehnen jeder potentiell unbestimmten, neuen Norm nicht zu, würde die Reaktionsmöglichkeit des Gesetzgebers in der Verbrechensbekämpfung stark geschwächt, im Übrigen der Handlungsbereich der Judikative in besorgniserregendem Maße begrenzt.

Ein besserer Anknüpfungspunkt wäre es daher, in der Entwurfsphase neuer Strafgesetze die Frage nach dem Sinn und Zweck der Norm stärker in den Fokus zu rücken. Denn das Strafrecht als Handlungsmittel muss staatliche ultima ratio bleiben. So könnte zunächst nach weniger eingriffsintensiven Ansätzen (etwa im Berufsrecht) gesucht werden, um der befürchteten Korruption im Gesundheitswesen Herr zu werden. Stellt man dem im öffentlichen Diskurs vermittelten Eindruck vom Bedrohungsgrad im Gesundheitswesen die sehr übersichtliche Anzahl von Ermittlungsverfahren im Bereich der §§ 299a und 299b gegenüber,³⁷ mangelt es den Normen bisher ohnehin an Relevanz. In Erwartung der Klärung der Unsicherheiten in Grenzfällen der untersuchten Straftatbestände kann es folglich auch noch einige

³⁷ So wurden im Jahr 2018 nur 13, im Jahr 2019 immerhin 20 Ermittlungsverfahren zu §§ 299a und 299b StGB in der Polizeilichen Kriminalstatistik geführt. Vgl.: PKS 2018 Tabelle 02 (Grundtabelle „Wirtschaftskriminalität“), Schlüsselzahlen 657400 & 657500; PKS 2019 Tabelle 02 (Grundtabelle „Wirtschaftskriminalität“), Schlüsselzahlen 657400 & 657500 – abrufbar unter www.bka.de.

Jahre dauern, bis durch gerichtliche Anwendung und Auslegung die gewünschte Präzision der §§ 299a und 299b gefunden ist.

5 Fazit

Die Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen bleibt ein wichtiges staatliches und gesellschaftliches Anliegen. Diesem Ziel dürfen jedoch fundamentale Verfassungsprinzipien wie das Bestimmtheitsgebot nicht zum Opfer fallen. Entsprechend waren die bezüglich der Entwurfsfassung der §§ 299a, 299b StGB-E geäußerten Bedenken wichtig und begründet.

Es lässt sich jedoch festhalten, dass es bei Bestechlichkeitstatbeständen stets aus praktischen Erwägungen einen größeren Spielraum der Würdigung des Einzelfalls für den Tatrichter geben muss, welcher auch erforderlich und gesellschaftlich erwünscht ist. Die §§ 299a und 299b bewegen sich also letztlich in der Tradition der anderen Korruptionstatbestände (§§ 299, 331 ff.) und werden wie diese mit der Zeit im Wege der Ausgestaltung durch die Rechtsprechung präzisiert werden, gleichzeitig aber nie wirklich scharf zu umreißen sein.

Schlussendlich folgt daraus, dass einer (neuen) Norm die Zeit gegeben werden muss, durch richterliche Auslegung ihre Konturen zu erlangen und tatsächlich unklare Einzelfälle erst durch die höchste Gerichtsbarkeit entschieden werden können. Solche Unklarheit muss bei einem Wunsch nach strafrechtlicher Ahndung der Korruption auch dem Gesundheitswesen zumutbar sein.

Festzuhalten ist folglich, dass die §§ 299a, 299b mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG vereinbar und somit verfassungsgemäß sind.

Literatur

- Alexy, R.: Theorie der Grundrechte. 1986, Suhrkamp Verlag.
- Birkenstock, R. G.: Die Bestimmtheit von Straftatbeständen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen. 2004, OVS Rechtsverlag.
- Brettel, H., Duttge, G. und Schuhr, J.: Kritische Analyse des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen. In: JZ 2015, S. 929–935, Mohr Siebeck Verlag.
- Dann, M. und Scholz, K.: Der Teufel steckt im Detail – Das neue Anti-Korruptionsgesetz für das Gesundheitswesen. In: NJW 2016, S. 929–935, Verlag C. H. Beck.
- Dreier, H. (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar. Band 3 Art. 83–146. 2018, Mohr Siebeck Verlag.
- Fischer, T.: Strafgesetzbuch. 2020, Verlag C. H. Beck.

- Gaede, K.: Patientenschutz und Indizienmanagement – Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen. In: *medstra* 2015, S. 263–268, C. F. Müller Verlag.
- Gaede, K., Lindemann, M. und Tsambikakis, M.: Licht und Schatten – Die materiellrechtlichen Vorschriften des Referentenentwurfs des BMJV zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen. In: *medstra* 2015, S. 142–154, C. F. Müller Verlag.
- Greco, L.: Ist der Strafgesetzgeber an das Analogieverbot gebunden?. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2012, S. 452–466, C. F. Müller Verlag.
- Jäger, C.: Auswirkungen sozial- und berufsrechtlicher Regelungen auf Unrechtsvereinbarungen nach §§ 299a ff. im StGB. In: *Medizinrecht* 2017, S. 694–701, Springer Verlag.
- Kindhäuser, U., Neumann, U. und Paeffgen, H.-U. (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*. 2017, Nomos.
- Kirsch, F. A.: Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs. 2014, Duncker & Humblot.
- Krahl, M.: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG). In: *Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien Band 16*, 1986, Peter Lang Ltd. International Academic Publishers.
- Kubiciel, M. und Tsambikakis, M.: Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§ 299a StGB) – Stellungnahme zum Entwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz. In: *medstra* 2015, S. 11–15, C. F. Müller Verlag.
- Lutfullin, T.: Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot und Mengenbegriffe. In: *Studien zum Strafrecht Band 89*, 2018, Nomos; Dike Verlag.
- von Mangoldt, H., Klein, F. und Starck, C.: *Kommentar zum Grundgesetz: GG*. 2018, Verlag C. H. Beck.
- Marxen, K.: Strafgesetzgebung als Experiment?. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1985, S. 535–552, C. F. Müller Verlag.
- Maunz, T. und Dürig, G. (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar. Loseblattsammlung Stand: 89. Lieferung Okt. 2019*, Verlag C. H. Beck.
- von Münch, I. und Kunig, P. (Hrsg.): *Grundgesetz-Kommentar. Band 2 Art. 70–146*. 2012, Verlag C. H. Beck.
- Sachs, M. (Hrsg.): *Grundgesetz*. 2017, Verlag C. H. Beck.
- Schneider, H. und Kaltenhäuser, N.: An den Grenzen des kreativen Strafrechts. In: *medstra* 2015, S. 24–31, C. F. Müller Verlag.
- Wolter, J. (Hrsg.): *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2019, Carl Heymanns Verlag.

Regelungsoptionen des Gesetzgebers nach dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB

Kira Zobott

„Aus der Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB folgt nicht, dass der Gesetzgeber sich einer Regulierung der Suizidhilfe vollständig zu enthalten hat.“¹ Nach dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB ist der rechtliche Umgang mit dem assistierten Suizid erneut in den Fokus der rechtswissenschaftlichen und politischen Debatte gerückt. Wie bereits 2015 steht der Gesetzgeber nun erneut vor der Aufgabe, angesichts des Phänomens organisierter Suizidhilfe ein Regelungskonzept zu entwerfen, das das Selbstbestimmungsrecht (vgl. Art. 2 I, 1 I GG) des Suizidwilligen auf der einen und die aus Art. 1 I 2, Art. 2 II 1 GG resultierende staatliche Schutzpflicht auf der anderen Seite in Einklang bringt. Dabei gilt es im Wesentlichen drei Kernfragen zu klären, die letztlich in engem Zusammenhang miteinander stehen: In die Hände welcher Akteure sollen die Suizidhilfe aber auch der Selbstbestimmungsschutz in Zukunft gelegt werden? Wie ist ein mögliches Verfahren, insbesondere in Hinblick auf staatliche Kontrollmöglichkeiten auszugestalten? Und inwiefern wäre eine strafrechtliche Regelung sinnvoll?

¹ BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, 651/16, 1261/16, 1593/16, 2354/16, 2527/16, Rn. 338 – NJW 2020, 905 (920).

1 Mögliche Regelungsoptionen

1.1 Beteiligte

a) Ärzte in der Suizidassistenz

Für die ärztliche Suizidassistenz wird neben der mehrheitlichen Befürwortung in der Gesellschaft² vor allem die fachliche Kompetenz der Ärzte³ sowie die suizidpräventive Wirkung einer professionellen medizinischen Beratung⁴ angeführt. Abgesehen davon bestünden andernfalls Wertungswidersprüche zu den zulässigen Formen des Behandlungsabbruchs und der indirekten Sterbehilfe.⁵ Kritiker hingegen befürchten einen Dambruch gegen das Leben⁶ sowie einen Vertrauensverlust in die Ärzteschaft⁷ und sie bemängeln die Unvereinbarkeit der Suizidhilfe mit dem ärztlichen Berufsrecht und -ethos.⁸ Aufgrund der fehlenden individuellen Bereitschaft der Ärzte bestünde darüber hinaus kein ausreichender Zugang zu professioneller Hilfe, ließe man nur die ärztliche Suizidassistenz zu.

b) Sterbehilfeorganisationen/„Sterbehelfer“

Andere Ansätze sehen daher die Beteiligung von Sterbehilfevereinen vor (Sterbehilfeorganisationen/„Sterbehelfer“).⁹ Deren Angebot sei nicht auf die Suizidhilfe beschränkt und entfalte sogar suizidpräventive Wirkung. Insgesamt verfolgten seriöse Anbieter einen gesellschaftlich wertvollen Zweck, indem sie die Betroffenen „aus ihrer Isolation“¹⁰ zu holen versuchten.

Opponenten warnen jedoch vor einer Normalisierung der Suizidhilfe und dem damit verbundenen gesellschaftlichen Druck auf alte bzw. kranke Menschen.¹¹ Ebenso wird eine interessengeleitete Beeinflussung der Betroffenen befürchtet. Ein Eigeninteresse der Vereine müsse nämlich nicht immer finanzieller Natur sein, sondern könne sich auch auf die bloße Fortsetzung der Tätigkeit richten.¹² Zudem werden die Seriosität und „Qualität“ derartiger Angebote bezweifelt und die

² BT-Drs. 18/5374, S. 8.

³ *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing*, Selbstbestimmung im Sterben, S. 63.

⁴ BT-Drs.18/5374, S. 8.

⁵ *Roxin*, NStZ 2016, 185–192 (189).

⁶ Vgl. *Oduncu*, MedR 8/2005, 437–445 (437, 443 f.).

⁷ *Sprung et al.*, Journal of Palliative Care 2018, Vol. XX(X), 1–7 (4).

⁸ Christdemokraten für das Leben, ZfL 2012, 47–51 (49).

⁹ BT-Drs. 18/5375, S. 4.

¹⁰ *Saliger*, ZRP 2008, 199.

¹¹ BT-Drs. 18/5373, S. 1 f.; *Wiesing*, Forum 29. 11. 2019, <https://magazin-forum.de/de/node/17225>

¹² *Wiesing*, Forum 29. 11. 2019, <https://magazin-forum.de/de/node/17225>.

Verfahren für anonym¹³, intransparent¹⁴ sowie besonders irrtums- und missbrauchsanfällig gehalten.¹⁵

c) Zentren und Ethikkommissionen

Für die Einrichtung von Stellen, ähnlich denen in § 3a ESchG, wird zunächst die sachliche Kompetenz angeführt. Ein Begutachtergremium, zusammengesetzt aus sachkundigen Vertretern unterschiedlicher Fachrichtungen, könne die Freiverantwortlichkeit des Sterbewilligen am besten beurteilen. Zudem bestünde die Möglichkeit, die ärztliche Fachkunde zu nutzen, gleichzeitig aber einer „Kontaminierung des Arztberufes“¹⁶ vorzubeugen und so auch den befürchteten Vertrauensverlust¹⁷ in die Ärzteschaft zu verhindern.¹⁸ Bemängelt werden könnte hier jedoch, dass das gesamte, streng institutionalisierte Verfahren in den Händen fremder Personen läge und völlig losgelöst von einem vertraulichen Verhältnis zum Suizidhelfer wäre.

d) Beratungsstellen

Auch in Beratungsstellen, vergleichbar denen i.S.d. § 219 II StGB i.V.m. §§ 8, 9 SchKG, stünde interdisziplinäres Wissen zur Verfügung. Anders als die Ethikkommissionen soll i.R.d. Beratungsstellen jedoch neben einer ärztlichen und psychologischen Fachkraft nur je nach Sachlage spezifisches Fachpersonal hinzugezogen werden können, während bei den Mitarbeiter*innen im Übrigen lediglich „Grundkenntnisse“ vorausgesetzt werden.¹⁹ Demnach blieben diese Stellen jedenfalls bzgl. fachlicher Expertise hinter den Ethikkommissionen zurück. Zudem wären die Beratungsstellen gerade nicht berechtigt, die Suizidhilfe bzw. Sterbebegleitung selbst anzubieten.²⁰ Hierfür wäre ein externer Arzt zu konsultieren, sodass der Konflikt bezüglich des ärztlichen Berufsethos nicht vermieden würde.

¹³ Goll, ZRP 2008, 199.

¹⁴ Duttge, NJW 2016, 120–125 (125).

¹⁵ Vgl. Schliemann, ZRP 2006, 193 f. (194); *Christdemokraten für das Leben*, ZfL 2012, 47–51 (49).

¹⁶ Duttge, medstra 5/2015, 257 f. (258).

¹⁷ S.o.

¹⁸ Vgl. Duttge, MedR 7/2020, 570–572 (572).

¹⁹ HVD, Entwurf SukoG, S. 5; FOCUS Online, FDP-Eckpunkte zu Sterbehilfe- Besonderer Schutz bei Sterbewunsch, 01.03.20, https://www.focus.de/finanzen/boerse/wirtschaftsticker/fdp-eckpunkte-zu-sterbehilfe-besonderer-schutz-bei-sterbewunsch_id_11720581.html, (zuletzt abgerufen am 01.06.2020).

²⁰ HVD, Entwurf SukoG, § 3 II Nr. 3.

1.2 Verfahren

1.2.1 Verfahren ohne Beteiligung staatlich anerkannter Stellen

Eine Option wäre, die Suizidhilfe zwar an die Einhaltung strenger Verfahrensvorschriften und Sorgfaltspflichten zu knüpfen, sie aber grundsätzlich in den Händen privater Anbieter zu belassen.²¹ Als Kriterien kommen dabei nur Regelungen im Zusammenhang mit der Freiverantwortlichkeit, also die Überprüfung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit, der Mangelfreiheit des Suizidwillens und der „innere(n) Festigkeit“²² der Entscheidung, in Betracht. Bisherige Vorschläge forderten hierfür vor allem eine ärztliche Aufklärung und Beratung²³ sowie die Einhaltung von Dokumentationspflichten²⁴ und Wartefristen²⁵. Die Freiverantwortlichkeit und Endgültigkeit des Suizidentschlusses solle zudem nach dem Vier-Augen-Prinzip festgestellt werden.²⁶

Begründet werden diese Ansätze zum einen mit der Höchstpersönlichkeit solcher Entscheidungen.²⁷ Zum anderen sollten die Vorschriften mit Blick auf die besondere Relevanz des Lebens- und Selbstbestimmungsschutzes zwar ausreichende Hürden bilden, dabei aber kein „übermäßig bürokratisches Verfahren“²⁸ darstellen, das den i.d.R. ohnehin Leidenden noch zusätzlich belasten würde. Auch seien diese Regelungen geeignet und ausreichend, die Entstehung des befürchteten gesellschaftlichen Druckes auf Ältere oder Kranke zu verhindern, da sie die Suizidhilfe nur als eine Art „Notausstieg“²⁹ ausgestalteten.³⁰

Gegenstimmen halten die bloße gesetzliche Regulierung privater Anbieter jedoch für nicht ausreichend, da auch dies zumindest eine konkludente Akzeptanz ausdrücke.³¹ Trotz der Schutzregelungen handle es sich letztlich um die Etablierung organisierter bzw. ärztlicher Suizidhilfe als normale Behandlungsoption am Lebensende.³² Dass derartige Schutzvorschriften Missbräuche und Verstöße nicht ver-

²¹ *Saliger*, ZRP 2008, 199.

²² BGH NJW 2019, 3092–3096, Rn. 21.

²³ BT-Drs. 18/5374, S. 5; *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing*, Selbstbestimmung im Sterben, S. 22 ff.

²⁴ BT-Drs. 18/5375, S. 3 f.

²⁵ *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing*, Selbstbestimmung im Sterben, S. 22 ff.; BT-Drs. 18/5375, S. 3 f.; *Lindner*, ZRP 2020, 66–69 (68 f.).

²⁶ *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing*, Selbstbestimmung im Sterben, S. 22 ff.; BT-Drs. 18/5375, S. 3 f.; BT-Drs. 18/5374, S. 5 *Lindner*, ZRP 2020, 66–69 (68 f.).

²⁷ BT-Drs. 18/5374, S. 5.

²⁸ BT-Drs. 18/5374, S. 11.

²⁹ *Dutige*, ZfL, 51–54 (54).

³⁰ *Merkel*, Stellungnahme, S. 4.

³¹ *Lüttig*, ZRP 2008, 57–60 (59); BT-Drs. 18/5373, S. 13.

³² *Deutscher Ethikrat*, Ad-hoc-Empfehlung 18.12.2014, S. 3, <https://www.ethikrat.org> (vgl. Literaturverzeichnis), (zuletzt abgerufen am 01.06.2020); BT-Drs. 18/5373, S. 2 f.

hindern könnten, zeigten zudem Fälle aus den Niederlanden und Belgien, in denen sich ähnliche Regelungen als ineffizient erwiesen hätten.³³

1.2.2 Verfahren mit Beteiligung privater und staatlich anerkannten Stellen

a) Beratungsmodell

Im Rahmen eines Beratungsmodells könnte, vergleichbar mit der Schwangerschaftskonfliktberatung (vgl. § 219 II StGB i.V.m. dem SchKG), die Zulässigkeit der Suizidhilfe an die vorherige Beratung des Sterbewilligen durch eine speziell zu diesem Zwecke einzurichtende, behördlich anerkannte Stelle geknüpft werden.³⁴ Diesen Stellen wäre es jedoch nicht gestattet selbst Suizidhilfe anbieten,³⁵ sodass die abschließende Beurteilung sowie die Suizidhilfe selbst in den Händen privater Anbieter verblieben. Angesichts ihrer Relevanz für den Schutz der Autonomie sollte die Beratung in die Hände von behördlich anerkannten Stellen gelegt werden, was eine umfangreichere Einflussnahme- und Kontrollmöglichkeit staatlicherseits bedeutet. An die Anerkennung solcher Stellen wären dann hohe Anforderungen zu stellen, insbesondere um die interessengeleitete Einflussnahme zu verhindern.³⁶

Gegen das Konzept wird vorgebracht, die vorherige Beratung sei für den Sterbewilligen nicht zumutbar und ein derartig hoher Sicherheitsaufwand im Vorfeld anders als beim Schwangerschaftsabbruch nicht erforderlich.³⁷ Zudem ist fraglich, wie sichergestellt werden soll, dass die Beratungen nicht zu einer „sinnentleerten Pflichtübung verkommen wie heute vielerorts die Schwangerschaftskonfliktberatung“.³⁸

b) Kontrollkommission zur nachträglichen Überprüfung

Eine weitere Form staatlicher Beteiligung wäre die nachträgliche Überprüfung durch regionale Kontrollkommission, z.B. nach niederländischem Vorbild.³⁹ Dort überprüfen Gremien, die sich aus Juristen, Ärzten und Ethikern zusammensetzen,⁴⁰ nach zwingend vorgeschriebener nachträglicher Meldung der Suizidhilfe die Einhaltung der Sorgfaltskriterien.⁴¹ Wird dabei ein Pflichtverstoß festgestellt, informiert

³³ Sprung et al., *Journal of Palliative Care* 2018, Vol. XX(X), 1–7 (2); *Oduncu*, *MedR* 8/2005, 437–445 (443 f.).

³⁴ Vgl. FOCUS Online, FDP-Eckpunkte zu Sterbehilfe- Besonderer Schutz bei Sterbewunsch, 01.03.20, https://www.focus.de/finanzen/boerse/wirtschaftsticker/fdp-eckpunkte-zu-sterbehilfe-besonderer-schutz-bei-sterbewunsch_id_11720581.html, (zuletzt abgerufen am 01.06.2020).

³⁵ *HVD*, Entwurf SukoG, S. 1 f.

³⁶ Vgl. *HVD*, Entwurf SukoG, § 3 II Nr. 3.

³⁷ *Spittler*, *NJOZ* 2020, 545–548 (546).

³⁸ *Duttge*, *MedR* 7/2020, 570–572 (572).

³⁹ *Spittler*, *NJOZ* 2020, 545–548 (546 ff.).

⁴⁰ Art. 3 II niederländisches Gesetz über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung.

⁴¹ Art. 8 niederländisches Gesetz über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung.

die Kommission die Generalstaatsanwaltschaft, die ihrerseits ein Ermittlungsverfahren einleitet. Begründet wird dieser Vorschlag mit der geringeren Belastung des Sterbewilligen im Vergleich zum Beratungsmodell. Zudem bliebe Suizidhilfe so in einem „optimal intimen Setting“.⁴²

Gegen das niederländische Modell wird jedoch angeführt, dass nur ungefähr die Hälfte der Fälle dort tatsächlich gemeldet würde.⁴³ Auch sei abgesehen von der Umgehungsmöglichkeit durch wahrheitswidrige Angaben in der Todesbescheinigung ein behördliches Einschreiten bei nachträglich festgestellten Pflichtverstößen gar nicht mehr möglich.⁴⁴

1.2.3 Ausschließliche Zuständigkeit staatlich anerkannter Stellen

Eine andere Option wäre, die Suizidhilfe nach dem Modell PID-Zentren und -Ethikkommissionen (Präimplantationsdiagnostik, § 3a III ESchG i.V. m. PIDV) vollständig zu institutionalisieren⁴⁵ und sie dem selbstständigen Handlungsbereich einzelner privater Organisationen und Ärzte weitestgehend zu entziehen. Entsprechend des Verfahrensablaufs vor der PID⁴⁶ erfolgte dabei zunächst eine ärztliche Beratung und Aufklärung in eigens hierfür zugelassenen, regionalen Zentren⁴⁷. Anschließend wäre die Zustimmung einer, etwa aus Ethikern, Ärzten, Juristen und Psychologen/Psychiatern bestehenden Ethikkommission einzuholen⁴⁸, die die Freiverantwortlichkeit des Suizidentschlusses im konkreten Einzelfall beurteilt. Anschließend könnte der Sterbewillige durch einen hierfür speziell qualifizierten Arzt des Zentrums Suizidhilfe erhalten⁴⁹. Im Unterschied zum Beratungsmodell erfolgten hier also nicht nur die Beratung, sondern vor allem auch die Beurteilung der Freiverantwortlichkeit und die Suizidhilfe selbst durch eine anerkannte Stelle. Begründet wird dieser Verfahrensansatz zum einen mit dem hohen Maß staatlicher Kontrolle zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts.⁵⁰ Zum anderen stellte dieses einheitliche Verfahren die Gleichbehandlung aller Fälle sicher.⁵¹

Kritisiert werden könnte dagegen, dass es sich um einen für den Sterbewilligen relativ aufwändigen, „bürokratischen“ Prozess handle. Zudem ist fraglich, inwieweit das „Höchstpersönliche des Sterbens“⁵² angesichts des weitgehend staatlich kontrollierten Verfahrens gewahrt bliebe.

⁴² Spittler, NJOZ 2020, 545–548 (546).

⁴³ Boer, MedR 3/2020, 207–211 (210); Sprung et al., Journal of Palliative Care 2018, Vol. XX(X), 1–7 (2); Oduncu, MedR 8/2005, 437–445 (445).

⁴⁴ Oduncu, MedR 8/2005, 437–445 (445).

⁴⁵ Dutige, MedR 7/2020, 570–572 (572).

⁴⁶ Vgl. Bericht vom 04.11.19, BT-Drs.19/15000, S. 38 ff.

⁴⁷ Vgl. entspr. § 3a III Nr. 1 ESchG.

⁴⁸ Vgl. entspr. § 3a III Nr. 2 ESchG.

⁴⁹ Vgl. entspr. § 3a III Nr. 2 ESchG.

⁵⁰ Dutige, MedR 7/2020, 570–572 (572).

⁵¹ Dutige, medstra 5/2015, 257 f. (258).

⁵² Lüttig, ZRP 2008, 57–60 (59).

Vorgeschlagen wird in diesem Zusammenhang auch ein verwaltungsrechtliches Zulassungsmodell, das zumindest Komponenten des PID-Modells enthält.⁵³ Danach wäre nur für Organisationen behördliche Zulassung erforderlich.⁵⁴ Dagegen wird zu bedenken gegeben, eine solche Zulassung könne den befürchtete Anschein einer „normalen Dienstleistung“ sogar forcieren, da entsprechende Anbieter hierdurch eine Art staatliches „Gütesiegel“ erhielten.⁵⁵

1.3 Notwendigkeit einer strafrechtlichen Regelung

1.3.1 Verzicht auf eine strafrechtliche Regelung

Möglich wäre zunächst ein Konzept, das auf die Kriminalisierung organisierter Suizidhilfe gänzlich verzichtet. Für diesen Ansatz wird insbesondere der Ultima-Ratio-Charakter des Strafrechts vorgebracht. Die zivil- oder verwaltungsrechtliche Regelung eines Verfahrens sei nicht nur weniger eingriffsintensiv, sondern zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts auch wesentlich effektiver als eine paternalistische Verbotsnorm. Nach *Hintze* et al. sei den Organisationen durch eine Regelung der ärztlichen Suizidassistenz ohnehin die Grundlage entzogen, sodass sich ein Verbot erübrige.⁵⁶ Kritiker hingegen bezweifeln Letzteres und sehen die Einhaltung des Verfahrens nur durch strafrechtliche Sanktionsandrohung gesichert.⁵⁷

1.3.2 Strafrechtliches Verbot „besonders gefährträchtiger Erscheinungsformen“⁵⁸

In Betracht kommt auch ein Verbot z.B. der gewerbsmäßigen⁵⁹ oder erneut der geschäftsmäßigen⁶⁰ Suizidhilfe, etwa ergänzt um einen Ausnahmetatbestand, in den Verfahrensregelungen eingebettet werden könnten.⁶¹ Begründet werden könnte dies erneut mit dem bedeutsamen Schutz des Selbstbestimmungsrechts und des Rechts auf Leben, der durch mildere Mittel nicht zu gewährleisten sei.⁶² Durch die Ergänzung der Ausnahmeregelung stünden Betroffenen zudem ausreichend Möglichkeiten einer Suizidassistenz zur Verfügung. Gleichzeitig würde die Einhaltung des Verfahrens als Grundlage eines freiverantwortlichen Suizidentschlusses abgesichert.⁶³

⁵³ *Lindner*, ZRP 2020, 66–69 (68 f.).

⁵⁴ *Lindner*, ZRP 2020, 66–69 (68 f.).

⁵⁵ BT-Drs. 18/5373, S. 13.

⁵⁶ BT-Drs. 18/5374, S. 9.

⁵⁷ *Spittler*, NJOZ 2020, 545–548 (546); BT-Drs. 18/5373, S. 14 f.

⁵⁸ BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a., Rn. 339.

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 17/11126.

⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 18/5373.

⁶¹ *Hoven*, MedR 10/2018, 741–749 (749); *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing*, Selbstbestimmung im Sterben, S. 22 ff.; *Spittler*, NJOZ 2020, 545–548 (546); *Berghäuser*, MedR 3/2020, 207–211 (209); *Lindner*, ZRP 2020, 66–69 (68 f.).

⁶² Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 12 ff.

⁶³ *Hoven*, MedR 10/2018, 741–749 (748 f.).

Gegen ein solches Verbot kann jedoch in dogmatischer Hinsicht, wie bereits gegen § 217 StGB a. F., der fehlende eigenständige Unrechtsgehalt der gewerbs- und geschäftsmäßigen Suizidhilfe angeführt werden.⁶⁴ Im Falle einer nicht freiverantwortlichen Selbsttötung stünden zudem bereits ausreichende Sanktionsmöglichkeiten⁶⁵ zur Verfügung.⁶⁶ Die Verbotsregelung führe darüber hinaus zur Tabuisierung und Stigmatisierung der Suizidhilfe, was eine Suizidprävention erschwere.⁶⁷

1.3.3 Strafrechtliche Annexnorm zur Verfahrensabsicherung

Möglich wäre schließlich die Absicherung der Verfahrens- und Sorgfaltsvorschriften durch eine strafrechtliche Annexnorm bei ansonsten straffreier Suizidhilfe.⁶⁸ Auf diese Weise werde eine Tabuisierung verhindert und stattdessen reflektierte Entscheidungen sowie effektive Suizidprävention ermöglicht. Durch die strafrechtliche Sanktionsandrohung, insbesondere bei Verstößen gegen Beratungs- und Dokumentationspflichten, werde schließlich Missbräuchen entgegengewirkt und die Einhaltung des Verfahrens sichergestellt.⁶⁹ Eingewandt werden könnte jedoch, dass der Einsatz des Strafrechts unverhältnismäßig wäre und die Ahndung als Ordnungswidrigkeit ausreiche.⁷⁰

2 Stellungnahme

2.1 Beteiligte

Hinsichtlich der ärztlichen Suizidassistenz fällt insbesondere die mehrheitliche gesellschaftliche Befürwortung auf.⁷¹ Vor dem Hintergrund, dass den Befragten neben den Organisationen und der Ärzteschaft wohl kaum die Möglichkeit der Einrichtung völlig neuer Institutionen und Verfahren vor Augen stand, scheint dieses Ergebnis jedoch fragwürdig. Zudem ist die angeführte fachliche Kompetenz kaum standardmäßig beim „eigenen“ (Haus-)Arzt zu erwarten. Angesichts des Ärztemangels und der Ökonomisierung des Gesundheitswesens ist auch die Vorstellung eines persönlichen Vertrauensarztes unrealistisch. In diesem Zusammenhang überzeugen nämlich die Befürchtungen eines Vertrauensverlustes, da durch das Handeln im Zusammenhang mit der Todesbeschleunigung das gesellschaftliche Rollenbild der Ärzteschaft verschoben würde. Abgesehen davon ist der Vergleich mit der

⁶⁴ Hoven, MedR 10/2018, 741–749 (743); Duttge, MedR 7/2020, 570–572 (572); ders., NJW 2016, 120–125 (122 ff.); Merkel, Stellungnahme, S. 2 ff.; Saliger, medstra 3/2015, 132–138 (138).

⁶⁵ Vgl. §§ 211 ff. StGB, § 25 I Alt. 2 StGB sowie § 323 c bzw. §§ 211 ff. i. V. m. § 13 StGB.

⁶⁶ Hilgendorf, Stellungnahme, S. 5.

⁶⁷ BT-Drs. 18/5375, S. 1; Duttge, NJW 2016, 120–125 (124).

⁶⁸ BT-Drs. 18/5375, S. 3 ff.; HVD, Entwurf SukoG, S. 9.

⁶⁹ BT-Drs. 18/5375, S. 7 f., 13; Spittler, NJOZ 2020, 545–548 (546).

⁷⁰ HVD, Entwurf SukoG, S. 9.

⁷¹ BT-Drs. 18/5374, S. 8; Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing, Selbstbestimmung im Sterben, S. 52.

indirekten Sterbehilfe und dem Behandlungsabbruch unzulänglich, da laut BVerfG das Bestehen einer Krankheit bei der Suizidhilfe gerade kein Zulässigkeitskriterium sein dürfe.

Aber auch gegen die privaten Sterbehilfeorganisationen bestehen berechtigte Bedenken. Dabei überzeugen insbesondere die Warnungen vor interessengeleiteter Beeinflussung. Zudem ließen sich kaum geeignete Kriterien für ein Zulassungsmodell finden. Schließlich ist auffällig, dass die Argumentation der Befürworter vor allem auf dem Bedarf an Alternativen fußt, der sich aber durch die Schaffung eines „sicheren“ Verfahrens erübrigte.

Sinnvoll erscheint angesichts dieser Unzulänglichkeiten daher die Einrichtung staatlich zugelassener Stellen, die interdisziplinär zu besetzen sind. Aufgrund der höher qualifizierten Mitglieder sind die vorgeschlagenen Ethikkommissionen in fachlicher Hinsicht den Beratungsstellen vorzuziehen. Überzeugend ist weiterhin der Vorteil, dass die ärztliche Beteiligung i.R.d. PID-Modells ohne Kollision mit dem Berufsethos möglich wäre.⁷²

2.2 Verfahren

Aufgrund der von privaten Anbietern ausgehenden Gefahren für das Selbstbestimmungsrecht ist letztendlich die Beteiligung staatlich anerkannter Stellen unumgänglich. Denn solange wesentliche Verfahrensschritte allein privaten Anbietern überlassen blieben, wäre eine interessengeleitete Beeinflussung kaum auszuschließen.

Eine obligatorische vorherige Beratung ist dem Suizidwilligen angesichts der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter zwar durchaus zumutbar und keineswegs überflüssig.⁷³ Allerdings überzeugen die Bedenken, eine vorgeschriebene Beratung würde als bloße „Pflichtübung“⁷⁴ angesehen, und lassen insbesondere an den suizidpräventiven Erfolgsaussichten zweifeln. Darüber hinaus wären i.R.d. Beratungsmodells dennoch externe Anbieter heranzuziehen, sodass es im Einzelnen bei den dargestellten Problemen bezüglich der Ärzteschaft bzw. privaten Organisationen bliebe. Aus diesen Überlegungen ergibt sich zugleich, dass die Einschaltung einer Kommission zur bloß nachträglichen Kontrolle erst recht nicht ausreichen kann und aufgrund der Umgehungsgefahr sowie der Unmöglichkeit rechtzeitigen staatlichen Einschreitens abzulehnen ist.

Um die interessengeleitete Beeinflussung während des gesamten Verfahrens auszuschließen und die Gleichbehandlung aller Fälle sicherzustellen, ist es daher im Einzelnen sinnvoll, nicht nur die Beratung, sondern alle wesentlichen Verfahrensschritte staatlich anerkannten Stellen nach dem PID-Modell zu übertragen. Dieses aufwändig und formal anmutende Verfahren ist zudem am ehesten geeignet, den befürchteten Anschein von Normalität zu verhindern und kann darüber hinaus durch eine ergänzende Verschreibungsbefugnis der Zentren eine sinnvolle Lösung

⁷² Duttge, medstra 5/2015, 257 f. (258).

⁷³ A.A.: Spittler, NJOZ 2020, 545–548 (546).

⁷⁴ Duttge, MedR 7/2020, 570–572 (572).

des Konflikts⁷⁵ um die Freigabe von Natrium-Pentobarbital zum Zwecke des Suizids darstellen.

2.3 Notwendigkeit einer strafrechtlichen Regelung

Die Einhaltung des Verfahrens lässt sich am effektivsten durch eine Sanktionsandrohung sicherstellen, wobei eine strafrechtliche Regelung angesichts der auf dem Spiel stehenden hohen Rechtsgüter verhältnismäßig wäre. Die Normierung des Verfahrens als Ausnahmetatbestand einer strafrechtlichen Verbotsnorm wirkt in diesem Zusammenhang zwar einer Normalisierung der Suizidhilfe entgegen, erschwert durch deren Tabuisierung aber die Suizidprävention und ist auch wegen der zutreffenden dogmatischen Bedenken abzulehnen. Vorzugswürdig ist daher eine spezialgesetzliche Verfahrensregelung mit strafrechtlicher Annexnorm, da diese vor Verfahrensverstößen schützt und zugleich eine Tabuisierung vermeidet.

2.4 Ergebnis

Im Ergebnis schafft daher ein Spezialgesetz, das das Verfahren in die Hände staatlich anerkannter Zentren und Ethikkommissionen nach dem PID-Modell legt und mit strafrechtlichen Annexnormen absichert, nach Einschätzung der Verfasserin den bestmöglichen Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen und den staatlichen Schutzpflichten und ist somit für ein zukünftiges Regelungskonzept insgesamt vorzugswürdig.

Literatur

- Berghäuser, Gloria/Boer, Theo A./Borasio, Gian Domenico/Hohendorf, Gerrit/Rixen, Stephan/Spittler, Johann F.: Brauchen wir eine Neuordnung der Sterbehilfe in Deutschland? *MedR* 3, 2020, 207–211.
- Borasio, Gian Domenico/Jox, Ralf J./Taupitz, Jochen/Wiesing, Urban: Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben. Ein Gesetzesvorschlag zur Regelung des assistierten Suizids, 1. Auflage, Stuttgart 2014.
- Christdemokraten für das Leben (CDL): Mitwirkung am Suizid und „Autonomie“ am Lebensende, *ZfL* 2012, 47–51.
- Duttge, Gunnar: Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, 651/16, 1261/16, 1593/16, 2354/16, 2527/16, *MedR* 7, 2020, 570–572.
- Duttge, Gunnar: Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJ „Gesetz zur Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB-E)“, *ZfL* 2012, 51–54.

⁷⁵ Vgl. BVerwG NJW 2017, 2215–2221; Deutsches Ärzteblatt, Keine Suizidmittel ohne Notlage, 28.05.19, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/103438/Keine-Suizidmittel-ohne-Notlage> (zuletzt aufgerufen am 1.6.2020).

- Duttge, Gunnar: Strafrechtlich reguliertes Sterben, NJW 2016, 120–125.
- Duttge, Gunnar: Zehn Thesen zur Regelung des (ärztlich) assistierten Suizids, medstra 5, 2015, 257 f.
- Goll, Ulrich: Verbot organisierter Sterbehilfe?, ZRP 2008, 199.
- Hilgendorf, Eric: Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 23. September 2015.
- Hoven, Elisa: Suizidbeihilfe in Deutschland. Die Perspektive der Strafrechtswissenschaft, MedR 10/2018, 741–749.
- Lindner, Josef Franz: Sterbehilfe in Deutschland – mögliche Regelungsoptionen, ZRP 2020, 66–69.
- Lüttig, Frank: „Begleiteter Suizid“ durch Sterbehilfevereine: Die Notwendigkeit eines strafrechtlichen Verbots, ZRP 2008, 57–60.
- Merkel, Reinhard: Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. September 2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz.
- Oduncu, Fuat S.: Ärztliche Sterbehilfe im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Recht, MedR 8, 2005, 437–445.
- Roxin, Claus: Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative, NStZ 2016, 185–192.
- Saliger, Frank: Freitodbegleitung als Sterbehilfe – Fluch oder Segen?, medstra , 2015, 132–138.
- Saliger, Frank: Verbot organisierter Sterbehilfe?, ZRP 2008, 199.
- Schliemann, Harald: Assistierter Suizid und aktive Sterbehilfe, ZRP 2006, 193 f.
- Spittler, Johann Friedrich: Eckpunkte zu einem Suizidhilfe-Gesetz – Eine ärztliche und speziell psychiatrische Sicht, NJOZ 2020, 545–548.
- Sprung, Charles L./Somerville, Margaret A./Radbruch, Lukas/Steiner Collet, Nathalie/Duttge, Gunnar/Piva, Jefferson P./Antonelli, Massimo/Sulmasy, Daniel P./Lemmens, Willem/Wesley Ely, E.: Physician-Assisted Suicide and Euthanasia: Emerging Issues From a Global Perspective, Journal of Palliative Care 2018, Vol. XX(X), 1–7.

Bundestagsdrucksachen, Internetquellen

- Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung (18. Ausschuss) gemäß § 56a der Geschäftsordnung: Bericht: Technikfolgenabschätzung (TA) – Aktueller Stand und Entwicklungen der Präimplantationsdiagnostik, 04.11.2019, (zitiert als: Bericht vom 04.11.19, BT-Drs. 19/15000, S.).
- Brand, Michael/Griese, Kerstin/Vogler, Kathrin et al.: Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, BT-Drs. 18/5373, 01.07.2015.
- Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung, 22. 10. 2012, BT-Drs. 17/11126.
- Deutsches Ärzteblatt: Keine Suizidmittel ohne Notlage, 28. 05. 19 <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/103438/Keine-Suizidmittel-ohne-Notlage>.
- Deutscher Ethikrat: Ad-hoc-Empfehlung zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft, Berlin 18.12.2014, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/empfehlung-suizidbeihilfe.pdf>.
- FOCUS Online: FDP-Eckpunkte zu Sterbehilfe – Besonderer Schutz bei Sterbewunsch, 01.03.20, https://www.focus.de/finanzen/boerse/wirtschaftsticker/fdp-eckpunkte-zu-sterbehilfe-besonderer-schutz-bei-sterbewunsch_id_11720581.html.
- Hintze, Peter/Reimann, Carola/Lauterbach, Karl et al.: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der ärztlich begleiteten Lebensbeendigung (Suizidhilfegesetz), BT-Drs. 18/5374, 30.06.2015.
- Humanistischer Verband Deutschland – Bundesverband (HVD): Entwurf für ein Gesetz zur Bewältigung von Suizidhilfe- und Suizidkonflikten (Suizidhilfekonflikt-Gesetz – SukoG), Berlin 2. Mai 2020, https://humanistisch.de/sites/humanistisch.de/files/hvd-bundesverband/docs/2020/05/suizidhilfekonfliktgesetz_hvd_bundesverband.pdf, (zitiert als: HVD, Entwurf SukoG, S.).
- Künast, Renate/Sitte, Petra/Gehring, Kai et al.: Entwurf eines Gesetzes über die Straffreiheit der Hilfe zur Selbsttötung, BT-Drs. 18/5375, 30.06.2015.
- Wiesing, Urban: Interview: „Sterben ist eine Privatangelegenheit“, Forum 29.11.2019, <https://magazin-forum.de/de/node/17225>.

Zur Kollision von Therapiebegrenzung und postmortaler Organspende

Kira Buchholz

1 Einleitung

In Deutschland warten derzeit mehr als 10.000 Patienten auf ein passendes Spenderorgan, wobei das mit Abstand am meisten benötigte Organ die Niere darstellt – dies geht aus einer Statistik der Deutschen Stiftung Organspende (DSO) hervor.¹ Die im Vergleich dazu geringe Zahl vorhandener Organspender erholt sich zwar mittlerweile langsam – so konnten bis zum 15.04.2019 bereits 713 Spenden registriert werden – doch sind weiterhin mehrere tausend Menschen auf die Spendebereitschaft der Bevölkerung angewiesen. Von einem Mangel an verfügbaren Spenderorganen kann also auch in absehbarer Zukunft noch gesprochen werden.² Es ist daher von bedeutender Relevanz, die Möglichkeiten der Transplantationsmedizin bestmöglich auszuschöpfen und bestehende Missstände weitestgehend zu beseitigen, wobei die Würde und der Respekt vor dem spendenden Individuum keinesfalls unberücksichtigt bleiben dürfen. Unabhängig von der Frage, wann man selbst eine Person tatsächlich als „tot“ erachtet, lehrte uns das Bundesverfassungsgericht in einer Grundsatzentscheidung deutlich, dass die Existenz der Menschenwürde nicht mit dem Tod endet, sondern vielmehr ein postmortales Persönlichkeitsrecht besteht, welches es jederzeit zu beachten gilt.³

¹ Die Statistiken sind abrufbar auf <https://www.dso.de> (zuletzt aufgerufen am 30.05.2019).

² So bereits *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 705 (709); *Rosenberg* S. 109 (115).

³ BVerfG, Beschluss v. 24.02.1971 BVerfGE 30, 173 (194).

Problematisch erscheint in der Praxis häufig der Wunsch eines Patienten auf eine begrenzte medizinische Behandlung bei parallel bestehendem Wunsch, postmortal als Organspender eingesetzt zu werden,⁴ was durch das im Jahre 2009 in Kraft getretene 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts nun verstärkt thematisiert wird.⁵ Im Folgenden wird die Frage erläutert, weshalb es überhaupt zu Kollisionsproblematiken kommt und wie diese möglicherweise interessengerecht gelöst werden können.

2 Zur Kollision von Therapiebegrenzung und postmortalen Organspende

2.1 Medizinische und rechtliche Grundlagen der postmortalen Organspende

Für die Durchführung einer postmortalen Organspende sind verschiedene Voraussetzungen zu beachten. Insbesondere die Hirntoddiagnostik spielt eine entscheidende Rolle für die Frage, ab wann überhaupt eine Organspende durchgeführt werden kann.

Der sog. „Hirntod“ wurde bereits im Jahre 1968 von einem Komitee der Harvard Medical School zur Feststellung des Todes bestimmt⁶ und auch in Deutschland anerkannt.⁷ Dies zeigt sich insbesondere im deutschen Transplantationsgesetz (TPG), welches in § 3 II Nr. 2 TPG festlegt, dass die Entnahme von Organen und Geweben ausschließlich zulässig ist, wenn ein irreversibler Funktionsausfall von Kleinhirn, Großhirn und Hirnstamm vorliegt, also ein „point of no return“⁸ eingetreten ist, sodass insgesamt von einem „Hirntod“ gesprochen werden kann.

Abzugrenzen ist der Hirntod vom „klinischen Tod“, welcher den Ausfall des Herz-Kreislauf-Systems beschreibt und dessen isoliertes Vorliegen noch nicht zur Organspende berechtigt, da aufgrund der heute bestehenden Möglichkeit der künstlichen Reanimation ein intaktes Herz-Kreislauf-System gegebenenfalls wieder hergestellt und in diesem Kontext folglich nicht von einem irreversiblen Sterbeprozess gesprochen werden kann. Vor dem Hintergrund der Organknappheit wird zum Teil über die Einführung des sog. „Non heart-beating donor“⁹ diskutiert, bei welchem bereits der Stillstand des Herz-Kreislauf-Systems von einer Dauer von etwa zwei bis zehn Minuten zur Organentnahme berechtigen soll.¹⁰ Dieses Verfahren hat in anderen europäischen Ländern für große Erfolge im Kampf um die Organknapp-

⁴ BGHZ 154, 205 ff. – JZ 2003, 732 (739) mit Anm. *Spickhoff*.

⁵ *Verrel* GuP 2012 S. 121 (126).

⁶ Ad hoc Committee of the Harvard Medical School JAMA 205 (1968) S. 337 ff.

⁷ BÄK erstmals 1982 ohne Begründung, vgl. DÄBl. 1982 Heft 14 S. 45 ff. (55).

⁸ *Schöne-Seifert u.a.* DÄBl. 2011, A 2080 (A 2086).

⁹ *Norba* S. 45 f.

¹⁰ Ablehnend dazu der Deutsche Ethikrat „Hirntod und Entscheidung zur Organspende“, S. 96 ff.

heit geführt, ist vom deutschen Recht jedoch nicht vorgesehen, da bei einem Herz-Kreislauf-Stillstand von höchstens zehn Minuten nicht sicher von dem im TPG geforderten Eintritt des Gesamthirntodes ausgegangen werden kann¹¹ und es aufgrund des hohen Risikos von Fehldiagnosen zum Schutze der Patienten nicht als taugliches Äquivalent zum Hirntoderfordernis anzuerkennen ist.¹²

In Bezug auf den soeben dargestellten klinischen Tod ist hier jedoch nicht nur die physische Unterscheidung notwendig, es gilt auch in zeitlicher Hinsicht zu differenzieren, da Hirntod und klinischer Tod unabhängig voneinander eintreten können:¹³ Kommt es zunächst zu einem irreversiblen Ausfall der Herz-Kreislauf-Funktionen und folgt der Hirntod diesem, ist eine gesetzlich vorgesehene Wartezeit von drei Stunden zwischen klinischem Tod und Hirntoddiagnostik vorgesehen, um zu vermeiden, dass die Organspende die eigentliche Todesursache darstellt.¹⁴ Anders ist wiederum der Fall des „dissoziierten Hirntodes“ zu beurteilen, welcher vor dem endgültigen Erlöschen der Vitalfunktionen eintritt, da diese apparativ aufrecht erhalten werden können.¹⁵

Der menschliche Organismus ist somit als „tot“ zu bezeichnen, „wenn die Einzelfunktionen seiner Organe und Systeme sowie ihre Wechselbeziehungen unwiderruflich nicht mehr zur übergeordneten Einheit des Lebewesens in seiner funktionellen Ganzheit zusammengefasst und unwiderruflich nicht mehr von ihr gesteuert werden“.¹⁶

Weiterhin wird im deutschen Recht zwingend eine Zustimmung zur Organspende vorausgesetzt: Es muss vorab entweder nach § 3 I Nr. 1 TPG die Zustimmung des Patienten oder in Ermangelung einer solchen die in §§ 3 I Nr. 1, 4 I TPG geregelte Einwilligung nach der sog. „erweiterten Zustimmungslösung“¹⁷ durch die nächsten Angehörigen¹⁸ vorliegen. Spender kann jedoch nur sein, wer bereits das 16. Lebensjahr vollendet hat.¹⁹ Das Zustimmungserfordernis ist aufgrund der über den Tod hinaus als postmortales Persönlichkeitsrecht existierenden Menschenwürde als Ausprägung aus Art. 1 I GG zu verstehen.

Schließlich stellt sich die Frage nach der Organgewinnung und der organprotektiven Therapie. Entnommen werden die Organe durch einen chirurgischen Eingriff, wobei die Reihenfolge der Entnahme sich nach der Ischämietoleranz des jeweiligen Organs richtet.²⁰ Zur Ausschaltung spinal-reflektorischer Aktivitäten, die auch bei

¹¹ BÄK DÄBL. 1998 S. A-3235.

¹² Gemeinsame Stellungnahme der DGN, DGNC und DGNI zur Feststellung des Hirntodes vor Organentnahmen v. 05. März 2014, ergänzt am 21. März 2014.

¹³ Verrel GuP 2012 S. 121 (126).

¹⁴ Vogel ZfL 2011 S. 88 (90).

¹⁵ Mohammadi-Kangarani S. 31.

¹⁶ BÄK DÄBL. 1993 B-2177 (B-2179).

¹⁷ Spilker ZRP 2014 S. 112 (115).

¹⁸ Eine Legaldefinition zum Begriff des „nächsten Angehörigen“ befindet sich in § 4 II TPG.

¹⁹ Sasse Transplantationsrecht v. B. u. L. § 2 TPG Rn. 10.

²⁰ Norba S. 78.

hirntoten Personen noch auftreten können,²¹ werden spezielle Medikamente verabreicht, wobei es sich bei diesen Reaktionen des Patienten entgegen der Ansicht einiger Gegner des Hirntodkriteriums nicht um solche handelt, die auf ein Schmerzempfinden zurückzuführen sind, sondern um sog. „Lazarus-Zeichen“, welche sich auf den Wegfall hemmender Einflüsse des Gehirns auf das Rückenmark zurückführen lassen.²²

Vorab jedoch sind die Organe spendefähig zu erhalten, weshalb zur Ermöglichung der Organtransplantation sog. „organprotektive Maßnahmen“ vorzunehmen sind.²³ Der Hirntod und das Ausbleiben von Atmungs- und Kreislaufaktivität stehen grundsätzlich in einem engen zeitlichen Zusammenhang.²⁴ Mit dem Stillstand des Herz-Kreislauf-Systems beginnt jedoch das Absterben der Organe und Zellen, sodass durch die organprotektive Therapie eine Minderung der Spendefähigkeit der Organe vermieden werden soll. Sie umfasst i.d.R. die Substitution von Hormondefiziten, die Aufrechterhaltung der Homöostase, die lungenprotektive Therapie und künstliche Beatmung sowie die Regulation der Körpertemperatur.²⁵ Durch die intensivmedizinische Behandlung kann der Hirntod mit einer erheblichen zeitlichen Latenz vor dem Ausfall der Vitalfunktionen eintreten.²⁶ Bei einem erst zu erwartenden Hirntodeintritt muss die Organprotektion für einen schwer zu prognostizierenden Zeitraum vorgenommen werden,²⁷ was wiederum zu einer recht fraglichen Zulässigkeit der Vornahme dieser Therapiemaßnahmen führt. Im oben beschriebenen Fall, dass der Hirntod dem irreversiblen Stillstand des Herz-Kreislauf-Systems folgt und die dreistündige Wartezeit gemäß § 5 I 2 TPG zu beachten ist, kommt eine Spende der von einer ausreichenden Sauerstoffversorgung abhängigen Organe aufgrund der langen Ischämiezeit nicht mehr infrage, da die Organe nicht mehr spendefähig sind.²⁸ Die organprotektive Therapie dient ausschließlich dem Erhalt der Spendefähigkeit der Organe und erfolgt daher nur im Interesse des Organempfängers, sodass die Legitimität zur Durchführung insbesondere im Hinblick auf einen Therapiebegrenzungswillen des Spenders äußerst fraglich erscheint.

²¹ *Schlake/Roosen* S. 54.

²² *Schlake/Roosen* S. 53 ff.

²³ *Herbst-Cokbudak* GuP 2016 S. 104 (107); *Görtz-Leible* S. 187 (198).

²⁴ BÄK DÄBl. 1993 B 2177 (B 2179).

²⁵ *Norba* S. 71.

²⁶ *Mohammadi-Kangarani* S. 31.

²⁷ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (574).

²⁸ *Verrel* GuP 2012 S. 121 (126), für sauerstoffmangeltolerantere Körperteile wie Knochen, Gewebe und Augenhornhäute kann anderes gelten, vgl. dort.

2.2 Therapiebegrenzung am Lebensende

Vielen Menschen bereitet die Vorstellung, nach einem schweren Unfall oder infolge einer Krankheit nur noch apparativ am Leben erhalten zu werden, großes Unbehagen. Zum Ausdruck der Menschenwürde aus Art. 1 I GG und des daraus abgeleiteten Selbstbestimmungsrechts sowie des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I GG gehört es daher auch, sich gegen einen solchen Zustand zu entscheiden und die medizinische Therapie zu begrenzen.²⁹

Hierfür gibt es verschiedene Möglichkeiten: Zum einen kann eine Patientenverfügung i.S.d. § 1901a BGB errichtet werden. Hierunter ist die konkrete Festlegung eines einwilligungs- und nach dem Gesetzeswortlaut des § 1901a I BGB auch geschäftsfähigen Patienten bezüglich der Vornahme oder Unterlassung von Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen und sonstigen ärztlichen Eingriffen zu verstehen.³⁰ Rechtlich betrachtet handelt es sich um die antizipierte Willenserklärung in Bezug auf die ärztliche Heilbehandlung und der damit einhergehenden Verletzung der körperlichen Integrität,³¹ welcher zwar ein gewisses Bestimmtheitserfordernis innewohnt,³² an das aber nach Ansicht des BGH nicht das gleiche Maß an Präzision gefordert wird wie in die Einwilligung in eine aktuelle Behandlungssituation.³³

Weiterhin kann eine Vorsorgevollmacht erteilt werden, wodurch vorab eine Vertrauensperson ernannt wird, welche in bestimmten medizinischen Bereichen bevollmächtigt ist, Entscheidungen zu treffen und welche den Willen des Patienten in dessen gesundheitlichen Angelegenheiten vertritt³⁴ oder auch eine Betreuungsverfügung, worunter eine Willenserklärung des Betroffenen für den Fall der Betreuungsanordnung zu verstehen ist,³⁵ auf die er gestaltenden Einfluss nehmen kann.³⁶

2.3 Die Kollision des Organspendewillens und damit einhergehenden Maßnahmen mit dem Wunsch nach Therapiebegrenzung

Wünscht ein Patient sowohl die Begrenzung intensivmedizinischer Maßnahmen als auch die postmortale Entnahme von Organen und Geweben zur Spende und ist hierfür eine zumindest zeitweise intensivmedizinische Indikation notwendig, stellt sich dies als äußerst widersprüchlich dar und sorgt regelmäßig für eine hohe Rechtsunsicherheit in den Instanzen und der klinischen Praxis.³⁷ Ebenso unklar ist, welche

²⁹ *Duttge* DIVI Jahrbuch 2015/2016 S. 389 (395); *Lipp* Selbstbestimmung am Lebensende S. 89, 94 (114).

³⁰ Empfehlungen der BÄK und ZEKO DÄBl. 2007 A 839 (A 896).

³¹ *Berger* JZ 2000 S. 800 f. (805).

³² *Gaidzik* S. 19, *Schnab* MüKo § 1901a Rn. 18 f.

³³ BGH Beschl. v. 17.09.2014 – XII ZB 202/13 = JZ 2015 S. 42 (43) mit Anm. *Duttge*.

³⁴ Empfehlungen der BÄK und ZEKO DÄBl. 2007, A 893 (A896).

³⁵ Empfehlungen der BÄK und ZEKO DÄBl. 2007, A 893 (A896).

³⁶ *Lipp* Handbuch der Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 1.

³⁷ BGHZ 154, 205 ff. = JZ 2003, 732 (739) mit Anm. *Spickhoff*.

Person im Umfeld des Betroffenen in den Kollisionsfällen letztendlich entscheidungsbefugt ist. Im Folgenden sollen die praxisrelevanten Fallkonstellationen erläutert und möglichst interessengerechte Lösungen gefunden werden.

a) Kumulatives Vorliegen zweier Verfügungen

Zunächst ist von dem Fall auszugehen, in dem ein Patient sowohl eine Erklärung zur Therapiebegrenzung als auch eine Spendeerklärung bezüglich seiner Organe abgegeben hat. Hat er beispielsweise eine Patientenverfügung verfasst, in welcher er für einen bestimmten Verlauf seines Gesundheitszustands einer intensivmedizinischen Indikation widerspricht und tritt ein solcher Zustand ein, so ist es dem Arzt nicht gestattet, die durch die Verfügung untersagten Behandlungsmaßnahmen einzuleiten. Die medizinische Behandlung ist im Rahmen des bestehenden Widerspruchs zu beenden, auch wenn dies zum Tode des Patienten führt. Liegt jedoch parallel eine Organspendeerklärung vor, wären zur organprotektionischen Therapie die untersagten Indikationen zumindest bis zur endgültigen Feststellung des Hirntodes durchzuführen. Maßgeblich für das anschließende Vorgehen ist der Wille des Patienten, der sich aus den vorliegenden Erklärungen ergibt, in der Gesamtbetrachtung jedoch als widersprüchlich erscheint.

Dies wird in der Literatur zum Teil nicht gesehen: So sollen sich Organspendeverfügung und Therapiebegrenzung schon im Wege der einfachen Auslegung miteinander vereinbaren lassen.³⁸ Zwar habe der Patient den Wunsch nach Therapiebegrenzung geäußert, doch tat er dies nur im Hinblick auf eine konkrete medizinische Situation, ohne generell die Kreislaufstabilisierung abzulehnen, sodass er sich aufgrund der vorausverfügten Zustimmung als Organspender eingesetzt zu werden mit der kurzfristigen Durchführung bzw. Fortsetzung intensivmedizinischer und organprotektionischer Maßnahmen einverstanden erkläre.³⁹ Diese Vereinbarkeit kann jedoch keineswegs pauschal angenommen werden, da besonders die Tatsache, dass ein Großteil der Bevölkerung mit dem Verfahren der Organspende nicht oder höchstens geringfügig vertraut zu sein scheint, gegen diese Behauptung spricht. Sind für die Therapiebegrenzung noch einige Voraussetzungen wie das Bestimmtheiterfordernis, die Entscheidung durch einen entscheidungsfähigen Rechtsträger oder nach dem Gesetzeswortlaut auch die Volljährigkeit des Betroffenen zu beachten, kann ein Organspendeerklärung problemlos jederzeit auch schon von mindestens 16-jährigen Personen formfrei abgegeben werden, sofern es sich um eine Entscheidung frei von etwaigen Zwängen, nicht jedoch notwendigerweise von Willensmängeln handelt.⁴⁰ Da es sich bei der Entscheidung bezüglich der Therapiebegrenzung wahrlich um eine Entscheidung um Leben und Tod handeln kann, ist zumindest anzunehmen, dass der Erklärende sich vorab möglichst intensiv damit auseinandergesetzt hat und sich bestenfalls medizinisch beraten lässt.

³⁸ Verrel GuP S. 122 (126).

³⁹ Verrel GuP S. 122 (126); kritisch dazu *Schöne-Seifert u.a.* DÄBl. 2011 A 2080 (A 2086).

⁴⁰ *Norba* S. 147.

Von einer solch intensiven Beschäftigung ist bei der Ausfüllung einer Organspendeerklärung jedoch nicht pauschal auszugehen, da die Erklärenden meist die Absicht verfolgen, nach ihrem Tode Gutes zu tun, ohne sich aber mit dem genauen Ablauf auseinandersetzen zu müssen. Zwar haben seit dem 01.11.2012 die Krankenkassen die Pflicht, regelmäßig über die Organspende zu informieren, doch ergibt sich aus den weiterhin auf einem niedrigen Stand bleibenden Zahlen der Statistiken der DSO, dass die verbesserte Aufklärung der Bevölkerung nicht den entscheidenden Durchbruch in der Transplantationsmedizin mit sich gebracht hat und von einer bewussten Inanspruchnahme der Informationen nicht ausgegangen werden kann. Durch diese Gesetzesänderung werden die Versicherten nicht zu einer Entscheidungsfindung verpflichtet, sondern nur dazu angeregt,⁴¹ auch weil gemäß § 2 IIa TPG niemand dazu verpflichtet werden kann, eine Erklärung zur Organ- und Gewebespende abzugeben.

In § 2 Ia a.E. TPG wird zwar dazu aufgefordert, sich bezüglich der Organspende auch im Hinblick auf eine Patientenverfügung ärztlich beraten zu lassen, doch wird der bestehende Widerspruch durch diese bloße Andeutung nicht aufgedeckt und ist insbesondere für medizinische und juristische Laien nicht verständlich dargestellt. Dem kann auch nicht die Ansicht entgegengehalten werden, dass insbesondere aufgrund der in der Gesellschaft weit verbreiteten Fehleinschätzung, Organspender würden nicht die volle medizinische Betreuung erhalten oder ihnen würden sogar Organe bei lebendigem Leibe entnommen werden,⁴² eine allgemeine Informationsbereitschaft besteht und Organspendeklärungen nicht nur „im Vorbeigehen“ ausgefüllt werden.⁴³ Vielmehr spricht die Existenz solcher Ansichten gegen eine hinreichende Aufklärung der Bevölkerung zum Thema Organspende, da bei einer umfangreichen Kenntnis des Ablaufs die Voraussetzungen wie die Hirntoddiagnostik und die damit einhergehenden organprotektiven Maßnahmen allgemein bekannt wären. Es ist somit davon auszugehen, dass Organspendeklärungen häufig ohne hinreichende Kenntnisse abgegeben werden. Daher kann nicht pauschal und undifferenziert angenommen werden, dass jeder Patient, der sowohl die Therapiebegrenzung als auch die Organspende wünscht, mit intensivmedizinischen und organprotektionischen Maßnahmen generell einverstanden ist. Es ist vielmehr auf den (mutmaßlichen) Gesamtwillen des Patienten hinsichtlich des Verfahrens zu schließen,⁴⁴ sodass in jedem Fall eine konkrete Betrachtung des Einzelfalls unausweichlich ist. Für dessen Feststellung bedarf es der Nutzung aller vorhandenen Informationsquellen, aus denen sich möglicherweise auch das gewünschte Verhältnis der Erklärungen zueinander ermitteln lässt.⁴⁵ Die Beachtung des Patientenwillens ist unabhängig von dessen Art und Weise der Kundmachung in jedem Fall vorrangig.⁴⁶

⁴¹ Vgl. Gesetzeswortlaut § 2 Ia TPG, der ausdrücklich von „auffordern“ spricht.

⁴² Richter-Kublmann DÄBl. 2014 A 323 (A 323); Schöne-Seifert u.a. DÄBl. 2011 A 2080 (A2086).

⁴³ So jedoch Verrel GuP 2012 S. 123 (126).

⁴⁴ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A574).

⁴⁵ Duttge/Neitzke GesR 2015 S. 706 (709).

⁴⁶ Duttge/Neitzke GesR 2015 S. 706 (709).

aa) Aspekte für die Willensfeststellung

Um eine patientengerechte Entscheidung zu erreichen, sieht ein Arbeitsblatt der Bundesärztekammer die Differenzierung von vermutetem und erwartetem Hirntod bei der Deutung des Gesamtwillens des Patienten hinsichtlich Therapiebegrenzung und Organspende vor.⁴⁷

(1) Vermuteter Eintritt des Hirntodes

Zunächst ist die Aufnahme oder Aufrechterhaltung der ärztlichen Behandlung zur Hirntoddiagnostik fraglich, wenn bei einem Patienten, dessen Herz-Kreislauf-System apparativ aufrecht erhalten wird, der Eintritt des Hirntodes bereits vermutet wird. Wie beschrieben ist die Hirntoddiagnostik eine unverzichtbare Voraussetzung für die Organspende und gesetzlich in § 3 II Nr. 2 TPG vorgeschrieben. Erklärt nun der Betroffene durch eine Patientenverfügung den Verzicht auf intensivmedizinische Maßnahmen und ergibt sich daraus folglich die ärztliche Pflicht zur Einstellung der Behandlung, so soll es im Falle des vermuteten Hirntodes aufgrund der parallelen Bereitschaft zur Organspende zulässig sein, die Vitalfunktionen noch für die Zeit, die die Hirntoddiagnostik in Anspruch nimmt, aufrecht zu erhalten, da dieser Vorgang zeitlich eng begrenzt ist und eine Kollision aufgrund der beiden Erklärungen nicht bestehe.⁴⁸ Somit können beide Absichten des Betroffenen in Einklang gebracht werden: Der Wille, infolge der Einstellung der Therapie sterben zu dürfen, wird beachtet, da die Therapie nur so lange andauert, wie es zur Hirntoddiagnostik erforderlich ist, wodurch wiederum auch der Wunsch, als Organspender eingesetzt zu werden, hinreichend Beachtung findet.

(2) Erwarteter Eintritt des Hirntodes

Anders könnte es jedoch sein, wenn der Eintritt des Hirntodes lediglich ein zukünftig zu erwartendes Ereignis darstellt. Der endgültige Eintritt des Hirntodes und die Aufrechterhaltung intensivmedizinischer Maßnahmen zur Realisierung der Organspende nehmen in diesem Fall einen schwer zu prognostizierenden Zeitraum in Anspruch.⁴⁹ Der Wille, diese Maßnahmen aufzunehmen oder aufrecht zu erhalten, kann daher nicht aufgrund der parallel dazu vorliegenden Organspendeerklärung angenommen werden.⁵⁰ Kommt man hingegen dem Wunsch nach Therapiebegrenzung direkt nach, verstirbt der Patient, ohne dass der Hirntod diagnostiziert werden konnte und der Wunsch, als Organspender eingesetzt zu werden, würde völlig unberücksichtigt bleiben. Zwar stehen der irreversible Ausfall der Vitalfunktionen und der Eintritt des Hirntodes in einem zeitlich engen Zusammenhang, doch wären die Organe aufgrund der unterbrochenen Sauerstoffversorgung nicht mehr transplantationsfähig. Die Bundesärztekammer stellt in ihrem Arbeitspapier fest, dass die

⁴⁷ BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574).

⁴⁸ BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574).

⁴⁹ BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574).

⁵⁰ BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574).

Organspendeerklärung in Fällen wie dem vorliegenden für die Annahme, dass der Patient mit der Durchführung intensivmedizinischer Maßnahmen grundsätzlich einverstanden ist, in Abgrenzung zum vermuteten Hirntodeintritt nicht ausreichend sein kann.⁵¹ Es soll daher im Konsens mit dem Patientenvertreter und den Angehörigen des Patienten eine Lösung gefunden werden, wobei alle vorliegenden Erklärungen bei der Ermittlung des Patientenwillens zu berücksichtigen sind, folglich wiederum auf den (mutmaßlichen) Gesamtwillen des Patienten abzustellen ist.⁵²

(3) Konsequenzen für die Praxis

Die von der Bundesärztekammer vorgeschlagene Differenzierung eignet sich zu einer kategorischen Unterteilung der unterschiedlichen Fälle und schafft somit eine gewisse Sicherheit beim Vorgehen in Kollisionsfällen. Diese Vorab-Entscheidung trifft jedoch auch auf Kritik: Sie stelle allein auf die praktische Vorgehensweise ab und sei eine Art Handlungsanleitung für die Praxis, obwohl eine generelle Differenzierung nicht immer unproblematisch möglich sei und das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen keine ausreichende Beachtung fände.⁵³ Gefordert wird in diesem Rahmen eine überzeugende Rechtfertigung bezüglich der Handlung entgegen der Patientenverfügung und der damit einhergehenden Missachtung des Selbstbestimmungsrechts, für die das Vorliegen der Organspendeerklärung nicht ausreichend sei.⁵⁴ Dem ist insbesondere im Rahmen des Falles, in denen der Hirntod erwartet wird, aufgrund des schwer zu prognostizierenden Zeitraums der Dauer organprotektiver Maßnahmen zuzustimmen, weshalb auch die Bundesärztekammer in ihrem Arbeitspapier das bloße Vorliegen der Organspendeerklärung nicht ausreichen lässt. Im Falle des schon vermuteten Eintritts des Hirntodes würde die Palliation jedoch einen absehbaren Zeitraum einnehmen, weshalb eine Differenzierung zwischen diesen Fällen durchaus angebracht erscheint. Auch hier kommt es zu einer Kollision beider Erklärungen, doch ergibt das Vorliegen der Organspendeerklärung auch die Bereitschaft des Patienten zur deren Realisierung. Auch wenn dem Patienten die Kollision nicht bewusst gewesen sein mag,⁵⁵ kommt man mit dem Vorschlag der Bundesärztekammer zu einer Lösung, die beide Willensrichtungen des Patienten beachtet und die aufgrund des absehbaren Zeitraums der Hirntoddiagnostik und des ausdrücklich geäußerten Willens zur Organspende das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht verletzt. Im Ergebnis wird somit das erreicht, was in den Kollisionsfällen richtungsweisend ist: Der Gesamtwille des Betroffenen, der sich aus der Abgabe zweier Willenserklärungen ergibt, wird beachtet, da beiden Wünschen

⁵¹ BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574).

⁵² BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574); zur Relevanz der Willensfeststellung des Patienten bei infauster Prognose und noch nicht unmittelbar bevorstehendem Todeseintritt siehe *Duttge* Anm. zu BGH Beschl. v. 17.09.2014 – XII ZB 203/13 = JZ 2015 S. 44 (46) bzgl. der Einstellung der künstlichen Ernährung mittels PEG-Sonde.

⁵³ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 707 (709).

⁵⁴ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 707 (709).

⁵⁵ So *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 707 (709).

nachgegangen wird, auch wenn diese sich zunächst widersprechen. Dies führt auch nicht zu einer vermeintlichen und nicht bewiesenen Vorrangigkeit der Organspendeerklärung,⁵⁶ denn aufgrund der natürlichen biologischen Konsequenzen, die das Einstellen der intensivmedizinischen Therapie für den menschlichen Organismus haben könnte, ist diese zwangsläufig zuerst durchzuführen, bevor dem Willen zur Einstellung entsprochen wird, da die gleichzeitige Einstellung und die Hirntoddiagnostik mit dem Organspendewunsch durch den Verlust der Spendefähigkeit der Organe nicht vereinbar wären. Eine generelle Vorrangigkeit der Organspendeerklärung ist aus diesem Vorgehen nicht abzuleiten. Es handelt sich daher bei der Durchführung der Intensivtherapie vor der Therapiebegrenzung um eine zwangsläufig zu beachtende zeitliche Komponente, die mit biologischen Vorgängen gerechtfertigt werden kann. Zuzustimmen ist in jedem Falle, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten niemals außer Acht gelassen werden darf und somit immer einzelfallbezogen auf den Gesamtwillen des Patienten abzustellen ist.

Problematisch erscheint weiterhin die Entscheidungszuständigkeit zur Feststellung des mutmaßlichen Patientenwillens im Falle des zu erwartenden Hirntodes. I.R.d. Therapiebegrenzung ermächtigt das Gesetz den Patientenvertreter, Entscheidungen im Sinne des Patienten zu treffen oder für den Fall, dass der Betroffene vorab niemanden privatautonom bevollmächtigt hat, einen gerichtlich bestellten Betreuer, §§ 1896 ff., 1901a I, II, V BGB. Erst mit dem Tode des Patienten endet dessen Zuständigkeit und das Totenfürsorgerecht greift ein.⁵⁷ Das TPG ermächtigt zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens i.R.d. postmortalen Organspende eine gemäß § 2 II TPG vom Patienten bevollmächtigte Person oder im Zweifel den nächsten Angehörigen gemäß § 4 I, II i.V.m. § 1a Nr. 5 TPG. Patientenvertreter und nächster Angehöriger müssen dabei nicht personenidentisch sein.⁵⁸ Sind nun organprotektive Maßnahmen vor Feststellung des Hirntodes vorzunehmen, kommt es zu einem Kollisionsfall der Entscheidungszuständigkeiten i.R.v. Therapiebegrenzung und postmortalen Organspende, für die es bislang keine gesetzliche Regelung gibt. Diesem Kollisionsfall tritt der Deutsche Ethikrat wie folgt entgegen: Nach seiner Ansicht sollen weder der Patientenvertreter, noch der nächste Angehörige entscheidungsbefugt sein, denn der nächste Angehörige sei nach § 4 TPG erst entscheidungsbefugt, sobald der Patient nachweislich tot ist, was bislang nicht der Fall ist, während der Patientenvertreter nicht in organprotektive Maßnahmen einwilligen könne, da seine Entscheidungsbefugnis nur die Therapiebegrenzung betreffe, die organprotektive Therapie aber ein Teil der Organspende sei.⁵⁹ Dabei wird jedoch verkannt, dass Fragen zur Organspende nicht erst dann aufkommen, sobald der Patient tatsächlich tot ist, sondern auch im Vorfeld bestehen können, denn wenn der nächste Angehörige bezüglich der Organspende an sich

⁵⁶ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 707 (709).

⁵⁷ BGH XII ZR 58/91 = FamRZ 1992 S. 657 (663).

⁵⁸ *Verrel* GuP 2012 S. 125 (126).

⁵⁹ Deutscher Ethikrat „Hirntod und Entscheidung zur Organspende“ S. 46.

entscheidungsbefugt ist, dann geht damit auch eine Befugnis zur Vorentscheidungen einher.⁶⁰

Auch das Betreuungsrecht ist in diesen Fällen anwendbar, da die Durchführung organprotektiver Maßnahmen Einfluss auf das Wohl des Patienten und die Fragen zur Therapiebegrenzung hat, die wiederum die Entscheidungsbefugnis des Patientenvertreters betreffen.⁶¹ Die Ansicht des Deutschen Ethikrates kann den Kollisionsfall nicht sinnvoll auflösen und überzeugt daher nicht. Beide Parteien sind mit den Angelegenheiten betraut und insoweit entscheidungsbefugt. Auch der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass das Transplantationsrecht erst nach Ableben des Patienten zur Anwendung kommt und hat folglich verkannt, dass organprotektive Maßnahmen vorgenommen werden müssen, bevor der Patient endgültig verstirbt.⁶² Da offensichtlich von einem klaren Verhältnis der Entscheidungsbefugnisse ausgegangen wurde, existiert keine Norm, die den Umgang im Kollisionsfall regelt. Eine darüber hinausgehende Aufspaltung der Entscheidungsbefugnis in „therapiezentriert“ und „spendezentriert“ erschiene lebensfremd, sodass die gesetzliche Differenzierung der Entscheidungsbefugnisse im BGB und TPG vielmehr die Notwendigkeit einer Entscheidungsfindung im Konsens mit allen dazu Berechtigten zum Ausdruck bringt.⁶³ Folglich bietet es sich an, alle entscheidungsbefugten Personen in die Angelegenheit mit einzubeziehen, um die Ermittlung des mutmaßlichen Gesamtwillens des Betroffenen bestmöglich zu erreichen.

bb) Grenzen der organprotektiven Therapie

Die bisherigen Ausführungen gingen von einer nicht nachteilhaften oder schädlichen Durchführung intensivmedizinischer Maßnahmen aus. Es kann jedoch in seltenen Fällen infolge der Behandlung ein irreversibles Koma eintreten, in welchem der Patient keine intensivmedizinischen Maßnahmen mehr benötigt.⁶⁴ Zeichnet sich der Eintritt eines solchen Zustandes bereits ab, darf im Hinblick auf eine spätere Organspende nicht weiterbehandelt werden, es sei denn, der Patient hat zuvor ausdrücklich der Inkaufnahme dieses Risikos zugestimmt.⁶⁵ Die Durchführung intensivmedizinischer Maßnahmen kann vorliegend nicht ohne ausdrückliche Zustimmung vom Patientenwillen gedeckt sein, da es weder zu einem absehbaren Todesertritt kommt, noch eine Organspende ermöglicht wird.⁶⁶ In diesen Fällen liegt ein sog. „apallisches Syndrom“ vor, dessen Krankheitsbilder sich einzelfallabhängig äußern, bei welchem jedoch zweifelsfrei noch messbare Gehirnaktivitäten bestehen

⁶⁰ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 708 (709).

⁶¹ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 708 (709).

⁶² *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 706 (709).

⁶³ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 708 (709).

⁶⁴ *Schöne-Seifert* u.a. DÄBl. 2011 A 2084 (2086).

⁶⁵ *Verrel* Gup 2012 S. 124 (125).

⁶⁶ *Verrel* Gup 2012 S. 124 (125).

und ein Kompatient daher nicht als hirntod i.S.d. TPG und damit als nicht spendegeeignet anzusehen ist.⁶⁷

Äußerst fragwürdig ist das Vorgehen, wenn ein potentieller noch nicht intensivmedizinisch behandelter Organspender, bei welchem der Eintritt des Hirntodes noch zu erwarten ist, einen Herz-Kreislauf-Stillstand erleidet: Nach Feststellungen der Bundesärztekammer ist der Patientenwille bei der Kollision einer bestehenden Organspendeerklärung und einer Patientenverfügung, die der Reanimation widerspricht, genau zu untersuchen, wenn intensivmedizinische Maßnahmen bis zum schwer zu prognostizierenden Zeitpunkt des Hirntodeintritts durchzuführen wären.⁶⁸ Angesichts der erhöhten Anforderungen an organprotektive Maßnahmen bei lediglich zu erwartendem Hirntod kann die Reanimation jedoch nicht mehr vom Patientenwillen gedeckt sein und stellt einen erheblichen und ethisch nicht vertretbaren Eingriff in die Rechte des Betroffenen dar.⁶⁹ Der Patient würde ausschließlich für fremde Zwecke instrumentalisiert werden und die entstehende Belastung sei mit der organprotektiven Therapie nicht vergleichbar.⁷⁰ Eine Reanimation zur Ermöglichung einer späteren Organspende verbietet sich daher.

b) Der Patient hat nur eine oder überhaupt keine Verfügung erlassen

Weiterhin fraglich ist auch das Vorgehen in den noch praxisrelevanteren Fällen,⁷¹ in denen der Patient entweder Vorkehrungen zur Therapiebegrenzung getroffen hat oder eine Organspendeerklärung vorliegt, also lediglich eine Verfügung vorliegt oder in denen kein entsprechendes Dokument existiert.

aa) Ledigliches Vorliegen einer Organspendeerklärung

Liegt lediglich eine Organspendeerklärung vor, ist auf Anraten der Bundesärztekammer wie folgt zu verfahren: Sofern der Patient keine Maßnahmen getroffen hat, die auf eine Therapiebegrenzung Bezug nehmen, muss der Arzt die für die Organspende notwendigen intensivmedizinischen Maßnahmen mit dem Patientenvertreter besprechen und dessen Einwilligung einholen.⁷² Der Patientenvertreter hat auf der Grundlage von Behandlungswünschen oder des mutmaßlichen Willens zu entscheiden und die Organspendeerklärung zu berücksichtigen.⁷³ Eine andere Ansicht vertritt hingegen die Auffassung, dass das Vorliegen einer schriftlichen Organspendeerklärung die Gewissheit mit sich bringt, dass der Patient in jedem Falle spendebereit sei und sich damit einhergehend auch mit der Vornahme organprotektiver

⁶⁷ Schlake/Roosen S. 60 f.

⁶⁸ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁶⁹ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁷⁰ Schöne-Seifert u.a. DÄBl. 2011 A 2084 (2086).

⁷¹ Verrel GuP 2012 S. 123 (126).

⁷² BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁷³ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

Maßnahmen einverstanden erklärt hat.⁷⁴ Diese Ansicht lässt jedoch außer Acht, dass der Patient gleichwohl auch eine Therapiebegrenzung wünschen könnte und dies nur noch nicht schriftlich festgehalten hat. Inzwischen hat auch der BGH mündlichen Äußerungen zur Therapiebegrenzung eine nicht unerhebliche Bedeutung zugemessen.⁷⁵ Nähme man allein das Vorliegen einer Organspendeerklärung zum Anlass dafür, sämtliche organprotektive Maßnahmen durchzuführen, droht die Gefahr, dass der gleichzeitig bestehende Wille nach begrenzter Therapie vollständig unterlaufen werden könnte. Die Ansicht ist auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH heute nicht mehr haltbar, da sie nahezu engstirnig nur auf das abstellt, was schriftlich vorliegt, ohne dabei andere mögliche Willensrichtungen des Patienten zu berücksichtigen. Das Anraten der Bundesärztekammer ist i.d.S. vorteilhaft, um die umfassende Feststellung des Patientengesamtwillens unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten sicherzustellen. Die intensivmedizinische Therapie darf nicht allein aufgrund der bekannten Organspendeerklärung durchgeführt werden, um den Patientenvertreter nicht zu übergehen. Aufgrund des Einwilligungserfordernisses durch den Patientenvertreter und dessen Pflicht zur Beachtung der Organspendeerklärung werden alle entscheidungsbefugten Personen hinzugezogen und die Beachtung des Gesamtwillens des Patienten hinreichend gesichert. Durch die Hinzuziehung des Patientenvertreters können sich jedoch vergleichbare Kollisionsprobleme zwischen Therapiebegrenzung und Organspende ergeben, die sich wie unter Punkt a) aufgeführt darstellen.⁷⁶

bb) Ledigliches Vorliegen des schriftlichen Wunsches nach Therapiebegrenzung

Ebenso gibt es Fälle, in denen der Patient den Wunsch nach Therapiebegrenzung äußert und keine Organspendeerklärung verfasst hat. Auf den ersten Blick erscheint eine Organspende aufgrund des Widerspruchs zur intensivmedizinischen Therapie daher ausgeschlossen. Dem ist jedoch nicht so, wie die Regelungen des TPG zeigen: In den vorliegenden Fällen wird zunächst ein dem nächsten Angehörigen gegenüber mündlich geäußerter Spendewunsch relevant bzw. in Ermangelung eines solchen der mutmaßliche Wille des Patienten.⁷⁷ Da die Spendeerklärung keiner bestimmten Form unterliegt und daher auch mündlich geäußert werden kann, unterliegt sie der Gefahr, dass der Wille nicht ausreichend nach außen zum Ausdruck kommt.⁷⁸

Die §§ 3 I Nr. 1, 4 I TPG regeln die Einwilligung nach der „erweiterten Zustimmungslösung“, nach welcher die nächsten Angehörigen des Betroffenen ein eigenes Recht über die Entscheidung der Organentnahme erhalten können.⁷⁹ Diese stehen häufig in einem inneren Gewissenskonflikt zwischen dem Interesse, die Wünsche

⁷⁴ *Verrel* GuP 2012 S. 124 (125).

⁷⁵ BGH Beschl. v. 17.09.2014 – XII ZB 202/13 = JZ 2015 S. 42 (43) mit Anm. *Duttge*.

⁷⁶ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁷⁷ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁷⁸ *Norba* S. 148.

⁷⁹ *Verrel* GuP 2012 S. 122 (126); *Kloth* S. 137.

des Verstorbenen zu realisieren und dem Interesse an der Respektierung ihres eigenen Pietätsgefühls.⁸⁰ Es wird vom Gesetz jedoch vorausgesetzt, dass die Angehörigen nicht ihre eigenen Wünsche durchsetzen, sondern dem Willen des Verstorbenen entsprechend handeln.⁸¹ Eine eigene Entscheidungsbefugnis ist daher lediglich subsidiär zum (mutmaßlichen) Patientenwillen.⁸² Nur für den Fall, dass durch eine Befragung der Angehörigen nicht auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen geschlossen werden kann, entsteht ein eigenes Entscheidungsrecht – ansonsten ist die Zustimmung nach § 3 I Nr. 1 TPG vorrangig und § 4 I 2 TPG ist nicht anwendbar.⁸³ Positiv hieran ist zu bewerten, dass der Wunsch des Betroffenen im Vordergrund steht und es dadurch zu einer hinreichenden Ermittlung des Gesamtwillens kommt. Zudem entscheiden sich laut Statistiken der DSO viele Angehörige mit eigenem Entscheidungsrecht gegen eine Organspende (vgl. Abb. 2), was u.a. daran liegt, dass sie sich nach dem Versterben eines Angehörigen in einer emotional aufwühlenden und psychisch belastenden Situation befinden, sich überfordert fühlen und nicht die falsche Entscheidung treffen oder an Schuldgefühlen leiden wollen.⁸⁴ Verleihe man dem eigenen Zustimmungsrecht der nächsten Angehörigen mehr Bedeutung, käme es dauerhaft zu einer drastischen Senkung der Zahlen verfügbarer Spenderorgane, was für die Transplantationsmedizin kontraproduktiv wäre. Eine höhere Zustimmungsrate ließe sich mit einer verbesserten Angehörigenbetreuung aber sicherlich erreichen.⁸⁵ Kommt es zu einer Zustimmung zur Organspende durch den nächsten Angehörigen stellen sich wiederum die Fragen zur Kollision mit dem Wunsch nach Therapiebegrenzung, die wie unter Punkt a) dargestellt werden können.⁸⁶

cc) Kein Vorliegen einer Patientenerklärung

Die letzte Fallgruppe bilden die Situationen, in denen der Patient weder eine schriftliche Organspendeerklärung abgegeben noch eine Regelung zur Therapiebegrenzung getroffen hat. Auch diesen Fall hat die Bundesärztekammer in ihrem Arbeitspapier zum Verhältnis von Patientenverfügung und Organspendeerklärung berücksichtigt: In diesem Fall soll der nächste Angehörige über eine Organspende entscheiden. Stellt dieser aufgrund der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten dessen Spendebereitschaft fest oder stimmt subsidiär selbst zu, muss der Patientenvertreter bei der Entscheidung über die Maßnahmen zur Einstellung oder Fortführung der intensivmedizinischen Therapie die Bereitschaft zur Organspende berücksichtigen.⁸⁷ Es handelt sich somit um eine Kombination der oben aufgeführ-

⁸⁰ Kloth S. 137.

⁸¹ Krüger Transplantationsrecht v. B. u. L. § 4 TPG Rn. 46 ff.

⁸² Krüger Transplantationsrecht v. B. u. L. § 4 TPG Rn. 46; Walter Medizinrecht § 4 TPG Rn. 2 f.

⁸³ Krüger Transplantationsrecht v. B. u. L. § 4 TPG Rn. 64.

⁸⁴ Vgl. Richter-Kublmann DÄBl. 2014 A 585 (A585); Muthny S.107 f. (121).

⁸⁵ Vgl. Richter-Kublmann DÄBl. 2014 A 585 (A585).

⁸⁶ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁸⁷ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

ten Fälle. Die Hinzuziehung des nächsten Angehörigen bei einer fehlenden schriftlichen Spendeerklärung ist gesetzlich vorgesehen und darf nicht umgangen werden. Ebenso ist aber auch der mögliche Sterbewunsch des Patienten zu beachten, sodass der Patientenvertreter bei der Entscheidung zur Durchführung der Organprotektion nicht außer Acht gelassen werden darf. Es lässt sich folglich feststellen, dass es sich bei den Fällen, in denen der Patient vorab keine Verfügung getroffen hat, um ein Gegenseitigkeitsverhältnis von nächstem Angehörigen und Patientenvertreter handelt, dass von gegenseitiger Rücksichtnahme geprägt ist. Da beide Parteien ihrerseits im Sinne des mutmaßlichen Patientenwillens handeln, wird dessen Gesamtwille bei der Entscheidungsfindung hinreichend beachtet.

3 Kritische Würdigung

Aufgrund der dargestellten Problematik wirft das parallele Vorliegen von Organspende- und Sterbewunsch in der Praxis vielerlei Fragen auf, die bislang nicht einheitlich beantwortet werden konnten. So bietet das vorgeschlagene Vorgehen der Bundesärztekammer eine gewisse Handlungsanleitung für die Praxis, die eine gute Methode zu sein scheint, beiden Wünschen des Patienten zu entsprechen und die auch im Hinblick auf biologische Vorgänge kein Hindernis für die Organspende darstellt. Zwar wird durch diesen Vorschlag ein gewisser Leitfaden in diesem Bereich voller Unsicherheiten geschaffen, doch ist auch die Kritik daran nachvollziehbar, denn es darf nicht in den Hintergrund rücken, um was es hierbei eigentlich geht: um ein menschliches Individuum, welches trotz eingetretenem oder bald erwartetem Hirntod seine Würde nicht verloren hat und dessen Wünsche für das gesamte Vorgehen maßgebend und daher vorrangig zu beachten sind. Ebenso groß ist die Unsicherheit, wenn nicht die Patientenerklärungen, sondern entscheidungsbefugte Personen in die Angelegenheiten miteinbezogen werden müssen, insbesondere, wenn die Entscheidungsbefugten nicht personenidentisch sind. Eine ausdrückliche Regelung, wer im Zweifel miteinbezogen oder sogar selbst entscheiden darf, ist vom Gesetz genauso vorgesehen wie die Reihenfolge, wie entschieden werden darf, die genauso den mutmaßlichen Patientenwillen vor eigene Entscheidungsrechte stellt. Doch können sich Uneinigkeiten ergeben, wenn zwischen den personenverschiedenen Mitentscheidungsbefugten dauerhaft ein Dissens besteht.

Wie verhält es sich, wenn die mutmaßlichen Patientenwillen nicht in Einklang zu bringen sind? Wessen Entscheidung ist dann vorrangig zu beachten? Oder würde eine Hierarchie der Entscheidungsbefugnisse dazu führen, dass der eigentlich so maßgebliche Patientenwille in den Hintergrund rückt? Diese Unklarheiten beschäftigen die medizinische und instanzielle Praxis und eine eindeutige Klärung zur Vorgehensweise oder eine generelle Prävention erscheint unbedingt notwendig. Vorgeschlagen wird hier zum einen eine eindeutige Festlegung in den jeweiligen Dokumenten, sodass sich der Patient entweder in seiner Patientenverfügung für den Eintritt des vermuteten oder erwarteten Hirntodes bei gleichzeitig bestehendem Organ-

spendewunsch für ein bestimmtes Vorgehen entscheiden muss oder im Organspendeausweis eine entsprechende Passage eingefügt wird, in der der Patient der Durchführung der Organprotektion zustimmt oder sie ablehnt.⁸⁸ Der Patient hätte verdeutlicht, was er wann wünscht und in welchem Verhältnis die Wünsche sich zueinander verhalten.

Mit einem guten Beispiel geht diesbezüglich die Schweiz voran. In ihrem Formular zur Patientenverfügung, das für die Bürger im Internet zur Verfügung steht, müssen diese sich am Ende für oder gegen eine Organspende und die damit verbundenen Maßnahmen entscheiden, wobei auch auf die Intensivmedizin Bezug genommen wird.⁸⁹ Mit der Vorlage der Patientenverfügung im Ernstfall ist somit sicher, was der Betroffene wünscht. Hierfür spricht sich auch das deutsche Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz in seiner Empfehlung zur Erstellung von Patientenverfügungen aus,⁹⁰ doch fehlt ein entsprechender Passus bislang in den Formularen. Dem Eurotransplant-Partner Österreich hingegen fehlt in seinem Formular der Patientenverfügung ein Passus zur Organspende,⁹¹ doch ist das Spendeverfahren in Österreich aufgrund der in §§ 5 I 3, 6 des dortigen Transplantationsgesetzes geregelten „Widerspruchslösung“ ein gänzlich anderes als das derzeit der „Entscheidungslösung“ unterliegende System der Bundesrepublik Deutschland.

Auch eine Gesetzesänderung oder der Erlass einer Richtlinie der Bundesärztekammer nach § 16 I TPG zur Lösung von Kollisionsfällen und den damit einhergehenden Problemen wäre zur Beseitigung der Unsicherheiten geeignet. Diese könnte bestimmte Verpflichtungen beinhalten wie beispielsweise über die Kollisionsproblematik aufzuklären. Dies könnte dadurch geschehen, dass das von den Krankenkassen zur Verfügung gestellte Informationsmaterial zur Organspende entsprechend ergänzt wird mit einer Information und der darauf beruhenden Notwendigkeit einer Entscheidung. Da jedoch nicht sichergestellt werden kann, dass die zur Verfügung zu stellenden Materialien der Krankenkassen von den Adressaten hinreichend beachtet werden, wäre die gleichzeitige Ergänzung von Vordrucken zur Patientenverfügung oder des Organspendeausweises um den entsprechenden Passus möglich. Auch könnte eine Verpflichtung zur ärztlichen Beratung bei der Erstellung einer Patientenverfügung eingeführt werden, die wiederum auch die Ärzte verpflichten müsste, über die Kollisionsproblematik und die Konsequenzen aufzuklären, um den Verfügenden die Notwendigkeit einer Entscheidungsfindung zu verdeutlichen. Hingegen würde eine starre vorgeschriebene Vorgehensweise durch eine gesetzlich festgelegte Hierarchie der Erklärungen einer Verfassungsmäßigkeitsüberprüfung vermutlich nicht Stand halten, da sie das Selbstbestimmungsrecht des

⁸⁸ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 708 f. (709); dazu auch *Verrel* GuP 2012 S. 123 (126), welcher dies als rein deklaratorisch betrachtet.

⁸⁹ <https://www.fmh.ch/dienstleistungen/recht/patientenverfuegung.cfm> (Stand 28.11.2022).

⁹⁰ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz S. 28 (41).

⁹¹ <https://www.wien.gv.at/gesundheit/einrichtungen/patientenanwaltschaft/pdf/patientenverfuegung-bf.pdf> (zuletzt aufgerufen am 30.05.2019).

Patienten nicht hinreichend in den Fokus stellen würde. Würde man hingegen den Betroffenen selbst sowie fachlich mit der Materie betrautes Personal zu Handlungen und Entscheidungen gesetzlich verpflichten und eine entsprechende Änderung der Dokumente vornehmen, könnten damit in Zukunft richtungsweisende Vorgaben für den Ernstfall geschaffen werden.

Ein wesentlicher Anstieg der Spenderzahlen blieb nach der Einführung des TPG's im Jahre 1997 aus,⁹² weshalb offenbar ein genereller Handlungsbedarf besteht – mit der Vermeidung von Missständen und Unsicherheiten in der klinischen und instanziellen Praxis könnte jedenfalls zukünftig ein Anstieg der Spenderzahlen zu verzeichnen sein. Angesichts der noch gravierenden Missstände hinsichtlich verfügbarer Spenderorgane müssen zukünftig Perspektiven gefunden werden, die Chancen auf den Erhalt eines lebensrettenden Organs zu erhöhen, ohne dabei die Spender zu instrumentalisieren und in ihrer Würde und ihren Vorstellungen zu umgehen. Die hier aufgezeigten Lösungsvorschläge stellen ein Beitrag zur präventiven Vermeidung der Kollision von Therapiebegrenzung und postmortaler Organspende dar, durch welche sicherlich ein Anstieg der Transplantationserfolge und damit der Lebensrettung zu verzeichnen wären.

Literaturverzeichnis

- Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School: „A definition of irreversible coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brain death“ in „Journal of the American Medical Association 1968 (JAMA)“, Philadelphia, Vereinigte Staaten von Amerika, 1968.
- Berger, Christian: „Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Privatautonomie am Lebensende“ in „Juristenzeitung 2000“, Tübingen 2000.
- Bundesärztekammer: „Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer zur Frage der Kriterien des Hirntodes – Entscheidungshilfen zur Feststellung des Hirntodes“ in „Deutsches Ärzteblatt 1982“, Köln 1982.
- Bundesärztekammer: „Der endgültige Ausfall der gesamten Hirnfunktion („Hirntod“) als sicheres Todeszeichen“ in „Deutsches Ärzteblatt 1993“, Köln 1993.
- Bundesärztekammer: „Organentnahme nach Herzstillstand („Non heart-beating donor“)“ in „Deutsches Ärzteblatt 1998“, Köln 1998.

⁹² Rosenberg S. 114 (115).

- Bundesärztekammer: „Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“ in „Deutsches Ärzteblatt 2007“, Köln 2007.
- Dannecker, Gerhard; Görtz-Leible, Monika: „Die rechtliche und rechtspolitische Situation im Bereich von Transplantation und Sektion“ in Oberender, Peter (Hrsg.) „Transplantationsmedizin – Ökonomische, ethische, rechtliche und medizinische Aspekte“, Baden-Baden 1995.
- Deutscher Ethikrat (Hrsg.): „Hirntod und Entscheidung zur Organspende Stellungnahme“, Berlin 2015.
- Deutsche Gesellschaft für Neurologie; Deutsche Gesellschaft für Neurochirurgie; Deutsche Gesellschaft für Neurointensiv- und Notfallmedizin: „Gemeinsame Stellungnahme der DGN, DGNC und DGNI zur Feststellung des Hirntodes vor Organentnahmen v. 05. März 2014, ergänzt am 21. März 2014“: <https://www.dgni.de/aerzte/stellungnahmen-intensivmedizin/451-gemeinsame-stellungnahme-der-dgn-dgnc-und-dgni-zur-feststellung-des-hirntodes-vor-organentnahmen.html> (Stand: 30.05.2019).
- Duttge, Gunnar: „Therapiebegrenzung am Lebensende: Die Rechtslage nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 17.09.2014“ in Kluge, S.; Markewitz, A.; Jorch, G.; Putensen, C.; Quintel, M.; Sybrecht, G.W. (Hrsg.) „DIVI Jahrbuch 2015/2016 – Fortbildung und Wissenschaft in der interdisziplinären Intensivmedizin und Notfallmedizin; Schwerpunkt ‚Hygiene in der Intensivmedizin‘“, Berlin 2016.
- Duttge, Gunnar; Neitzke, Gerald: „Zum Spannungsfeld zwischen Intensivtherapie und Organtransplantation“ in „Gesundheitsrecht 2015“, Köln 2015.
- Gaidzik, Peter W. : „Patientenverfügungen – Rechtssicherheit und Selbstbestimmung?“, Wiesbaden 2011.
- Jox, Ralf J.; Ach, Johann, S.; Schöne-Seifert, Bettina: „Patientenverfügungen bei Demenz – Der ‚natürliche Wille‘ und seine ethische Einordnung“ in „Deutsches Ärzteblatt 2014“, Köln 2014.
- Kloth, Karsten : „Todesbestimmung und postmortale Organentnahme“, aktualisierte und überarbeitete Fassung der Jur. Diss. „Rechtsprobleme der Todesbestimmung und der Organentnahme von Verstorbenen“ 1994; Frankfurt am Main 1996.
- Lipp, Volker: „Handbuch der Vorsorgeverfügungen Vorsorgevollmacht – Patientenverfügung -Betreuungsverfügung“, München 2009.
- Lipp, Volker : „Rechtliche Grundlagen der Entscheidung über den Einsatz lebenserhaltender Maßnahmen“ in Kettler, Dietrich; Simon, Alfred; Anselm, Reiner; Lipp, Volker; Duttge, Gunnar (Hrsg.) „Selbstbestimmung am Lebensende“, Göttingen 2006.

- Miserok, Karl; Sasse, Ralf; Krüger, Matthias : „Transplantationsrecht des Bundes und der Länder mit Transfusionsgesetz Kommentare“, 3. Auflage, Wiesbaden 2006.
- Mohammadi-Kangarani, Ehsan: „Die Richtlinien der Organverteilung im Transplantationsgesetz – verfassungsgemäß?“, Jur. Diss. Georg-August-Universität zu Göttingen 2010; Frankfurt am Main 2011.
- Muthny, Fritz A. : „Das Gespräch mit den Angehörigen plötzlich Verstorbener als ethische Aufgabe und wichtigste Voraussetzung für die postmortale Organspende“, in Ach, Johann S.; Quante, Michael „Hirntod und Organverpflanzung – Ethische, medizinische, psychologische und rechtliche Aspekte der Transplantationsmedizin“, 2. Auflage, Stuttgart – Bad Cannstatt 1999.
- Norba, Daniela : „Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht“, Jur. Diss., Universität zu Rostock 2008; Berlin 2009.
- Richter-Kuhlmann, Eva: „Sie verloren einen Menschen – Angehörige in der Transplantationsmedizin“ in „Deutsches Ärzteblatt 2014“, Köln 2014.
- Rosenberg, Sebastian: „Transplantationsbeauftragte stärken“ in Middel, C.-D.; Pühler, W.; Lilie, H.; Vilmar, K. (Hrsg.) „Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts“, Köln 2010.
- Schlake, Hans-Peter; Roosen, Klaus „Der Hirntod als der Tod des Menschen“, Neu-Isenburg 1995.
- Schöne-Seifert, Bettina; Prien, Thomas; Rellensmann, Georg; Roeder, Norbert; Schmidt, Hartmut H.-J.: „Behandlung potenzieller Organspender im Präfinalstadium – Ob und unter welchen Umständen sind therapeutische Maßnahmen, die von einer möglichen Organspende motiviert sind, ethisch zulässig?“, in „Deutsches Ärzteblatt 2011“, Köln 2011.
- Schwab, Dieter (Hrsg.): „Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 9 Familienrecht II, §§ 1589 – 1921 BGB, SCB VIII“, 7. Auflage, München 2017.
- Spickhoff, Andreas (Hrsg.): „Medizinrecht“, München 2011.
- Spilker, Bettina: „Postmortale Organspende auf verfassungsrechtlichem Prüfstand – Auswirkungen der Schutzpflicht des Art. 2 II GG -“ in „Zeitschrift für Rechtspolitik“, München 2014.
- Verrel, Torsten : „Patientenverfügung, Therapiebegrenzung und Organspende – Anmerkungen zu einem vermeintlichen Widerspruch“ in „Gesundheit und Pflege 2012/2013“ Heft 4 2012, Köln 2012.
- Vogel, Sebastian T.: „Sterbehilfe und Organspende – Ein Plädoyer für die partielle Zulassung der Non-heart-beating-donation in Deutschland“ in „Zeitschrift für Lebensrecht“, Köln 2011.

Der Status einer hirntoten Schwangeren nach deutschem (Betreuungs-)Recht

Malte Kreimer

1 Einleitung

Der medizinische Handlungsspielraum nach einer Hirntodfeststellung ist eigentlich eindeutig abgesteckt. Der Hirntod gilt medizinisch als Todeszeitpunkt, sodass eine intensivmedizinische Behandlung nach Hirntodfeststellung mit Ausnahme einer willensgetragenen Organentnahme grundsätzlich unzulässig ist.¹ Was ist aber, wenn die Hirntote schwanger ist und die Schwangerschaft durch Weiterbehandlung der Hirntoten bis zur Entbindung aufrechterhalten werden könnte? Dass dies nicht bloß eine theoretische Fragestellung ist, verdeutlichen die zahlreichen weltweit aufgetretenen Fälle.² Es stellt sich dabei auch die Frage, wie eine hirntote Schwangere rechtlich zu beurteilen ist. Ist sie wie jede andere Hirntote rechtlich tot oder besteht eine Ausnahme und die hirntote Schwangere ist rechtlich als lebend zu bewerten? Um diesen Status zu klären, soll zunächst der verfassungsrechtliche Rahmen dieses Spezialfalles abgesteckt werden, indem die Grundrechte der Hirntoten und des Fötus miteinander abgewogen werden. Anschließend soll ermittelt werden, wie diese Rechte betreuungsrechtlich umzusetzen sind. Bei diesen Überlegungen wird davon ausgegangen, dass die hirntote Schwangere juristisch tot ist. Dies entspricht sowohl dem medizinischen Todeszeitpunkt als auch der bisherigen rechtlichen Beurteilung des Hirntodes als Todeszeitpunkt. Nur sofern eine Lösung der aufgeworfenen

¹ Brandt/ *Angstwurm*, DÄBl. 2018, 675 (675 f.).

² Vgl. zu Fällen weltweit *Vogel*, Organentnahmen bei hirntoten Schwangeren, S. 10 ff.

Probleme nicht möglich ist oder dies zu schlechterdings unerträglichen Ergebnissen führt, muss ein abweichender Status formuliert werden.

2 Verfassungsrechtlicher Rahmen

2.1 Grundrechte der Schwangeren

Eine Weiterbehandlung könnte die hirntote Schwangere in ihrer in Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde verletzen. Hierunter ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch zu verstehen, welcher einem Menschen aufgrund seines Menschseins zusteht.³ Ist die Menschenwürde aber auch noch nach dem Hirntod geschützt? Der *lebzeitige* Würdeschutz des Menschen endet jedenfalls mit dem Hirntod.⁴ Nach dem Tod geschützt sind aber die Ehre des Verstorbenen sowie der Leichnam.⁵ Ebenfalls geschützt wird das ausgeübte und fortwirkende Selbstbestimmungsrecht⁶ sowie seine Totenruhe.⁷ Die Menschenwürde bleibt somit als postmortaler Persönlichkeitsschutz weiter bestehen.

Es stellt sich dann die Frage, ob dieser postmortale Persönlichkeitsschutz durch eine Weiterbehandlung verletzt wird. Der postmortale Persönlichkeitsschutz dient dazu, den Eigenwert und die Individualität des Menschen zu achten, sodass sich der Umgang mit seinen sterblichen Überresten allein an seinem Willen, seinen Vorstellungen und seinen Überzeugungen zu orientieren hat.⁸ Eine schrankenlose, willensunabhängige Sozialpflichtigkeit des Leichnams gibt es nicht.⁹ Somit muss auch bei der Frage nach einer Weiterbehandlung auf den (mutmaßlichen) Willen der Hirntoten abgestellt werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil bereits eine Organentnahme an den (mutmaßlichen) Willen der Hirntoten anknüpft. Die Behandlungen, die für die Aufrechterhaltung der Schwangerschaft notwendig sind, können jedoch deutlich intensiver sein und über einen erheblich längeren Zeitraum durchgeführt werden. Eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes liegt somit immer dann vor, wenn der (mutmaßliche) Wille keine Beachtung findet und entgegen diesem Willen gehandelt wird. Durch eine Weiterbehandlung unter Missachtung der Werte und Vorstellungen der Hirntoten würde diese als ein Gefäß für den Fötus ohne eigene Rechtsposition behandelt werden. Eine Weiterbehandlung um jeden Preis würde eindeutig eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes darstellen. Sofern die Hirntote jedoch bereits im Voraus in eine Weiterbehandlung

³ BVerfGE 87, 209 (228); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 GG, Rn. 6.

⁴ Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 I GG, Rn. 74.

⁵ Hillgruber, in: BeckOK GG, Art. 1 GG, Rn. 5.

⁶ Coester-Waltjen, in: FS Gernhuber 1993, 837 (850).

⁷ V. Münch, JuS 1997, 248 (250).

⁸ Koch, Persönlichkeitsschutz bei der postmortalen Organentnahme, S. 53.

⁹ Hilgendorf, JuS 1993, 97 (102).

einwilligte oder eine solche untersagte, handelt es sich nicht um eine Grundrechtsverletzung, wenn nach diesem Willen verfahren wird.¹⁰

Es bleibt das Problem, wie ein (mutmaßlicher) Wille zu ermitteln ist. Dazu bedarf es einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles.¹¹ Es sind dabei alle zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen heranzuziehen. Einen (mutmaßlichen) Willen auf Weiterbehandlung könnte man immer dann unterstellen, wenn der Fötus gesund ist.¹² Dagegen wird eingewandt, dass bei einer Abwägung der entgegenstehenden Rechte eine Behinderung aufgrund der Gleichwertigkeit menschlichen Lebens unerheblich sei.¹³ Bei diesem Einwand wird aber verkannt, dass es auf den Willen der Hirntoten ankommt. Wenn diese sich Gedanken um mögliche Behinderungen gemacht hat und dies für ihre Entscheidungsfindung wichtig war, dann ist diese Meinung beachtlich. Wenn hingegen keine Äußerungen zu einer Behinderung gemacht wurden oder eine solche explizit als unerheblich angesehen wurde, dann ist dies natürlich ebenfalls zu beachten. Ein weiteres Indiz ist das Verhalten bezüglich eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs. Man könnte erwägen, dass ein Wille zur Weiterbehandlung besteht, wenn die 12. Schwangerschaftswoche überschritten wurde und ein strafloser Schwangerschaftsabbruch somit nicht durchgeführt wurde.¹⁴ Dabei muss aber bedacht werden, dass diese Entscheidung nur bezüglich der Fortführung einer normalen Schwangerschaft getroffen wird. Dennoch hat dieses Verhalten Indizwirkung ebenso wie generelle Haltungen und Äußerungen zu Schwangerschaftsabbrüchen. Anhaltspunkte können ebenso die Einstellungen und Entscheidungen bezüglich einer Organspende sein. Bei einer postmortalen Organspende wird nämlich ebenso wie bei der Weiterbehandlung in diesem Spezialfall der eigene Körper zum Wohle Anderer zur Verfügung gestellt. Wenn eine solche altruistische Tat bereits für einen Fremden gewollt ist, dann muss dies doch erst recht für den eigenen Fötus gelten.¹⁵ Bei einer Organentnahme erfolgt eine Weiterbehandlung jedoch nur für kurze Zeit und nicht über Wochen und Monate, wie eventuell in diesem Fall. Dies macht sich die Organspenderin bei ihrer Entscheidung wohl nicht immer bewusst. Die Entscheidung zu einer Organspende hat somit ebenfalls nur Indizwirkung.¹⁶ Ein eindeutiges Kriterium zur Willensermittlung gibt es somit nicht, und es sind alle verfügbaren Anhaltspunkte und Indizien heranzuziehen. Aufgrund der besonderen Ausnahmesituation ist jeder Einzelfall genau zu prüfen.

Es stellt sich abschließend die Frage, welche Konsequenz eine Missachtung des (mutmaßlichen) Willens der Hirntoten, also eine Verletzung ihres postmortalen Persönlichkeitsschutzes, hat. Aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde ist

¹⁰ Heuermann, JZ 1994, 133 (135).

¹¹ Heuermann, JZ 1994, 133 (135); v. Münch, JuS 1997, 248 (252).

¹² AG Hersbruck, NJW 1992, 3245 (3245).

¹³ Coester-Waltjen, in: FS Gernhuber 1993, 837 (852).

¹⁴ V. Münch, JuS 1997, 248 (252).

¹⁵ Hilgendorf, JuS 1993, 97 (102); Vogel, Organentnahmen bei hirntoten Schwangeren, S. 80.

¹⁶ Heuermann, JZ 1994, 133 (135).

eine Rechtfertigung für Eingriffe nicht möglich.¹⁷ Sofern Eingriffe jedoch nicht gerechtfertigt werden können, kann es auch keine verfassungsimmanenten Schranken und keine Abwägung der Menschenwürde der Hirntoten mit Verfassungsgütern des Fötus geben.¹⁸ Mit dem Tod des Menschen endet aber die Absolutheit des Menschenwürdeschutzes.¹⁹ Der nach dem Tod bestehende postmortale Persönlichkeitsschutz ist einer Abwägung mit anderen Verfassungsrechten hingegen zugänglich.²⁰ Eine ebensolche Abwägung müsste vorgenommen werden, sofern auch Grundrechte des Fötus verletzt sind.

2.2 Grundrechte des Fötus

Der Fötus könnte durch ein Unterlassen einer Weiterbehandlung in seiner Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG und in seinem Recht auf Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzt werden. Fraglich ist, ob die Tötung des Fötus immer mit einer Menschenwürdeverletzung verbunden ist, wodurch jedes Unterlassen einer Weiterbehandlung die Würde des Fötus verletzen würde. Das BVerfG vertrat in seinen Entscheidungen zu Schwangerschaftsabbrüchen die Auffassung, dass dem ungeborenen Leben Menschenwürde zukomme.²¹ Es bleibt aber die Frage, ob eine Tötung immer eine Menschenwürdeverletzung darstellt. Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 GG spricht von Unantastbarkeit, sodass sich jede Abtreibungshandlung mit Ausnahme der Lebensgefährdung der Mutter immer verbiete, falls man das Lebensrecht des Fötus in Art. 1 Abs. 1 GG verortet.²² Das BVerfG lässt jedoch Abtreibungen jenseits dieser medizinischen Indikation zu und verdeutlicht damit, dass es sich in seinen Urteilen nicht durchgehend auf die Menschenwürde stützt.²³ Es erscheint vorzugswürdig, Würdeschutz und Lebensschutz zu trennen.²⁴ Die Verletzung des einen Schutzgutes führt nicht zwangsläufig zur Verletzung des Anderen.²⁵ Eine Menschenwürdeverletzung des Fötus liegt somit bei einem Unterlassen der Weiterbehandlung nicht vor.

Es könnte in diesem Fall aber eine Verletzung des Rechts auf Leben des Fötus vorliegen. Auch beim Fötus handelt es sich um menschliches Leben, bezüglich dessen eine staatliche Schutzpflicht besteht.²⁶ Leben wird nämlich als kontinuierlicher Entwicklungsprozess verstanden, welcher schon vor der Geburt beginnt, und eine Differenzierung nach verschiedenen Lebensabschnitten erfolgt beim Recht auf

¹⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 GG, Rn. 15.

¹⁸ Dreier, in: Dreier, GG, Art. 1 I GG, Rn. 130; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 GG, Rn. 15.

¹⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 GG, Rn. 15.

²⁰ Merkel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 218 StGB, Rn. 123.

²¹ BVerfGE 39, 1 (41); 88, 203 (203; 251 f.).

²² Dreier, DÖV 1995, 1036 (1040).

²³ Dreier, DÖV 1995, 1036 (1040).

²⁴ Dreier, DÖV 1995, 1036 (1037).

²⁵ Dreier, DÖV 1995, 1036 (1037).

²⁶ BVerfGE 39, 1 (36 f., 42); 88, 203 (251 f.).

Leben gerade nicht.²⁷ Durch das Unterlassen einer Weiterbehandlung stirbt der Fötus, eine Verletzung des Rechts auf Leben liegt mithin vor. Das Lebensrecht genießt jedoch keinen absoluten Schutz und ist vielmehr einer Abwägung mit anderen Verfassungsrechten zugänglich.²⁸ Eine solche Abwägung hat hier mit dem postmortalen Persönlichkeitsschutz der Hirntoten zu erfolgen.

2.3 Abwägung der kollidierenden Grundrechte

In der vorliegenden Fallkonstellation kollidiert der postmortale Persönlichkeitsschutz der Hirntoten mit dem Lebensrecht des Fötus, wenn sich der (mutmaßliche) Wille der Hirntoten gegen eine Weiterbehandlung richtet. Es bedarf somit einer Abwägung nach dem Prinzip des schonendsten Ausgleichs unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalles.²⁹ Ein Unterlassen der Weiterbehandlung würde den Tod des Fötus bedeuten. Ob diese harte Folge der schonendste Ausgleich ist, ist zumindest fraglich. Es bietet sich hier an, nach der Schwangerschaftswoche zu unterscheiden. Ab der 23. Schwangerschaftswoche besteht für den Fötus eine Überlebenschance außerhalb des Körpers der Mutter.³⁰ Ist diese zeitliche Grenze überschritten, so hat eine Entbindung schnellstmöglich zu erfolgen. Durch die Entbindung und das damit verbundene Unterlassen einer weiteren Behandlung wird die Hirntote nicht objektiviert, ihr eine schnelle Totenruhe gewährt und dennoch das Lebensrecht des Fötus gewahrt. Wenn eine Entbindung jedoch noch nicht möglich ist, muss der (mutmaßliche) Wille respektiert werden, und eine Weiterbehandlung hat zu unterbleiben. Wäre dies nicht der Fall würde der postmortale Persönlichkeitsschutz hier wirkungslos bleiben und letztlich der Lebensschutz des Fötus immer überwiegen. Dies kann ebenso wenig unter dem schonendsten Ausgleich verstanden werden wie ein vollständiges Untergehen des Lebensschutzes.

Da eine solche Situation von den allermeisten Schwangeren wohl kaum zu Lebzeiten bedacht wird, wird es zwangsläufig zu Fällen kommen, bei denen sich ein (mutmaßlicher) Wille selbst unter Heranziehung aller zur Verfügung stehender Erkenntnisquellen nicht ermitteln lässt. Sofern die 23. Schwangerschaftswoche überschritten wurde und kein (mutmaßlicher) Wille ersichtlich ist, hat eine Entbindung zu erfolgen. Ist diese Grenze nicht erreicht und der (mutmaßliche) Wille nicht erkennbar, dann hat eine Entscheidung anhand der Faktoren *Dauer* und *Intensität* einer möglichen Behandlung zu erfolgen. Je höher die Intensität und/oder Dauer der Behandlung ist, desto eher wird der postmortale Persönlichkeitsschutz zu stark eingeschränkt und eine Behandlung hat zu unterbleiben. Eine abstrakte Verallgemeinerung über diesen Grundsatz hinaus ist aufgrund der jeweils individuellen Konstellation jedoch unmöglich.

²⁷ BVerfGE 39, 1 (37).

²⁸ BVerfGE 88, 203 (253 f.).

²⁹ V. Münch, JuS 1997, 248 (251).

³⁰ Vogel, Organentnahmen bei hirntoten Schwangeren, S. 75 f.

3 Betreuungrechtliche Umsetzung

Entscheidend ist es also, den (mutmaßlichen) Willen der Hirntoten zu ermitteln und jeder Entscheidung zugrunde zu legen. Wer genau hat aber diesen (mutmaßlichen) Willen zu ermitteln und trägt dafür Sorge, dass dieser auch umgesetzt wird?

3.1 Totenfürsorgeberechtigte

Da die Grundsätze der Totenfürsorge regeln, wie mit dem Körper eines Toten zu verfahren ist, könnte man zu dem Schluss kommen, diese Grundsätze auf diesen Spezialfall zu übertragen.³¹ Die Totenfürsorge beinhaltet die Entscheidung über die Bestattungsart, den Bestattungsort sowie Entscheidungen zu Gestaltung und Pflege des Grabes.³² Diese Entscheidungen richten sich nach dem (mutmaßlichen) Willen des Toten, über den sich die Totenfürsorgeberechtigten nicht hinwegsetzen dürfen.³³ Sofern der Tote zu Lebzeiten niemanden zur Totenfürsorge bestimmt hat, sind die nächsten Angehörigen hierzu berechtigt.³⁴ In dem Spezialfall der hirntoten Schwangeren erscheint es jedoch nicht sinnvoll, den Totenfürsorgeberechtigten die Aufgabe der Willensermittlung bezüglich einer Weiterbehandlung zu übertragen.

Bei der Totenfürsorge geht es zwar auch um die Frage, wie mit dem Leichnam einer Person umgegangen wird und es muss auch ein (mutmaßlicher) Wille diesbezüglich ermittelt werden. Die zugrunde liegende Situation ist jedoch eine gänzlich andere. Die Totenfürsorgeberechtigten haben Fragen zu entscheiden, welche der Entscheidung bezüglich einer Weiterbehandlung zeitlich nachfolgen. Diese Fragen sind zu trennen von dem hier zu klärenden Problem der möglichen Weiterbehandlung. Ein Totenfürsorgeberechtigter entscheidet niemals über eine mögliche Behandlung und man darf die Totenfürsorgeberechtigten hier nicht in eine Entscheidungsposition drängen, in der sie sich sonst niemals befinden würden. Dazu kommt, dass es sich bei der Totenfürsorge lediglich um ein gewohnheitsrechtliches Institut handelt und es somit keine konkreten Normen gibt, welche hier analog angewendet werden könnten, da eine direkte Anwendung der Grundsätze der Totenfürsorge nicht in Betracht kommt.

³¹ Schwab, FamRZ 1992, 1471 (1471).

³² Grüner, in: BeckOGK, § 1968 BGB, Rn. 10; Lobmann, in: BeckOK BGB, § 1968 BGB, Rn. 2.

³³ Kipper, in: MüKo BGB, § 1968 BGB, Rn. 7.

³⁴ Grüner, in: BeckOGK, § 1968 BGB, Rn. 19; Lobmann, in: BeckOK BGB, § 1968 BGB, Rn. 2.

3.2 Pfleger für den Fötus

Stattdessen könnte ein Pfleger für den Fötus gemäß § 1912 Abs. 1 BGB (hier wie im Folgenden i.d.F. des Betreuungsrechts zum 31.12.2022) bestellt werden.³⁵ Die Norm dient dazu, künftige Vermögensinteressen des Fötus zu schützen.³⁶ Dabei geht es eigentlich nicht um den Schutz des körperlichen Wohls des Fötus.³⁷ Es kann jedoch eingewandt werden, dass das Leben automatisch als Vor-aussetzung zur Geltendmachung künftiger Vermögensinteressen geschützt sein muss.³⁸ Selbst wenn man dieser Argumentation folgt, muss aber beachtet werden, dass sich die Pflegerbestellung allein am Interesse des Fötus orientiert und Rechte Dritter keine Rolle spielen.³⁹ Daher erscheint mir die Bestellung eines Pflegers hier nicht zielführend. Es kommt in diesem Fall darauf an, den (mutmaßlichen) Willen der Hirntoten zu ermitteln und umzusetzen. Genau dies darf der Pfleger aufgrund seiner Fixierung auf das Wohl des Fötus aber nicht leisten. Es geht gerade nicht darum die Interessen des Fötus durchzusetzen, sondern eine Abwägung anhand des (mutmaßlichen) Willens der Hirntoten vorzunehmen und zu einer differenzierten Entscheidung zu kommen. Eine Pflegerbestellung kann eigentlich nur befürwortet werden, wenn man gleichzeitig das Lebensrecht des Fötus immer gegenüber dem postmortalen Persönlichkeitsschutz der Hirntoten überwiegen lässt. Da das Lebensrecht aber nicht immer überwiegt, scheidet die Pflegerbestellung aus.

3.3 Betreuer für die Hirntote

Stattdessen könnte ein Betreuer für die Hirntote bestellt werden. Die Betreuerbestellung setzt jedoch gemäß § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB die Volljährigkeit der betreuten Person voraus. Da das Alter einer Person die Zeit seit ihrer Geburt angibt und mit dem Tod endet, kann ein Mensch, wenn er tot ist, nicht mehr volljährig sein.⁴⁰ Eine direkte Anwendung der Betreuungsregeln scheidet aus.

In Betracht kommt aber eine Betreuerbestellung gemäß § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB analog. Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke bestehen und die Interessenlage dieses Falles müsste mit dem geregelten Fall vergleichbar sein. Der Fall der hirntoten Schwangeren ist gesetzlich nicht geregelt. Außerdem ist es nicht möglich diesen Sonderfall unter bestehende allgemeine Regelungen zu subsumieren, eine Regelungslücke besteht somit. Die betreuungsrechtlichen Regelungen wurden in ihrer jetzigen Form am 12. September 1990 vom Bundestag beschlossen und traten am 1. Januar 1992 in Kraft.⁴¹ Der erste Fall einer hirntoten Schwangeren in

³⁵ So *Schmidt-Recla*, BeckOGK, § 1896 BGB, Rn. 61.

³⁶ *Schneider*, in: MüKo BGB, § 1912 BGB, Rn. 1.

³⁷ *Kern*, MedR 1993, 111 (112).

³⁸ *Schneider*, in: MüKo BGB, § 1912 BGB, Rn. 11; *Vogel*, Organentnahmen bei hirntoten Schwangeren, S. 103.

³⁹ *Schöpflin*, in: BeckOGK, § 1912 BGB, Rn. 6.

⁴⁰ So auch *Kern*, MedR 1993, 111 (112); a.A.: AG Würzburg, BeckRS 2018, 44283, Rn. 3.

⁴¹ BGBl. 1990 I, 2002.

Deutschland trat am 4. Juli 1991 auf.⁴² Der zweite Fall in Deutschland, der ein erheblich größeres mediales Echo erfuhr, ereignete sich am 5. Oktober 1992.⁴³ Beide Fälle passierten somit nachdem die Neuregelungen beschlossen waren und der zweite medial präsentere Fall sogar erst nach Inkrafttreten dieser Neuregelungen. Der Gesetzesentwurf enthält dementsprechend keine Erwähnung und erst recht keine Regelungen dieser Konstellation.⁴⁴ Es muss davon ausgegangen werden, dass diese Konstellation übersehen wurde, weil man sie nicht bedacht hatte. Eine bewusste Ausklammerung dieses Falles liegt jedenfalls nicht vor. Die bestehende Regelungslücke ist somit planwidrig. Die rechtliche Betreuung dient dazu, Rechtsfragen von Personen zu regeln, welche rechtlich nicht handlungsfähig sind.⁴⁵ Die Tote ist zwangsläufig nicht dazu in der Lage, ihre Rechte eigenständig wahrzunehmen. Darüber hinaus hat ein bestellter Betreuer gemäß § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB zum Wohle der Betreuten zu handeln und gemäß § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB gehört hierzu auch das Leben nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Im Gesetzesentwurf zur Änderung des Betreuungsrechts heißt es „Anträge, Wünsche und Vorschläge der Betroffenen sollen verbindlich sein“.⁴⁶ Nichts anderes ist in dieser Situation der Fall. Auch hier werden die Rechte der Toten gerade dadurch gewahrt, dass der (mutmaßliche) Wille beachtet wird. Es besteht eine mit dem geregelten Fall vergleichbare Interessenlage. Ein Betreuer kann somit gemäß § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB analog für die Hirntote bestellt werden.

3.4 Vater des Fötus

Nun kann eingewandt werden, dass der Vater des Fötus aufgrund seiner Nähe generell vor einem Betreuer heranzuziehen ist. Dabei wird vertreten, dass wenn die Schwangere verheiratet war oder der Vater des Fötus bekannt und bereit ist, die elterliche Sorge für das Kind zu übernehmen, auf eine Betreuerbestellung verzichtet werden kann.⁴⁷ Für diesen Automatismus gibt es aber keine rechtliche Grundlage. Es ist auch nicht immer der Fall, dass der Vater eine nahestehende Person ist. Eine Vaterschaft setzt nicht zwangsläufig emotionale Verbundenheit oder Nähe voraus, weder zur Schwangeren noch zum Fötus. Bei fehlendem Näheverhältnis wäre der Vater jedoch nicht geeignet den (mutmaßlichen) Willen zu ermitteln. Das bedeutet nicht, dass der Vater immer ungeeignet ist. Der Vater wird vielmehr in vielen Fällen die Person sein, welche am besten dazu geeignet ist, den (mutmaßlichen) Willen zu ermitteln. Dem wird dadurch Rechnung getragen, dass bei der Betreuerbestellung gemäß § 1897 Abs. 5 BGB auf die verwandtschaftlichen und persönlichen

⁴² Vogel, Organentnahmen bei hirntoten Schwangeren, S. 17.

⁴³ Vogel, Organentnahmen bei hirntoten Schwangeren, S. 11.

⁴⁴ Vgl. BT-Drucks. 11/4528.

⁴⁵ Schmidt-Recla, in: BeckOGK, § 1896 BGB, Rn. 1.

⁴⁶ BT-Drucks. 11/4528, 52.

⁴⁷ Schmidt-Recla, in: BeckOGK, § 1896 BGB, Rn. 191; diff.: Coester-Waljen, in: FS Gernhuber 1993, 837 (855), welche nur für den Fall der Ehe eine Sorgeposition des Vaters annimmt.

Bindungen Rücksicht zu nehmen ist. Maßgeblich ist immer das Wohl des Betroffenen, wobei die Gefahr von Interessenkonflikten des möglichen Betreuers zu berücksichtigen ist.⁴⁸ Gerade in einer solchen Konfliktsituation, in der sich der Vater mit einem ungeborenen Kind und seiner toten Partnerin befindet, kann es sinnvoll sein einen neutralen Betreuer zu bestellen. Nur auf diese Weise kann unter Umständen eine neutrale Abwägung anhand des (mutmaßlichen) Willens der Hirntoten getroffen werden. Der Vater wird somit in vielen Fällen aufgrund seiner bestehenden Nähe, unter Beachtung möglicher Interessenkonflikte als Betreuer bestellt werden. Darüber hinaus gibt es keinen rechtlichen Automatismus, welcher den Vater zur Entscheidung berechtigt.

Immer vorgehen muss eine Bevollmächtigung durch die Hirntote, vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB. Diese Norm ist wieder analog anzuwenden. Eine bevollmächtigte Person kann der Vater des Fötus sein, es kann aber auch jede andere Person sein.

4 Fazit

Die hirntote Schwangere stellt das Recht vor Probleme, insbesondere weil konkrete Regeln für diesen Spezialfall fehlen. Wie beschrieben kommt es maßgeblich auf den mutmaßlichen, zu Lebzeiten geäußerten Willen der Hirntoten an, welcher durch einen Betreuer zu ermitteln ist. Abschließend stellt sich nun die Frage, ob die hier präsentierte Lösung zufriedenstellend ist. Sinnvoll ist es, dieses Ergebnis mit jenem für den Spezialfall des Herztods als Todeszeitpunkt zu vergleichen.⁴⁹ Dies führt letztlich zu den gleichen Ergebnissen. Dem Recht auf Leben des Fötus stände das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Schwangeren gegenüber. Bei einer Abwägung müsste wieder auf den (mutmaßlichen) Willen als entscheidendes Kriterium abgestellt werden, erst recht, weil grundsätzlich jeder körperliche Eingriff einer Einwilligung bedarf. Für die Ermittlung und Umsetzung dieses (mutmaßlichen) Willens bedarf es wieder eines Betreuers, mit dem einzigen Unterschied, dass die betreuungsrechtlichen Regelungen in diesem Fall direkt angewendet werden würden. Man hätte somit das gleiche Ergebnis, wie wenn man den Hirntod auch in diesem Spezialfall als Todeszeitpunkt akzeptiert. Wieder wäre der (mutmaßliche) Wille entscheidend und wieder bedarf es eines Betreuers zur Ermittlung und Umsetzung dieses (mutmaßlichen) Willens. Deshalb wäre es unsinnig, hier den einzigen Fall zu schaffen, bei der eine Hirntote als lebend betrachtet wird und damit die Einheit der Rechtsordnung in diesem komplexen und ethisch höchst umstrittenen Grenzbe-
reich zu beseitigen. Vielmehr muss die hirntote Schwangere so wie jede andere Hirntote als rechtlich tot angesehen werden.

⁴⁸ Müller-Engels, in: BeckOK BGB, § 1897 BGB, Rn. 21.

⁴⁹ So Kern, MedR 1993, 111 (113).

Literatur

- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 53. Edition, Stand: 01.02.2020, München 2020.
- Brandt, Stephan/Angstwurm, Heinz: Bedeutung des irreversiblen Hirnfunktionsausfalls als sicheres Todeszeichen, in: Deutsches Ärzteblatt 2018, S. 675–681.
- Coester-Waltjen, Dagmar: Der nasciturus in der hirntoten Mutter, in: Lange, Hermann/Nörr, Knut Wolfgang/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 837–857.
- Dreier, Horst: Menschenwürdegarantie und Schwangerschaftsabbruch, in: Die Öffentliche Verwaltung 1995, S. 1036–1040.
- Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz: Kommentar, 3. Auflage, Tübingen 2013 ff.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 42. Edition, Stand: 01.04.2020, München 2020.
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Hrsg.): Beck-Online Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 01.04.2020, München 2020.
- Heuermann, Paul: Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau, in: Juristenzeitung 1994, S. 133–139.
- Hilgendorf, Eric: Zwischen Humanexperiment und Rettung ungeborenen Lebens – Der Erlanger Schwangerschaftsfall, in: Juristische Schulung 1993, S. 97–103.
- Jarass, Hans Dieter/Pieroth, Bodo (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 15. Auflage, München 2018.
- Kern, Bernd-Rüdiger: Betreuung einer hirntoten Schwangeren, in: Medizinrecht 1993, S. 111–113.
- Kindhäuser, Horst/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.): Strafgesetzbuch: Kommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2017.
- Koch, Gudrun: Persönlichkeitsschutz bei der postmortalen Organentnahme zu Transplantationszwecken in Deutschland und Frankreich, München 2004.
- Münch, Ingo von: Der praktische Fall – Öffentliches Recht: Das Baby von Erlangen, in: Juristische Schulung 1997, S. 248–252.

Autorinnen und Autoren der Beiträge

Friederike Ammann, stud. jur.

Christian Binder, stud. jur.

Christine Blume, stud. jur.

Kira Buchholz, stud. jur.

Barbara Dahm, stud. jur.

Fiona Gawlik, stud. jur.

Maren Haarde, stud. jur.

Nora Höfs, stud. jur.

Nele Katt, stud. jur.

Malte Kreimer, stud. jur.

Michael G. Lieberum, stud. jur.

Madeleine Meiß, stud. jur.

Jana Mendel, stud. jur.

Juliane Siewert, stud. jur.

Celien Willig, stud. jur.

Kira Zobott, stud. jur.

Herausgeber

Prof. Dr. jur. Gunnar Duttge, Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht sowie Vorstandsmitglied des Zentrums für Medizinrecht an der Georg-August-Universität Göttingen

Dr. jur. Ehsan Kangarani, LL.M., Oberstaatsanwalt an der Staatsanwaltschaft Braunschweig sowie wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. mult. Thomas Meyer, Labor für Molekulare Psychokardiologie der Klinik für Psychosomatische Medizin und Psychotherapie an der Georg-August-Universität Göttingen

Der erste Band der neuen Buchreihe vereinigt ausgewählte Beiträge im Spannungsfeld von Recht und Medizin, die die thematische Vielfalt dieses interdisziplinären Faches abdecken. Der Band umfasst wichtige Forschungsergebnisse des medizinrechtlichen Seminars an der Georg-August-Universität Göttingen, das ganz wesentlich vom interdisziplinären Dialog von Lehrenden und Lernenden aus beiden Fachdisziplinen Jura und Humanmedizin lebt. Thematisch stehen vor allem die aktuellen Entwicklungen der modernen Medizin auf den Gebieten der Stammzellbiologie, der Perinatalmedizin, der Arzneimitteltherapie und der Transplantationsmedizin im Fokus, aber auch klassische medizinrechtliche Themen wie das der Patientenselbstbestimmung, der Schweigepflicht oder des Rechts am Lebensende.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-586-1
ISSN: 2940-8652
eISSN: 2940-8660

Universitätsdrucke Göttingen