

Patientenautonomie, Lebensschutz und die Grenzen des Rechts

Vor 20 Jahren beschlagnahmten Steuerfahnder aufgrund eines anonymen Hinweises große Teile der Patientenkartei eines bayerischen Frauenarztes, der Schwangerschaftsabbrüche in seiner Praxis vornahm. In NK 2-1989 führte ich damals ein Interview mit einem seiner Anwälte: „Durchsucht wie einen Gemüseladen“. Nicht die Tatsache, aber die Form dieser Strafverfolgung empörte damals die liberale Öffentlichkeit und veränderte das Rechtsbewusstsein, zumindest an einem Beispiel. Jahrelang hatte er über die Krankenkassen abgerechnet, bis diese ihn verständigten, dass das Land Bayern von der ihm bundesrechtlich eingeräumten Ermächtigung derartige ambulante Einrichtungen zuzulassen keinen Gebrauch gemacht habe. Bayerische Frauen müssten in Bundesländer oder Nachbarstaaten reisen, wenn sie ambulant abtreiben wollten. Wohnortnahe Leistungen könnten nicht mehr vergütet werden. Damit begann eine dramatische Geschichte, welche für den betroffenen Arzt, der sich über diese Ordnungswidrigkeit hinwegsetzte, traumatisch, aber für die Rechtskultur insgesamt letztlich doch positiv ausging. Die staatliche Reaktion beschränkte sich nicht auf Steuerhinterziehung und die unerlaubte ärztliche Leistung, sondern rollte jede einzelne Notlage, die zu einer Indikation geführt hatte, auf. Die Ideologie, die dabei waltete, war anachronistisch, aber das Ergebnis der Verurteilung durch das LG Memmingen um so härter: eine nicht mehr zur Bewährung aussetzbare Freiheitsstrafe. Der Arzt kam nach einem Teilerfolg in der Revision gerade noch mit einer Bewährungsstrafe davon, musste aber 5 Jahre lang um seine Existenz bangen. Hätte sich die Staatsanwaltschaft damit begnügt ihn vor dem Amtsgericht anzuklagen, da er die Formvorschriften nicht eingehalten habe, niemand hätte sich für diesen Fall interessiert. So aber lief ein Groß-

verfahren vor einem Landgericht. Anhand eines Musterprozesses sollte die damalige Notlagenindikation – ein Kompromiss, der den politischen Kräfteverhältnissen der 1970er Jahre geschuldet war – so verschärft werden, dass es wieder Jahrzehnte dauern würde, um pragmatische Regelungen zu schaffen, die europäischen Standards entsprachen. Wir wissen heute, dass diese ideologischen Schaukämpfe 1998 ein endgültiges Ende fanden; denn damals wurde das, was bayerischen Sonderweg zu nennen sich eingebürgert hat, durch einen Richterspruch aus Karlsruhe beendet und das Lebensschutzkonzept der §§ 218 ff StGB samt dem den Ländern in diesem Zusammenhang zustehende Arztrecht als eine Einheit konzipiert, welche nicht föderal unterlaufen werden dürfe.

Nach 20 Jahren nehmen wir diese Geschichte zum Anlass quasi rechtshistorisch nachzuzeichnen, wie Kriminalpolitik im Guten und im Bösen über dramatische Einzelfälle betrieben wird und in der Konkurrenz der Länder mit dem Bund. Damals setzte sich das liberale Bundesrecht durch. Aber 1974 bis 1992 behalf sich der Reformgesetzgeber mit Formelkompromissen und dem Nebeneinander von Bundesrecht und Länderrecht. Wir zeigen daher an diesem Beispiel noch einmal, wie riskant es ist in weltanschaulich aufgeladenen Fragen klare bundesrechtliche Regelungen zu scheuen oder unbestimmtes Recht mit erheblichen Auslegungsspielräumen zu setzen, welche für Ärzte eine unerträgliche Rechtsunsicherheit darstellen.



Lebensschutz, Autonomie und die Grenzen des Rechts

■ **Monika Frommel**

Manche Prozesse machen Geschichte. Hierzu gehören sicher die Memminger Verfahren zur Strafbarkeit eines Arztes und zahlreicher Patientinnen wegen Abtreibung. Es ging um das Arzt-Patientinnenverhältnis, die Entscheidungsfreiheit über die eigene Reproduktion und die Achtung des sich entwickelnden menschlichen Lebens. Im Frankfurter Fall ging um die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung und das würdige Sterben. Der Wandel in der Wertigkeit dieser Freiheitsrechte steht exemplarisch für ein sich erst in den letzten Jahren gewandeltes Rechtsbewusstsein.

I. Das neue Verhältnis von Recht und Moral in individualisierten Gesellschaften

In den letzten Jahren hat sich europaweit die Einsicht durchgesetzt, dass ethische Debatten nicht zu schnell rechtspolitisch und schon gar nicht in erster Linie kriminalpolitisch geführt werden sollten, da es erfahrungsgemäß eine gewisse Zeit dauert, bis erkennbar wird, ob und wo ein Minimalkonsens über Grundwerte erzielt werden kann und wo strittige Positionen unauflösbar gegeneinander stehen, was zur Folge hat, dass das Toleranzgebot gefragt ist. Denn unüberbrückbare Unterschiede führen in modernen westlichen Gesellschaften dazu, dass beide Seiten dies zu akzeptieren lernen. Dieses ist durchaus ein rechtskultureller Fortschritt, der aber nicht so einfach zu erreichen ist. Hat sich aber die Einsicht durchgesetzt, dass es nun einmal unvereinbare Positionen gibt, verändert sich langfristig auch das Recht, allerdings nicht ohne politische Kämpfe und auch nicht immer widerspruchsfrei. Bemerkenswert ist die Strukturveränderung des Rechts nach solchen Prozessen, es kann nicht mehr material regeln, wie die Kollision von Werten aufzulösen ist, sondern muss prozedurale Regelungstechniken finden. Diese verfolgen den Zweck die jeweils subjektiv richtige Präferenz zuzulassen und lediglich ein Verfahren bereit zu stellen, das die Gewähr dafür gibt, dass die Betroffenen über die Voraussetzungen und Folgen ihrer Entscheidungen informiert sind und tatsächlich in der Lage eine höchstpersönliche Entscheidung in einer Grenzsituation zu treffen. Dies klingt einfacher als es ist; denn auch in Zeiten des Normwandels ist es trotz dieser grundlegenden Einsicht geradezu typisch, dass das jeweils nationale Recht – insbesondere auch das Strafrecht – der Verwirklichung dieser Einsicht zumindest für eine gewisse Übergangszeit im Wege steht und gewissermaßen uneinsichtig beansprucht, was gesellschaftlich nicht mehr durchsetzbar ist. In Mediengesellschaften verkompliziert sich dies, da die Gegner

einer Reform auf Gesetzesentwürfe, die Strafrecht zurück nehmen, mit Dramatisierung reagieren. Die Entdramatisierung funktioniert daher regelmäßig über spektakuläre Fälle, die Schlagzeilen machen. Schlagzeilen lösen wiederum einen Wiederholungszwang aus und begünstigen langfristig die Reformen. Gelungen ist dies bei der Abtreibungsdebatte erst nach 40 Jahren und beim Problem der Sterbehilfe steht eine Reform noch aus.

Politiker und Politikerinnen scheuen also aus gutem Grund kriminalpolitische Debatten, bei denen moralisch hochbesetzte Regelungsbereiche entkriminalisiert werden sollen, selbst wenn sie wissen, dass dies überfällig ist. Daher bleibt das bestehende Strafrecht lange Zeit selbst dann unangetastet, wenn es Wertungswidersprüche enthält und die notwendige Anpassung an eine sich ändernde soziale Wirklichkeit erfolgt schrittweise, begleitet von einem feinen und immer feiner werdenden Geflecht von noch herrschenden und im Vordringen befindlichen Mindermeinungen, die sich langsam durchsetzen und über eine teleologische Auslegung die bestehenden Gesetze unmerklich verändern. Mit bedeutsamen rechtskulturellen Unterschieden regelt folglich über lange Zeit ein auslegungsbedürftiges und ausgelegtes Strafrecht die bedeutsamen Normenkonflikte und produziert damit unweigerlich Situationen der Rechtsunsicherheit, die abzufangen nicht nur strafrechtsdogmatische Kunststücke erfordert, sondern leider auch (Fehl)Entscheidungen mit sich bringt.

1) Ein neuer Stil der flexiblen Kontrolle ex ante statt spektakuläre Strafverfahren ex post

Bei strittigen Wertkonflikten braucht man konstruktive Wege, um Betroffene nicht in strafrechtliche Untiefen zu treiben. Wie lässt sich **ex ante** eine gewisse staatliche Kontrolle organisieren mit außerstrafrechtlichen Mitteln. Beim Schwangerschaftsabbruch, um mit diesem Beispiel zu beginnen, versucht man dies mittlerweile auf unterschiedliche Weise: lediglich durch eine umfassende ärztliche Beratung (Österreich), in Deutschland durch ein aufwändiges doppeltes Beratungsverfahren und in der Schweiz, die den Schwangerschaftsabbruch sehr spät entkriminalisiert hat, verzichtet man auf eine strafbewehrte Beratungspflicht und vertraut darauf, dass ein adäquates Beratungsangebot genüge. Beim zweiten Beispiel, der noch immer sehr umstrittenen Sterbehilfe, genauer: der Hilfe zum Sterben, nicht der Hilfe im Sterben, die ja unbestritten wichtig ist, gibt es ver-

schiedene Vorbilder. Österreich hat mittlerweile ein **Patientenverfügungsgesetz** erlassen. Über die aktuellen Überlegungen in der Schweiz hat Eicken im letzten Heft der NK ausführlich berichtet. Auch in Deutschland wird in dieser Legislaturperiode eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung debattiert und unter anderem versucht die **private Vorsorge am Ende des Lebens** zu stärken.

2) Widersprüchliche Wege zur Stärkung der Patientenautonomie am Ende des Lebens

Entscheidungsfreiheit über ein würdiges Sterben ist im gegenwärtigen Bewusstsein so grundlegend, dass sie zum Kern des Persönlichkeitsrechts gehört. Das deutsche **Strafrecht** verbietet aber die Tötung durch fremde Hand und erlaubt nur den Selbstmord durch eigene Hand. Als Vergehen bestraft wird daher die Tötung auf Verlangen selbst dann, wenn derjenige, der den Geschehensablauf aktiv beherrscht (Täter einer aktiven Sterbehilfe) altruistisch handelt. Da aber demgegenüber die Selbsttötung straflos ist, kann auch die bloße Beihilfe zur Selbsttötung nicht strafbar sein (sog. Akzessorietätsgrundsatz). Ärzte dürfen also nicht im Sterben, sondern auch zum Sterben ihre Hilfe anbieten. Es liegt auf der Hand, dass es hier zahlreiche Abgrenzungsprobleme gibt, bei denen die einen das Prinzip der Patientenautonomie anführen und den Bereich der straflosen Teilnahme an einer Selbsttötung ausweiten (die herrschende Meinung), während andere den hohen Wert des Rechtsguts Leben betonen, um ein weit gefasstes Verbot der aktiven Sterbehilfe zu begründen.

Auch bei der passiven Sterbehilfe, die wie gesagt grundsätzlich erlaubt ist, kommt es zu Abgrenzungsproblemen, und zwar mit dem Verbrechen der Tötung durch Unterlassen. Auch hier werden die genannten Strategien bei der Konstruktion einer auf Autonomie oder auf Lebensschutz bedachten Lösung wiederholt. Im Ergebnis begünstigt die komplizierte Dogmatik der Unterlassungsdelikte und das dogmatisch umstrittene Verhältnis zu den Regeln, welche die passive Sterbehilfe betreffen, die Lesart, wonach die Patientenautonomie vorrangig zu beachten ist. Daher werden an die Rechtspflicht von Angehörigen und Ärzten keine hohen Anforderungen gestellt, so dass ein bloßes Sterben lassen rechtmäßig ist. Ferner geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Rettung eines Sterbewilligen unzumutbar ist. Aber es gibt Abgrenzungsprobleme und infolgedessen auch immer wieder Entscheidungen, die auf eine umfassende Garantenpflicht zur Lebens-

erhaltung abstellen und das moralische Dilemma nur auf der Ebene der Strafzumessung lösen.

Die Rechtslage wird noch komplizierter, weil das **Zivilrecht** (gestärkt durch das umfassende Persönlichkeitsrecht und die Menschenwürde) Patienten die Autonomie einräumt zu bestimmen, was an Heilungsprozessen in Gang gesetzt wird. Diese starke zivilrechtliche Regel wird auch flankiert durch die Körperverletzungsdelikte. Zwar gibt es keine spektakulären Strafverfahren zu diesem Vorwurf, aber in den strafrechtsdogmatischen Lehrbüchern und Kommentaren ist zu lesen, dass eine ärztliche Behandlung, die gegen den Willen begonnen oder fortgesetzt wird, eine strafbare Körperverletzung ist, selbst wenn sie im Ergebnis erfolgreich sein sollte und es ist auch strafbar gegen den Willen weiter zu behandeln, weil die Nichtbehandlung oder der Behandlungsabbruch tödlich wäre. Dem Patienten steht es nämlich frei zu sterben, wann er oder sie es will.

Beide Regelungskomplexe weisen also in die Richtung einer **umfassenden Patientenautonomie**. Kommt es nun kurz vor dem Tod zu einer Situation, in der dieser Wille nur mit Hilfe anderer artikuliert werden kann, gilt der mutmaßliche Wille. Im Rahmen seiner Erforschung spielen entweder die Vertretungsregeln, umgesetzt durch eine **Vorsorgevollmacht**, eine Rolle oder das **Betreuungsrecht**. Arzt, Betreuer oder Vorsorgevollmächtigter setzen den mutmaßlichen Willen des Patienten – im Gespräch mit den Angehörigen – um. Handelt ein Betreuer, dann wird das Verfahren außerdem vom Grundsatz beherrscht, dass alle wichtigen Entscheidungen des Betreuers vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden müssen.

Wie kann man diese beiden Tendenzen zusammen bringen:

- Die paternalistische Sicht des herkömmlichen Strafrechts auf der einen Seite, das noch immer mit § 216 StGB, dem Verbot der Tötung auf Verlangen, ein Modell bereit hält, das zumindest in Richtung „Unverfügbarkeit des Lebens“ gedeutet werden kann.
- Das zivilrechtlich abgesicherte Persönlichkeitsrecht eines Sterbewilligen, das die Fortsetzung einer Behandlung gegen seinen Willen untersagt und eine Zwangsbehandlung als Körperverletzung unter Strafe stellt,
- und das Schutzbedürfnis von Menschen in Grenzsituationen, die nur eingeschränkt oder überhaupt nicht mehr einwilligungsfähig sind.

Beginnen wir mit der **Schutzbedürftigkeit** von unheilbar kranken Menschen. Es liegt auf der Hand, dass in der Praxis fast alle Menschen eher ambivalent auf solche Grenzsituationen reagieren. Es muss also Regelungen geben, die sie vor unüberlegten Entscheidungen schützen. Zustän-

dig für eine solche Aufgabe sind die Vormundschaftsgerichte. Sie können entweder einen Betreuer bestellen und kontrollieren oder einem Vorsorgevollmächtigten die Vollmacht entziehen, wenn die eingeräumten Befugnisse missbraucht werden.

Was nun die paternalistische Sicht in § 216 StGB betrifft, so zeigt ein Blick in die Kommentare, dass dieses Verbot im derzeitigen System der Tötungsdelikte eine eher unbedeutende Rolle spielt und sehr restriktiv ausgelegt wird. Auch die Anforderungen an die Garantenpflicht sind eher niedrig. Die Rechtslage geht daher eher in Richtung eines starken Patientenschutzes und eines nur relativen Lebensschutzes¹, aber dennoch kann im Einzelfall nicht sicher vorhergesagt werden, wie Strafgerichte entscheiden werden. Dies ist bei einem so häufigen Problem wie dem Behandlungsabbruch unheilbar Kranker oder einer erwünschten ärztlichen Hilfe zum Sterben (Gegenbegriff: Hilfe im Sterben) unerträglich und stellt für Ärzte ein Berufsrisiko dar, das nicht hingenommen werden kann. Daher empfiehlt es sich die **Kontrolle ex ante** so zu gestalten, dass sie dem Arzt bzw. der Ärztin Rechtssicherheit gibt.

3) Die betreuungsrechtliche Lösung – ein aufwändiges Verfahren

Neumann schildert die komplizierten Abgrenzungen, die Tendenzen der Rechtsprechung und die durchaus strittigen Meinungen hierzu. Auf seine Kommentierung soll hier verwiesen werden. Bemerkenswert ist danach, dass sich in den 1990er Jahren in Deutschland – im Unterschied zur Schweiz – eine **betreuungsrechtliche Lösung** herausgebildet hat (a.a.O. Rd 133). Aufsehenerregend waren eine strafrechtliche Entscheidung aus dem Jahre 1994 (BGH St 40,257) und der Beschluss des OLG Frankfurt in einem **vormundschaftsgerichtlichen Verfahren** (NJW 1998, 2747). Beide Entscheidungen gehen davon aus, dass ein geplanter Behandlungsabbruch bei einem unheilbar erkrankten, nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden kann. Das OLG Frankfurt wies das Amtsgericht an, die verweigerte Genehmigung zu erteilen, da die vorliegende Patientenverfügung bindend sei. Es handelt sich hier um Straf- und Zivilprozesse, die Geschichte machten².

Zwar gab es für diese Rechtsprechung keine klare Rechtsgrundlage, so dass sowohl das Straf- als auch das Zivilgericht auf den Weg der richterlichen Rechtsfortbildung angewiesen war. Dies ist zwar im Strafrecht nur zugunsten des Beschuldigten zulässig (in Form einer restriktiven Auslegung des in Frage stehenden Straftatbestandes), im Zivilrecht aber kann dies dazu führen, dass völlig neue Kontrollen ersonnen und sich ein Verfahren einpendelt, das erst dann Anlass für eine gesetzliche Regelung sein wird. Genau so verhält es sich hier.

Beide, das für die Strafgerichte und das für Zivilgerichte rechtsvereinheitlichend tätige Revisionsgericht, arbeiten mit § 1904 Abs. 1 BGB. Danach müssen lebensgefährliche Behandlungen vom Betreuer mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung explizit erlaubt werden. Bis zu diesen Entscheidungen galt der Grundsatz, dass hierzu nicht Maßnahmen mit dem Ziel des Todes gehören könnten, da es „keinen Richter über Leben und Tod“ geben könne. Abzustellen sei ausschließlich auf die mutmaßliche Einwilligung des nicht einwilligungsfähigen Patienten. Sei diese zu bejahen, dann könne der Arzt oder die Ärztin aus eigener Verantwortung handeln, allerdings mit dem Risiko einer strafrechtlichen Beurteilung ex post. Der BGH in Strafsachen und das OLG Frankfurt verabschiedeten sich von dieser Auffassung und konstruierten eine Kontrolle ex ante – das betreuungsrechtliche Verfahren – und der BGH in Zivilsachen bestätigte diese Tendenz am 17.03.2003 (NJW 2003, 1588; Besprechung durch Sonnen in NK 3-2003), indem er feststellte, dass sowohl die Erklärung durch einen Betreuer als auch die Genehmigungspflicht derartiger Entscheidungen durch einen Betreuer sich aus den Grundsätzen des Betreuungsrechts ergebe. Aber diese im Grundsatz sinnvolle Weichenstellung hat dennoch keine angemessene Praxis ermöglicht, weswegen nun die Gesetzgebung zum Handeln aufgerufen ist.

Für die Folgezeit bedeutsam waren Festlegungen des BGH in Strafsachen, die dahin gehen, an die Voraussetzungen des mutmaßlichen, ggf. durch eine Patientenverfügung schriftlich niedergelegten Willens des Kranken **hohe Anforderungen** zu stellen, was von vielen so gelesen wurde, als handele es sich um eine Doktrin des ‚in dubio pro vita‘, mit der Folge einer neuen Rechtsunsicherheit, da die betreuungsrechtliche Lösung, gedacht als Entlastung der Betroffenen, nun in manchen Regionen Deutschlands zur Belastung wurde. Selbst klare und mit anwaltlichem Rat formulierte Patientenverfügungen mussten in manchen Gerichtsbezirken nun betreuungsrechtlich genehmigt werden, was zu erheblichen Problemen führen kann, wenn sich die Vormundschaftsgerichte nicht auf eine formale Kontrolle beschränken. Paternalistische Entscheidungen in Einzelfällen lassen es daher zweifelhaft erscheinen, nach welchen Prinzipien entschieden wird. Daher liegt es nahe, nach einem Weg zu suchen, der mehr Rechtssicherheit bietet und auch in der Umsetzung einfacher ist.

4) Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts durch eine Vertrauensperson – die notariell hinterlegte Vorsorgevollmacht

Anwälte empfehlen eine Vorsorgevollmacht und interdisziplinäre Arbeitsgruppen auf Länderbasis haben die de lege lata verfügbaren Alternativen sorgfältig erörtert und ausgearbeitet: die Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts durch eine Vertrauensperson. Zwar entscheidet de facto

im Ernstfall nicht der Patient selbst, dafür ist aber sicher gestellt, dass die Entscheidung informiert, d.h. nach ärztlicher Aufklärung erfolgt. Außerdem können die verfügbaren Mittel und die Belastungen konkret eingeschätzt werden. Der Nachteil ist der, dass eine solche Aufgabe sehr anspruchsvoll ist und die Befugnis missbraucht werden könnte.

Aber auch bei der betreuungsrechtlichen Lösung entscheidet de facto der Betreuer. Wenn also eine Vertrauensperson vorhanden ist, spricht sehr vieles dafür, nicht den mittlerweile vollständig verrechtlichten betreuungsrechtlichen Weg zu gehen, sondern der Vertrauensperson eine **notarielle Vorsorgevollmacht** zu erteilen und sie darüber zu informieren, was man will, so dass sie später einmal eine Entscheidung im Sinne der vertretenen Person treffen kann. Der Vorteil dieser Lösung ist der, dass der Arzt oder die Ärztin einen Ansprechpartner hat und der Vorsorgevollmächtigte ärztlich voll aufgeklärt handeln kann. Erfahrungsgemäß ist es nicht allzu schwer eine Entscheidung im Sinne des Vollmachtgebers in dessen höchstpersönlichen Angelegenheiten zu treffen, wenn deren Umsetzung in der Hand erfahrener Ärzte liegt. Geht man so vor, entfällt der umständliche Weg einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht in jedem Einzelfall, ohne dass der Vollmachtgeber schutzlos ist, da bei konkreten Anhaltspunkten für einen Missbrauch im Einzelfall die Vollmacht vom Vormundschaftsgericht entzogen werden kann. Bei einer solchen Vorsorgevollmacht, ggf. konkretisiert durch eine detaillierte Patientenverfügung, können Betroffene in einem sehr frühen Stadium mit der Auswahl des Bevollmächtigten eine flexible und doch loyale Entscheidung anstreben.

Schon jetzt kann man Vorlagen für diese Lösung bei den Landesjustizministerien erhalten. Sie enthalten Informationen für beide Wege: die überwiegend private Vorsorge bzw. das vormundschaftsgerichtliche Verfahren nach §§ 1904 Abs. 1 BGB, 67 ff. FGG als präventive Kontrolle.

5) Reform der nicht mehr adäquaten weit gefassten paternalistischen Regelung des Strafrechts in § 216 StGB?

Im Rahmen der geplanten Neuregelung ist aber eine Veränderung des deutschen Strafrechts, insbesondere eine Modifikation des äußerst umstrittenen § 216 StGB (Vergehenstatbestand der Tötung auf Verlangen), was u.a. die in Heft 4-2006 von Eicken gezeigten Unterschiede zwischen dem Schweizer und dem deutschen Strafrecht bereinigen würde, nicht (oder noch nicht) vorgesehen. Der Grund ist einleuchtend. Keine der großen Parteien verfügt intern über klare Mehrheiten, um politisch ein Gesetz zu tragen, das die bestehenden Auslegungsprobleme zu den einschlägigen Vergehens- und Verbrechenstatbeständen beiseitigen würde. Aus der Sicht von Ärzten, die überlegen, ob eine Hilfeleistung im Einzelfall er-

laubte passive Sterbehilfe oder verbotene unentgeltliche Hilfeleistung ist, ganz zu schweigen von so diffizilen Problemen wie der Abgrenzung zwischen strafloser aktiver Hilfe zur Selbsttötung oder verbotener aktiver Sterbehilfe, ist dies mehr als nur misslich, da eine im Streitfall nicht zu vermeidende Überprüfung der getroffenen Entscheidung ex post risikoreich ist. Eicken zeigt demgegenüber am Beispiel der Sterbehilfe-Organisation „Dignitate Deutschland“, dass die Schweiz die postmoderne oder schlicht die moderne Lektion gelernt hat und selbst dann, wenn es schwer fällt, die strafrechtlichen Hürden niedrig hängt und schildert, dass man in unserem Nachbarland es sogar in Kauf nimmt einen Image-Schaden zu ertragen, weil Schweizer Ärzte die Härten der schwer vorhersehbaren deutschen Rechtspraxis im Einzelfall ausgleichen. Die Zukunftsfrage lautet also: Wie lassen sich normative Appelle so behutsam umsetzen, dass sie symbolisch bleiben und nicht reale Menschen zerstören. Die eingangs beschriebene Einsicht, das Recht möge sich auf prozedurale Lösungen zurückziehen, ist also alles andere als eine Selbstverständlichkeit.

II. Szenenwechsel: der langsame Rückzug des materialen Rechts nach 40 Jahren quälender Abtreibungsdebatte

Bei anstehenden Entscheidungen zu umstrittenen moralischen Problemen empfiehlt es sich zurück zu blicken, wie in anderen Bereichen unüberbrückbare Dilemmata rechtlich neutralisiert worden sind. Ein Beispiel ist das Lebensschutzkonzept zu §§ 218 ff StGB. Wer sich heute die Rechtslage und die Praxis beim Schwangerschaftsabbruch anschaut, stellt fest, dass dort nach jahrelangen Kämpfen Rechtssicherheit eingetreten ist und seitdem eine entspannte Liberalität. Dennoch war das sich wandelnde gesellschaftliche Selbstverständnis der letzten 35 Jahren von ungewöhnlich heftigen Abtreibungsdebatten in auf- und abfallenden Wellen begleitet worden³. Erst aus der historischen Distanz sieht man die grundlegenden Veränderungen, nicht nur im Ergebnis, sondern insbesondere auch in der Art und Weise, wie debattiert wird, d.h. in der Qualität der Debattenkultur. Haben noch in den 1970er Jahren Begriffe wie „Lebensschutz“ oder „Recht auf Abtreibung“ Fronten markiert, dominieren mittlerweile liberale Zwischenlösungen, mit denen jeder leben kann. Denn dass ein Verfahren der ergebnisoffenen Entscheidungsfindung dem „Lebensschutz“ dient, kann jeder zugestehen und die früher leidenschaftlich umstrittene Frage nach dem rechtlichen und moralischen Status von Embryonen in vivo und in vitro kann als philosophisch interessant zugestanden werden, weil sie die Ergebnisse der jeweils getroffenen Entscheidungen letztlich nur noch sehr indirekt berührt. Offenbar können wir eines der eher seltenen Beispiele einer gelungenen Entkriminalisierung betrachten. Zwar kann ein Verstoß gegen die in den §§ 218 ff StGB niedergelegten Regeln

immer noch bestraft werden, aber die Regeln sind im Unterschied zu früher so präzise formuliert und um Fairness bemüht, dass sie auch ohne Interessenkonflikte eingehalten werden können. Wer sie nicht einhält, wird bestraft und von der ärztlichen Selbstverwaltung sanktioniert. Nur auf Nebenschauplätzen wird noch gestritten.

1) Heftige Kämpfe und dramatische Zuspitzungen in den letzten 40 Jahren

Aber ohne spektakuläre und für die Betroffenen traumatische Kriminalfälle war auch dieses Ergebnis nicht zu erzielen. Rekapitulieren wir noch einmal die Etappen: 1972, 1974, 1976, 1992 und 1995 ergingen jeweils nach quälend ausführlichen Debatten, in denen die bekannten Pro & Contra Argumente unermüdlich und quälend wiederholt wurden. Das Ergebnis waren sich widersprechende und ziemlich unklare Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch mit je verschiedenen Schutzkonzepten, teilweise erzwungen durch die Interventionen des Bundesverfassungsgerichts. So wurden die beiden Rechtsklarheit schaffenden Fristenlösungen der Jahre 1972 und 1992 durch zwei Rechtsunklarheit produzierende Fristenregelungsurteile der damals noch konservativ judizierenden Spruchkörper des Bundesverfassungsgerichts verworfen, was den Reformgesetzgeber 1974 - 1976 zum Formelkompromiss der Notlagenindikation nötigte. Erst 1995 kam es zur bis heute geltenden **Beratungslösung**. Letztere ist eine **de facto Fristenregelung** mit Beratungspflicht und garantierter **Entscheidungsfreiheit**. Das neue Recht ist auch nicht mehr föderal, sondern vereinheitlicht die früher divergierende Länderpraxis.

Föderale Regelungen eröffnen Arenen für unfruchtbare Auseinandersetzungen. 1974 und 1976 konnten die Länder über alles, was Beratung und Zulassung der Einrichtungen zum Schwangerschaftsabbruch betraf, entscheiden. 1992 und 1995 lernte die Bundesgesetzgebung aus den gemachten schlechten Erfahrungen und wählte eine Regelungstechnik, nach welcher der Bund über seine Bundeskompetenz „Strafrecht“ den Ländern einen **Sicherstellungsauftrag** auferlegte. Ob sie nun wollten oder nicht, müssen die Länder seither nicht nur „ein ausreichendes Angebot wohnortnaher Beratung“ sicher stellen, sondern auch „ein ausreichendes und flächendeckendes Angebot sowohl ambulanter als auch stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen“. Damit zog die Gesetzgebung die Konsequenz aus den Memminger Verfahren 1986 - 1992, auf die im folgenden noch eingegangen werden wird. Denn diese wären erst gar nicht passiert, hätte Bayern nicht mit Aussicht auf Erfolg das Bundesrecht unterminieren können. Aber das nun in beiden Senaten eher liberal zusammengesetzte Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 98, 265⁴) stabilisierte 1998 die Beratungslösung und beschränkte die Gesetzgebungskompetenz der Länder, wenn der Bund

kraft Sachzusammenhang in ihren Kompetenzbereich zur Regelung einer Materie eingegriffen habe. Damit waren weite Teile des bayerischen Landesrechts (BaySchwHEG 1996), das – gestützt auf die Landeskompentz für Arztrecht – das Beratungsmodell unterlaufen wollte, nichtig. Ausschlaggebend war, dass dieses Landesrecht den Sicherstellungsauftrag unterminiert hätte⁵.

Überrascht über diesen Ausgang waren insbesondere diejenigen, welche über Jahre den Druck auf bayerische Frauen und Ärzte erfolgreich erhöht und nicht damit gerechnet hatten, dass das Bundesverfassungsgericht für den Regelungszusammenhang „Abtreibung“ die Gesetzgebungskompetenz der Länder derartig rigoros begrenzen würde und den arztrechtlichen Regelungen nur noch zugestehen würde dafür zu sorgen, dass sie dieser ihrer Sicherstellungspflicht auch genügen. Ärzte haben einen Rechtsanspruch auf eine Erlaubnis zum ambulanten Schwangerschaftsabbruch, wenn sie die Anforderungen erfüllen, da Schwangerschaftsabbrüche zum Schutzbereich der Berufswahl- und ärztlichen Ausübungsfreiheit gehören.

Im Ergebnis wurde somit dem einfachen Recht ein die Rechte der Patientin akzeptierendes und ein für Ärzte umsetzbares und vor allem **bundeseinheitlich zu beachtendes Schutzkonzept** entnommen, das in allen Ländern gleiche Rahmenbedingungen durchsetzte und damit das Ende des bayerischen, aber auch jedes anderen Sonderweges aus weltanschaulichen Gründen bedeutete. Damit war ein langer Kampf beendet und die weltanschauliche Debatte verlagerte sich allenfalls auf eher bizarre Auseinandersetzungen zwischen Ärzten, Patientinnen und sog. radikalen Lebensschützern⁶.

2) Entstehungsbedingungen der Memminger Strafverfahren 1986-1992

Rückblickend ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein Bruch mit Traditionen. Rekapitulieren wir die Etappen dieser Erfolgsgeschichte. Begonnen hatte alles mit einer dramatischen Zuspitzung der noch einmal aufflackern den ideologischen Kämpfe in den 1980er Jahren. Eigentlich waren sie schon damals anachronistisch; denn längst hatte man sich daran gewöhnt, dass es zu keiner Kriminalisierung von Frauen oder nur ganz selten von Ärzten kommen würde, selbst wenn diese die Notlagenindikation, der damalige gesetzliche Kompromiss, weit auslegten, also doch dazu neigten ihren Beurteilungsspielraum zugunsten der Patientinnen zu nutzen⁷. Aber diese Annahme sollte sich – jedenfalls für Bayern – als Irrtum erweisen. Zugegeben: der betroffene Arzt machte es den dortigen Strafverfolgungsorganen, die nur darauf warteten, ein Exempel zu statuieren, leicht. Denn der Landesgesetzgeber hatte seit Mitte der 1980er Jahre eine Falle aufgestellt, in die irgendwann einmal ein ahnungsloses Opfer tappen musste. Damals galt

noch ein föderales Recht. Bayern konnte sich weigern ambulante Einrichtungen zu genehmigen und das Bundesverwaltungsgericht hatte 1985 auch noch entschieden, dass der Landesgesetzgeber frei sei. Ambulante Einrichtungen zum Schwangerschaftsabbruch könnten sich nicht auf die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG berufen, da dieses Grundrecht nicht erlaube zu töten. Die Indikationen begrenzten nur die Strafbarkeit. Zwar werde durch diese föderalen Normen und die auf sie gestützten Nichtgenehmigungen die Berufsausübung beschränkt. Dies sei aber wegen des insofern vorrangigen Lebensschutzes – so lautete die erst 1998 vom BVerfG korrigierte, damals noch übliche Lesart – zulässig⁸.

Auf diesem Hintergrund bahnte sich das Drama an. Da Eingriffe in einer nicht zugelassenen Arztpraxis von den Krankenkassen nicht bezahlt wurden, hatte ein Arzt, der sich über die fehlende Genehmigung hinweg gesetzt hatte, ein Problem. Entweder kassierte er Schwarzgeld oder riskierte eine Buße wegen einer Ordnungswidrigkeit, sollte das Finanzamt ihn anzeigen (wegen des bejahen öffentlichen Interesses). So gesehen war es nur eine Frage der Zeit, bis irgendwann die Steuererfahndung tätig werden würde. In dem spektakulären Memminger Fall beschlagnahmte sie 1986 in einer Praxis in der bayerischen Provinz einen Berg von Patientenkartekarten und beschloss einen Fall zu produzieren, der die damals bereits heftig angeheizte Abtreibungsdebatte völlig neu aufrollen würde⁹. Man verständigte die allgemeine Staatsanwaltschaft davon, dass in einem Steuerstrafverfahren Zufallsfunde existierten, aus denen sich möglicherweise Verstöße gegen das damalige Abtreibungsrecht ergeben. Daraufhin wurden diese und weitere Kartekarten für Zwecke der Strafverfolgung beschlagnahmt und die sog. „Memminger Verfahren“ nahmen ihren Lauf. Die Staatsanwaltschaft hatte offenbar im Sinn, die Notlagenindikation in einem medial gut inszenierten Verfahren demonstrativ zu Fall zu bringen. Denn angeklagt wurde nicht vor dem Amtsgericht, sondern vor dem Landgericht. In letzter Instanz erwartete man also ein für ganz Deutschland verbindliches BGH-Urteil und tat alles, um es so restriktiv wie möglich werden zu lassen, indem die Tatsachen so belastend wie möglich interpretiert und damit für die sich anschließenden Rechtsfragen (wie weit ist der Beurteilungsspielraum eines Arztes, der Verfahrensfehler begangen hatte) festgestellt wurden.

Um die vom Arzt gestellte Notlagenindikation überprüfen zu können, waren die Aussagen der Patientinnen nötig. Um ihr Zeugnisverweigerungsrecht nach § 55 StPO zu überspielen, wurde gegen sie im schriftlichen Verfahren vorgegangen. Fast alle Beschuldigten ließen die Frist verstreichen und wurden rechtskräftig verurteilt. Als rechtskräftig verurteilte Patientinnen wurden sie im Verfahren gegen den Arzt als Zeuginnen benannt und hochnotpeinlich befragt. Nun mussten sie sich vorhalten lassen, dass sie den belas-

tenden Sachverhalt zugestanden und sich auch nicht gegen die Beschlagnahme ihrer Patientenkartei gewehrt hatten. Keine der Zeuginnen verweigerte die Aussage mit der Begründung, dass das belastende Material durch einen Eingriff in ihre Intimsphäre, das Arzt-Patientinnenverhältnis, erlangt worden war. Aus der Sicht der Strafverfolgung war somit die erste Etappe erfolgreich. Keine der Patientinnen wehrte sich gegen die unverhältnismäßige Beschlagnahme ihrer Patientenkartei und nur eine Patientin erzwang ein öffentliches Verfahren, das die Medien aufhören ließ. Aber auch sie wollte lediglich bestätigt sehen, dass sie in einer Notlage gehandelt hatte, versäumte es also auch gegen die Beschlagnahme ihrer Daten vorzugehen¹⁰. Damit schloss sich eine weitere Falle. Denn für den betroffenen Arzt erwies sich diese Zurückhaltung der Zeuginnen als fatal, da er – so 1991 die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH – prozessual ein sehr viel schwächeres prozessuales Recht auf Wahrung seines Schweigerechtes hatte als die in ihrer Intimsphäre betroffenen Patientinnen. Jedenfalls urteilte der BGH sehr lakonisch, dass er nun einmal angesichts des festgestellten Sachverhaltes jahrelang gegen Bestimmungen des Lebensschutz verstoßen habe, so dass es im Interesse der Strafverfolgung legitim und verhältnismäßig gewesen sei, im Verfahren gegen ihn die Patientenkartekarten zu beschlagnahmen (BGH 1. Strafsenat vom 3.12.1991). Aber so ganz ging die Rechnung der bayerischen Strafverfolger doch nicht auf. Was die damals umstrittene Notlagenindikation betraf, so billigte man Ärzten einen weiten Beurteilungsspielraum zu. Damit war für Ärzte, die das Verfahren einhalten, Rechtssicherheit geschaffen. Und was das Memminger Verfahren gegen den zu einer Freiheitsstrafe verurteilten Arzt betraf, so kassierte der BGH einen Teil der Verurteilungen und ermöglichte dann dem nachfolgenden Instanzgericht eine Freiheitsstrafe zur Bewährung auszusprechen. Für den glimpflich davon Gekommenen war dies dennoch eine unerträgliche Belastung, von der er sich bis heute nicht mehr erholt hat. Nur für die Allgemeinheit war die Bilanz besser. Denn die Fallensteller konnten nur einen ersten Pyrrhussieg erringen. Langfristig aber hatten sie alle Sympathien verloren.

3) Die Rolle der Medien und der sie tragenden sozialen Bewegungen

Spektakuläre Prozesse sind die Arena für soziale Bewegungen, ihre Wertvorstellungen zu artikulieren. Bei den Memminger Verfahren bildete sich ein stabiles Netz – jenseits der Parteigrenzen und der Milieus – heraus, das letztlich den sozialen und moralischen Wandel trug. In 6 Jahren hatten die Medien das nicht ganz unschuldige Opfer, immerhin hatte er es in einigen Fällen versäumt seine Patientinnen zur Beratung zu schicken und sich somit klar strafbar gemacht, den Verurteilten vor dem Schlimmsten gerettet und die verhassten „Hexenprozesse“ oder auch die bayerische Inquisition zwang nun den Bundesgesetzgeber zum

Handeln. Da dieser außerdem noch zeitgleich die Vereinheitlichung der ostdeutschen Fristenlösung mit der mangelbehafteten westdeutschen Regelung schaffen musste, kam es 1995 (das Intermezzo 1992 und das 2. Abtreibungsurteil des BVerfG sparen wir aus) zu einer Regelung, die nun nicht mehr so leicht zum Spielball inszenierter Strafverfahren werden konnte. Eine historisch einmalige Konstellation beendete – rückblickend – eine Jahrhundertdebatte.

4) Der gescheiterte Ausweg in föderale Regelungen in den 1970er Jahren

Die ganze Entwicklung bis zum 3. Urteil des Bundesverfassungsgericht 1998 wäre nicht so abgelaufen, wenn man 1974 nicht allzu schnell die föderale Karte gezogen hätte. Der Konflikt zwischen dem Bundesrecht und der Landesgesetzgebung konnte immer wieder an der Regelung 1974 und 1976 ansetzen, die es den Ländern frei stellte ambulante Einrichtungen für den Schwangerschaftsabbruch zuzulassen oder nicht. Insbesondere Bayern nutzte diese Landeskompetenz aus und verfolgte hartnäckig eine Destruktionspolitik, welche legale Abtreibung so schwer wie möglich machte. Unter solchen Rahmenbedingungen meinte man, strategische Vorteile zu erzielen und irgendwann ein Exempel statuieren zu können. Man rechnete lediglich nicht damit, dass die mediale Inszenierung in die andere Richtung weisen würde und bedachte nicht, dass sich alle Medien mit dem Kriminalisierten solidarisieren würden. Nur mit diesem Rückenwind konnte dem Bestrafungseifer der einen eine konsequente Politik der Legalisierung entgegen gesetzt werden. Der Arbeitsaufwand war unbeschreiblich hoch. Aber am Ende konnte ein fairer Kompromiss und Rechtssicherheit geschaffen werden. Eine derartige Bestrafungspraxis wird sich nicht mehr wiederholen, nicht nur weil das Gesetz sich geändert hat, sondern auch weil die Umgangsformen der Strafjustiz bei Normenkonflikten pragmatischer geworden sind.

Der historische Blick zurück schärft die Skepsis gegen Formelkompromisse. Unklares Strafrecht in einer Rechtskultur, welche noch nicht gelernt hat mit radikaler Verschiedenheit zu leben, provoziert Musterprozesse, in denen auf dem Rücken eines Beschuldigten der Normenkonflikt erneut ausgetragen wird. Der Weg ist lang zu akzeptieren, dass dort, wo ein materieller Konsens aller nicht zu erreichen ist, ein Verfahren, das Missbrauch erschwert, gefunden werden muss. Bei der Abtreibung ist dies in 26 Jahren (1972 – 1998) gelungen, vielleicht kann man aus dieser positiven historischen Erfahrung auch in anderen Bereichen, wo wir noch am Anfang stehen, lernen?

III. Die Debatte um einen würdigen Tod: Welche Bedeutung können Patientenverfügungen haben?

Es kann ganz schnell gehen. Ein Unfall, Sofortmaßnahmen, es wird eine Magensonde zur künstlichen Ernährung auf der Intensivstation gelegt, aber eine Heilung ist nicht mehr zu erwarten. Darf die Magensonde entfernt werden? Gehen wir einmal vom realistischen Fall fehlender Vorsorge aus, also dem statistisch häufigsten Fall, in dem es weder eine Patientenverfügung gibt noch eine Vorsorgevollmacht an eine Vertrauensperson. Dann kann es schnell dazu kommen, dass ein Betreuer bestellt werden muss. Kommt dieser nun zum Ergebnis, dass der **mutmaßliche Wille** auf Beendigung einer kaum noch aussichtreichen Behandlung zielt, muss nach der mittlerweile herrschenden vormundschaftsgerichtlichen Rechtsprechung das Vormundschaft diese Entscheidung genehmigen. So gesehen war die Entscheidung des OLG Frankfurt 1998 eine Wende, deren historische Bedeutung nicht zu unterschätzen ist. Folgt man aber der im Schrifttum umstrittenen, in manchen Regionen Deutschlands aber gängigen Praxis, dass an die Feststellung des mutmaßlichen Willens sehr hohe Anforderungen zu stellen seien, und baut dies zu einem Grundsatz: in dubio pro vita aus, dann kann der weitere Gang durch die Instanzen zur unerträglichen Belastung für die Angehörigen werden. Dasselbe passiert, wenn es nur eine längere Zeit zurückliegende Patientenverfügung gibt. Ihr wird nur eine Indizwirkung zugesprochen, mit dem Ergebnis, dass die künstliche Ernährung eher fortgesetzt wird. Folgt schließlich ein Vormundschaftsgericht den aktuellen Richtlinien der Bundesärztekammer, welche sehr eng gefasst sind und ausschließlich darauf abstellen, ob der Sterbeprozess schon unmittelbar eingesetzt hat, dann wird es eher die Pflicht zur Erhaltung des Lebens betonen und den Patientenwillen überspielen. Denn bei einer Standardmaßnahme wie dem Legen einer Magensonde zur künstlichen Ernährung wird der Sterbeprozess künstlich aufgehalten. Nach den Richtlinien der BÄK haben Ärzte die Pflicht alles zur Erhaltung des Lebens zu tun. Aber diese Sicht läuft den Normen entgegen, welche die Patientenautonomie stärken. Leider häufen sich solche Verfahren vor Vormundschaftsgerichten, bei denen kurz und bündig auf den Lebensschutz abgestellt wird.

Eine Verbesserung der Situation in einer alternativen Gesellschaft kann nur erreicht werden, wenn es gelingt, dass die präventive Kontrolle des Lebensschutzes so einfach und transparent gesetzlich geregelt wird, dass Vormundschaftsgerichte nur noch eine eingeschränkte Überprüfungscompetenz haben. Aber dies setzt voraus, dass möglichst viele Menschen schriftlich niederlegen, welche Wertvorstellungen sie haben und welcher Person ihres Vertrauens sie die loyale Umsetzung dieser Wertvorstellungen im vertrauensvollen

Gespräch mit den behandelnden Ärzten und Ärztinnen zutrauen. Solange aber klare gesetzliche Regelungen noch nicht erlassen sind, gibt es nur einen sicheren Weg. Er führt m.E. über eine – möglichst notariell beurkundete – **Vorsorgevollmacht** (www.vorsorgeregister.de oder Zentrales Vorsorgeregister bei der Bundesnotarkammer Postfach 080151, 10001 Berlin). Seit 2005 ist auch der schnelle Zugriff im Falle eines Unfalls oder einer lebensbedrohlichen Situation gesichert. Behandelnde Ärzte können sofort erfahren, wessen Einverständnis sie einholen müssen, um dem Patientenwillen zu entsprechen.

Wie sieht es nun aus mit der Frage der Bindungswirkung von Patientenverfügungen? Das Problem einer zu strikten Bindung ist klar: niemand antizipiert Grenzsituationen. Wir handeln alle auf der Basis von Unsicherheit. Eigentlich müsste es genügen, wenn der oder die Bevollmächtigte loyal für den oder die nicht mehr einwilligungsfähige Patientin handelt und nach bestem Wissen und Gewissen eine den oder die Ärztin bindende Willenserklärung abgibt¹¹. Dies vermeidet Streitfragen, die dann entstehen, wenn man sich ausschließlich auf die unmittelbar rechtlich **bindende Wirkung von Patientenverfügungen** verlässt und die Einwände unterschlägt, dass diese nun einmal die konkrete Situation, in der sie einmal benötigt werden, nicht antizipieren können. Auch können sie die jeweiligen Heilungschancen und den Fortschritt der Medizin nur unvollkommen oder überhaupt nicht bedenken. Die Verrechtlichung der Anforderungen an eine Patientenverfügung, um eine Bindungswirkung zu erzielen, sollte jedenfalls nicht überspannt werden; denn dies kann neue Probleme schaffen statt die vorhandenen zu lösen. Immerhin hatte die Diskussion schon einen Vorteil. Niemand setzt mehr auf die präventive Kraft einer strafrechtlichen Kontrolle ex post, es sei denn als Normappell den Willen des unheilbar Kranken zu beachten. Wie aber die künftige Ethik der Selbstbestimmung aussehen wird, ist noch offen. Dies ist kein rechtliches Problem, sondern eines, das angemessene Angebote voraussetzt. Diese zu schaffen wird uns in den nächsten Jahrzehnten noch beschäftigen.

Fußnoten

- 1 Ulfrid Neumann, in Nomos-Kommentar des StGB 2. Aufl. 2005, vor § 211, insb. Rd 130 ff (Prozeduralisierung der Sterbehilfe).
- 2 Roland Dubischar, Prozesse, die Geschichte machten, 1997.
- 3 Zum ersten Mal setzte in den 1920er Jahren eine Debatte ein. Eine Liberalisierung konnte aber damals nicht erreicht werden. In den 1930er Jahren gab es beides: die Konstruktion eines außergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes (die Indikationslösung) zur Entlastung von Ärzten und ungewollt Schwangeren und verschärfte Kriminalisierungen. Es setzten die ideologischen Kämpfe ein und der Protest gegen eine „Gebärflicht“ mit der

Forderung eines Rechts auf Abtreibung. Die Situation der 1920-30er Jahre glich der in den 1950er Jahren und war historisch gesehen der Anknüpfungspunkt für die 2. Frauenbewegung, die sich in den 1970er Jahren bildete. Verabschiedet wurden **Fristenlösungen** in Dänemark 1973, Schweden 1975 und Österreich 1975. In den Niederlanden einigten sich die zugelassenen Einrichtungen mit dem Justizministerium auf liberale Regelungen für die Praxis im Rahmen des Opportunitätsprinzips. Aber in Deutschland wurde der weltanschauliche Konflikt sowohl 1973 als auch 1993 zum verfassungsrechtlichen Problem erklärt und fortan erbittert ausgefochten. Im Ergebnis führte dies erst 1995 zu einer de facto Fristenlösung (Lebensschutz durch Beratung) und seit 1998 zu einer bundeseinheitlich gleichen Rechtspraxis.

- 4 Der 1. Senat widerspricht nicht der früheren Rechtsprechung des 2. Senats BVerfGE 88, 203, sondern führt diese fort. Juristische Formeln sind nun einmal biegsam und die personelle Besetzung von Spruchkörper ist nicht unwichtig. Außerdem hatte die Gesetzgebung zwischenzeitlich die Strafpflicht des Staates, die 1973 noch gefordert worden war, relativiert. Statt mit den Mitteln des Strafrechts wird mit der Beratungslösung das Ziel des Lebensschutzes und der Entscheidungsfreiheit mit kommunikativen Mitteln unter Einbeziehung der Ärzteschaft angestrebt. Hierzu passt es nicht, wie es manche Länder praktizieren, das Angebot zu verknappen und Hürden aufzubauen, die im Ergebnis zur Abbruchswanderung führen.
- 5 Gestützt auf empirische Ergebnisse, welche die „Abbruchswanderung“ Ende der achtziger Jahre belegten. So die in das Verfahren einbezogene Berechnung von J. v. Baross, pro familia magazin 6/1996, S. 23 ff. Vgl. zur spektakulären Entscheidung über den Einstweiligen Rechtsschutz vom 24. Juni 1997 Sibylle Raasch, KJ 1997, 310.
- 6 www.babycaust.de etwa ist eine Webseite, die ein engmaschiges Netz von Stalkern bedient, welche es sich zur Lebensaufgabe gemacht haben regelmäßig Arztpraxen zu belästigen, die Abtreibungen durchführen. Sie sind anwaltlich beraten und schöpfen im Fall der Gegenwehr der Belästigten grundsätzlich den Rechtsweg aus, gehen also in Berufung, Revision, legen Verfassungsbeschwerde ein, auch wenn es aussichtslos ist, weil sie glauben, dass sie in Gerichtsverfahren ein Medium für ihren Protest gefunden haben. Leider auf Kosten der betroffenen Ärzte, da die vor Ort Handelnden grundsätzlich mittellos sind, so dass diese letztlich auf ihren Kosten sitzen bleiben. Aber unverdrossen prozessieren diese, auch wenn sie keine Prozesskostenhilfe mehr bekommen, was mittlerweile der Fall ist. Offenbar werden die Anwälte von Dritten bezahlt, während die Berufsgenossenschaften der Ärzte die Kostenübernahme ablehnen. Wer die Einträge auf dieser Webseite liest, bekommt eine Ahnung vom sinnlosen Kampf gegen die nun einmal legalisierte Abtreibung, geführt wird dieser aber mit einem unvorstellbaren Aufwand und mit viel

Geld von radikalen Organisationen. Mit dem Urteil des BGH VI ZR 366/02 vom 1.04.2003 stabilisiert sich eine höchstrichterliche Rechtsprechung zugunsten der Ärzte, nachdem zunächst die Meinungsfreiheit betont worden war. Nach langem Hin und Her bejaht das BVerfG nun den Straftatbestand der Beleidigung durch solche Schmähungen und hält die Grenzen der Meinungsfreiheit überschritten - BVerfG, 1 BvR 49/00 vom 24.5.2006. Aber zivilrechtliche Unterlassungsansprüche nach §§ 823, 1004 BGB müssen in jedem Einzelfall aktiviert werden. Leicht ist es nicht sich gegen Menschen zu wehren, die fanatisch von ihrer Sache überzeugt sind. Nach der Tragödie beginnt nun die Farce.

- 7 **Zivilrechtlich** sah die Sache freilich anders aus. Im damals liberalen Bremen wurde bei einem der ersten Schadensersatzprozesse zum „Kind als Schaden“ nicht auf die Entscheidungsfreiheit der Frau abgestellt, sondern auf ihre verfassungsrechtliche Pflicht auch ein unerwünschtes Kind im „Normalfall“ auszutragen, wobei der Normalfall zugunsten des falsch beratenden Arztes sehr weit gezogen wurde. *Roland Dubischar*, Prozesse, die Geschichte machten, 1997, S. 215 ff. schildert einen – etwa zeitgleich zu den hier behandelten Strafverfahren – Aufsehen erregenden Schadensersatzfall, der nach vielen Wendungen am Ende doch mit einer engherigen Auslegung der Notlagenindikation durch den BGH in Zivilsachen endete und den Eltern trotz eines vorsätzlichen Beratungsfehlers des Arztes keinen Schadensersatzanspruch zubilligte. Nach gegenwärtiger Rechtsauffassung ist die Entscheidungsfreiheit der Patientin geschützt, vgl. BGH NJW 2000, 1782 - Urteil vom 15.02.2000; BGH NJW 2002, 886 - Urteil v. 4.12.2001; BGH NJW 2002, 1489 - Urteil v. 19.2.2002; BGH NJW 2002, 2636 - Urteil vom 18.06.2002; BGH NJW 2003, 3411 - Urteil v. 15.7.2003.
- 8 BVerwG 75, 330 vom 15.1.1987 (VGH Baden-Württemberg); gegen VGH München NJW 1987, 727. Die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde wegen Art. 12 GG wurden damals als gering eingestuft, da die Berufsausübungsfreiheit eingeschränkt werden kann. 1998 sah die Abwägung anders aus, da die Beratungslösung der 1995 reformierten §§ 218 ff StGB die Ärzte in ein Konzept zum Lebensschutz einbindet und damit zu Partnern frei entscheidender Patientinnen. Außerdem gab es in den 1980er Jahren noch keine Sicherstellungspflicht der Länder, da diese erst 1992 normiert wurde.
- 9 In NK 2-1989, S. 22-23, führte ich mit dem danach verstorbenen RA Dr. *Sebastian Cöbler* ein Gespräch: „Durchsucht wie einen Gemüseladen“. Es wirft ein schrilles Licht auf die damalige Zeit.
- 10 Aber gleichwohl war auch dieses Strafverfahren spektakulär. Es wird als das *Federlin-Verfahren* in die Rechtsgeschichte eingehen, weil es nach dem Revisionsurteil des BGH im Fall *Theissen* nicht weiter betrieben wurde, sondern eine völlig überraschende Wende nahm: es wurde eingestellt. Wieso dies geschah, lässt sich rückblickend gut rekonstru-

ieren. Die sich abzeichnende Divergenz zwischen dem Obersten Bayerischen Landesgericht und dem BGH löste das nach der Rückverweisung wieder zuständige Instanzgericht, das Landgericht Memmingen, auf bemerkenswert kreative Weise. Es wich dem gerichtlich auszufechtenden Glaubenskampf aus und schuf einen neuartigen Einstellungsgrund der **Unzumutbarkeit der Fortsetzung eines Strafverfahrens für alle Beteiligte**. Eingestellt wurde also nicht wegen der langen Verfahrensdauer, sondern wegen des zu erwartenden „hin und her“ zwischen Bay-ObLG und BGH. Mit anderen Worten: das LG kürzte das Verfahren ab und hielt sich an die Rechtsprechung des BGH, d.h. an die Doktrin des gerichtlich nur bedingt überprüfbaren Beurteilungsspielraums des die Indikation feststellenden Arztes. Belohnt wurde damit am Ende der Mut dieser Patientin, sich an die Öffentlichkeit zu wenden, aber erst nach mehr als sieben Jahren Verfahrensdauer.

- 11 *Oliver Tolmein*, Selbstbestimmungsrecht und Einwilligungsfähigkeit, 2004 kritisiert auf einer rechtsethischen Ebene diese Lösung. Eine Entscheidung durch Stellvertreter sei unangemessen und verfehle die Bedürfnisse der Kranken. Es sei nicht nach dem Willen des nun unheilbar kranken Patienten in Zeiten, in denen er oder sie gesund war, zu fragen, sondern nach den aktuellen Bedürfnissen. Aber wie soll dies konkret aussehen. Denn auch Bedürfnisse sind nicht objektiv feststellbar. Präferenzen sind höchstpersönliche Entscheidungen eines jedes Menschen. Auch wenn man im Angesicht des Todes „ein anderer“ Mensch sein mag als vorher, so kann doch kein Dritter sich in diese Grenzerfahrung so hinein denken, um an Stelle des Betroffenen dessen aktuelle Bedürfnisse im Zustand zwischen Leben und Tod festlegen zu können. Man kann nur ein Verfahren finden, damit diese zumindest subjektiv richtig erkannt werden können. Dieses Verfahren sollte aber möglichst von den betroffenen Menschen selbst gestaltet werden können. Deshalb wird hier eine Lösung des Dilemmas über Stellvertreter empfohlen.