

Gewissensentscheidungen im medizinischen Kontext – eine verfassungsrechtliche Einordnung

Dr. A. Katarina Weilert

I. Die verschiedenen Konnotationen einer „Gewissensentscheidung“

Die Gewissensfreiheit ist verfassungsrechtlich schwer einzufangen. Die Verfassung setzt das Gewissen voraus und überlässt die Bestimmung dessen, was das Gewissen ist, weitgehend der Konkretisierung anderer Disziplinen. Verfassungsrechtlich geht es mithin weniger darum zu beschreiben, was anthropologisch das Gewissen ist, als vielmehr um die Konkretisierung desjenigen Bereiches, in dem sich das Recht zugunsten der Gewissensfreiheit zurücknimmt. Zentral ist dabei die Rede von der „Gewissensentscheidung“.

Gern möchte ich meinen Beitrag einleitend mit drei unterschiedlichen Redeweisen von einer Gewissensentscheidung eröffnen, um zu verdeutlichen, dass wir ganz Unterschiedliches meinen, wenn wir uns landläufig auf eine Gewissensentscheidung berufen:

- „Die Entscheidung über den Schwangerschaftsabbruch ist dann ja eine Gewissensentscheidung der Frau“, höre ich eine Theologin sagen.

- „Die Abstimmung im Bundestag zur Suizidassistenten ist eine Gewissensentscheidung“, hieß es im Vorfeld der Parlamentsabstimmung über die Gesetzesentwürfe zur Neuregelung der Suizidbeihilfe, um die seit dem Urteil des BVerfG von Februar 2020 politisch und parlamentarisch gerungen wird.
- Im Suizidhilfeurteil hat das BVerfG das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nach § 217 StGB für unvereinbar mit dem Grundgesetz und daher nichtig erklärt. Gleichwohl hob das Gericht hervor, dass sich infolge der Gewissensfreiheit des medizinischen Personals kein Anspruch auf Unterstützung ableiten lasse. Eine Verweigerung der Mitwirkung an der Suizidbeihilfe unter Berufung auf das persönliche Gewissen erklärte das BVerfG damit als grundrechtlich geschützt.

Die Rede von der Gewissensfreiheit, genauer gesagt: der Gewissensentscheidung, findet also in sehr unterschiedlichen Kontexten statt: Die *Schwangere*, die im Rahmen des rechtlichen Dürfens ihre Entscheidung für den Schwangerschaftsabbruch fällt; der *Abgeordnete*, der frei vom Fraktionszwang für oder gegen die Entwürfe zur Neuregelung der Suizidbeihilfe stimmt (vgl. Art. 38 GG), und die *Ärztin*, die sich im städtischen Krankenhaus trotz der dort geübten Hilfe zum Suizid genau dieser Mitwirkung entzieht.

„Die Gewissensentscheidung“ wird im landläufigen Sprachgebrauch in den drei skizzierten Situationen in dem Freiraum zu einer eigenen Entscheidung gesehen, die den eigenen moralischen Maßstäben unterliegt und nicht rechtlich prädominiert wird. In allen drei Situationen ergibt sich dieser Freiraum aus einer Zurücknahme des Rechts, die den Freiraum zu einer eigenen Entscheidung ermöglicht. Dennoch: Regelmäßig ist es lediglich die dritte Situation, die der Jurist als klassische Gewissensentscheidung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG kategorisieren würde.¹

Im Fall der *Schwangeren* geht es jedenfalls im ersten Trimenon darum, dass sich das Recht zugunsten der Selbstbestimmung der Frau zurücknimmt und Raum gibt für eine eigene Entscheidung. Ob die Schwangere eine Entscheidung unter Anspannung ihres Gewissens trifft oder eine Entscheidung aus rein selbstbezogenen Erwägungen, spielt für die Frage der Strafbarkeit keine Rolle. Im zweiten Fall der Entscheidung eines *Abgeordneten* wird bei Aufhebung des Fraktionszwangs (häufig bei der Abstimmung über ethisch relevante Gesetzesentwürfe am Lebensanfang oder Lebensende) ebenfalls ein Raum eröffnet, in dem eine an eigenen Werten und Überzeugungen ausgerichtete Entscheidung erfolgen darf. Auch hier bleibt es rechtlich irrelevant, ob der Abgeordnete sein Gewissen überhaupt befragt und welche Motive seinem Abstimmungsverhalten zugrunde liegen. Lediglich in dem Falle, dass der

¹ Im Falle der Suizidassistenten, die vom BVerfG ohnehin nur grundrechtlichen Schutz erfährt, „so weit sie angeboten wird“, ist selbst die letzte Situation keine solche, in der notwendigerweise ein rechtlicher Handlungszwang besteht, gegen den sich nun eine Person durch Rekurs auf ihr Gewissen entzieht.

Fraktionszwang gerade nicht aufgehoben wurde, könnte in der Abstimmungsentscheidung eines Abgeordneten bei Vorliegen der weiteren noch näher aufzuzeigenden Voraussetzungen eine echte Gewissensentscheidung vorliegen.

II. Die Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG

Was also ist nun eine Gewissensentscheidung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG?

1. Gewissen und Gewissensfreiheit

Das BVerfG hat das Gewissen definiert als

„real erfahrbares seelisches Phänomen [...], dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind“²

Das Gewissen ist unmittelbar verwoben mit der Identität des Menschen.³ Es findet seine Prägung nicht nur durch genetisch bedingte Faktoren der eigenen Persönlichkeit, sondern vor allem auch durch vielfältige kulturelle und soziale Prägungen. Gewissensbildende Faktoren können dabei die Erziehung, das soziale Umfeld, die persönliche Lebenserfahrung, Bildung und insbesondere auch religiöse Überzeugungen sein, die als persönlich verbindlich erkannt wurden.⁴ Seinem verfassungshistorischen Ursprung nach war Art. 4 Abs. 1 GG auf das religiöse Gewissen bezogen

² BVerfGE 12, 45 (54) – Kriegsdienstverweigerung I. Das Gericht hielt die Definition bewusst schlank und frei von einer Auseinandersetzung theologischer und philosophischer Erkenntnisse, weil dies die gerichtliche Kompetenz überschritte und die genannten Disziplinen selbst keine einheitliche Begriffsbestimmung aufwiesen.

³ Vgl. N. Lubmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90 (1965), S. 257–286 (264, 267); N. Slenczka, Gewissen und Gott, in: St. Schaede/Th. Moos (Hg.), Das Gewissen, Tübingen 2015, S. 235–283 (261 ff.); H. Stössel, Das religiöse Gewissen als Raum der Identität, in: A. K. Weilert /Ph. W. Hildmann (Hg.), Religion in der Schule. Zwischen individuellem Freiheitsrecht und staatlicher Neutralitätsverpflichtung, Tübingen 2018, S. 39–56 (40), der zwischen der Rolle organisierter Religion für die Identität (Erik Erikson) und der Bildung religiöser Identität unterscheidet.; C. Zarnow, Institution und Gewissen, in: St. Schaede/Th. Moos, Das Gewissen, Tübingen 2015, S. 469–492 (469 ff.); Aus dem juristischen Schrifttum: U. Mager, Art. 4, in: I. v. Münch/Ph. Kunig (Hg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl., München 2021, Rn. 85; G. Sydow, Art. 4, in: H. Dreier (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., Tübingen 2023, Rn. 110.

⁴ Vgl. zu den gewissensbildenden Faktoren auch R. Spaemann, Der Einzelne oder: Muß man immer seinem Gewissen folgen?, in: ders., Moralische Grundbegriffe, 8. Aufl. 2009, S. 73 (77 ff.); BVerwGE 127, 302 (juris Rn. 152: „Der Prozess der Gewissensbildung ist aufgrund seiner kognitiven, affektiven und sozio-psychischen Komponenten ein komplexer psychischer Vorgang der subjektiven individuellen Persönlichkeitsbildung“).

und beschränkt⁵, heute aber gibt es diese Engführung nicht mehr.⁶ Allerdings ergeben sich gerade aus religiösen Geboten auch individuell moralisch verbindliche Vorschriften, und der Gläubige sieht sich in einer Letztverantwortlichkeit vor seinem Schöpfer. Die persönliche Opferbereitschaft ist hier oft besonders hoch, wie sich etwa aus der Ablehnung einer lebensrettenden Bluttransfusion bei Zeugen Jehovas ablesen lässt. Religiöse Gebote können darüber hinaus eng mit einem kulturellen Kontext verwoben und für das Individuum selbst kaum zu differenzieren sein. Die aus den verschiedenen Faktoren gebildete persönliche Identität des Einzelnen zu achten und eine Person nicht mit Zwang zu einem identitätsverletzenden Verhalten zu bewegen, ist ein Grundpfeiler unseres freiheitlichen Staates.

2. Subjektiver Gewissensbegriff

Aufgrund dieser skizzierten Höchstpersönlichkeit des Gewissens ist in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung des BVerfG, BVerwG und BAG der *subjektive Gewissensbegriff* anerkannt.⁷ So führt etwa das BAG in einem Urteil von 1989⁸ aus, dass dem Gewissen nicht nur „religiöse oder ethische Vorstellungen“, sondern auch schlicht „gefühlsmäßige Erwägungen“ oder „weltanschauliche Grundsätze“ wie auch „politische Überzeugungen“ zugrunde liegen können.⁹ Alle diese vorgenannten „Gewissensquellen“ führen zu subjektiven Überzeugungen, die von Dritten nicht in ihrer Qualität bewertet werden dürfen, allerdings nach außen hin zu plausibilisieren sind. Das BAG verlangt hierfür eine „nach außen tretende, rational mitteilbare und intersubjektiv nachvollziehbare Tiefe, Ernsthaftigkeit und absolute Verbindlichkeit einer Selbstbestimmung“.¹⁰ Es dürfe aber bei den Anforderungen an die Plausibilisierung gerade nicht darum gehen, eine „allgemeine Ansicht“ zu verlangen oder danach zu fragen, ob andere „außenstehende Dritte“ die Ansicht

⁵ Vgl. A. K. Weilert, Das religiöse Gewissen, in: A. K. Weilert/Ph. W. Hildmann, Religion in der Schule, 2018, S. 11–37 (13).

⁶ Vgl. St. Rixen, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, Gewissen: Dimensionen eines Grundbegriffs medizinischer Ethik, Berlin/Boston 2014, S. 65–88 (69); bereits in BVerfGE 12, 45 (54 ff. geht das Gericht nicht nur von einem Schutz des religiös motivierten Gewissens aus); ausführlich: T. Schieder, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, Tübingen 2018, S. 100 ff.

⁷ BVerfGE 12, 45 (54 f. juris Rn. 28 ff.) – Kriegsdienstverweigerung I; 48, 127 (173 juris Rn. 82) – Wehrpflichtnovelle; 69, 1 (23 juris Rn. 45) – Kriegsdienstverweigerung II; BVerwGE 7, 242 (246); 75, 188 (195 f. juris Rn. 16 ff.); BAGE 47, 363 (376 juris Rn. 51); BAGE 62, 59 (69 juris Rn. 47).

⁸ BAGE 62, 59 (68 juris Rn. 45).

⁹ Vgl. auch U. DiFabio, in: R. Herzog/R. Scholz, GG-Kommentar, 103. Auflage, München 2024, Art. 4 GG Rn. 72.

¹⁰ Das BAG (BAGE 62, 59 ff.) setzt sich in juris Rn. 48 ff. damit auseinander, wie eine subjektive Gewissensentscheidung nach außen hin zu plausibilisieren ist (welche Maßstäbe hier gelten); s. auch BVerwGE 79, 24 (juris Rn. 15 ff.).

teilen, denn sonst „wäre der verfassungsrechtlich geschützte Gewissensbegriff entleert und einer Fremdbestimmung durch sich gerade nicht in Gewissensnot befindliche Beurteiler unterworfen“. ¹¹ Auch im juristischen Schrifttum wird dies vergleichbar mitgetragen, wenn lediglich eine „interne Schlüssigkeit“ verlangt und für die Plausibilisierung gegenüber einem neutralen Dritten gerade nicht ein anerkannter Maßstab oder eine verbreitete religiöse Tradition als Gradmesser herangezogen wird. ¹²

3. Gewissensentscheidung

Ebenso wie für die Religionsfreiheit wird auch der Schutz der verfassungsrechtlichen Gewissensfreiheit nicht nur auf ein *forum internum*, sondern auch ein *forum externum* erstreckt. ¹³ Art. 4 GG schützt damit nicht nur die Bildung und das „Haben“ eines Gewissens als inneren Gradmesser (*forum internum*), sondern auch eine an den Gewissensüberzeugungen ausgerichtete Lebensweise, die sich in Form einer Gewissensentscheidung (*forum externum*) manifestiert.

Aus der „Unvertretbarkeit“ des Gewissens ¹⁴ folgen die Anforderungen an die Gewissensentscheidung, die das BVerfG in seinem Beschluss zur Kriegsdienstverweigerung im Dezember 1960 formuliert hat:

„Als eine Gewissensentscheidung ist somit jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von "Gut" und "Böse" orientierte Entscheidung anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.“ ¹⁵

Diese Engführung der Gewissensentscheidung findet ihren Grund darin, dass Art. 4 GG nur sog. verfassungsimmanenten Schranken unterliegt, also nur durch

¹¹ BAGE 62, 59 (juris Rn. 51); s. auch BVerwGE 127, 302 (juris Rn. 152).

¹² St. Rixen, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, Gewissen, Berlin/Boston 2014, S. 65–88 (73).

¹³ BVerfGE 78, 391(395 juris Rn. 16) – Dienstflucht; BVerwGE 105, 73; 127, 302; M. Germann, Art. 4, in: V. Epping/Ch. Hillgruber (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 33. Aufl., München 2020 Rn. 89; K.-H. Kästner/M. Droge, Art. 4, in: K. Stern/ F. Becker (Hg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl., Hürth 2018, Rn. 124; St. Rixen, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein (Hg.), Gewissen, Berlin/ Boston 2014, S. 65–88 (70); s. auch J. Froese, Innere Tatsachen als Herausforderung für die Rechtsordnung – Staatliche Definitionshoheit und individuelle Selbstverständnisse –, DÖV 70 (2017), S. 228–236 (234).

¹⁴ So G. Duttge im Anschluss an E. Schockenhoff, Testimonium conscientiae. Was ist norma proxima des sittlichen Urteils?, in: G. Höver/L. Honnefelder (Hg.), Der Streit um das Gewissen, Paderborn 1993, S. 73, 79. (G. Duttge, Das Gewissen im Kontext des modernen Arztrechts, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, Gewissen, Berlin/Boston 2014, S. 543–560 (543)); s. auch K. Radner, Normierter Gewissensvorbehalt für Ärzte und Gesundheitspersonal, 2022, S. 37.

¹⁵ BVerfGE 12, 45 (55) – Kriegsdienstverweigerung I; 48, 127 (173 f.); 153, 182 (Rn. 309); 48, 127; BVerwGE 127, 302; BAGE 137, 64.

Grundrechte anderer oder Güter von Verfassungsrang eingeschränkt werden kann. Es soll nicht möglich sein, dass sich das Individuum unter Verweis auf sein persönliches Gewissen über die staatliche Rechtsordnung hinwegsetzt, denn anderenfalls würde anstelle eines durch Gesetze geregelten Zusammenlebens die Inneneinsicht jedes Individuums den Maßstab für sein rechtlich zulässiges Handeln bilden.¹⁶ Die Gewissensfreiheit soll nicht zu einer „Auflösung staatlicher Entscheidungsgewalt“ führen, sondern vielmehr „deren Voraussetzung und Legitimation“ bedeuten.¹⁷ Damit ist die Gewissensentscheidung abzugrenzen von einem Handeln aufgrund einer unterhalb dieser Schwelle angesiedelten ethischen oder politischen Überzeugung. Es geht nicht um „bloße moralische Bedenken oder Zweifel, Unbehagen, Skepsis, Empörung, die Verärgerung darüber, einer Zumutung ausgesetzt zu sein“¹⁸, sondern um die „Abwehr von Gewissenszwängen“¹⁹. Maßgebend ist, ob eine „Gewissensnot“ vorliegt²⁰, bei der eine Person sich gezwungen sieht, einem identitätsrelevanten Teil ihrer selbst zuwiderzuhandeln („Gewissenszwang“). Die Gewissensentscheidung muss nach dem BVerfG den „Charakter eines unabwendbaren, den Ernst eines die ganze Persönlichkeit ergreifenden sittlichen Gebots“ haben.²¹ Die Identität und Integrität des Grundrechtsträgers muss gefährdet sein²², ohne dass eine zumutbare Möglichkeit des Ausweichens besteht.²³ Das BVerwG forderte in seiner frühen Rechtsprechung sogar, dass die „sittliche Persönlichkeit“ zu „zerbrechen“ drohen oder jedenfalls geschädigt werden müsse²⁴ bzw. verlangte das Vorliegen einer „schweren Gewissensnot“, die zu einem „schweren seelischen

¹⁶ A. K. Weilert, Das religiöse Gewissen, in: A. K. Weilert/Ph. W. Hildmann, Religion in der Schule, 2018, S. 11 (23).

¹⁷ E.-W. Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtler 28 (1970), S. 33 (84) (Leitsätze).

¹⁸ St. Rixen, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, Gewissen, Berlin/Boston 2014, S. 65–88 (71).

¹⁹ St. Rixen, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, Gewissen, Berlin/Boston 2014, S. 65–88 (71).

²⁰ BVerfGE 12, 45 (55) – „Kriegsdienstverweigerung“; 48, 127 (163); 80, 354 (358).; Bezugnahme zuletzt in BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 –, juris Rn. 309 – Suizidbeihilfe; St. Rixen, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, Gewissen, Berlin/Boston 2014, S. 65–88 (70).

²¹ BVerfGE 12, 45 (55) – „Kriegsdienstverweigerung“.

²² Vgl. auch K. Radner, Normierter Gewissensvorbehalt für Ärzte und Gesundheitspersonal, 2022, S. 37, führt in Rezeption von Thomas von Aquin aus: „Wer seinem Gewissen [...] ungeachtet in vollem Bewusstsein seiner geistigen Kräfte zuwiderhandelt, unterminiere nicht nur die eigene sittliche Existenz und seinen Willen zum Guten, sondern sein[en] Gehorsam gegenüber der Stimme Gottes“.

²³ BVerwGE 127, 302 (332 ff.).

²⁴ BVerwGE 7, 242 (247) – „Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen“.

Schaden“ führen kann (aber nicht muss).²⁵ Mittlerweile hat es sich jedoch dem BVerfG angeschlossen.²⁶

Diese Voraussetzungen, die sich ohnehin nicht klar bestimmen lassen und eine schwer einschätzbare Prognose erfordern, erscheinen mir zu anspruchsvoll, insofern sie über eine echte identitätsrelevante Gewissensnot hinausreichen. Denn es kann auf der Rechtfertigungsebene noch eine Feinjustierung stattfinden, das heißt, dass ein Eingriff in die Gewissensfreiheit nicht automatisch auch eine Verletzung bedeutet.²⁷ Allerdings scheint es, als ob Rechtsprechung und Schrifttum zuweilen die Voraussetzungen für eine verfassungsrechtliche Berufung auf Art. 4 Abs. 1 GG ähnlich hoch gehängt haben, wie es für die Annahme einer Menschenwürdeverletzung gilt, die bekanntlich keiner Rechtfertigungsmöglichkeit unterliegt. Art. 4 Abs. 1 GG ist aber durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt, so dass allein die Annahme der Eröffnung des Schutzbereichs oder Eingriffs in die Gewissensfreiheit nicht automatisch auch deren Verletzung bedeutet. Dies scheint bedenkenswert im Hinblick auf die Weiterentwicklung des Grundrechts auf Gewissensfreiheit gerade auch im medizinischen Kontext („moral distress“). Hängt man die Voraussetzungen jedoch weiterhin so hoch, scheidet eine Rechtfertigung eines Eingriffs in die Gewissensfreiheit faktisch aus.

4. Abgrenzung einer Gewissensentscheidung von einer Entscheidung „nach bestem Wissen und Gewissen“

Eine Gewissensentscheidung im Sinne von Art. 4 GG ist nicht gleichzusetzen mit einer moralischen Entscheidung oder einer Entscheidung „nach bestem Wissen und Gewissen“. Dies klarzustellen scheint mir aus zwei Gründen wichtig: zum einen, weil der allgemeine Sprachgebrauch einer Gewissensentscheidung von der verfassungsrechtlichen Engführung des Art. 4 Abs. 1 GG als „opt-out“-Recht aus den Zwängen der Rechtsordnung abweicht und zum anderen, weil die frühe Judikatur, zuweilen auch das gegenwärtige Schrifttum, in Einzelfällen missverständlich sein können.

In einer im Zusammenhang mit der ärztlichen Gewissensfreiheit verschiedentlich zitierten Entscheidung des BVerwG von 1967 heißt es:

„Der Beruf des Arztes ist, wie keiner Ausführungen im Einzelnen bedarf, in einem hervorragenden Maß ein Beruf, in dem die Gewissensentscheidung des einzelnen Berufsangehörigen im Zentrum der Arbeit steht. In den entscheidenden Augenblicken seiner Tätigkeit

²⁵ BVerwGE 81, 239 (241).

²⁶ BVerwG, Urteil vom 21. Juni 2005, BVerwGE 127, 302 (juris Rn. 152).

²⁷ Vgl. hier auch A. K. Weilert, Das religiöse Gewissen, in: A. K. Weilert/Ph. W. Hildmann, Religion in der Schule, 2018, S. 11–37 (24): Die Diskussion um die „Existentialität“ einer Gewissensentscheidung nimmt in gewissem Maße die Abwägung im Rahmen der Beschränkbarkeit vorweg.

*befindet sich der Arzt in einer unvertretbaren Einsamkeit, in der er – gestützt auf sein fachliches Können – allein auf sein Gewissen gestellt ist.*²⁸

Dieses Zitat könnte dazu verleiten, diese einsame Entscheidung als eine Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG misszuverstehen. In einer solchen Situation „unvertretbarer Einsamkeit“ handelt der Arzt nach „bestem Wissen und Gewissen“, aber weder entgegen einem rechtlichen Gebot bzw. einer rechtlich anderslautenden Verpflichtung, noch berechtigt das Handeln nach „bestem Wissen und Gewissen“ den Arzt dazu, sich etwa über eine vorliegende Patientenverfügung hinwegzusetzen. Vielmehr geht es um eine Situation, in der gerade die Schwierigkeit besteht, einzuschätzen, was medizinisch geboten ist, ohne dass klare Handlungsanleitungen vorliegen.

III. Die gewissenhafte Entscheidung – Verortung des Berufsethos zwischen Moral und Recht

Damit möchte ich die „gewissenhafte Entscheidung“ des Arztes oder der Ärztin näher umreißen, auf die nicht nur in der Musterberufsordnung, sondern auch in der Rechtsprechung rekuriert wird.

1. Unterschied zwischen Recht und Moral

Recht und Moral sind nicht deckungsgleich. Die Beziehung von Recht und Moral ist eines der Kerngebiete der Rechtsphilosophie und kann hier nicht Gegenstand vertiefter Betrachtungen sein. Grundlegende Moralvorstellungen einer Gesellschaft bilden sich jedoch im positiven Recht ab. In einer Demokratie ist es die Moral der Mehrheit, die auf diese Weise verbindlich wird. Gerade die Medizinethik ist in ihren verrechtlichten Bereichen ein Beispiel für das beständige Ringen darum, in welchem Ausmaß moralische Überzeugungen Einzug in das staatliche Recht haben sollten. Rechtliche Regelungen müssen sich einerseits immer an den Freiheitsrechten messen lassen, sind andererseits aber notwendig, da eine Ethik des Zusammenlebens und der Schutz bestimmter Güter und Grundrechtsträger auch durch Recht gesichert werden muss. Zum Problem können ethisch aufgeladene rechtliche Regelungen für diejenigen werden, die die Mehrheitsauffassungen nicht teilen. Beispiele ließen sich hier vielfältige anführen: Prominent ist derzeit vor allem die Frage nach der rechtlichen Regulierung des assistierten Suizids und der künstlichen Fortpflanzung (etwa Leihmutterchaft, Eizellspende usw.).

²⁸ BVerwGE 27, 303 ff. juris Rn. 20.

2. Patientenwille vs. ärztliche Ethik

Für das medizinische Personal stellt sich besonders die Frage, inwieweit die Patientenwünsche eine rechtliche Handlungspflicht auslösen. Die vor rund zehn Jahren aktuelle Debatte um den Konflikt zwischen Patientenverfügungen und ärztlicher Ethik ist mittlerweile durch Gesetzgebung und Rechtsprechung zugunsten der Patientenautonomie entschieden worden.²⁹ Dies gilt allerdings nur insoweit, als Ärzte keine Behandlung (also auch keine künstliche Ernährung) gegen den Patientenwillen vornehmen dürfen. Ein Recht auf eine bestimmte Therapie, für die der Arzt keine Indikation feststellen kann, besteht hingegen nicht.³⁰

Es scheint geboten, im Hinblick auf die Mitwirkungsverweigerung zu differenzieren zwischen einer Mitwirkung, die der Behandlung einer Krankheit dient und Zwecken, die sich eher als wunscherfüllende Medizin bezeichnen lassen. Die genaue Einordnung ist dabei nicht immer eindeutig und überdies wertungsabhängig. Ich würde den Schwangerschaftsabbruch, die Techniken der Fortpflanzungsmedizin sowie auch die Suizidbeihilfe nicht unter die Krankheitsbehandlung fassen. In jenen Bereichen muss eine Mitwirkungsverweigerung grundsätzlich auch unterhalb der Schwelle der strengen Anforderungen einer Gewissensentscheidung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG möglich sein. Denn hier konfliktiert verfassungsrechtlich der Schutz der Gewissensfreiheit nicht mit der Patientengesundheit, sondern „nur“ mit den Patientenwünschen. Im Sinne der Schutzpflichtdogmatik sollte der Gesetzgeber hier schon unterhalb der Schwelle einer echten Gewissensentscheidung Rücksicht auf moralische Bedenken nehmen. Dies ist im Hinblick auf den Schwangerschaftsabbruch³¹ und Techniken der künstlichen Befruchtung³² auch geschehen, denn das einfache Recht fordert hier keine Gewissensnot. Auch für die Suizidhilfeverweigerung fordert das BVerfG nicht den Nachweis einer echten Gewissensentscheidung.

²⁹ Eingehend zur Debatte *G. Duttge*, Das Gewissen im Kontext des modernen Arztrechts, in F.-J. Bormann/V. Wetzstein, *Gewissen*, Berlin/Boston 2014, S. 543–560 (554 ff.); s. auch: *C. Katzenmeier*, Patientenautonomie und Patientenrechte, *Bundesgesundheitsblatt* 2012, S. 1093–1099; *St. Rixen*, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, *Gewissen*, Berlin/Boston 2014, S. 65–88 (83; 86); *K. Scholz*, in: A. Spickhoff, *Medizinrecht*, 3. Aufl., München 2018, MBO-Ä § 2 Rn. 3; BGHZ 154, 205–230; BGHZ 163, 195 (197 f.) – künstliche Ernährung; BVerfGE 153, 182 (juris Rn. 209) – Suizidhilfe.

³⁰ *G. Duttge*, Das Gewissen im Kontext des modernen Arztrechts, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, *Gewissen*, Berlin/Boston 2014, S. 543–560 (552 (m. w. N.)); s. auch *G. Neitzke*, Die Indikation im Spannungsfeld von moralischer und kultureller Diversität (in diesem Band, S. 75 ff.).

³¹ § 12 SchKG.

³² § 10 ESchG.

3. „Gewissen“ im ärztlichen Standesrecht

Gerade weil es verschiedene Auffassungen von Moral bzw. Ethik gibt und weil das Recht notgedrungen mit ethischen Überzeugungen Einiger in einer pluralen Gesellschaft konfligiert, muss es einen „Notknopf“ in Form einer Gewissensentscheidung geben. Dieser darf aber nicht dazu führen, dass am Ende verschiedene Rechte nebeneinander gelten, sondern muss lediglich eine Person davor bewahren, in einer Weise gegen ihr eigenes Gewissen handeln zu müssen, bei der sie selbst an der eigenen Integrität Schaden nimmt.

Das ärztliche Ethos vollzieht sich auf zwei Ebenen, einer standesrechtlichen und einer individuellen. Das ärztliche Standesrecht trägt auf einer untergesetzlichen Ebene zu einem identitätsstiftenden ärztlichen Ethos bei.³³ Es normiert Gebote der ärztlichen Ethik (Bsp. Nichtschadensgebot, Orientierung am Patientenwohl, Patientenautonomie, Gleichbehandlung, Verschwiegenheit).³⁴ Diese Ausgestaltung geschieht im Rahmen des Spielraums, den das staatliche Recht vorgibt. Da die Ärzte an das Standesrecht gebunden sind, fließt hier insbesondere „das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen“³⁵. „Seit jeher nimmt das Berufsethos der Ärzte aufgrund der fundamentalen Güter der Gesundheit und des Lebens sowie aufgrund der Charakteristika ärztlichen Handelns, zu denen auch der Eingriff in die Privatsphäre eines Menschen gehört, eine besondere Stellung ein“³⁶. Ausdruck gefunden hat dies besonders im Hippokratischen Eid und im Genfer Gelöbnis (1948).³⁷ Letzteres ist in vielen Ländern als Teil der Berufsordnung oder sogar als Gesetzesrecht verankert. Ein Kernelement ist die Auffassung, dass der Arztberuf ein Leben im Dienst der Menschlichkeit bedeutet. Das Ziel der Patientengesundheit und des Wohlergehens wird vor dem der Patientenautonomie genannt. Wörtlich heißt es in der sechsten Erwägung des Genfer Gelöbnisses „Ich werde meinen Beruf nach bestem Wissen und Gewissen, mit Würde und im Einklang mit guter medizinischer Praxis führen“. Das Recht greift teils die Standesethik auf, teils muss die Standesethik neuen rechtlichen Situationen, sei es neuem Gesetzesrecht oder einer neuen höchstrichterlichen Auslegung, angepasst werden.

³³ Vgl. K. Scholz, in: A. Spickhoff, *Medizinrecht*, 4. Aufl., München 2022, MBO-Ä § 2 Rn. 4.

³⁴ K. Scholz, in: A. Spickhoff, *Medizinrecht*, 4. Aufl., München 2022, MBO-Ä § 2 Rn. 4.

³⁵ BVerfG NJW 1979, 1925 (1930) im Anschluss an E. Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, in: A. Ponsold, *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin einschließlich der ärztlichen Rechtskunde und der Versicherungsmedizin*, 2. Aufl. Stuttgart 1957, S. 2.

³⁶ Ch. Woopen, *Berufsethos als komplementäre Ordnung zum Recht im Bereich der Arzthaftung*, *MedR* 2011, 232–235 (232).

³⁷ Aktuelle (revidierte) Fassung abrufbar unter https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/International/bundesaerztekammer_deklaration_von_genf_04.pdf (zuletzt aufgerufen am 02.05.2024).

Im ärztlichen Standesrecht können bestimmte ethisch strittige Bereiche mit dem Ziel eines gemeinsamen identitätsstiftenden Ethos durch Richtlinien³⁸, Leitlinien³⁹ oder auch Empfehlungen⁴⁰ und Stellungnahmen⁴¹ verdichtet werden. Gemäß § 2 Abs. 1 der Musterberufsordnung der Ärzte üben Ärztinnen und Ärzte ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und Menschlichkeit aus. Der Rekurs auf das Gewissen ist hier als Handlungsanweisung in Richtung einer Gewissenhaftigkeit zu verstehen, was einschließt, das Gewissen bei Ausübung der ärztlichen Tätigkeit anzuspannen. Es kann und soll aber kein Freibrief sein, das Gesetz zu brechen, wenn eigene ethische Vorstellungen (etwa über die Frage, wann ein Leben lebenswert ist oder ob kostspielige Behandlungen auch angesichts des nahenden Todes gegenüber der Versicherungsgemeinschaft „gerecht“ sind) davon abweichen. Hier gilt, wie im Verfassungsrecht, dass die Unterordnung unter das Gesetz nur dort endet, wo es um eine „ethisch-existenzielle Existenzkrise“ geht.⁴²

Die „gewissenhafte“ Ausübung des Berufs wird in § 2 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä noch einmal spezifisch benannt. Gewissenhaft handelt, wer sich entsprechend der „Einzelgebote ärztlicher Berufsausübung“ verhält und „seiner besonderen Verantwortung gegenüber dem menschlichen Leben, der Gesundheit und der Achtung der Persönlichkeit mit ihm in Kontakt stehender Individuen als auch im Hinblick auf das Kollektiv gerecht wird“.⁴³

Die „gewissenhafte“ Ausübung vermennt sich in der Formel „nach bestem Wissen und Gewissen“ mit der „Gewissensfreiheit“. Der Einbezug der eigenen Persönlichkeit und des Gewissens in die ärztliche Tätigkeit führt regelmäßig zu einer ge-

³⁸ Richtlinien sind „generell-abstrakte Handlungsanweisungen“, die auf einer gesetzlichen Grundlage basieren (<https://www.bundesaerztekammer.de/baek/ueber-uns/richtlinien-leitlinien-empfehlungen-und-stellungnahmen>, zuletzt aufgerufen am 02.05.2024).

³⁹ Leitlinien sind Handlungsempfehlungen, „von denen in begründeten Fällen abgewichen werden kann oder sogar muss“ (<https://www.bundesaerztekammer.de/baek/ueber-uns/richtlinien-leitlinien-empfehlungen-und-stellungnahmen>, zuletzt aufgerufen am 02.05.2024).

⁴⁰ „Empfehlungen lenken die Aufmerksamkeit der Ärzteschaft und der Öffentlichkeit auf bestimmte Themen oder Sachverhalte, indem umfassende Informationen und Anregungen, Ratschläge oder Hinweise sowie konsentierete Lösungsstrategien zu ausgewählten Fragestellungen vermittelt werden.“ (<https://www.bundesaerztekammer.de/baek/ueber-uns/richtlinien-leitlinien-empfehlungen-und-stellungnahmen>, zuletzt aufgerufen am 02.05.2024).

⁴¹ „Stellungnahmen sind Ausführungen, in denen ein Standpunkt zu einem ausgewählten Thema oder zu einer Frage vermittelt wird. Dieser wird insbesondere mit Blick auf die Ärzteschaft sowie die Öffentlichkeit nachvollziehbar, überzeugend und plausibel begründet.“ (<https://www.bundesaerztekammer.de/baek/ueber-uns/richtlinien-leitlinien-empfehlungen-und-stellungnahmen>, zuletzt aufgerufen am 02.05.2024).

⁴² *St. Rixen*, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, *Gewissen*, Berlin/Boston 2014, S. 65–88 (86).

⁴³ *J. Prüitting*, in: R. Ratzel/H.-D. Lippert, *Kommentar MBO*, 8. Auflage, Berlin 2022, § 2 Rn. 8.

wissenschaften Ausführung, aber im Einzelfall eben auch zu einer Gewissensentscheidung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG. Diese feine Unterscheidung wird nicht immer klar gezogen.⁴⁴

IV. Ärztliche Gewissensentscheidung nur bei Unterlassen?

Teils wird im Hinblick auf Gewissensentscheidungen zwischen aktivem Tun („Recht zu gewissenkonformen Eingriffen“) und Unterlassen (im Sinne einer Mitwirkungsverweigerung) differenziert.⁴⁵ Nach dieser Ansicht kann etwa die Mitwirkungsverweigerung am Schwangerschaftsabbruch oder auch an der Suizidbeihilfe als Gewissensentscheidung gelten, die von der Pflicht entbindet, eine darauf abzielende Handlung vorzunehmen. Ein aktives Handeln entgegen einer Patientenverfügung hingegen kann danach nicht unter Rekurs auf die Gewissensfreiheit gerechtfertigt werden. Mit dieser Reduktion der Gewissensentscheidung auf die Mitwirkungsverweigerung soll der Gefahr begegnet werden, „dass die Gewissensfreiheit zu einem ‚Supergrundrecht‘ mutiert“.⁴⁶

Diese Unterscheidung klingt plausibel, allerdings ist sie m. E. dogmatisch nicht zwingend, auch wenn die meisten Gewissensentscheidungen im medizinischen Kontext solche sind, in denen es um eine Mitwirkungsverweigerung geht. Nach meinem Dafürhalten ist ein aktives Tun als Gewissensentscheidung nicht ausgeschlossen, jedoch gelten hier gesteigerte Anforderungen. Man kann hier den Rechtsgedanken von § 13 StGB heranziehen, nach dem ein „Unterlassen“ nicht automatisch gleich strafwürdig ist wie ein „Begehen“. Nach § 13 StGB muss das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entsprechen.

⁴⁴ So heißt es etwa bei J. Prütting, in: R. Ratzel/H.-D. Lippert, Kommentar MBO, 8. Auflage, Berlin 2022, § 2 Rn. 27: „Das nach bestem Wissen betroffene Gewissensurteil ist die subjektive Antwort des Einzelnen auf die Frage nach dem Guten/Richtigen. Diese Antwort ist für den Betroffenen unbedingt verbindlich und muss als Gewissensentscheidung vom Einzelnen wie von der Gemeinschaft respektiert werden, sofern sie die Rechte anderer nicht verletzt.“ Dies ist insofern missverständlich, als das eigene Gewissensurteil eben gerade nicht generell an die Stelle des Gesetzes tritt und von der Gemeinschaft respektiert werden muss, sondern nur im Rahmen der Gesetze stattfinden kann. Lediglich im Falle einer „echten Gewissensentscheidung“, wie sie hier für Art. 4 Abs. 1 GG ausgeführt wurde, kann sich das Gewissen über das Gesetzesrecht hinwegsetzen. Allerdings räumt Prütting in Rn. 28 ein, dass die Gewissensurteile dort zu treffen sind, wo Rechtsnormen einen Spielraum belassen oder (insoweit unklarer) es um die Abwägung individueller Interessen geht.

⁴⁵ G. Duttge, Das Gewissen im Kontext des modernen Arztrechts, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, Gewissen, Berlin/Boston 2014, S. 543–560 (454 ff., 554 ff.).

⁴⁶ G. Duttge, Das Gewissen im Kontext des modernen Arztrechts, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, Gewissen, Berlin/Boston 2014, S. 543–560 (555 m. w. N. aus dem Schrifttum); BGHZ 163, 195 juris Rn. 15: „die Gewissensfreiheit [...] verleiht [...] kein Recht, sich durch aktives Handeln über das Selbstbestimmungsrecht des durch seinen Betreuer vertretenen Patienten hinwegzusetzen und seinerseits in dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen“.

Dies bedeutet, dass ein Unterlassen als generell weniger strafwürdig oder auch weniger einschneidend in die Rechte anderer aufgefasst wird, es sei denn, es „entspricht“ dem Tun. Da die Strafbarkeit eines Unterlassens damit höheren Anforderungen unterliegt als ein Handeln, das mit dem Gesetz konfligiert, müssen auch bei der Gewissensentscheidung erhöhte Anforderungen gelten, wenn aufgrund dieser Entscheidung ein aktives Handeln in Konflikt mit dem Gesetz gerät.

In Bezug auf die Frage, ob eine ärztliche Suizidbeihilfe unter den verfassungsrechtlichen Schutz der Gewissensfreiheit fällt, hat das BVerfG in seiner Suizidhilfeentscheidung die erhöhten Anforderungen deutlich gemacht. Gerade weil eine verfassungsrechtlich geschützte Gewissensentscheidung über eine bloße politische Ansicht oder allgemeine ethische Auffassung hinausreicht und eine ernste Gewissensnot voraussetzt, erfüllt eine generell geübte Praxis der Suizidbeihilfe nicht die erforderlichen Voraussetzungen. Das BVerfG lässt hier also offen, ob eine aktive Suizidbeihilfe Ausdruck einer Gewissensentscheidung sein kann, setzt aber die Messlatte hoch und versagt der lediglich aufgrund einer ethischen Überzeugung getätigten Suizidbeihilfe das Etikett der Gewissensentscheidung.⁴⁷

Nicht ausgeschlossen erscheint im Ausnahmefall eine „tätige Gewissensentscheidung“ etwa im Hinblick auf die Triage, wenn etwa ein krasses Missverhältnis zwischen einem intensivmedizinisch versorgten, aber nahezu hoffnungslosen Hochbetagten und überdies multimorbiden Patienten und einem noch nicht versorgten Menschen mit einer hervorragenden Prognose besteht. Nach § 5c IfSG ist im Falle eines Mangels an intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten bei Infektionskrankheiten die sogenannte ex-post-Triage⁴⁸ ausgeschlossen, so dass sich eine solche Entscheidung ungeachtet des konkreten Falles gegen das Gesetz stellen würde, auch wenn sie der ärztlichen Ethik entspricht. Hier scheint es naheliegend, eine Gewissensentscheidung anzunehmen.

⁴⁷ BVerfGE 153, 182 (juris Rn. 309) – Suizidhilfe: „Gewissensentscheidung ist nicht bereits jede relative Entscheidung über die Zweckmäßigkeit menschlichen Verhaltens aufgrund ernsthafter und nachdrücklicher Auffassung von guter politischer Ordnung und Vernunft, sozialer Gerechtigkeit und wirtschaftlicher Nützlichkeit, sondern ausschließlich die ernste sittliche, an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.“; das VG Berlin sah den Willen des Arztes, Suizidbeihilfe zum Zwecke der Selbstbestimmung des Patienten und Leidlinderung zu leisten, als Ausdruck der Gewissensfreiheit an (VG Berlin MedR 2013, 58 (64)); kritisch zur aktiven Suizidbeihilfe als Gewissensentscheidung *St. Rixen*, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, *Gewissen*, Berlin/Boston 2014, S. 65–88 (84).

⁴⁸ Zu den verschiedenen Formen der Triage vgl. *A. K. Weilert*, Triage und die Grenzen des Regelbaren, in: Held et al. (Hg.), *Coronafolgenforschung*, Heidelberg 2022: HeiBOOKS (FEST kompakt-Analysen-Stellungnahmen-Perspektiven, Bd. 3), S. 17–44 (20).

V. Verschiedene Kategorien an (landläufig so bezeichneten) „Gewissensentscheidungen“

Nachdem ich die „Gewissensentscheidung“ und die „gewissenhafte Entscheidung“ näher umrissen habe, möchte ich die verschiedenen Kategorien an landläufig als Gewissensentscheidungen bezeichneten Situationen systematisieren.

1. Bloße Gewissensvereinbarung

Am schwächsten ist diejenige „ethische Entscheidung“; die ich hier als „bloße Gewissensvereinbarung“ bezeichnen möchte. Jemand kann ein Handeln, das möglicherweise andere als moralisch nicht korrekt bewerten, für sich noch mit dem Gewissen vereinbaren. In diese Kategorie gehört die Schwangerschaftsabbruchsentscheidung der Schwangeren oder auch die freiwillige Leistung einer Suizidbeihilfe. Das Recht hat sich an dieser Stelle zurückgenommen und überlässt die Entscheidung dem Einzelnen. Dies macht die Entscheidung aber nicht „moralisch“ richtig, wie dies ganz klar beim Schwangerschaftsabbruch nach Beratungsregelung im ersten Trimenon zum Ausdruck kommt, der gesetzlich gerade nicht „gerechtfertigt“ ist.⁴⁹ Das Recht überlässt hier die Entscheidung dem Einzelnen, der sie nach ganz eigenen moralischen Standards fällen kann. Es spielt rein rechtlich gesehen keine Rolle mehr, ob jemand die Entscheidung nach gründlichem Abwägen ethischer Argumente oder lediglich nach eigener Nutzenmaximierung trifft.

2. Handeln „nach bestem Wissen und Gewissen“

Die zweite Kategorie bildet das Handeln „nach bestem Wissen und Gewissen“. Diese ethische Entscheidung richtet sich gerade nach dem erkannten Richtigen und Guten aus. In diese Kategorie fällt etwa die Situation unvertretbarer Einsamkeit des Arztes, in der er eine Entscheidung treffen muss, ohne dass er alle medizinischen oder tatsächlichen Fakten (z. B. ob eine Patientenverfügung vorliegt) kennt. Diese Entscheidung ist voll justiziabel, d. h. wenn der Arzt hier z. B. das falsche Medikament verabreicht, weil er es für richtig hält, dann kann seine Entscheidung gerichtlich überprüft werden, wenn etwa der Patient dadurch geschädigt wurde. Es geht hier nicht um die enge Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG, sondern ob sich der Arzt medizinrechtlich bzw. berufsrechtlich (vgl. § 2 MBO-Ä) korrekt verhalten hat.

⁴⁹ Nach § 218a StGB ist die Tat nicht „gerechtfertigt“, sondern lediglich der Tatbestand „nicht verwirklicht“. Dies entspricht der Forderung des BVerfG in BVerfGE 88, 203 (270, 273 f.) – Schwangerschaftsabbruch II: „Allerdings ist es nicht zulässig, nicht indizierte Schwangerschaftsabbrüche für gerechtfertigt (nicht rechtswidrig) zu erklären, deren Vornahme Frauen nach Beratung in den ersten zwölf Wochen von einem Arzt verlangen“ (S. 270 juris Rn. 203).

In diesem Sinne zu verstehen ist etwa auch das OLG München, wenn es im Hinblick auf die Frage der Geheimhaltungspflicht ausführte: „Die *Gewissensentscheidung* des Arztes hinsichtlich der Offenlegung der Unterlagen gegenüber den Angehörigen wird all diese Gesichtspunkte zu berücksichtigen haben.“⁵⁰ Das OLG spricht zuvor von „gewissenhafter Prüfung seiner gegenüber dem Verstorbenen fortwirkenden Verschwiegenheitspflicht“. Es geht also um eine Gewissensentscheidung im Sinne einer „nach bestem Wissen und Gewissen“ getroffenen Entscheidung.⁵¹ Auch eine Entscheidung bei einer Triage-Situation, bei der im Rahmen der geltenden Regeln eine Auswahlentscheidung getroffen werden muss, fällt in diese Kategorie des ärztlichen Handelns.

3. Die ethische Ermessensentscheidung

Die dritte Kategorie habe ich als „ethische Ermessensentscheidung“ bezeichnet. Damit meine ich jene Entscheidungen, bei denen sich ein Arzt oder eine Ärztin moralisch verpflichtet fühlt, eine Handlung zu tun oder zu unterlassen, und bei der ein rechtlicher Spielraum besteht.

In Abgrenzung zur bloßen Gewissensvereinbarung (Fallgruppe 1) fühlt sich die Arztperson hier moralisch verpflichtet, in bestimmter Weise zu handeln bzw. seine Mitwirkung zu verweigern. In Abgrenzung zu einer Gewissensentscheidung nach Art. 4 GG besteht keine Regel, zu der er bzw. sie sich damit in Widerspruch setzt, vielmehr räumt das Recht insoweit gerade einen ethischen Ermessensspielraum ein, der in der Regel auch nicht auf eine „Gewissensnot“ begrenzt ist, sondern ausweist, dass bestimmte Handlungen (wie die Mitwirkung am Schwangerschaftsabbruch) nicht geleistet zu werden brauchen. Durch das einfache Recht geht zwar nicht die mögliche Berufung auf Art. 4 Abs. 1 GG verloren, aber sie wird dadurch entbehrlich. Es geht hier also um Situationen, in denen die Gesetzeslage bereits so ausgestaltet wurde, dass eine individuelle ethische Ermessensentscheidung möglich ist.

4. Die Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG

Die vierte und letzte Kategorie bildet die bereits näher entfaltete Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG. Das vorgenannte Grundrecht verbürgt insoweit ein Abwehrrecht und eine Schutzpflicht des Staates.

⁵⁰ OLG München, 09.10.2008 – 1 U 2500/08, juris Rn. 46 – Herv. v. Verf.

⁵¹ Ähnlich auch schon: Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 6. April 1962 – L 7/S 13/60 – (4. Leitsatz: „Nach dem Tode seines Patienten hat der von seiner Schweigepflicht nicht befreite Arzt gewissenhaft abzuwägen, ob das Interesse und die Würde des Verstorbenen Schweigen gebieten oder ob demgegenüber das Interesse der Hinterbliebenen an seiner Aussage überwiegt. Führt die Interessenabwägung zu dem Ergebnis, daß die Interessen der Hinterbliebenen den Vorrang haben, dann handelt der Arzt mit seiner Aussage nicht pflichtwidrig. Diese *Gewissensentscheidung* obliegt allein dem Arzt.“ – Herv. v. Verf.).

Als *Abwehrrecht* gewendet darf der Staat nicht verlangen, dass jemand gegen sein Gewissen handelt, wenn die Person damit in echte Gewissensnot gerät.⁵² Es kann sich also eine Person dann unmittelbar auf Art. 4 Abs. 1 GG berufen, wenn das einfache Recht keine Ausnahme vorsieht.

Als *Schutzpflicht* ist es dem Staat aufgetragen, das Recht so auszugestalten, dass dem Einzelnen eine Gewissensentscheidung ermöglicht und ein ernsthafter, identitätsrelevanter Gewissenskonflikt vermieden wird.⁵³ In den Worten Rixens liegt hierin ein „staatlicher Auftrag zur gewissensschonenden Gestaltung der Rechtsordnung“⁵⁴.

Der Staat hat hier die Rechte aller Grundrechtsbeteiligten, also des Patienten und der Arztperson und der auf Gewinn ausgerichteten Einrichtung, in einen Ausgleich zu bringen. Bei schwerwiegenden Gewissensnöten muss jedoch ein Mitwirken versagt werden dürfen. Das BVerfG hat diesen Ausgleich etwa in seiner Suizidhilfeentscheidung darin gesucht, dass das Recht auf selbstbestimmtes Sterben nur besteht, „soweit sie [d. h. die Suizidbeihilfe] angeboten wird“.⁵⁵ Ebenso hat das Gericht den Gewissensvorbehalt ausdrücklich anerkannt.⁵⁶

VI. Fazit

Nach alledem kann das Fazit kurz ausfallen und lässt sich auf vier Erkenntnisse thesenartig zusammenfassen:

1. Es ist zwischen den verschiedenen landläufig so genannten „Gewissensentscheidungen“ zu differenzieren.
2. Wenn eigene ethische Maßstäbe bzw. Gerechtigkeitsvorstellungen mit dem Recht kollidieren, genießt in der Regel das Recht den Vorrang, sofern es nicht um eine „echte Gewissensentscheidung“ geht, da das Recht ansonsten in einer Vielzahl an Fällen unter dem subjektiven Vorbehalt des Dafürhaltens der Einzelnen stehen würde.

⁵² Siehe auch die einfachgesetzlichen Regelungen zur Sicherung dieser Mitwirkungsverweigerungen aus Gewissensgründen: § 10 ESchG und § 12 SchKG.

⁵³ Gleiches kann durch die Figur der „mittelbaren Drittwirkung“ von Grundrechten erreicht werden, indem zivilrechtliche Vorschriften/Generalklauseln entsprechend grundrechtsschonend ausgelegt werden.

⁵⁴ *St. Rixen*, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: F.-J. Bormann/V. Wetzstein, *Gewissen*, Berlin/Boston 2014, S. 65–88 (75).

⁵⁵ BVerfGE 153, 182 (Rn. 208; 212): „Das von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht, sich selbst zu töten, umfasst auch die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, *soweit sie angeboten wird*, in Anspruch zu nehmen.“ (juris Rn. 212) – Herv. v. Verf.

⁵⁶ BVerfGE 153, 182 (juris Rn. 289): Die mangelnde individuelle ärztliche Bereitschaft zur Suizidhilfe hat der Einzelne als durch die Gewissensfreiheit seines Gegenübers geschützte Entscheidung grundsätzlich hinzunehmen. Aus dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben leitet sich kein Anspruch gegenüber Dritten darauf ab, bei einem Selbsttötungsvorhaben unterstützt zu werden.

3. Die Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG, die von Rechtspflichten entbindet, unterliegt gesteigerten Anforderungen und bildet immer eine Ausnahme, um nicht die Geltung der Rechtsordnung zu sprengen. Diese Anforderungen werden noch einmal gesteigert, wenn die Gewissensentscheidung nicht in der Verweigerung der Mitwirkung liegt, sondern in einem aktiven Tun.
4. Das sogenannte „einfache“ Parlamentsrecht kann und sollte das Gewissen auch bereits auf einer unterhalb von echten Gewissensentscheidungen liegenden Schwelle schützen (Beispiel: § 10 ESchG). Dieser höhere Schutz durch das einfache Recht ist angesichts der sehr steilen Voraussetzungen einer Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG notwendig, um einem „moral distress“ vorzubeugen und Menschen nicht zu überfordern. Der Gesetzgeber hat den ihm eingeräumten Spielraum „gewissensschonend“ auszugestalten.