1
Jg. 10 • 2019

Zeitschrift für
Medizin-Ethik-Recht

ZfMER

Im Fokus

§ 217 StGB: eine kritische Analyse zum Sterbehilfegesetz

Freiheitseinschränkende Maßnahmen zur Vermeidung von Stürzen in der professionellen ambulanten Pflege?

Übergangsfristen der Therapieallergene-Verordnung

Strafrecht

Frühmittelalterliche Bußkataloge

Impfpflicht

Masernschutzgesetz
Masernimpflicht

Kommentar

BGH-Urteil vom 04.04.2019 - VI ZR 13/18

Liebe Leserinnen und Leser!

mittlerweile gibt es die Zeitschrift für Medizin-Ethik-Recht bzw. das MERkblatt, wie die ZfMER bis 2012 hieß, seit zehn Jahren. Die ZfMER wurde nicht nur gegründet, um eine Lücke im medizinethischen bzw. medizinrechtlichen Diskurs zu füllen, die Zeitschrift sollte insbesondere auch jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern eine Plattform bieten, ihre Gedanken und Forschungsergebnisse zu Themen im Kontext Medizin-Ethik-Recht auszutauschen und zu publizieren. Demgemäß stehen auch in dieser Jubiläumsausgabe drei Masterarbeiten im Fokus.

Nora Großkopf hat den § 217 StGB zur geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung einer kritischen Analyse unterzogen. Pascal Schwarzer fragt, inwiefern freiheitseinschränkende Maßnahmen zur Vermeidung von Stürzen in der professionellen ambulanten Pflege legitim sind. Und Benjamin Roth untersucht die Übergangsfristen zur Therapieallergene-Verordnung. Ergänzend hierzu stellt Katja Bauer, ebenfalls Absolventin des Masterstudiengangs Medizin-Ethik-Recht, einen Ausschnitt aus ihrem jüngst erschienen Buch zu frühmittelalterlichen Bußkatalogen vor.

Es freut uns besonders, dass wir Prof. em. Gerfried Fischer, der nach wie vor beim IWZ MER aktiv ist, für einen Kommentar zum BGH-Urteil vom 02.04.2019 – VI ZR 13/18 haben gewinnen können. Ebenso freut es uns, dass Sven Wedlich, Mitbegründer dieser Zeitschrift, mit einem Beitrag zum Referentenentwurf des Masernschutzgesetzes an seine Überlegungen aus der ersten Ausgabe des MERkblatts anknüpft; ein Artikel, den wir gern dem Gesundheitsminister empfehlen werden, auch wenn das Gesetz im Juli 2019 auf den Weg gebracht wurde.

Ergänzt wird diese Ausgabe durch einen Artikel von Sebastian Vogel zum Cybercrime im Gesundheitswesen und dem Handel mit Patientendaten und einer Gastrezension von Martin Hähnel, bis Mai 2019 wissenschaftlicher Mitarbeiter im BMBF-Projekt „Der manipulierbare Embryo“ an der Katholischen Universität Eichstätt-Ingoldstadt, zur „Medizinethik in der DDR“.

Unser besonderer Dank gilt den Autorinnen und Autoren für ihre Beiträge. Ihnen, liebe Leserin, lieber Leser, wünschen wir eine anregende Lektüre!

Sebastian Vogel
Andreas Walker

Redaktionsleitung

Inhalt

	Editorial	3
	Cybercrime	
Sebastian T. Vogel	Cybercrime im Gesundheitswesen. Malware, Ransomware und der Handel mit Patientendaten	6
	Impfpflicht	
Sven Wedlich	Masernschutzgesetz – Masernimpfpflicht	11
	Im Fokus	
Nora Großkopf	§ 217 StGB: eine kritische Analyse zum Sterbehilfegesetz im Spannungsfeld Medizin-Ethik-Recht	21
Pascal Schwarzer	Können und dürfen freiheitseinschränkende Maßnahmen zur Vermeidung von Stürzen in der professionellen ambulanten Pflege eingesetzt werden?	69
Benjamin Roth	Die Übergangsfristen der Therapieallergene-Verordnung: Problemaufriss und Lösungsvorschläge aus versorgungsethischer Perspektive	91
	Strafrecht	
Katja Bauer	Frühmittelalterliche Bußkataloge: Bewertungen des menschlichen Körpers und seiner Teile?! Eine zusammenfassende Darstellung am Beispiel der Lex Saxonum	116

Kommentar

Gerfried Fischer „Wrongful life“ am Lebensende. Haftung für ungewollte Lebensverlängerung: BGH-Urteil vom 02.04.2019 – VI ZR 13/18 **125**

Rezension

Martin Hähnel Andreas Frewer, Rainer Erices (Hrsg.): Medizinethik in der DDR. Moralische und menschenrechtliche Fragen im Gesundheitswesen **131**

Impressum **135**

Cybercrime im Gesundheitswesen. Malware, Ransomware und der Handel mit Patientendaten

von Dr. iur. Sebastian T. Vogel

Während Wörter wie Industriespionage, das Hacken von Social-Media-Profilen und Phishing noch halbwegs bekannt sind, sind die aus dieser Kenntnis gezogenen Lehren oft nur marginal. Der Satz „Warum sollte ausgerechnet mir das passieren?“ wird zur Grundlage guter Hoffnungen gemacht – privat wie beruflich. Gesundheitsdienstleister wie Ärzte, Praxen, Medizinische Versorgungszentren und Kliniken wissen zwar um die Schweigepflicht; sie wissen auch um den Wert von Daten im Allgemeinen und Patientendaten im Besonderen. Dass sie aber – ganz gleich, ob kleine Praxis oder großer Klinikkonzern – selbst Opfer von Cyberkriminellen werden könnten, blenden viele aus. Dabei ist zu prognostizieren, dass künftig gerade Gesundheitsdaten vermehrt das Ziel von Cyberangriffen werden könnten (dazu sogleich 1.). Die tatsächlichen wie rechtlichen Folgen sind enorm, von Reputations- und Vertrauensverlust über wirtschaftliche Einbußen bis hin zu einer Umkehr vom Opfer zum Täter (sub 2.). Wer als Arzt seinen Patienten rät, Krankheiten lieber vorzubeugen, als sie im Nachhinein mit nebenwirkungsbehafteten Medikamenten zu bekämpfen, ist auch mit Blick auf Cybercrimeangriffe gut beraten, Prophylaxe, besser: Compliance walten zu lassen (unten 3.).

1. Einführung: Begrifflichkeiten und mögliche Szenarien

Cybercrime im engeren Sinne, also solche Straftaten, die sich gegen das Internet, Datennetze, informationstechnische Systeme oder deren Daten richten,[1] scheint gemeinhin eher als ein Phänomen wahrgenommen zu werden, das politische Personen und Gremien betrifft, ferner Wirtschaftsunternehmen, deren Geheimnisse zu stehlen besonders lohnenswert ist. Dass es eine weit größere Zahl von Varianten gibt, wie über das Internet Geld „verdient“ werden könnte und die auch und gerade kleine Wirtschaftssubjekte betrifft, wird mit besten Hoffnungen oft ausgeblendet.

a. Erpressung via Verschlüsselung

Über sog. Ransomware, etwa Krypto-Trojaner (auch Verschlüsselungstrojaner oder Cryptoware genannt), greifen Cyberkriminelle auf fremde Daten zu,

verschlüsseln sie und verlangen ein Lösegeld (meist in der virtuellen Währung Bitcoin), damit sie den Code zur Entschlüsselung preisgeben.[2] Wird nicht gezahlt, drohen Daten, bei niedergelassenen Ärzten oder Krankenhäusern ergo Patienten- und Abrechnungsdaten, unwiederbringlich verloren zu sein. In Bonn ist einer Arztpraxis genau das 2017 widerfahren: Gefordert wurde 1 Bitcoin, seinerzeit etwa 1.000 €; der Arzt zahlte und erhielt seine Daten zurück.[3] Fälle dieser Art häufen sich: In einem Fall 2018 wurde nur ein halber Bitcoin, der schon 4.200 € bis 4.300 € wert war, von einem Zahnarzt für dessen Daten gefordert.[4] Ferner wurden und werden Krankenhäuser Opfer solcher Angriffe, konfrontiert mit höheren Forderungen angesichts des noch größeren Schadens bei Datenverlust.[5] Solche Ransomware kommt regelmäßig über aus Unachtsamkeit geöffnete kontaminierte E-Mail-Anhänge oder das Öffnen von Links auf die Rechner der dann Erpressten – bei zahlreichen E-Mails, die täglich von Patienten, Abrechnungsstellen, sonstigen Kooperationspartnern eingehen, ein nicht geringes Risiko für Arztpraxen oder Krankenhäuser.

b. Weiteres Cybercrime-Potenzial

Neben solcher Ransomware ist einfacher Datendiebstahl denkbar, z. B. indem die Rechner kosmetischer Kliniken gehackt werden, um mit den Daten die Patienten und Patientinnen oder die Klinik zu erpressen, geschehen etwa in London[6] und Litauen[7]. Auch auf Medizintechnik, etwa ein MRT, kann u. U. von außen zugegriffen werden – um Daten abzuschöpfen oder Einstellungen zu verändern.[8] Letztlich sind die Möglichkeiten Legion, wie jedermann zum Ziel von Cyberangriffen werden kann; Einfallstore gibt es viele.[9] Nicht zuletzt bringen Gesundheitsdaten auf dem Schwarzmarkt, im Dark Web, fast so viel wie Kreditkarteninformationen.[10]

2. Folgen: tatsächlich, rechtlich

Wer Opfer eines solchen Angriffs wird, verliert meist mehrfach: an Geld, das man an den Erpresser zahlt; an Vertrauen, das die Patienten ihrer Ärztin oder ihrem Arzt entgegenbringen; und nochmals an Geld, weil auch die Ordnungs- und Datenschutzbehörden bei Verstößen regelmäßig prüfen, ob ein unsorgfältiges Handeln im Vorfeld den Abfluss der Patientendaten begünstigt hat oder im Nachhinein subotpimal reagiert wurde.

a. Reputation, Vertrauen, Finanzen

Patientendaten in Gestalt von Behandlungsdokumentationen sind in vielerlei Hinsicht wertvoll. Ärzte bedürfen ihrer, um die Patienten behandeln zu können,

Krankheitsverläufe nachzuhalten, keine kontraindizierten Medikamente oder Doppeluntersuchungen zu verordnen bzw. durchzuführen[11] und Befunde zu übersenden, u. U. auch wenn die Patienten nicht mehr bei dem Arzt in Behandlung sind.[12]

Die eigene Dokumentation dient ferner (jedenfalls reflexhaft und faktisch) auch der Beweissicherung und u. U. der Entlastung des Arztes; bei deren Fehlen greift zu seinen Lasten die Beweislastregelung des § 630h Abs. 3 BGB, wonach eine nicht dokumentierte dokumentationspflichtige Maßnahme als nicht erfolgt vermutet wird.[13]

Nicht zuletzt ist die Dokumentation monetär von großer Wichtigkeit. Für Vertragsärzte etwa normiert § 57 Abs. 1 BMV-Ä, dass die Befunde, Behandlungsmaßnahmen sowie die veranlassten Leistungen einschließlich des Tages der Behandlung in geeigneter Weise zu dokumentieren sind. Ist die Dokumentation obligater Leistungsbestandteil, ist die Leistung bei Fehlen der Dokumentation schon dem Grunde nach nicht abrechenbar, schlicht weil ein Teil der Leistungsobliegenheit nicht erbracht wurde.[14] Anders liegt der Fall zwar grundsätzlich dann, wenn der obligate Leistungsinhalt eine Dokumentation nicht expressis verbis umfasst. Ist die Leistung erbracht worden, fehlt es jedoch an der entsprechenden Dokumentation, ist die Leistung grundsätzlich dennoch abrechenbar. Lassen sich aber Leistungen auf Grund der verschlüsselten Patientenakten nicht mehr rekonstruieren oder bezweifelt die KV die Angaben in den Abrechnungssammelerklärungen und fordert Nachweise für die erbrachten Behandlungen, trägt der Leistungserbringer die Beweislast dafür, die vollständige und persönliche Leistungserbringung nachzuweisen, was dann unter Umständen – mangels Dokumentation – nicht gelingt.

Schließlich ist Zweck der Behandlungsdokumentation die Wahrung der Persönlichkeitsrechte des Patienten, die durch die Pflicht des Behandelnden, Rechenschaft über den Gang der Behandlung zu geben, erreicht wird.[15] Geht der Arzt sämtlicher Patientendaten aber verlustig und zeigt sich vermittels solch eines Angriffs auf die Systeme des Arztes, dass er die Daten seiner Patienten nicht zu schützen vermag, wird das unweigerlich auch mit einem Vertrauensverlust einhergehen. Ein Reputationsverlust kann nachfolgen und im schlimmsten Falle, zusammen möglicherweise mit Verlusten aufgrund unmöglicher Abrechnungen, existenzbedrohend sein.

b. Vom Opfer zum Täter

Wer in dieser Konstellation Geschädigter ist, läuft überdies Gefahr, zum Täter zu werden. Ist ein Erfolg solch eines Cyber-Angriffs nur deshalb möglich geworden, weil Sicherungsmaßnahmen unterlassen worden sind, könnten Ordnungs- und Datenschutzbehörden aus präventiven wie punitiven Gesichtspunkten geneigt

sein, vermittels Bußgeldern ein Wohlverhalten des Arztes oder Krankenhauses für die Zukunft anzumahnen. Daneben sind weitere Bei- oder Abhilfebefugnisse denkbar wie etwa die Anordnung zur Beendigung des Verstoßes, eine Anweisung, die Datenverarbeitung den gesetzlichen Vorgaben anzupassen, sowie der Ausspruch eines zeitlich begrenzten oder endgültigen Verbots der Datenverarbeitung. Ferner sind Schadensersatzforderungen geschädigter Patienten denkbar.

Nach Art. 32 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) haben Verantwortliche die Sicherheit der Datenverarbeitung in angemessenem Rahmen zu gewährleisten. Für Arztpraxen und private Krankenhäuser ist die DSGVO direkt anwendbar; für kommunale Krankenhäuser gelten grds. landesgesetzliche Regelungen, die aber mit denen der DSGVO vergleichbar sind. Werden gar keine oder unzureichende technische Maßnahmen getroffen, um Zugriffe von außen zu verhindern, kann das zu einem Bußgeld nach Art. 83 DSGVO führen, das bis zu 10 Mio. € oder 2 % des Jahresumsatzes betragen kann. Ferner entstehen u. U., sollte es zu einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten gekommen sein, Meldepflichten nach Art. 33 DSGVO in Richtung der Aufsichtsbehörde sowie nach Art. 34 DSGVO in Richtung der Patienten, deren Verletzung zum einen ebenfalls bußgeldbewährt ist und deren (Nicht-) Einhaltung zum anderen die Bußgeldhöhe des Verstoßes gegen Art. 32 DSGVO beeinflusst. Ferner sind über die allgemeinen §§ 30, 130 OWiG (Ordnungswidrigkeitengesetz) Bußgelder gegen das Unternehmen bzw. den Betriebsinhaber denkbar, wenn Aufsichtsmaßnahmen im Hinblick auf die IT-Sicherheit verletzt worden sind. In anderem Zusammenhang ist gegen eine Online-Community (Knuddels.de) ein Bußgeld in Höhe von 20.000 € verhängt worden, nachdem Hacker Daten von insgesamt 330.000 Nutzern erbeutet und veröffentlicht hatten. Einzig die große Transparenz und weitreichende Kooperation des Unternehmens mit den Behörden sowie die Investition einer hohen Summe in die IT-Sicherheit nach dem Angriff verhinderten ein höheres Bußgeld.[16] Ein Krankenhaus ist in Portugal mit einem Bußgeld in Höhe von 400.000 € belegt worden, weil Patientendaten zu leicht zugänglich waren.[17] 80.000 € Bußgeld musste ein Unternehmen in Baden-Württemberg zahlen, nachdem Gesundheitsdaten im Internet frei zugänglich waren.[18]

Darüber hinaus drohen Schadensersatzzahlungen an geschädigte Patienten, entweder direkt aus der DSGVO (dort Art. 82) oder aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), wegen der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht oder deliktisch. So kann zum einen § 823 Abs. 1 BGB taugliche Anspruchsgrundlage sein wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und/oder des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, zum anderen aber auch § 823 Abs. 2 BGB, weil die DSGVO Schutzgesetz im Sinne dieser Norm ist.

Zu dem finanziellen, Vertrauens- und Reputationsverlust – letzterer übrigens

noch dadurch verstärkt, dass Verstöße gegen die DSGVO öffentlich gemacht werden können (sog. naming and shaming) – gesellen sich mithin Bußgelder und/oder Schadensersatzansprüche von Behörden bzw. Patienten. „Prophylaxe“ ist ergo angezeigt.

3. Handlungsoptionen: erste Ansatzpunkte

Wer die ihm anvertrauten Patientendaten schützen will, sollte handeln – nicht nur bei und nach einem Angriff, sondern schon zuvor. Denn wer sich unabhängig von einem Vorfall zu schützen sucht, gewinnt doppelt: Angriffe können, wenn nicht 100-prozentig vermieden, dann aber so erschwert werden, dass der Aufwand für einen Täter zu groß scheint. Und: Wer vorsorgt und Compliance auch auf diesem Feld betreibt, steigert seine Chancen, nicht auch noch von den Ordnungsbehörden in Anspruch genommen zu werden, selbst wenn der Angriff gelingt.

Firewalls und Virenprogramme sollten nicht nur eingerichtet bzw. installiert, sondern auf dem neuesten Stand gehalten werden, was ebenso für das genutzte Betriebssystem allgemein gilt. Auch die Verschlüsselung von E-Mails, jedenfalls ein sparsamer Umgang mit Patientendaten im Rahmen der elektronischen Kommunikation ist angezeigt. Zudem sollten Mitarbeiter im Vorhinein darauf hingewiesen werden, wie mit E-Mails unbekannter Absender umzugehen ist, insbesondere bei E-Mails mit Anhängen oder Links.

Für den Fall, dass tatsächlich ein Angriff erfolgt, ist es existenziell, über Backups zu verfügen, auf denen die Patientendaten regelmäßig gespeichert werden. Ist kein Back-up vorhanden und wird die Entschlüsselung der Patientendaten an eine Lösegeldzahlung geknüpft, kann eine Zahlung die Daten tatsächlich wiederbringen – eine Gewähr dafür gibt es aber nicht. Zwar gab und gibt es Fälle, in denen das Lösegeld gezahlt wird, die Daten wieder entschlüsselt wurden und das Landeskriminalamt später sogar die Täter ermittelte und das Geld dort abschöpfen konnte. Der Regelfall ist das aber nicht, selbst wenn die Aufklärungsrate von Cyberkriminalität bei über 40 % liegt, Tendenz steigend.[19]

Nach einem Angriff, dem Patientendaten zum Opfer fielen, ist es oberste Prärogative, sowohl die zuständige Aufsichtsbehörde als auch die betroffenen Patienten zu informieren. Ferner ist eine Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden wichtig, eben um bei Ermittlung des Täters Ansprüche geltend machen zu können. Denn je nach Vorgehensweise ist cyberkriminelles Handeln – natürlich – strafbar: über die §§ 202a ff. StGB, wegen Datenveränderung oder Computersabotage (§§ 303a f. StGB) sowie Erpressung nach § 253 StGB. Auf die Strafverfolgungsbehörden muss sich indes nicht verlassen, wer vorsorgt und Cyber-Angriffe verhindert, indem er sie erschwert. Vorsorge ist auch hier besser als Nachsorge.

[1] So die Definition des Bundeskriminalamts (BKA), https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/Internetkriminalitaet/internetkriminalitaet_node.html (Stand: 14.05.2019).
[2] Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI): Lagedossier Ransomware, 05/2016, S. 5 f.
[3] Sachsenröder D: Eine Bonner Praxis wird Opfer eines Hackerangriffs, Generalanzeiger v. 27.05.2017, http://www.general-anzeiger-bonn.de/news/wirtschaft/region/Eine-Bonner-Praxis-wird-Opfer-eines-Hackerangriffs-article3565720.html (Stand: 14.05.2019).
[4] Kann M: Das was ich durchgemacht habe, wünsche ich niemandem, zm online v. 16.02.2018, https://www.zm-online.de/archiv/2018/4/titel/das-was-ich-durchgemacht-habe-wuensche-ich-niemandem/ (Stand: 14.05.2019).
[5] Statt vieler nur Strathmann M: Geld her, oder ihr müsst faxen, Zeit online v. 18.02.2016, https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2016-02/it-sicherheit-ransomware-erpressung-krankenhaus-los-angeles-neuss (Stand: 14.05.2019).
[6] Hacker stehlen vertrauliche Daten von Schönheitsklinik in London, aerzteblatt.de v. 26.10.2017, https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/83101/Hacker-stehlen-vertrauliche-Daten-von-Schoenheitsklinik-in-London (Stand: 14.05.2019).
[7] Rösing P: Hacker erpressen Patienten einer Schönheitsklinik mit geklauten Nacktfotos, stern v. 01.06.2017, https://www.stern.de/digital/litauen--hacker-erpressen-schoenheitsklinik-mit-geklauten-nacktfotos-7477392.html (Stand: 14.05.2019).
[8] König R: Verwundbar, zifferdrei 14/2018, 7, 8 f.
[9] Ausführlich dazu Kochheim D: Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, 2. Aufl., München 2018, passim.
[10] König, Fn. 8, 7, 9.
[11] Zu Sinn und Zweck der Behandlungsdokumentation siehe nur BT-Drs. 17/10488, S. 25 f.; OLG Köln, Beschl. v. 13.05.2015 – 5 U 166/14, Rn. 8, zit. nach juris = GesR 2015, 725.
[12] BGH, Urt. v. 26.06.2018 – VI ZR 285/17, GesR 2018, 640.
[13] BT-Drs. 17/10488, S. 26.
[14] LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 26.11.2014 – L 3 KA 70/12, Rn. 21, zit. nach juris.
[15] BT-Drs. 17/10488, S. 26.
[16] Datenschutzverfahren gegen Knuddels abgeschlossen, lto v. 22.11.2018, https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/knuddels-datenschutz-hacker-bussgeld-kooperation/ (Stand: 16.05.2019).
[17] Krankenhaus in Portugal – 400.000 Euro Strafe für DSGVO-Verstoß, faz.net v. 23.10.2018, https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/diginomics/dsgvo-strafe-krankenhaus-in-portugal-muss-400-000-euro-zahlen-15852321.html (Stand: 16.05.2019).
[18] Ein Jahr DSGVO: Zahl der Bußgelder ist überschaubar – aber bleibt das auch so?, Haufe v. 16.05.2019, https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/zwischenbericht-dsgvo-und-verhaengten-sanktionen-nach-einem-jahr_230132_490178.html (Stand: 17.05.2019).
[19] König, Fn. 8, 7 f.

Sebastian Vogel ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Berlin.

Masernschutzgesetz – Masernimpfpflicht

von Dr. iur. Sven Wedlich, M.mel.

Mit dem Entwurf eines Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (kurz Masernschutzgesetz)[1] hat der Bundesgesundheitsminister Jens Spahn die Diskussion um die Einführung einer Masernimpfpflicht in den Fokus der Öffentlichkeit gebracht.

Ziel des geplanten Gesetzes ist es, durch Aufhebung der Freiwilligkeit der Impfentscheidung für bestimmte Personengruppen, eine „Bevölkerungsimmunität“ von 95 % zu erreichen.[2] Hierfür bedarf es gemäß der Weltgesundheitsorganisation (WHO) einer Impfquote von mindestens 95 % bei 2 Impfungen, um die Zirkulation des Erregers in der Gesamtpopulation zu unterbinden, womit auch Personen geschützt werden würden, die sich selbst nicht schützen können.[3]

Referentenentwurf zur Einführung einer Masernimpfpflicht

Dieses Ziel will das BMG nunmehr mit einer Änderung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) herbeiführen. Hierfür soll § 20 IfSG um die Absätze 8 und 9 ergänzt werden. Aus § 20 Abs. 8 IfSG ergibt sich der Personenkreis, der einen ausreichenden Impfschutz gegen Masern aufweisen muss. Hierzu gehören,

1. Personen, die in einer Gemeinschaftseinrichtung nach § 33 betreut werden,
2. Personen, die in einer Gemeinschaftseinrichtung nach § 33 Tätigkeiten ausüben, bei denen sie Kontakt zu den dort Betreuten haben, und
3. Personen, die in einer Einrichtung nach § 23 Abs. 3 S. 1 Tätigkeiten ausüben, bei denen sie Kontakt zu den Patienten haben.[4]

Dieser Personenkreis nach Abs. 8 muss den ausreichenden Impfschutz vor Aufnahme der Tätigkeit bzw. bei Aufnahme in die erste Klasse einer allgemeinbildenden Schule mittels Impfausweises nachweisen. Ausgenommen hiervon sind die Personen, bei denen eine medizinische Kontraindikation gegen die Masernschutzimpfung besteht. Der Personenkreis, der bereits vor Inkrafttreten des Masernschutzgesetzes immunisiert wurde, hat bis zum 31. Juli 2020 den Nachweis zu erbringen.

Ferner soll in § 34 Abs. 10b IfSG geregelt werden:

> Die Aufnahme eines Kindes in eine Kindertageseinrichtung darf erst erfolgen, wenn der Leitung der Einrichtung der nach § 20 Abs. 9 S. 1 bis 2 erforderliche Nachweis vorgelegt wurde. Das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die Einrichtung befindet, kann Ausnahmen zulassen.[5]

Zur Durchsetzung dieser Impfpflicht soll die Bußgeldvorschrift § 73 IfSG um Nrn. 7a und 7b ergänzt werden, nach denen der mangelnde Nachweis i.S.d. § 20 Abs. 9 S. 1 bis 3 IfSG und eine mangelnde Benachrichtigung nach § 20 Abs. 9 S. 5 IfSG gemäß dem geänderten § 73 Abs. 2 IfSG bußgeldbewehrt sein werden.[6]

Der Referentenentwurf formuliert nicht ausdrücklich eine Impfpflicht. Indem die positive Masernimmunisierung als Voraussetzung für den Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen für einen bestimmten Personenkreis festgelegt wird, stellt dies für den Personenkreis jedoch faktisch eine Impfpflicht dar, da dem Nachweis der bestehenden Immunisierung bzw. Immunität in der Regel nur durch eine Impfung nachgekommen werden kann.

Warum tritt dieses Thema nunmehr wiederum derart in den Fokus? Naheliegend wären eine Änderung der Gefährdungslage durch einen rapiden Abfall der Impfquoten und ein Anstieg der Masernerkrankungen.

Masernimpfqoute

Das Epidemiologische Bulletin des Robert-Koch-Instituts von Mai 2019 führt zur Entwicklung der Impfquoten aus: „Die Impfquoten für die ersten Masernimpfung stieg von 95,9 % (2008) auf 96,7 % (2012) und erreichte 2017 (wie auch bereits im Jahr 2016) bundesweit 97,1 %.“[7] Anzumerken ist hier jedoch, dass die erfassten Impfquoten auf den bei der Schuleingangsuntersuchung vorgelegten Impfausweisen beruhen und damit ein Dunkelfeld derer bestehen kann, deren Impfstatus mangels Impfausweis gar nicht erfasst wurde.[8] Die Zahlen zeigen zudem, dass die Impfquote für die zweite Impfung bundesweit bei 92,8 % lag, womit Deutschland nicht die geforderte Durchimpfungsquote von mindestens 95 % bei zwei Impfungen erreicht.[9] Das WHO-Ziel wird damit verfehlt. Der Blick auf die Durchimpfungsquoten der Bundesländer bestätigt dieses Bild. So besteht bei der 1. Masernimpfung eine durchgehend positive Entwicklung zu einer Impfquote von mehr als 95 %, bei der 2. Impfung bleiben jedoch die Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern, Bremen, Hamburg, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen hinter dem Ziel der WHO zurück.[10]

In der Gesamtschau muss festgehalten werden, dass sich die aktuellen Impfquoten gegenüber den Vorjahren nicht verschlechtert, sondern verbessert

haben. Dies trügt nicht darüber hinweg, dass Deutschland weiterhin nicht die benötigte Durchimpfungsquote erreicht, die für eine vollständige Unterbindung der Zirkulation des Masernerregers erforderlich ist. Die Durchimpfungsquoten und deren Entwicklung lassen zudem vermuten, dass es in der Gesamtbevölkerung keine derart kritische Haltung gegenüber der Masernimpfung gibt, dass das Impfziel nicht erreicht werden könnte.

Ausgehend von den Impfquoten muss festgehalten werden, dass die Gesundheit der Kinder und auch der Erwachsenen in den Jahren zuvor nicht mehr und nicht minder gefährdet war. Die Gefährdungslage, beurteilt an den Impfquoten, hat sich in Deutschland zu den vorangegangenen Jahren nicht verschlimmert.

Masernerkrankungen

Der Anlass für die jetzt starken Bemühungen dürfte der Umstand sein, dass es in Deutschland immer wieder zu Masernausbrüchen kommt. So gab es bis zur 15. Kalenderwoche 2019 in Deutschland 341 Masernkrankte.[11] Im gleichen Zeitraum des vorangegangen Jahres lagen die erfassten Masernerkrankungen bei 156.[12] Betrachtet man die statistisch erfassten Masernerkrankungen, wird deutlich, dass es trotz der guten Impfquoten in den letzten Jahren immer wieder lokale Masernausbrüche gab.[13] Dies ist auf Populationen in der Bevölkerung zurückzuführen, in denen es eine Ballung von Personen gibt, die nicht oder nicht ausreichend geimpft sind.[14] In diesen Populationen kann der Masernerreger ungehindert zirkulieren und stellt auch für diejenigen eine Gefahr dar, die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen können oder Impfversager sind. Der Referentenentwurf stellt insofern fest: „In einzelnen Masernausbrüchen kommt immer wieder zum Ausdruck, dass in der Bevölkerung noch Impflücken bestehen, die der Erreichung der für eine Elimination der Masern erforderlichen Durchimpfungsquote entgegenstehen.“[15]

Der Bundesgesundheitsminister will nunmehr mit diesem Gesetz erreichen, dass in diesen Populationen die Impflücken geschlossen werden und das über Jahre hinweg bestehende Problem der Masernausbrüche behoben wird. Ist dieses Ziel auch noch so verständlich und begrüßenswert, muss gefragt werden, ob in Anbetracht der bestehenden Durchimpfungsquoten eine bundesweite Impfpflicht das richtige Mittel ist. So kann ein solcher paternalistischer Eingriff in die Freiheit und körperliche Unversehrtheit des Einzelnen, sei er auch noch so gering, doch nur eine Ultima Ratio sein. Der Nationale Ethikrat hat in einer Pressemitteilung vom Februar 2019 die unzureichende Berücksichtigung der Datenlage kritisiert und eine Stellungnahme angekündigt.[16]

Selektive Impfpflicht

Mit § 20 Abs. 6 IfSG besteht bereits jetzt die Möglichkeit der Einführung einer Impfpflicht mittels Rechtsverordnung durch das Bundesministerium für Gesundheit unter Zustimmung des Bundesrates für einen bedrohten Teil der Bevölkerung. Voraussetzung hierfür ist, dass ein ausmachbarer Teil der Bevölkerung von einer übertragbaren Erkrankung mit klinisch schweren Verlaufsformen bedroht ist und mit einer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist.[17] Das Bundesministerium hat damit die Möglichkeit, mittels einer Riegelungsimpfung[18] einer konkreten Gefahr für eine konkrete Bevölkerungsgruppe entgegenzutreten. Die festgelegte Eingriffsschwelle dient hierbei dem Ausgleich zwischen dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und dem Schutz der Gesundheit des Einzelnen.

Grundsätzlich ist es denkbar, dass diese Vorschrift bei einem Masernausbruch zur Anwendung kommt. So handelt es sich bei Masern um eine Erkrankung, die mit den Risiken einer klinischen schweren Verlaufsform wie Pneumonie, Enzephalitis und subakute sklerosierende Panenzephalitis einhergeht.[19] Dem steht auch nicht entgegen, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der schweren Verlaufsformen gering ist.[20]

Diese Möglichkeit der verpflichtenden Riegelungsimpfung stellt zudem einen milderen Eingriff dar als die nunmehr geplanten bundesweite Impfpflicht, weil sie nur eine Bevölkerungsgruppe verpflichtet, die konkret von einer epidemischen Verbreitung bedroht ist, d. h., in der die ungehinderte Zirkulation des Erregers sehr wahrscheinlich wird. Die Anforderung der Benennung einer konkreten Bevölkerungsgruppe, die von einer epidemischen Verbreitung bedroht ist, führt zu einem praktischen Anwendungs- und Umsetzungsproblem dieser Vorschrift. Es bedarf für die Verabschiedung einer solchen Rechtsverordnung nach § 20 Abs. 6 IfSG einer Gefahrenprognose, die datenbasiert erfolgen muss. Hierfür muss bekannt sein, welche Personen einer Bevölkerungsgruppe tatsächlich von einer Ansteckung bedroht sind, um nachvollziehen zu können, wie sich eine Verbreitung des Masernerregers in der Bevölkerung darstellen wird, um somit nachzuvollziehen, ob eine epidemische Verbreitung in einer Bevölkerungsgruppe droht. Mangels Datenlage über die Immunisierung der Bevölkerung und der Kontagiosität des Masernerregers wird eine solche Gefahrenprognose nicht erstellt werden können, so dass der verpflichtenden Riegelungsimpfung nach § 20 Abs. 6 IfSG keine praktische Relevanz zukommen wird.[21] Hierfür müsste zunächst durch ein zentrales Impfregister eine bessere Datenbasis geschaffen werden.[22]

Generelle Masernimpfpflicht nach dem Masernschutzgesetz

Das nunmehr geplante Masernschutzgesetz löst sich von dem Erfordernis der Notwendigkeit der Feststellung eines konkreten Bevölkerungsteils, der von einer epidemischen Verbreitung von Masern bedroht ist, und benennt den Personenkreis, der zu einer Masernimpfung verpflichtet wird. Der Referentenentwurf stellt damit anders als § 20 Abs. 6 IfSG nicht auf eine konkrete Gefahrenprognose ab, die zu einer selektiven Impfpflicht führen kann, sondern formuliert eine generelle Impfpflicht für einen bestimmten Bevölkerungsteil. Damit löst der Referentenentwurf das Problem der nicht umsetzbaren Gefahrenprognose durch ein Absenken der Eingriffsschwelle zu Lasten eines Bevölkerungsanteils, der unter den Generalverdacht gestellt wird, eine potentielle Gefahrenquelle zu sein.

Entgegen den Auffassungen von Alexander Thiele , Nils Schaks und Sebastian Krahnert sieht der Verfasser die geplante Impfpflicht mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als verfassungsrechtlich bedenklich an. Thiele äußerte, dass er keine verfassungsrechtlichen Bedenken bzgl. des geplanten Masernschutzgesetzes habe.[23] Schaks und Krahnert kommen in ihrem 2015 veröffentlichten Aufsatz zu dem Ergebnis, dass die Einführung einer Impfpflicht mit Blick auf den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand grundsätzlich gerechtfertigt sei.[24] Soweit in diesem Beitrag ausgeführt wird, dass dies auch dann gelte, wenn die Impfpflicht im Wege einer Rechtsverordnung eingeführt würde, kann davon ausgegangen werden, dass ihre Bewertung die selektive Impfpflicht sowie generelle Impfpflicht gleichermaßen umfasst.[25]

Die nunmehr geplante Impfpflicht stellt einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, in die Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG, das Elternrecht, Art. 6 Abs. 2 S. 1, und in die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 2 GG, dar.[26] Die nachfolgende Betrachtung wird sich auf die körperliche Unversehrtheit konzentrieren.

Fraglich ist, ob der Eingriff unter Berücksichtigung der wiederstreitenden Interessen gerechtfertigt ist. Hierfür muss der Eingriff einem legitimen Ziel dienen, geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinn sein. Eine Masernimpfpflicht, die das Ziel verfolgt, eine Unterbindung der Zirkulation des Masernerregers mittels einer Durchimpfungsquote von 95 % bei zwei Impfungen zur erreichen, um einen über den Individualschutz hinausgehenden Kollektivschutz zu erzielen, durch den auch Personen geschützt sind, die sich aus medizinischen Gründen selbst nicht impfen lassen können oder immunsupprimiert sind,[27] stellt ein legitimes Ziel dar. Insoweit der Referentenentwurf formuliert, das „Ziel der Masern-Elimination kann ebenfalls nur mit einer ausreichenden Bevölkerungsimmunität von 95 % erreicht werden“,[28] muss festgehalten werden, dass das Ziel der Masern-Elimination um seiner selbst willen, unabhängig von dem Ziel der Gefahrenprävention, kein legitimes Ziel darstellt.[29] Dieser Satz ist jedoch im

Gesamtkontext der vorangestellten Ausführungen zu lesen. Danach wird die Elimination der Masern mit der Erreichung der Herdimmunität und damit der Unterbindung der Zirkulation zur Erreichung des Kollektivschutzes gleichgesetzt. Das Ziel des Referentenentwurfes wird daher als legitimes Ziel angesehen.

Die Masernimpfpflicht ist zudem geeignet, die Zirkulation des Erregers und damit die Ansteckungsgefahr zu unterbinden. Des Weiteren ist die Masernimpfpflicht auch erforderlich, weil kein milderes Mittel erkennbar ist, dass in gleicher Art und Weise das Ziel der Unterbindung der Zirkulation des Erregers zu erreichen vermag. Die wiederkehrenden Masernausbrüche zeigen, dass trotz allgemein hoher Durchimpfungsquoten und Aufklärungsmaßnahmen nicht alle Bürger erreicht werden und das Ziel durch eine freiwillige Impfbereitschaft nur schwerer zu erzielen ist. Auch stellt die selektive Impfpflicht nach § 20 Abs. 6 und 7 IfSG kein milderes Mittel dar. Zwar wird hierdurch nicht die Allgemeinheit belastet, sondern nur der Bevölkerungsteil, der tatsächlich aufgrund mangelnder Immunisierung und drohender Ansteckung gefährdet ist, jedoch kann mangels einer flächendeckenden Datenlage über die Immunisierung der Bevölkerung keine Gefahrenprognose gestellt werden, so dass durch die selektive Impfpflicht das Ziel der Herdimmunität nicht erreichbar scheint.

Problematisch ist, ob die generelle Impfpflicht verhältnismäßig im engeren Sinn ist. Schaks und Krahnert kommen in ihrer Betrachtung zu dem Ergebnis, dass in Ansehung dessen, dass das Ziel der Masernelimination bisher nicht erreicht worden ist, die Einführung einer Impfpflicht angemessen sei. Zudem sei der Personenkreis, der von der Maßnahme der Masernimpfpflicht betroffen ist, gering und der Eingriff der Impfung wenig intensiv. Demgegenüber stünde das Risiko, an Masern zu sterben.[30]

Diese Abwägung vermag nicht in Gänze zu überzeugen. Zunächst ist nicht allein die Erreichung der Masern-Elimination das legitime Ziel, sondern der Umstand, dass hierdurch eine Gefahr der Ansteckung von der Bevölkerung abgewendet werden soll.[31] Das Ziel hat sich hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn an der Gefahrenabwehr für den Einzelnen und der Gemeinschaft zu orientieren. Eine Betrachtung, konzentriert auf das Ziel der Masernelimination, unabhängig von der Bewertung einer tatsächlichen Gefahrenlage durch Masern, führt nicht zu dem gebotenen verfassungsrechtlichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen. Ferner würde die Annahme, dass bereits bei nicht erreichter Masernelimination eine konkrete Gefahrenlage besteht, die eine generelle Impfpflicht auf dem gesamten Bundesgebiet als angemessen erscheinen lässt, die Durchimpfungssituation und den Umstand, dass es sich bei den Masernausbrüchen um regional begrenzte Erscheinungen handelt, verkennen.

Die Betrachtung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. hat in Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen zu erfolgen. Als solches stehen sich hier das Interesse auf Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Einzelnen dem Schutzin-

teresse der Allgemeinheit oder der Gefährdeten gegenüber. Eine Maßnahme der Gefahrenabwehr, die sich gegen Einzelne richtet, kann nur dann als verhältnismäßig i.e.S. angesehen werden, wenn aufgrund einer Gefahrenlage, unter Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs, das Schutzinteresse der Allgemeinheit das Individualinteresse überwiegt.[32] Hierbei ist es auch irrelevant, dass der Eingriff der Masernimpfpflicht auch nur von einem geringen Teil der Bevölkerung als belastend empfunden wird.

Dem Kommentar von Di Fabio zu Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 GG zu gesetzlich geregelten Eingriffen, wie dem Impfzwang, ist zu entnehmen, dass sie nur dann rechtmäßig sind, „wenn sie zur Abwehr von besonders ansteckenden Krankheiten notwendig sind, die Leben und Gesundheit anderer Menschen schwer bedrohen."[33] Der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bedarf damit einer bestimmten Gefahrenintensität bezüglich der durch die Maßnahme zu schützenden Rechtsgütern im Verhältnis zu dem Grundrechtseingriff.[34] Im Konkreten bedeutet dies mit Blick auf die Masernimpfpflicht, dass durch Masernerkrankungen mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eine Gefahr für die Gesundheit oder das Leben einer definierbaren Bevölkerungspopulation ausgehen muss. Die Masernerkrankung stellt eine Erkrankung dar, die, wenn auch selten, mit erheblichen Gesundheitsschäden und sogar mit dem Tod einhergehen kann. Auch besteht bei einem Auftreten des Erregers in einer nicht durch Immunisierung geschützten Population aufgrund der Kontagiosität des Erregers eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Erreger ungehindert zirkuliert und eine Epidemie befürchtet werden muss. Problematisch erscheint jedoch, ob eine epidemische Verbreitung im Bundegebiet oder in den Bundesländern wahrscheinlich ist.[35] Schaks und Krahnert merken hierzu an, dass das Argument der geringen Verbreitung nicht verfange, weil immer wieder Epedemien auftreten und das Argument zweifelhaft sei, weil es den Erfolgsfaktor der bisherigen Impferfolge nicht berücksichtige.[36]

In Ansehung dieses Arguments muss vor Augen geführt werden, dass wir bei der Masernimpfpflicht nach dem Referentenentwurf über eine bundesweite generelle Impfpflicht sprechen. Die von Schaks und Krahnert angesprochenen Masernausbrüche bestehen unzweifelhaft. Jedoch handelt es sich um lokale Erscheinungen, die weder ein gesamtes Landesgebiet noch das Bundesgebiet betreffen. Somit sind die aufgetretenen Epedemien nicht dazu geeignet, den Nachweis einer bestehenden Sachlage zu führen, nach der eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in den Landesgebieten und Bundesgebieten eine Masernepedimie droht. Einer solchen Betrachtung ist die bestehende epidemische Datenlage zugrunde zu legen. Bei den bestehenden Impfquoten muss wohl zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen werden, dass mit einer epidemischen Masernverbreitung in den Bundesländern und im gesamten Bundesgebiet nicht gerechnet werden muss. Dem kann auch nicht entgegensetzt werden,

dass dies den Erfolg der Masernimpfungen unberücksichtigt lassen würde. Im Gegenteil, es berücksichtigt diesen Erfolg und bezieht ihn in die Gefahrenprognose ein. Nach der hiesigen Betrachtung ist die geplante Masernimpfpflicht nicht verhältnismäßig im engeren Sinn.

Dies erscheint in Anbetracht der immer wieder regional begrenzten Masernausbrüchen und der damit einhergehenden gesundheitlichen Folgen für die Gefährdeten unbefriedigend, jedoch darf nicht verkannt werden, dass es mit § 20 Abs. 6 und 7 IfSG die Möglichkeit gibt, gerade in diesen regional lokalen Populationen eine Impflicht einzuführen. Der Umstand, dass dies in Ansehung der zu treffenden Gefahrenprognose und des sich daraus ergebenden Vollzuges zeitlich mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand einhergeht, vermag eine generelle Impfpflicht nicht zu rechtfertigen. Auch der Umstand, dass eine solche Gefahrenprognose in Ansehung der Datenlage nicht getroffen werden kann, führt wohl nicht zu einer Legitimation einer generellen Impfpflicht. Vielmehr ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Voraussetzungen zu schaffen, damit die in § 20 Abs. 6 und 7 IfSG vorgehaltenen Maßnahmen eingesetzt werden können.

Auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass eine paternalistische Fürsorge, wie sie in einer Masernimpfpflicht ihren Ausdruck findet, unweigerlich zu einem Konflikt zwischen dem kollektiven Wohl und dem Wohl des Einzelnen und dessen Selbstbestimmung führt. Dies kann in einer Gesellschaft, die von Freiheit geprägt ist, dazu führen, dass die Akzeptanz gegenüber der Masernimpfung und Impfungen im Allgemeinen sinkt.

Fazit

Das Ziel der Erreichung einer mindestens 95-prozentigen Durchimpfungsquote bei zwei Masernimpfungen zur Ausrottung des Erregers ist in Anbetracht der immer wieder auftretenden Masernausbrüche begrüßenswert. Der nunmehr gewählte Weg stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken.

[1] Referentenentwurf des BMG, Masernschutzgesetz; https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/M/Masernschutzgesetz-RefE.pdf (Stand: 30.05.2019). Der Kabinettsbeschluss vom 17.07.2019 lag bei Fertigstellung des Beitrags im Juni noch nicht vor. Der Beitrag beruht daher auf dem Referentenentwurf.
[2] Ebenda, S. 14.
[3] WHO: Surveillance Guidelines for Measles, Rubella and Congenital Rubella Syndrome in the WHO European Region, December 2012, S. 7.
[4] Ebenda, S. 4.
[5] Ebenda, S. 6.
[6] Ebenda, S. 6.
[7] RKI: Epid. Bulletin Nr.18, 2. Mai 2019, S. 150.
[8] Hierzu Wedlich S: Nationale Präventionsmaßnahmen zur Erreichung des WHO-Impfziels bei Masern, Halle (Saale) 2014, S. 20 ff.

[9] RKI, Fn. 7, S. 149.
[10] Ebenda; Übersicht zur Entwicklung der Durchimpfungsquoten von 1999 bis 2008 in Wedlich, Fn. 8, S. 74.
[11] Ebenda, S. 93.
[12] Ebenda.
[13] Hierzu Wedlich, Fn. 8, S. 14 ff.
[14] M.w.N. Wedlich, Fn. 8, S. 16.
[15] Referentenentwurf BMG, Masernschutzgesetz, Fn. 1, S. 14.
[16] Nationaler Ethikrat: Ethikrat fordert differenziertere Debatte zur Impfpflicht, Pressemitteilung 02/2019, https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Pressemitteilungen/pressemitteilung-02-2019.pdf (Stand: 08.07.2019).
[17] Ausführlich Wedlich, Fn. 8, S. 36 ff.
[18] Riegelungsimpfung ist eine Impfung einer Personengruppe zur Unterbrechung der Zirkulation/Verbreitung des Erregers, vgl. Pschyrembel: Klinisches Wörterbuch, 267. Aufl., Berlin 2017, S. 1566, https://www.pschyrembel.de/Riegelungsimpfung/K0192/doc/ (Stand: 08.07.2019).
[19] Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, Fn. 18, S. 1122, https://www.pschyrembel.de/Masern/K0DR0/doc/ (Stand: 08.07.2019); Wedlich, Fn. 8, S. 6 ff.
[20] Hierzu Wedlich, Fn. 8, S. 40.
[21] Ebenda, S. 51.
[22] Ebenda, S. 23 ff.
[23] Staatsrechtler sieht keine Verfassungsprobleme bei Masern-Impfpflicht, https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/staatsrechtler-sieht-keine-verfassungsprobleme-bei-masern-impfpflicht (Stand: 08.07.2019).
[24] Schaks N, Krahnert S: Die Einführung einer Impfpflicht zur Bekämpfung der Masern. Eine zulässige staatliche Handlungsoption, MedR 2015, 33, S. 860–886.
[25] Ebenda, S. 866.
[26] Ebenda, S 863 ff.; Wedlich, Fn. 8, S. 46 ff; Di Fabio U, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art 2 Abs. 2 Nr. 1, Rz. 63.
[27] Vgl. Referentenentwurf des BMG, Masernschutzgesetz, Fn. 1, S. 14.
[28] Ebenda.
[29] Zuck R: Gesetzlicher Masern-Impfzwang, ZPR 2017, S. 118–121, S. 120.
[30] Schaks, Krahnert, Fn. 24, S. 865.
[31] Zuck betont, dass weder das Ziel der Masern-Elimination, noch dass der Volksgesundheit ein legitimes Ziel darstellen; vgl. Zuck, Fn. 29, S. 120.
[32] Di Fabio, Fn. 26, Rz. 71; Wedlich, Fn. 8, S. 53.
[33] Di Fabio, Fn. 26, Rz. 71; Wedlich, Fn. 8, S. 53.
[34] Wedlich, Fn. 8, S. 53.
[35] Wedlich, Nationale Präventionsmaßnahmen zur Erreichung des WHO-Ziels bei Masern, S. 54.
[36] Schaks, Krahnert, Fn. 24, S. 865.

Sven Wedlich ist Leiter des Geschäftsbereichs Prozessführung Stab Justiziariat, IKK classic. Der Beitrag knüpft an Wedlichs Monographie „Nationale Präventionsmaßnahmen zur Erreichung des WHO-Impfziels bei Masern“ an und gibt ausschließlich die Auffassung des Autors wieder.

§ 217 StGB: eine kritische Analyse zum Sterbehilfegesetz im Spannungsfeld Medizin-Ethik-Recht

von Nora Großkopf, M.mel.

1. Einleitung

> Was ich brauche, ist eine Exitstrategie. [...] Voraussetzung war, daß zwischen Entschluss und Ausführung nicht mehr als eine Zehntelsekunde liegen dürfe. Schon eine Handgranate wäre nicht gegangen. Die Angst vor den drei Sekunden Verzögerung hätte mich umgebracht. Medikamente mit dem langwierigen Vor- gang des Schluckens und Wartens sowieso. Weil ich wollte ja nicht sterben, zu keinem Zeitpunkt, und ich will es auch jetzt nicht. Aber die Gewissheit, es selbst in der Hand zu haben, war von Anfang an notwendiger Bestandteil meiner Psychohygiene. [...] Ob ich die Disziplin habe, es am Ende auch zu tun, ist noch eine ganz andere Frage. Aber es geht, wie gesagt, um Psychohygiene. Ich muss wissen, daß ich Herr im eigenen Haus bin. Weiter nichts.[1]

Dies schrieb Wolfgang Herrndorf wenige Monate nach der Diagnose eines bösartigen Hirntumors in seinem Blog „Arbeit und Struktur“. Hierin erzählte er über sein Leben mit der Krankheit, die Operationen und den Wunsch, sein Lebensende selbst schreiben zu können.[2] Damit trifft Herrndorfs Geschichte den Kern der andauernden Sterbehilfedebatte, in der kontrovers darüber gestritten wird, wie weit das Selbstbestimmungsrecht beim eigenen Sterben reichen kann.

In den anhaltenden konfliktreichen Diskussionen um das Thema Sterbehilfe treffen zum einen Fragen vom guten Leben und Sterben aufeinander, die im Rahmen der Rechte und Pflichten der Bürger auf den Prüfstand gestellt werden. Zum anderen wird das Selbstverständnis der Heilberufe in Bezug auf medizinische Handlungen am Lebensende kritisch hinterfragt.

Was aber ist ein gutes Sterben? Wie schon Wolfgang Herrendorf deutlich machte, heben Bürgerkampagnen, wie „Mein Ende gehört mir“[3], hervor, dass es für eine Mehrzahl von Menschen eines ist, welches unter der eigenen Kontrolle stattfinden soll. Wer selbstbestimmt gelebt hat, möchte auch selbstbestimmt sterben. Für einige schließt ein selbstbestimmtes Sterben auch die Hilfe Dritter mit ein. Ob dies erlaubt sein soll, ist wesentlicher Inhalt der neueren Sterbehilfedebatte.

Obwohl sich die Sterbehilfe auf einem liberalen Kurs befand, erkannte der Gesetzgeber rechtliche Grenzen. Dort, wo mit Hilfe Dritter Sterbewünsche realisiert worden waren, sah er für die Gesellschaft besonders hohe Gefahren und schränkte die bisher straffreie Suizidhilfe ein.

Der § 217 StGB sanktioniert seither die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung. Zur Verhinderung einer vermeintlichen „Suizidkultur“ hielt es der Gesetzgeber für erforderlich, mit dem Strafrecht zu reagieren, weil grundrechtlich geschützte Rechtsgüter, wie die Selbstbestimmung und das Recht auf Leben, bedroht werden könnten. In diesem Kontext wurden besonders Sterbehilfevereine als unmoralische Institution angesehen, weil ihre Angebote eine Nachfrage fördern könnten.

Kritik an der neuen Gesetzgebung wird vor allem im Zusammenhang der Disziplinen Medizin, Ethik und Recht geäußert. Im Kontext der Intensiv-, Hospiz- und Palliativmedizin sieht man sich erhöhter Rechtsunsicherheit gegenüber, weil hier vermehrt mit Sterbenden umgegangen wird. Zudem widerspricht der § 217 StGB dem gesellschaftlichen Meinungsbild, wonach sich ein Großteil der Bevölkerung in Deutschland für die Beihilfe zum Suizid aussprach. Letztlich wird aus juristischer Perspektive erhebliche rechtsdogmatische Kritik geäußert.

Die Arbeit möchte die bestehenden Problemfelder im Zusammenhang mit der neuen Gesetzgebung im interdisziplinären Kontext Medizin-Ethik-Recht aufzeigen und kritisch reflektieren. Bevor auf den § 217 StGB eingegangen werden kann, werden zunächst die wichtigsten Entwicklungsschritte für eine vom Gesetzgeber erforderliche rechtliche Regulierung der Sterbehilfe skizziert. Große Herausforderung in der Sterbehilfe-Debatte stellten häufig Unschärfen in der Verwendung der Begrifflichkeiten dar, die in der Vergangenheit in der medizinischen Praxis irreführend waren und überdies eine rechtliche und moralische Bewertung unbefriedigend gestalteten. Daher widmet sich die Arbeit zunächst der Terminologie und den damit einhergehenden Anwendungsproblemen sowie ihrem rechtlichen Rahmen. Die begriffliche und theoretische Vorarbeit schafft sodann eine Überleitung zum Kern dieser Arbeit, der sich der kritischen Beleuchtung der gesetzlichen Regelung der assistierten Selbsttötung im Spannungsfeld Medizin-Ethik-Recht zuwendet. Hierzu werden Kritikpunkte, die in diesem interdisziplinären Verhältnis von besonderer Bedeutung sind, beleuchtet und reflektiert. Dabei wird auf das Verhältnis zum Selbstbestimmungsrecht und die empirische Grundlage, auf der das Gesetz aufgebaut wurde, sowie die Strafbarkeitsrisiken für Angehörige der Gesundheitsberufe, speziell der Ärzte, eingegangen. Zum Schluss wird ein Ausblick vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung bezüglich des Anspruchs auf ein tödlich wirkendes Medikament zum Zweck der Selbsttötung gegeben.

2. Ausgangspunkte für ein neues Sterbehilfegesetz

Die Auseinandersetzung mit dem Thema Sterbehilfe stieg in der Vergangenheit stetig an. Ursachen für die seit Jahren anhaltende Debatte können zum einen in einem steigenden Wertepluralismus innerhalb der Gesellschaft gesucht werden

und zum anderen in demografischen Effekten. Zugleich führten wichtige technische und pharmakologische Fortschritte in der Medizin zu einem Überdenken des ärztlichen Handelns. Fraglich wurde, ob todkranken Patienten oder sonst hoffnungslos erkrankten Menschen mit den in der Medizin etablierten lebenserhaltenden bzw. lebensverlängernden Maßnahmen geholfen war. Längst zeigte sich, dass nicht mehr alles medizinisch Mögliche im Zeitalter der technisierten Medizin sowohl sinnvoll, als auch im Interesse des Patienten zu sein schien. Weil die Art des Sterbens zunehmend von medizinischen Entscheidungen beeinflusst wurde, empfanden eine Vielzahl von Menschen ihre Handlungsfreiheit als eingeschränkt. Daraufhin wurde ein Paradigmenwechsel eingeleitet, der letztlich die paternalistische ärztliche Entscheidung ablöste und den Patientenwillen mehr in den Fokus ärztlichen Handelns rückte.[4] Gleichzeitig wurde das Selbstbestimmungsrecht der Patienten rechtlich gestärkt.

Die neuere Sterbehilfe-Debatte konzentriert sich daher nicht mehr auf die Zulässigkeit des selbstbestimmten Behandlungsabbruchs bzw. der Therapiebegrenzung sowie das Unterlassen einer Therapie. Vielmehr stellt sich heute die Frage, wie weit das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen reichen kann – wobei darüber diskutiert wird, ob es einen Anspruch rechtfertigen kann, sich bei einem geplanten Suizid professionell unterstützten zu lassen.[5]

Für den Diskurs um die Zulässigkeit der Beihilfe zum Suizid ist es erforderlich, die Begriffe der Sterbehilfe-Debatte genau zu differenzieren. Denn in der Vergangenheit wurden eine Vielzahl an Begrifflichkeiten verwendet, die nicht immer zufriedenstellend und zum Teil sogar verwirrend zur Debatte beitrugen. Empfohlen werden daher die exakteren Begriffe: Tötung auf Verlangen, Behandlungsabbruch bzw. Therapiebegrenzung und Unterlassen der Therapie sowie Symptomlinderung anstelle der Termini aktive, passive und indirekte Sterbehilfe.[6]

Bevor jedoch näher auf die Begriffe eingegebenen wird, werden kurze geschichtliche Hintergründe zur Sterbehilfe-Debatte in Deutschland aufgezeigt.

2.1 Entwicklungen zur Sterbehilfe-Debatte in Deutschland

Als unmittelbare Folge der Verbrechen der Nationalsozialisten, die unter dem Deckmantel eines „guten Todes“ einen getarnten Massenmord an physisch und psychisch erkrankten Menschen durchführten, wurde der Begriff der Euthanasie, anders als in einigen europäischen Nachbarländern, weitestgehend durch den Begriff der Sterbehilfe ersetzt. Das Ende des zweiten Weltkrieges bedeutete daher für den Diskurs um die Sterbehilfe eine Zäsur.[7] Zudem wurde und wird teilweise bis heute die aktive Sterbehilfe strikt abgelehnt.[8] Obwohl das Thema durch das Trauma der Nazi-Verbrechen stark belastet und moralisch umstritten war, wurden erste Debatten in den 1970er Jahren anlässlich der Bestrebungen

in den Niederlanden, aktive Sterbehilfe zu legalisieren, ins Rollen gebracht.[9] Eine weitere Triebfeder, das Thema Sterbehilfe zu enttabuisieren, kam aus der medizinischen Praxis. Dort war es bereits möglich, durch den technischen Fortschritt sterbenskranke Patienten künstlich am Leben zu erhalten. Ärzte standen vor allem in der intensivmedizinischen Versorgung häufig vor dem Dilemma, ob eine lebenserhaltende Therapie überhaupt noch im Interesse des Patienten lag oder vielmehr ein Behandlungsabbruch den Wunsch des Patienten widerspiegelte.[10] Diese alltäglichen Konflikte lösten fragliche Beihilfehandlungen aus, die zu weiteren Debatten führten und die Frage nach der Selbstbestimmung am Lebensende in den Mittelpunkt stellten. Dennoch kam es zunächst zu keiner politischen Reaktion. Umso mehr Aufmerksamkeit bekamen die Gerichte, die einige Präzedenzfälle in der Sterbehilfe zur Entscheidung brachten.[11]

Wegweisend für die medizinische Praxis wurde unter anderen die Entscheidung zum Kemptener Fall, in dem die Angeklagten, der behandelnde Arzt und der Sohn als bestellter Betreuer, die künstliche Ernährung auf Wunsch des Patienten einstellten. Diese Vorgehensweise, zunächst als Totschlag verurteilt, wurde später vom BGH positiv bestätigt, indem er das Urteil aufhob. Zur Begründung fügte er an, dass Sterbehilfe vor Einsetzen des Sterbevorgangs durch Absetzen der künstlichen Ernährung eines unheilbar Kranken zulässig sei. Entscheidend für die Zulässigkeit sei allein der (mutmaßliche) Wille des Patienten.[12] Damit nahm das Urteil verbindlich Stellung zur bereits politisch diskutierten, aber noch nicht rechtlich verankerten Patientenverfügung und rückte unwiderruflich den Patientenwillen in den Fokus medizinischer Grenzentscheidungen.[13] Dies gipfelte schließlich im Jahr 2009 im Patientenverfügungsgesetz[14], welches fortan gem. § 1901a BGB den Willen des Patienten rechtlich verankert. Seither ist der Behandlungsabbruch bzw. die Therapiebegrenzung, soweit dies dem Willen des Patienten entspricht, rechtlich bindend. Dies gilt auch dann, wenn dadurch mit dem Tod zu rechnen ist.[15] Konkret darf der Arzt auch bei bestehender Indikation einer Behandlung die Maßnahme abbrechen oder nicht mehr durchführen, wenn der Patient eine lebenserhaltende Behandlung ablehnt.

Außerdem wurde ein Alternativ-Entwurf (AE) eines Gesetzes zur Sterbehilfe von einer medizinisch-juristischen Arbeitsgruppe vorgestellt. Im ersten Entwurf 1986 wurde die Möglichkeit einer grundsätzlichen Straffreiheit der Sterbehilfe in Ausnahmefällen vorgeschlagen, wobei ein Verbot der aktiven Sterbehilfe beibehalten werden sollte.[16] Im zweiten Alternativvorschlag 2005 blieben die Leitgedanken des vorherigen Entwurfs erhalten und wurden lediglich um einige Punkte erweitert. Unter anderem sollte die ärztlich assistierte Selbsttötung durch das Strafrecht berücksichtigt werden, weil ein Suizidbegehren zu respektieren sei.[17] Als Begründung führt der AE von 2005 an, dass „Verzweiflungstaten“ durch „Gasvergiftungen, Herabstürzen aus großen Höhen oder Suizide im Straßen- und Bahnverkehr“ mit dem Strafrecht vermieden werden können, in-

dem es Lösungen bereit hält, die auch Ärzten und Pflegenden ihre rechtliche Verunsicherung nehmen können.[18] Im angeführten Entwurf des Sterbebegleitungsgesetzes regelte § 4 die ärztlich assistierte Selbsttötung, wonach Ärzte auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen eines tödlich Erkrankten nach Ausschöpfung aller therapeutischen Möglichkeiten zur Abwendung eines unerträglichen Leidens Beihilfe zur Selbsttötung leisten dürften. Weiter hieß es, dass kein Arzt dazu verpflichtet sei, er aber auf ausdrücklichen Wunsch auf einen anderen Arzt zu verweisen habe.[19] Das Gesetz sollte letztlich dafür sorgen, eine Rechtssicherheit in der medizinischen Praxis aber auch der Betroffenen herbeizuführen. In der Anhörung vor dem Rechtsausschuss wurde eine Gesetzesänderung allerdings nicht für erforderlich erachtet.[20]

Nach den ersten begrüßenswerten Bestrebungen zur Liberalisierung der Sterbehilfe blieben so erhebliche Verunsicherungen in der Praxis bestehen. Dies lag vor allem an den durch die Rechtsprechung geprägten Begrifflichkeiten, die in ihrer semantischen Bedeutungen den in der Realität durchgeführten Handlungen oft nicht entsprachen.[21]

2.2 Terminologie in der Sterbehilfe, ihr rechtlicher Rahmen und ihre Anwendungsprobleme

Durch die Rechtsprechung haben sich verschiedene Arten der Sterbehilfe herauskristallisiert. Unterschieden wurde zwischen den mittlerweile in der Öffentlichkeit hinlänglich bekannten Formen der aktiven, passiven und indirekten Sterbehilfe sowie der Beihilfe zum Suizid.[22] Die rechtlich geprägten Begrifflichkeiten sollten insbesondere dazu beitragen, weitestgehend Ordnung in das bis dato überwiegende Rechtschaos der Sterbehilfe zu bringen. Stattdessen scheiterten sie an der Wirklichkeit, sodass in der jüngeren Rechtsprechung bereits wegweisende Urteile gesprochen wurden, die eine Notwendigkeit einer Novellierung der Begrifflichkeiten zum Ausdruck brachten.[23]

Wichtig für die Diskussion rechtlicher und ethischer Aspekte ist eine präzise Beschreibung der Begriffe auf der Handlungsebene. Danach beschreiben die zumeist ärztlichen Handlungen am Lebensende wie der Behandlungsabbruch bzw. die Therapiebegrenzung oder das Unterlassen einer Therapie (vormals passive Sterbehilfe), die Symptomlinderung (vormals indirekte Sterbehilfe), die Tötung auf Verlangen des Patienten (auch bekannt als aktive Sterbehilfe) sowie die (ärztlich) assistierte Selbsttötung die stattfindenden Handlungen präziser.[24]

Zur Einteilung der verschiedenen (zumeist ärztlichen) Handlungen am Lebensende, hat sich als Oberbegriff der Begriff Sterbehilfe durchgesetzt.[25] Charakteristisch für diese Maßnahmen sind die damit einhergehende Lebensverkürzung sowie die in Kauf genommene oder die beabsichtigte Todesfolge. In der medizinischen Praxis bedeutet dies, den Tod des Menschen nicht durch Thera-

piemöglichkeiten künstlich hinauszuzögern, sondern Maßnahmen zur Lebenserhaltung einzuschränken, zu unterlassen oder abzubrechen und somit den Tod zu erleichtern oder herbeizuführen.[26]

Handlungen in der Sterbehilfe können als Maßnahmen kategorisiert werden, die zum einen der Sterbebegleitung dienen und Hilfe beim Sterben[27] und zum anderen Hilfe zum Sterben darstellen.

Unter die Hilfe beim Sterben fallen sowohl pflegerische Maßnahmen als auch ärztliche schmerztherapeutische Behandlungen, die keine Lebensverkürzung zur Folge haben. Zudem wird hierunter die selbstverständliche zwischenmenschliche Fürsorge gefasst, der vor allem in der palliativen Versorgung große Bedeutung zukommt.[28] Die Hilfe beim Sterben ist von jeher straflos. Sie gehört zum würdigen Umgang mit Patienten am Lebensende und unterliegt den Regeln des ärztlichen Heileingriffs.[29]

Zu den Maßnahmen der Hilfe zum Sterben werden Handlungen gezählt, die sowohl durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden lebensverlängernder bzw. lebenserhaltender Therapie durchgeführt werden und einen Tod zur Folge haben können, als auch solche, die durch direkte Einwirkungen auf den Patienten den Tod bewirken. Dazu zählen das Töten auf Verlangen, welches in Deutschland durch den § 216 StGB unter Strafe steht, sowie der Behandlungsabbruch bzw. die Therapiebegrenzung und die Symptomlinderung. Daneben steht als Sonderform der Sterbehilfe die assistierte Beihilfe zum Suizid, die einen Sterbewilligen mit geeigneten Maßnahmen bei der Selbsttötung unterstützt. Die Beihilfe zum Suizid hat 2015 mit dem § 217 StGB Eingang in das Strafgesetzbuch erhalten.

2.2.1 Tötung auf Verlangen und Behandlungsabbruch

Unter dem Begriff aktive Sterbehilfe werden Maßnahmen verstanden, die auf eine direkte, aktive, unmittelbare Tötung aufgrund eines ernstlichen und ausdrücklichen Tötungsverlangen des Sterbewilligen durchgeführt werden. In Abgrenzung zu den Tathandlungen Mord und Totschlag der §§ 211, 212 StGB kommt es bei der Ausführung der Tathandlungen gem. § 216 StGB auf den ernstlichen Willen, das Tötungsverlangen, des Sterbewilligen an.[30] In der klinischen Praxis sind dies Handlungen, wonach jemand auf Verlangen eines Sterbewilligen eine tödliche Spritze oder ein tödlich wirkendes Medikament verabreicht und infolgedessen den Tod verursacht, der aller Wahrscheinlichkeit nach, durch eine Krankheit noch nicht eingetreten wäre.[31]

Dem strafrechtlich sanktionierten Töten auf Verlangen stehen Handlungen gegenüber, die vormals mit dem Begriff der passiven Sterbehilfe umschrieben und heute als Behandlungsabbruch bzw. Therapiebegrenzung korrigiert worden sind. Hierbei handelt es sich um Maßnahmen, die durch den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten unterlassen werden sollen, obwohl dies

schneller zum Tod führen könnte, als im Verlauf der Behandlung zu erwarten wäre. Dies kann durch zweierlei Handlungen erreicht werden: Entweder wird eine bereits begonnene Maßnahme nicht weiter fortgesetzt oder eine nicht gewünschte Maßnahme wird erst gar nicht eingeleitet.[32] Anders als beim Töten auf Verlangen wird hierbei, etwa durch Abschalten bzw. Abbrechen einer lebenserhaltenden Therapie oder Behandlung, kein neuer Kausalverlauf in Gang gesetzt. An dieser Stelle wird lediglich der natürliche Sterbeprozess durch das Unterlassen von lebenserhaltenden Maßnahmen gefördert.[33]

Die Rechtsprechung unterschied hierzu bis ins Jahr 2010 rechtswidrige Tötungshandlungen im Sinne des § 216 StGB und Beendigungen lebenserhaltender Maßnahmen[34] danach, ob ein rechtmäßiges Unterlassen oder ein strafbares aktives Tun vorlag.[35]

Diese Unterscheidung erwies sich jedoch in der klinischen Praxis als nicht ganz unproblematisch. Einer Studie zufolge konnten Medizinstudenten die Begrifflichkeiten nicht zu den in der Praxis stattfindenden Handlungen zuordnen. Auffallend häufig hatten sich Schwierigkeiten bei der Zuordnung aktiver und der vormals passiven Sterbehilfe ergeben. Maßnahmen der Behandlungsbegrenzung wurden gehäuft zu der aktiven Sterbehilfe gezählt. Die Nichteinleitung einer künstlichen Beatmung sowie die Beendigung einer parenteralen Flüssigkeitsgabe ordnete ein erheblicher Teil der Studenten zu der Kategorie aktive Sterbehilfe.[36] Die Schwierigkeiten in der Zuordnungen lassen sich auf eine semantisch problematische Differenzierung der verschiedenen Maßnahmen mithilfe der Kategorien „aktiv“ und „passiv“ begründen. So erfasste der Begriff der vormals passiven Sterbehilfe Maßnahmen, die ein Unterlassen nicht gewollter Therapien oder Behandlungen umfassen sowie das Abbrechen bereits begonnener Behandlung.[37] Im klinischen Alltag stellt sich der Abbruch einer Behandlung, beispielsweise das Abstellen des Respirators oder das Beenden der künstlichen Ernährung, nicht als passive Handlung dar. Im Gegenteil führt der Arzt aktiv den Abbruch der Behandlung herbei, was wiederholt zu hoher Verunsicherung zwischen der erlaubten Unterlassung und der verbotenen aktiven Sterbehilfe führte. Auch kann ein bloßes Unterlassen nicht Ausdruck würdevoller Sterbehilfe sein, denn auch ein Sterbender benötigt weitere Fürsorge und nicht einen passiven Arzt. Die Passivität richtet sich dabei nur auf die zum Tod führende lebensbedrohliche Erkrankung.[38]

Mit der Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen erhielt man außerdem rechtlich die unglückliche Konsequenz, dass ein Arzt, der es unterließ, seinen Patienten auf dessen Wunsch an den Respirator anzuschließen (mithin es unterließ, den bevorstehenden Tod zu verhindern) straflos blieb, derjenige jedoch, der eine begonnene Beatmung (aktiv) abschaltete, sich unter Umständen dem Vorwurf eines strafbaren Tötungsdeliktes stellen musste.[39] Um aber dennoch das Beenden einer nicht gewollten Maßnahme unter den Geltungsbereich der

vormals sogenannten passiven Sterbehilfe subsumieren zu können, bediente sich die Rechtsprechung eines Kunstgriffs, indem sie das Unterlassen normativ in ein „Unterlassen durch Tun“ umdeutete. Damit konnte das ärztlich aktive Tun als ein Unterlassen einer Weiterbehandlung interpretiert werden und hinterließ auch diejenigen Ärzte straffrei, die in die missliche Lage gerieten, ein Beatmungsgerät ausschalten zu müssen.[40]

Dass dennoch die Begrifflichkeiten aktiv und passiv im Zusammenhang mit der Sterbehilfe durch ihre äußerlichen Unterscheidungskriterien in der Praxis nicht standhalten können, hat zuletzt die wegweisende Entscheidung des BGH im Fall Putz aus dem Jahre 2010 gezeigt.[41] Im grundlegenden Fall verurteilte das Landgericht Fulda den Anwalt Putz wegen Totschlags, weil er seiner Mandantin geraten hatte, den Ernährungsschlauch ihrer im Wachkoma liegenden Mutter zu durchtrennen. Die Mutter hatte ihrer Tochter mehrfach mitgeteilt, dass sie in einem solchen Falle keine künstliche Ernährung wünscht. Den Abbruch dieser Behandlung deutete das Landgericht nicht im normativen Sinne in Tun durch Unterlassen um, sondern ließ verlauten, dass ein Durchtrennen bzw. Durchschneiden phänomenologisch eindeutig einer aktive Handlung zuzuordnen sei und somit nicht die Voraussetzungen einer zulässigen passiven Sterbehilfe erfülle.[42] Selbst auf richterlicher Ebene zeigte sich hier die Verwirrung über die semantischen Bedeutungen von aktiv und passiv und deren in der Praxis stattfindenden Handlungen. Schlussendlich hob der BGH das Urteil auf und beendete so die teilweise willkürliche normative Umdeutung in der Abgrenzung von aktiven und passiven Verhaltensweisen.[43] Um die in der Sterbehilfe verwendeten Begriffe schließlich an die realen Bedingungen der medizinischen Versorgung, vorwiegend einer technisierten Apparatemedizin, anpassen zu können, konzipierte der BGH den normativ wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs.[44] Seither werden Handlungen, die mit einer Beendigung einer lebenserhaltenden medizinischen Maßnahme in Zusammenhang stehen, unabhängig vom äußeren Erscheinungsbild der jeweiligen konkreten ärztlichen Handlung zum Behandlungsabbruch bzw. Therapiebegrenzung zusammengefasst.[45] Mit dieser Entscheidung hat der BGH aktive Tötungshandlungen unter der Voraussetzung, dass die abgelehnte Behandlung prinzipiell geeignet ist, den mit aller Wahrscheinlichkeit bevorstehenden Tod durch eine lebensbedrohliche tödliche Erkrankung zu verhindern, für rechtmäßig erklärt.[46] Dieses Grundsatzurteil hat letztlich den Begriff der passiven Sterbehilfe ad acta gelegt.

2.2.2 Symptomlinderung und Therapien am Lebensende

In der medizinischen Klinik betreffen Handlungen in der letzten Lebensphase nicht selten die Symptombehandlung bzw. Symptomlinderung des mit aller Wahrscheinlichkeit zum Tode führende Grundleidens. Dabei kann die Linde-

rung des Leidens bzw. der Schmerzen so in den Vordergrund gerückt werden, dass möglicherweise die Dosis der verabreichten Schmerzmittel als Nebenfolge eine Verkürzung der noch verbliebenen Lebensspanne nach sich zieht.[47] Diese Form der Therapie, vormals als indirekte Sterbehilfe bezeichnet, zeichnet sich dadurch aus, dass nicht mehr weiter in ein Krankheitsgeschehen eingegriffen wird. Es werden lediglich die Beschwerden, die sich zu allermeist in starken Schmerzen äußern, mit einer geeigneten, mithin potenziell tödlichen Dosis eines Medikaments behandelt.[48]

In Abgrenzung zum Töten auf Verlangen wird hier die Intention der Handlung nicht darauf gerichtet, schnell und wirksam mit einer hohen Dosis eines Medikaments den Tod herbeizuführen; vielmehr liegt die Absicht in einer effektiven Schmerzbehandlung des Patienten.[49] Der Begriff der indirekten Sterbehilfe ist dahingehend für die Praxis irreführend und sollte unter Therapien am Lebensende oder unter den Begriff der Symptomlinderung gefasst werden, da diese die Leidenslinderung und damit das Ziel genannter Handlungen in den Vordergrund rücken. Der Tod des Patienten stellt zu keinem Zeitpunkt, weder direkt noch indirekt, das Ziel dieser Handlungen dar.[50]

In der strafrechtlichen Bewertung solcher Handlungen am Lebensende ist die Absicht entscheidend. Dieser juristisch bedeutsame Unterschied zur Abgrenzung erlaubter und unzulässiger Sterbehilfe ist jedoch geringfügig objektivierbar, weil die Schwelle von der effektiven Schmerzkontrolle zur letalen Dosis nicht zuverlässig messbar ist. Es ist zudem nicht zweifelsfrei festzustellen, ob der Tod ein Nebeneffekt der Schmerztherapie war oder eine eigentlich gewollte Folge ärztlicher Behandlung. Fraglich bleibt daher, mangels der Quantifizierbarkeit und Qualifizierbarkeit, ob die Symptomlinderung als Form der Sterbehilfe in der Praxis überhaupt stattfindet.[51] Dies wird auch im klinischen Alltag sichtbar, wo eine gute Symptomkontrolle eher mit einer Lebensverlängerung verknüpft wird und die Symptomlinderung als eine Form der Sterbehilfe überwiegend als theoretisches Konstrukt zurückbleibt.[52]

2.2.3 (Ärztlich) assistierte Selbsttötung und freiverantwortlicher Suizid

Eine weitere Form der Sterbehilfe und einen Gegenstand neuerer kontroverser Debatten stellt die (ärztlich) assistierte Selbsttötung dar. Die Beihilfe zur Selbsttötung[53] ist von den anderen Formen der Sterbehilfe als Sonderform abzugrenzen. Zusätzlich kann der Begriff durch die Termini „ärztlich“ oder „medizinisch“ assistierter Suizid spezifiziert werden, wenn etwa die helfende Person gleichzeitig Arzt ist.[54] Im Unterschied zu anderen Formen der Sterbehilfe wird hierbei durch den Arzt oder einen anderen Teilnehmer ein tödlich wirkendes Mittel verschafft, besorgt oder eine Hilfestellung bzw. Unterstützung bei der Vorbereitung zur Durchführung einer freiverantwortlichen Selbsttötung gegeben.[55]

Bei der assistierten Selbsttötung schafft demnach üblicherweise ein Dritter die Bedingungen, die den Akt der eigenständigen Selbsttötung ermöglichen. Dies kann Beispielsweise die Besorgung oder die Zubereitung einer tödlich wirkenden Dosis eines Medikaments sein.[56]

Umstritten ist, ob eine ärztliche Begleitung beim sogenannten Sterbefasten zur Beihilfe zur Selbsttötung gezählt werden kann. Das Sterbefasten stellt einen freiwilligen Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit dar, weshalb die Auffassung geteilt wird, der betreuende Arzt führe lediglich eine Basisbetreuung, wie menschliche Zuwendung, Lindern von Schmerzen, Atemnot und Mundtrockenheit, durch. Dabei komme es nicht zu einer Verordnung eines Medikaments mit dem Zweck der Selbsttötung.[57] Dagegen wird argumentiert, dass für das Sterbefasten die medizinische Unterstützung entscheidend sei, weil es ohne sie kaum möglich wäre. Der unterstützende Arzt wird dabei den Vorsatz des Patienten, seinen Tod herbeizuführen, teilen. Danach lasse sich das Sterbefasten zu der Form der assistierten Tötung zählen.[58]

Die Selbsttötung[59] kann als eine Verhaltensweise definiert werden, durch die ein Mensch seinem Leben zielgerichtet ein Ende setzt. Dies kann er entweder durch aktives Tun (Einnahme einer tödlichen Dosis eines Medikaments) oder ein Unterlassen bestimmter Handlungen (Nahrungsverzicht beim Sterbefasten, Verzicht auf lebensnotwendige Behandlungen) vollziehen.[60] Ein weiterer Unterschied zu den bereits besprochenen Formen der Sterbehilfe ist, dass die Handlungen der Beihilfe auf den Tod des Sterbewilligen gerichtet sind und nicht Maßnahmen darstellen, die den natürlichen Lauf einer zum Tode führenden Krankheit unterstützen. Selbst wenn ein Dritter „nur“ Medikamente besorgt, ist dieser Akt auf den Tod des Sterbewilligen gerichtet, da er es zum Zweck der Selbsttötung zur Verfügung stellt.[61] Im Vergleich zu den anderen zum Tode führenden Handlungen in der letzten Lebensphase erfolgt die ärztlich assistierte Selbsttötung selten.[62]

Die rechtliche Bewertung dieser Handlungen, insbesondere bei der Frage des Tatbeitrags Dritter an einem freiverantwortlichen Suizid, war in der Vergangenheit anhaltend umstritten.[63] Nach dem geltenden Strafrecht kann der Suizid die Tatbestände der Tötung nicht erfüllen, weil gem. §§ 211, 212 StGB das Töten eines „anderen“ Menschen verboten wird, wohingegen der Suizid auf die eigene Person gerichtet ist.[64] Demnach stellt die Selbsttötung kein strafbares Verhalten dar.[65] Die grundsätzliche Straflosigkeit wird zudem durch das Prinzip der limitierten Akzessorietät untermauert. Nach diesem strafrechtsdogmatischen Prinzip wird gem. § 27 StGB für eine Beihilfe an einer Tat, eine strafbewehrte Haupttat vorausgesetzt. Danach leistet strafbare Beihilfe zu einer Tat nur derjenige, der unterstützend bei einer rechtswidrigen Tat mitwirkt. Bei der Teilnahme bzw. Beihilfe zum Suizid fehlt es jedoch, zum einen an der tatbestandsmäßigen Haupttat und zum anderen an einer Unrechtsqualität der Selbsttötung, wonach rechts-

dogmatisch eine Straffreiheit derselbigen vorliegt.[66]

In Abgrenzung der assistierten Selbsttötung zum Straftatbestand Töten auf Verlangen gem. § 216 StGB wird zur rechtlichen Bewertung das Kriterium der Tatherrschaft herangezogen. Zur Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme wird darauf abgestellt, wer über die gesamte Tat hinweg den Geschehensablauf in seinen Händen hielt, mithin die Tatherrschaft besaß. Ob ein strafbares Tötungsdelikt oder eine grundsätzlich straflose Teilnahme an einem Suizid eines „anderen" Menschen vorliegt, wird demzufolge daran gemessen, ob die sterbewillige Person selbst oder die helfende Person die Herrschaft über den unmittelbar lebensbeendenden Akt besessen hatte und diesen auch jederzeit ihrem Willen nach anhalten oder seinen Lauf lassen konnte. Täter eines Tötungsdelikts wird die helfende Person, wenn sie statt Reichen des Giftbechers die Giftmischung z. B. durch Setzen einer Giftspritze eigenhändig verabreicht. Dann hat nicht mehr der Sterbewillige den letzten zum Tode führenden Akt selbst in der Hand, sondern die injizierende Person. In diesem Fall wäre eine Fremdtötung verwirklicht, die entgegen dem freiverantwortlichen Suizid das tatbestandliche Verbot gem. §§ 211, 212 oder § 216 StGB, einen (anderen) Menschen zu töten, erfüllen würde.[67]

Die Tatherrschaft kommt dem Sterbewilligen hingegen zweifelsfrei zu, wenn dieser durch seinen freiverantwortlichen Entschluss den Suizid mittels finaler, unmittelbarer und eigenhändiger Handlung selbst vollzieht. Dies tut er etwa, indem er die gereichte Giftmischung bzw. tödliche Dosis eines Medikaments selbst zu sich nimmt. Dabei behält der Sterbewillige die Tatherrschaft, solange er selbst in der Lage ist, seinen Willen zu formulieren, ihn umzusetzen, und er ihn im Zweifel zurücknehmen kann.[68]

In der Vergangenheit nutzte der BGH die Konstruktion der Tatherrschaft, um die Beihilfe zum Suizid mit der Begründung eines Unterlassungsdelikts[69] dennoch sanktionieren zu können.[70] Dabei nahm er an, dass ein Tatherrschaftswechsel auf die helfende Person – unmittelbar nach dem Eintreten der Handlungsunfähigkeit des Sterbewilligen – zu einer Rettungspflicht führe. Die daraus folgende Garantenstellung des Helfers lässt sich aus § 13 StGB, Begehen durch Unterlassenen, ableiten. Hierin werden insbesondere Personen, die rechtlich dafür einzustehen haben, einen Erfolg der Tat abzuwenden, einbezogen. Auf die ärztliche Praxis übertragen, kann sich speziell aus der Behandlungsübernahme und dem daraus entstanden vertraulichen Arzt-Patienten-Verhältnis eine Garantenstellung des Arztes gegenüber seinem Patienten ergeben.[71] Die Garantenpflicht traf den Arzt oder einen anderen Dritten beispielsweise, wenn der Sterbewillige sich im Durchgangsstadium der Handlungsunfähigkeit, der Bewusstlosigkeit befand und die Tatherrschaft auf den Helfenden übertrat.[72]

Diese „Suizid-Tatherrschaftkonstruktion" des BGH war heftig umstritten. Besonders kritisch hervorgehoben wurde dabei die Missachtung der Selbstbe-

stimmung des Sterbewilligen. Der BGH habe verkannt, dass in diesen Fällen das Selbsttötungsgeschehen auf einem ernstlichen Wunsch der Sterbewilligen basierte, die so ihr Selbstbestimmungsrecht verwirklichten.[73] Zudem scheint eine anschließende Strafbarkeit für den Helfenden absurd, denn zunächst ist das Reichen des tödlichen Mittels von der Strafbarkeit ausgenommen, sobald es aber seine Wirkung zu beginnen anfängt, setzt eine Rettungspflicht ein. Dies führt zu einer Endloskette, wenn der Helfer nach der Rettungsaktion erneut den Becher reichen kann.[74]

Zur rechtlichen Abgrenzung von der täterschaftlichen Fremdtötung und der Strafbarkeit von Tun durch Unterlassen wurden in der Vergangenheit wegweisende Urteile gesprochen. Bereits in den 1980er Jahren wurde unter besonderem öffentlichem Interesse zunächst der Fall des Mediziners Julius Hackethal richtungsweisend gerichtlich entschieden.[75] Auf Bitten seiner unheilbar an Gesichtskrebs erkrankten Patientin, verschaffte er ihr zum Zweck der Selbsttötung Zyankali. Außerdem übte er mit ihr die Einnahme der giftigen Zyankali-Wasser-Mischung und wies ihre Freunde ein, wie die tödliche Substanz anzusetzen war.[76] Die darauf folgende Anklage wegen Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB gegen Hackethal wurde vom Oberlandesgericht München verworfen, weil dieser nicht selbst die giftige Mischung verabreichte, sondern lediglich alles Notwendige vorbereitete. Er brachte seine Patientin in die Lage, die Giftmischung nach ihrem eigenverantwortlich getroffenen Entschluss selbst einzunehmen. So blieb die rechtlich entscheidende Tatherrschaft über das Tötungsgeschehen bei seiner Patientin selbst. Die Herrschaft über den todbringenden Moment schloss letztlich eine tatbestandliche Strafbarkeit gem. § 216 StGB aus, womit Hackethal der Anklage wegen Tötung auf Verlangen planmäßig entgehen konnte, denn er half ihr lediglich, tötete sie aber nicht.[77]

Weiterhin wegweisend war der Fall des Arztes Wittig.[78] Dieser hatte es unterlassen, seine Patientin zu retten, als er sie bewusstlos in ihrer Wohnung auffand, weil sie ihm im Vorhinein ihren freiverantwortlichen Entschluss zum Suizid mitteilte. Diesen Wunsch hinterließ sie auch auf einem in ihren Händen befindlichen Zettel.[79] Wittig blieb letztlich straffrei, weil das Gericht anerkannte, dass bereits ein verlöschendes Leben nicht „um jeden Preis“ gerettet werden muss, und gewährte ihm die Gewissensentscheidung in der Abwägung zwischen Selbstbestimmung und Lebensschutz.[80]

Mit den zuletzt gesprochenen Urteilen in den Fällen Hackethal und Wittig gilt die umstrittene Rechtsprechung der täterschaftlichen Unterlassenstrafbarkeit, die eine Umgehung der Straflosigkeit der Beihilfe praktizierte, als überholt. Letztlich wurde in beiden Urteilen die verfassungsmäßig garantierte Selbstbestimmung des Patienten anerkannt, welche der Sterbewillige ausdrückt, wenn er deutlich einen freiverantwortlichen Suizid begeht. Der Helfer wird damit von der Garantenpflicht entbunden. Anklagen erfolgten daher nicht mehr, obwohl

die Rechtsprechung bisher aus Ermangelung entsprechender Strafverfahren die Strafbarkeit durch den Tatherrschaftswechsel nicht offiziell durch Richterspruch aufgehoben hat. Dennoch war die Beteiligung bis zur Einführung des § 217 StGB umfassend straflos.[81] In der Konsequenz führte dies trotzdem dazu, dass der Helfende zur Vermeidung einer in Betracht kommenden Strafbarkeit vorzeitig den Ort des Geschehens verlassen und den Sterbenden alleine zurücklassen musste.

In der berufsrechtlichen Regelung bezüglich des ärztlich assistierten Suizids zeichnete sich neben der komplexen rechtlichen Situation zusätzlich eine Uneinigkeit in der Ärzteschaft ab. So hat die Bundesärztekammer in ihren Grundsätzen zur ärztlichen Sterbebegleitung[82] die ärztlich assistierte Selbsttötung als nicht ärztliche Aufgabe definiert, woraufhin im Jahr 2011 ein Verbot der ärztlich assistierten Selbsttötung in die Musterberufsordnung aufgenommen wurde. Diesem folgten aber nur ein Teil der Landesärztekammern, sodass aktuelle unterschiedliche berufsrechtliche Rahmenbedingungen für die Begleitung am Lebensende bestehen.[83]

Eine zunehmende freiheitliche Entwicklung der Sterbehilfe begünstigte die Tätigkeiten von Sterbehilfevereinen und vereinzelter Sterbehelfer in Deutschland. Diese nutzten die rechtliche Grauzone und halfen ihren sterbewilligen Mitgliedern, zum Teil unter Beobachtung der Öffentlichkeit, ihren Wunsch zu erfüllen.[84]

2.3 Rechtliche Grauzonen und die Forderung nach einem neuen Gesetz

Der Weg in der Sterbehilfe war bis dahin geprägt durch liberale Regelungen, die ein selbstbestimmtes Sterben fördern sollten. Die Gerichte gingen voran, fällten Urteile im Sinne einer Stärkung des Selbstbestimmungsrechts zu mehr Autonomie am Lebensende und trugen letztlich zu einer begrüßenswerten Liberalisierung der Sterbehilfe bei.[85]

Obwohl bereits der Weg zur „Freiheit und Eigenverantwortlichkeit“ des Einzelnen am Lebensende beschritten wurde, zeigte sich ein zunehmender Widerstand speziell vor dem Hintergrund der Tätigkeiten sich etablierender Sterbehilfevereine und einzelner Sterbehelfer in Deutschland. Kritik wurde vor allem aus den Reihen der Politik, Kirche und der Ärzteschaft sowie teilweise aus der Bevölkerung laut. Sie führten an, dass eine geschäftsmäßige Hilfe zum Sterben zu einer „Abwertung des menschlichen Lebens“ und weiter zu einer „Normalisierung des Suizids älterer Menschen“ führe und schließlich eine nicht gewollte neue „Suizidkultur“ fördere.[86] Diese Ängste wurden zudem durch die Aktivitäten einzelner Sterbehelfer befeuert, die ihre Praxis der assistierten Selbsttötung der breiten Öffentlichkeit bekannt machten. Im Zuge dessen wurde eine gesonderte Debatte der Sterbehilfe angestoßen, in der es nun nicht mehr um die Stärkung

der Autonomie und des Selbstbestimmungsrecht am Lebensende ging, sondern um die Frage, ob das Selbstbestimmungsrechts am Lebensende an seine Grenzen geraten kann.

Der Verein Sterbehilfe Deutschland e. V.[87] beantwortete dies mit dem Leitspruch: „Wer sein Leben in eigener Regie führt, möchte bis zum Schluss Regisseur bleiben“[88]. Die Sterbehelfer nutzten zur organisierten Sterbehilfe die rechtlichen Grauzonen im Grenzbereich der assistierten Selbsttötung, wobei insbesondere der Urologe Uwe Christian Arnold und der ehemalige Hamburger Justizsenator Dr. Roger Kusch in der Öffentlichkeit in Erscheinung traten. Arnold erregte die öffentliche Aufmerksamkeit, als er verkündete, 200 seiner Patienten bei der Selbsttötung assistiert zu haben.[89] Ebenso provozierte Roger Kusch die Öffentlichkeit, als er, Vorsitzender und Gründer der Sterbehilfe Deutschland e. V., einen „Selbsttötungsautomaten“ den Mitgliedern seines Vereins zum Kauf anbieten wollte. Mit dieser Apparatur sollte es dem Sterbewilligen möglich gemacht werden, eine tödliche Injektion per Knopfdruck selbst zu injizieren.[90] Um die rechtlichen Grenzen der Öffentlichkeit aufzuzeigen, assistierte Kusch zudem einer 79-jährigen lebensmüden Frau und machte dies anschließend in einer Pressekonferenz publik. Kusch ging damit einen Schritt weiter und stellte sein Angebot nicht mehr nur terminal Erkrankten, sondern auch lebensmüden Rentnern zur Verfügung. Dies feuerte weiterhin die Befürchtungen einer nicht gewollten „Suizidkultur“ an und zwang den Gesetzgeber zu einer Reaktion.[91]

Ausgehend von den Forderungen des deutschen Juristentages wurden in der Politik erste Schritte zu einer rechtlichen Regulierung unternommen. Dies führte zunächst zu einem Vorschlag des Verbots einer kommerziellen Sterbehilfe[92], erzielte allerdings keine Einigung, weil ein vollkommenes Verbot der assistierten Suizidhilfe angestrebt worden war. Damit gelangte der Gesetzgeber vorerst zu keinem Ergebnis.[93]

Dahingegen wechselten die Vertreter der Ärzteschaft ihren Kurs von anfänglichen liberalen Regelungen zu einem restriktiven Verbot, indem sie bereits im Jahr 2011 in ihrer Berufsordnung die assistierte Selbsttötung als nicht-ärztlichen Aufgabe festlegten. Sie verabschiedeten, entgegen den Empfehlungen des deutschen Juristentags, mit dem novellierten § 16 der Musterberufsordnung ein striktes Verbot der Sterbehilfe. Sieben von 17 Ärztekammern nahmen das Verbot zur Hilfe zur Selbsttötung nicht in ihre Berufsordnung auf.[94] Damit bildete sich ein „Flickenteppich“ von standesrechtlichen Regelungen, was ebenso einen Dissens in der Ärzteschaft sichtbar machte. Als Folge der Uneinigkeit bleibt es Ärzten je nach Bundesland auf standesrechtlicher Ebene verboten, Hilfe zur Selbsttötung zu leisten, oder umgekehrt erlaubt, eine Gewissensentscheidung zu treffen.[95]

Als Reaktion auf den zunehmenden öffentlichen Druck zur politischen bzw. rechtlichen Regulierung der Beihilfe zum Suizid wurde im Sommer 2014 eine

Orientierungsdebatte im Bundestag initiiert, bei der, ausnahmsweise ohne Fraktionszwang, Abgeordneten die Möglichkeit geboten wurde, ihren persönlichen Standpunkt zum Regulierungsgegenstand darzulegen.[96]

Im Ergebnis der im Bundestag, zum Teil sehr emotional geführten Diskussionen wurden vier Gesetzesvorschläge vorgelegt, die von absoluter Restriktion bis zur Liberalisierung der Suizidbeihilfe reichten. Vorgeschlagen wurde zum einen eine im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelte ärztliche Suizidbeihilfe[97], die dem Vorschlag eines restriktiven strafrechtlichen Verbots der Anstiftung sowie Beihilfe der Selbsttötung, gegenüberstand.[98] Ein weiterer Entwurf forderte eine grundsätzliche Straffreiheit der Hilfe zur Selbsttötung, sah aber vor, die gewerbsmäßige Suizidbeihilfe unter Strafe zu stellen.[99] Der letzte Entwurf[100] schlug vor, die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung mit bis zu drei Jahren Haft oder Geldstrafe zu versehen.[101]

Entgegen verschiedenen Stellungnahmen einschlägiger Standesvertreter[102] zur Aufnahme der Suizidassistenz in das Strafgesetzbuch wurde im Bundestag mit Mehrheit für das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gestimmt.[103] Zur Begründung dieser restriktiven Lösung führt der Gesetzgeber an, Handlungsbedarf dort zu sehen, wo Menschen dazu verleitet werden könnten, sich vorzeitig das Leben zu nehmen. Eine Gefahr sieht er in den Entwicklungen der Tätigkeiten der Sterbehilfevereine und einzelner privater Sterbehelfer. Diese könnten in Zukunft dazu führen, dass die Suizidhilfe zu einem normalen „Dienstleistungsangebot“ der Gesundheitsversorgung heranwächst, welches weitergehend eine beängstigende gesellschaftliche „Normalisierung“ bzw. einen „Gewöhnungseffekt“ an solche organisierten Formen der Suizidbeihilfe hervorrufe, wonach eine sozialer Druck zum vorzeitigen Suizid speziell auf ältere Menschen ausgeübt werde. Mit dem Verbot der Sterbehilfevereine sehe man die Gefahr einer Herabsetzung der Hemmschwellen bezüglich des Grundrechts auf Leben verhindert, da solche Entscheidungen mangels Angebot nicht mehr in Erwägung gezogen werden müssten. Dabei hebt der Gesetzgeber, in einer Ausnahmeregel für Angehörige oder sonstige nahestehende Personen hervor, dass Einzelfälle in schwierigen Konfliktsituationen gewährt werden können und ausdrücklich nicht unter Strafe gestellt werden sollen.[104]

3. § 217 StGB Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

Der im November 2015 verabschiedete § 217 StGB sanktioniert die geschäftsmäßige Förderung, Vermittlung sowie das Gewähren einer Gelegenheit zur Selbsttötung eines anderen mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Dabei werden in einer gesonderten Regelung, Angehörige oder nahestehende Personen ausgenommen, wenn sie als Teilnehmer und ohne Absicht einer geschäftsmäßigen Handlung tätig werden. In § 217 StGB heißt es:

(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

Geschäftsmäßig handelt im Sinne der Norm bereits, wer etwas wiederholt oder organisiert tut. Dies gilt auch schon dann, wenn alleine die Absicht zur Wiederholung vorliegt. Zudem ist die Geschäftsmäßigkeit unabhängig von finanziellen Interessen.[105]

Der § 217 StGB ist als ein abstraktes Gefährdungsdelikt einzustufen.[106] Bei diesem kommt es für die Vollendung der Tat nicht primär auf die Verletzung eines Rechtsguts an, sondern auf die mehr oder weniger intensive Bedrohung desselben.[107] Demnach wird ein gefährliches Verhalten bestraft, welches zur Gefährdung des Rechtsguts führt.[108] Der Gesetzgeber sieht in der Tätigkeit der Sterbehilfevereine eine abstrakte Gefährdung hochrangiger Rechtsgüter, denn sowohl die autonome Entscheidung als auch das Recht auf Leben seien durch geschäftsmäßige Sterbehilfe bedroht.[109]

Zudem stellt der § 217 StGB ein Unternehmensdelikt dar, bei dem charakteristischerweise Versuch und Vollendung der Tat gleichgestellt werden, sodass für die Strafbarkeit die Tat nicht vollendet werden muss. Damit wird eine Strafmilderung des Versuchs einer Förderung der Selbsttötung ausgeschlossen.[110] Beim § 217 StGB kommt es daher nicht darauf an, ob tatsächlich eine Selbsttötung stattgefunden hat, sondern ob jemand mit der Absicht auf Wiederholung die Gelegenheit dazu gewährt, verschafft oder vermittelt, hat.[111]

Adressaten der Norm sind geschäftsmäßig Tätige, vornehmlich die Sterbehilfevereine. Dennoch wird der Personenkreis der Täter nicht explizit eingegrenzt, da es sich um ein Allgemeindelikt handelt. Hierbei kann jedermann potenziell Täter sein, weil das Gesetz mit dem unbestimmten „Wer“ den Täter nicht explizit benennt,[112] sodass jeder, auch Angehörige der Gesundheitsberufe, als Täter in Betracht kommen kann.[113] Ausnahmen werden Angehörigen oder nahestehenden Personen, die selbst nicht geschäftsmäßig handeln, zugestanden. Hiermit möchte der Gesetzgeber engen Bezugspersonen in einer stark emotionalen Ausnahmesituation kein geschäftsmäßiges handeln unterstellen. Vielmehr geht er von einer aus tiefem Mitleid geprägten Handlung aus.[114] Als vorrangiges Ziel der neuen Norm, nennt der Gesetzgeber die Verhinderung eines Dienstleistungsangebots in der Gesundheitsversorgung. Außerdem soll mit dem Gesetz die Suizidprävention gewährleistet sein, da durch das Fehlen der Angebote der Entscheidungsdruck sinke und die Nachfrage verringert werde. Gleichzeitig soll eine Verstärkung der Hospiz- und der palliativen Versorgungstruktur dazu beitragen, ein vermehrtes Suizidbegehren zu verringern.[115]

3.1 Tatbestand

Der Tatbestand des § 217 Abs. 1 StGB ist erfüllt, wenn objektive und subjektive Tatbestandsmerkmale verwirklicht wurden, mithin, wenn jemand einem anderen, die Gelegenheit der Selbsttötung geschäftsmäßig gewährt, verschafft oder vermittelt.[116]

3.1.1 Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 217 Abs. 1 StGB umfasst Förderungshandlungen mit denen anderen die Gelegenheit zur Selbsttötung geschäftsmäßig gewährt, verschafft oder vermittelt wird.[117]

3.1.2 Selbsttötung

Die Förderungshandlungen müssen sich auf eine Selbsttötung beziehen, andernfalls wären Selbsttötungsakte durch fremde Hand mittels § 216 StGB erfasst.[118] Die Selbsttötung, auch Suizid[119] genannt, ist ein unnatürlicher Tod, der auf dem bewussten Eingreifen des Getöteten in eigene Lebensprozesse herbeigeführt wird. Ausgeschlossen von dieser Definition sind riskante Lebensweisen oder einen durch grobe Fahrlässigkeit verursachter Tod.[120]

Das beabsichtigte und bewusste Eingreifen in eigene Lebensprozesse setzt eine Willens- und Wissenskomponente voraus. Ersteres kann durch eine selbstbestimmte Handlung, wie die Einnahme einer tödlichen Dosis eines Medikaments, oder das Unterlassen lebenswichtiger Handlungen, wie Verweigerung von Nahrung und Flüssigkeit beim Sterbefasten, erfolgen. Die zweite Komponente der Handlung, erfordert das Wissen des Sterbewilligen, sein eigenes tödliches Verhalten im Voraus zu kennen.[121]

Die Selbsttötung ist in Abgrenzung zum Töten auf Verlangen gem. § 216 StGB nicht strafbar. Im Unterschied handelt dazu der Suizident im Bewusstsein der Bedeutung und Tragweite seiner Handlungen freiverantwortlich und führt die Tat bis zuletzt selbst aus, wohingegen die Tatherrschaft beim Töten auf Verlangen bei einem Dritten liegt. Für die Strafbarkeit gem. § 217 StGB ist es unerheblich, ob es zur Selbsttötung kommt, da es ein abstraktes Gefährdungsdelikt ist.[122]

3.1.3 Geschäftsmäßigkeit

Die Tathandlungen „gewähren“, „verschaffen“, „vermitteln“ müssen von dem zentralen Merkmal der Geschäftsmäßigkeit getragen sein.[123] Die Geschäftsmäßigkeit rekurriert auf Taten, die mit der Absicht auf Wiederholung angelegt sind. Dabei muss die Wiederholung gleicher Taten zum Gegenstand einer Beschäfti-

gung gemacht worden sein. Dies gilt unabhängig von einer Gewinnerzielungsabsicht. Eine tatsächliche Wiederholung muss jedoch nicht stattgefunden haben, da die Geschäftsmäßigkeit auch die Absicht, eine Tätigkeit fortzusetzen, mit einschließt.[124]

In Abgrenzung zur Geschäftsmäßigkeit zeichnet sich die Gewerbsmäßigkeit durch eine Gewinnerzielungsabsicht aus. Diese ist laut Gesetzgeber unzureichend, um die Ziele der Norm zu verfolgen, weil nicht der materielle Gewinn entscheidend ist, sondern das immaterielle Eigeninteresse, wonach Personen ihre Tätigkeiten in der Suizidhilfe ausrichten. Genannte Eigeninteressen stünden gerade der autonomen Entscheidungsfindung der Betroffenen entgegen, die mit dem Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit geschützt werden sollen.[125]

Die Geschäftsmäßigkeit ist demnach zu bejahen, wenn der Handelnde das verbotene Verhalten zum Gegenstand seiner „Haupttätigkeit“ bzw. seinem „Hauptberuf“ macht. Dabei muss die Handlung wiederholender Bestandteil der beruflichen Betätigung werden. Dies trifft regelmäßig auf Angestellte der Sterbehilfevereine zu. Das Begriffsverständnis der Geschäftsmäßigkeit ist angelehnt an das Telekommunikationsgesetz sowie das Postgesetz.[126] Hierin ist die Geschäftsmäßigkeit als „das nachhaltige Betreiben bzw. Angebot [...] mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht“[127] definiert.

3.1.4 Gewähren, verschaffen und vermitteln

Bei den Tathandlungen „gewähren“ und „verschaffen“ einer Gelegenheit der Selbsttötung muss es sich um eine konkrete Möglichkeit handeln, die der Täter durch äußere Umstände ermöglicht oder wesentlich erleichtert.[128]

Gewährt der Täter eine Gelegenheit zur Selbsttötung, stehen ihm die äußeren Umstände bereits zur Verfügung, wie zum Beispiel geeignete Räumlichkeiten oder eine tödlich wirkende Dosis eines Medikaments. Beim Verschaffen besorgt der Täter Genanntes, stellt äußere Umstände, die einen Suizid ermöglichen, her, besorgt mithin geeignete Räumlichkeiten oder passende Medikamente.[129] Ausschlaggebend ist, dass eine tatsächliche Möglichkeit zur Verwirklichung der Handlung geschaffen worden ist.[130] Die Tathandlungen „gewähren“ und „verschaffen“ ermöglichen damit die unmittelbare Durchführung der Selbsttötung, beseitigen so die letzte „Hürde“ für den Suizidwilligen.[131] Die Tat ist bereits vollendet, wenn die äußeren Bedingungen für die Selbsttötung günstiger gestaltet worden sind. Vorbereitungshandlungen oder ein Informationsaustausch über die Selbsttötung stellen aber noch keine konkrete Möglichkeit dar und erfüllen daher nicht den Tatbestand.[132]

Das Vermitteln einer Gelegenheit setzt voraus, dass der Täter einen konkreten Kontakt zwischen dem Sterbewilligen und dem Sterbehelfer, der die Gele-

genheit gewährt oder verschafft, hergestellt hat.[133] Auch hier ist die konkrete Verbindung zu einer Person und nicht etwa der bloße Hinweis, beispielsweise auf Möglichkeiten im Ausland, Voraussetzung für die Vollendung der Tat.[134]

3.1.5 Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand wird verwirklicht, wenn der Täter vorsätzlich, d. h. mit der Absicht handelt, eine Selbsttötung zu fördern.[135]

3.1.5.1 Vorsatz und Förderungsabsicht

Die Hilfestellung zur Selbsttötung muss absichtlich, d. h. direkt und zielgerichtet (dolus directus 1. Grades) erfolgen. Der Täter muss daher in der Absicht handeln, eine konkrete Möglichkeit für einen Suizid zu verschaffen oder zu gewähren. Dabei bezieht sich die Absicht auf die Förderung und nicht auf die Selbsttötung an sich. Dadurch wird verdeutlicht, dass ein bloßer Hinweis für die Strafbarkeit nicht ausreicht, sondern die subjektive Tatseite der Förderungsabsicht mit einbezogen werden muss.[136]

Für den Akt der Selbsttötung reicht der bedingte Vorsatz (dolus eventualis) aus. Danach kann sich derjenige schon strafbar machen, der es für möglich hält, dass nach seiner Förderungshandlung eine Selbsttötung tatsächlich stattfindet.[137] In Bezug auf eine konkrete Situation bedeutet dies für den Täter, dass er eine tödlich wirkende Dosis eines Medikaments einem Suizidwilligen nicht überlassen kann, ohne die Selbsttötung auch gewollt zu haben. Andernfalls wären seine Handlungen widersprüchlich.[138]

Die Förderungsabsicht ist nach Meinung des Gesetzgebers zur Abgrenzung anderer erlaubter Sterbehilfeformen von großer Bedeutung. Diese Formen der Hilfe stellen gerade nicht auf die Absicht der Selbsttötung ab, sondern haben im Gegenteil zum Ziel, Schmerzen zu lindern oder nicht mehr gewollte Therapien oder Behandlungen abzubrechen oder gar zu unterlassen – auch dann, wenn dies den Todeseintritt beschleunigt.[139] Im Ergebnis stellt der Gesetzgeber höhere Anforderungen an die Förderungsabsicht, damit nicht bloße Hinweise zur Strafbarkeit führen, zieht jedoch im Hinblick auf den Vorsatz der Selbsttötung die Grenzen weniger eng und hält alleine „das Für-möglich-Halten“ einer Selbsttötung für strafbar.[140]

3.2 Rechtfertigende Einwilligung

Die Rechtfertigung der Beihilfe zum Suizid durch Einwilligung oder den rechtfertigenden Notstand gem. § 34 StGB sind umstritten. Voraussetzung einer rechtfertigenden Einwilligung ist zunächst die Verfügbarkeit (Disponibilität) über das

geschützte Rechtsgut. Für das Rechtsgut Leben besteht nach herrschender Meinung eine Unverzichtbarkeit, weil hier zugleich fundamentale öffentliche Interessen berührt werden.[141] Ein Dissens in der rechtfertigenden Einwilligung zeigt sich einerseits durch die fehlende Disponibilität des Rechtsguts Leben, wonach nicht in die Tat eingewilligt werden kann.[142] Andererseits wird beim § 217 StGB auf ein abstraktes Gefährdungsdelikt abgestellt, wonach es sich nicht um ein Verletzungsdelikt handelt. Die Gefährdung des Lebens sei allerdings nach herrschender Meinung einwilligungsfähig. Im Falle des § 217 StGB gehe dies nicht zuletzt auch daraus hervor, dass der Gesetzgeber nicht nur das Rechtsgut Leben hat schützen wollen, sondern auch die Entscheidungsfreiheit. Das Grundgesetz garantiert gem. Art. 1 i.V.m. Art.2 Abs.1 GG die Freiheit, über das eigene Lebensende zu entscheiden. Hiernach würde sich ein Verbot einer Einwilligung in die eigene Lebensgefährdung als sowohl widersprüchlich als auch verfassungswidrig erweisen.[143] Eine rechtfertigende Einwilligung für den Tatbestand des § 217 StGB widerspräche andererseits indes dem Ziel des Gesetzgebers, ein etwaiges „Dienstleistungsangebot“ zum Sterben verhindern zu wollen.[144]

Eine andere denkbare Rechtfertigung stellt der Notstand gem. § 34 StGB dar. Ein Notstand kann vorliegen, wenn der Patient an unerträglichen Schmerzen leidet.[145] Nimmt man die Möglichkeit der Einwilligung an, folgt daraus, dass eine tatbestandmäßige Handlung gerechtfertigt sein kann. Eine solche Rechtfertigung müsste dann strengen Anforderungen, insbesondere im Hinblick auf die Freiverantwortlichkeit der Einwilligungserklärung, standhalten können.[146]

3.3 Ausnahmeregel für Angehörige und nahestehende Personen

Wie oben bereits erläutert, kommt es dem Gesetzgeber nicht darauf an, die Selbsttötung sowie die Beihilfe zur Selbsttötung unter Strafe zu stellen, sondern lediglich die geschäftsmäßige Förderung der Beihilfe. Dahingehend wird im zweiten Absatz des § 217 StGB geregelt, dass Beihilfehandlungen im Einzelfall ohne Absicht auf Wiederholung und damit nicht geschäftsmäßige Handlungen selbst nicht unter Strafe gestellt werden. Damit soll sichergestellt werden, dass solche im Einzelfall zutreffenden Handlungen bei Angehörigen und anderen dem Sterbewilligen nahestehende Personen auch dann nicht bestraft werden, wenn sie sich als Teilnahme einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung darstellen, aber selbst keine geschäftsmäßigen Handlungen sind.[147]

Mit dem persönlichen Strafausschließungsgrund will der Gesetzgeber ausdrücklich klarstellen, dass es bei der Pönalisierung der Beihilfe zum Suizid nicht darum geht, Personen, die ihren Angehörigen oder anderen engen Bezugspersonen in einer emotional sehr belastenden und schwierigen Ausnahmesituation beistehen wollen, zu bestrafen. Als Beispiel soll das Verhalten des Ehemanns, der seine Frau ins Ausland zum Suizidhelfer begleitet, ausdrücklich nicht als

strafwürdiges Verhalten angesehen werden, obwohl er dadurch die Haupttat fördere. In der Regel seien diese Handlungen getragen von tiefem Mitgefühl und Mitleid, die in einer emotional sehr belastenden Ausnahmesituationen stattfänden und daher kein Strafbedürfnis erkennen ließen.[148]

Der Begriff der Angehörigen wird dabei auf die Legaldefinition aus § 11 Abs. 1 StGB zurückgeführt. Andere nahestehende Personen sind nach dem Verständnis aus den §§ 35 Abs. 1, 238 Abs. 1 Nr. 1, 4, Abs. 2 und 3 sowie aus § 241 Abs. 1 StGB hergeleitet.[149] Da Angehörige und nahestehende Personen gleichgestellt wurden, kommt es bei der Bewertung der Strafbarkeit auf das Bestehen eines auf „gewisse Dauer angelegten zwischenmenschlichen Verhältnisses" an. Als solche „Verhältnisse basaler Zwischenmenschlichkeit" gelten Liebesbeziehungen, enge Freundschaften, nicht eingetragene Lebens- und langjährige Wohngemeinschaften, wohingegen der „bloße sympathiegetragene gesellschaftliche Umgang" mit Sports- und Parteifreunden, Arbeitskollegen und Nachbarn diesen Anforderungen nicht genügt.[150]

4. Kritische Analyse im Spannungsfeld Medizin-Ethik-Recht

Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist in der Vergangenheit, sowohl vor der Einführung des § 217 StGB als auch im Nachhinein, übereinstimmend von verschiedensten Professionen kritisiert und mehrheitlich negativ bewertet worden.[151] Dabei ist eine Menge an Literatur hervorgegangen, die sich vorwiegend kritisch zur strafrechtlichen Regulierung der Sterbehilfe äußert, jedoch so divers bleibt, dass sich bisher keine herrschende Meinung herauskristallisieren konnte.[152] Häufig wird sich in sowohl juristischen, als auch medizinethischen Diskursen auf verfassungsrechtliche Argumente gestützt, wobei unter anderem ein uneingeschränkter Erhalt des Selbstbestimmungsrechts beim Sterben gefordert wird, welches für eine Vielzahl der Menschen Ausdruck ihrer Würde ist. Diese ist besonders verletzlich, wenn Menschen sich für andere Zwecke instrumentalisiert fühlen. Insbesondere in einem Abhängigkeitsverhältnis, wie der Pflegebedürftigkeit, fühlen sich Menschen erhöht der Gefahr ausgesetzt, Objekt fremder Interessen zu werden.[153]

Der Angst vor einer Würdeverletzung wird in dem Zusammenhang mit der Erlaubnis (ärztlich) assistierter Selbsttötung mitunter verschieden begegnet. Einerseits kann aus dem Würdeschutz eine Zulässigkeit eines selbst gewählten Todes abgeleitet werden. Andererseits kann der Schutz der Würde ebenso in einem strikten Verbot zur Beihilfe zum Suizid gesehen werden. Daher kann für den einen der Würdeschutz darin liegen, den Zeitpunkt des Todes frei wählen zu können, mithin durch das Selbstbestimmungsrecht die Möglichkeit zur assistierten Selbsttötung zu erhalten. Gleichzeitig kann, wie es der Gesetzgeber sieht, der Schutz der Würde darin liegen, die freie Entscheidung zum Suizid zu schüt-

zen, indem man der Annahme folgt, vermehrte Angebote von Sterbehilfevereinen bedrohten die Selbstbestimmung. Durch die gegensätzliche Verwendung des Begriffs muss der Gehalt der Würde als „appellative Formel“ zur Forderung einer Erlaubnis sowie eines Verbots der assistierten Selbsttötung allerdings überdacht werden.[154]

Eine Vielzahl der Menschen in Deutschland sah und sieht hingegen ihre Würde nicht etwa durch die Angebote der Sterbehilfevereine verletzt, sondern vielmehr durch ein Verbot der assistierten Selbsttötung. Die Allensbacher Studie konnte 2014 feststellen, dass ein Großteil der Menschen in Deutschland, 67 % der Bürger, sich sogar für eine Zulassung der aktiven Sterbehilfe aussprach, wobei 60 %[155] der Bürger die Tätigkeiten der Sterbehilfevereine befürworteten. Zudem fänden es 79 %[156] der Bürger gut, wenn es Ärzten erlaubt wäre, schwer Erkrankten ein tödliches Medikament zur Selbsteinnahme zum Zweck der Selbsttötung zur Verfügung stellen zu können.[157]

Weiter wurden diverse Stellungnahmen verfasst, die größtenteils vor einer Verschärfung des Strafrechts warnten. Am eindrücklichsten spiegelt eine Initiative der deutschen Strafrechtslehrer die Ablehnung einer strafrechtlichen Regulierung der assistierten Selbsttötung wieder. Hierin sprachen sich 142 deutsche Strafrechtslehrer gegen die Einführung des § 217 StGB aus, weil die strafrechtliche Regulierung unter anderem der bisherigen begrüßenswerten Liberalisierung der Sterbehilfe entgegen wirke.[158] Dennoch hat der Bundestag mehrheitlich für die Einführung des § 217 StGB gestimmt, was nach Meinung der Kritiker, einen für den Großteil der Menschen in Deutschland selbstbestimmten und den damit als würdevoll verstandenen Tod verhindert.

Die vielschichtigen interdisziplinären Diskussionen in Medizin, Ethik und Recht zeigen, wie umfassend die neue Regelung in den verschiedenen Professionen ihre Wirkung entfaltet. Der Eindruck, der Gesetzgeber habe sich gegen eine mehrheitliche Meinung in der Bevölkerung hinweggesetzt und mahnende Stellungnahmen nicht ausreichend in den Entscheidungsprozess miteinbezogen, sondern sich vielmehr paternalistisch und aus Angst vor vermeintlich gesellschaftlichen Entwicklungen entschieden, spiegelt sich in vielen Kritiken wieder.

4.1 Ein Gesetz auf der schiefen Ebene

In seiner Gesetzesbegründung betont der Gesetzgeber zuvorderst, die freiverantwortliche Selbsttötung nicht unter Strafe stellen zu wollen, dennoch Handlungsbedarf aufgrund aktueller Entwicklungen in der Sterbehilfe zu sehen. Dort, wo Menschen dazu verleitet werden könnten, sich das Leben zu nehmen, bestehe ein rechtlicher Korrekturbedarf, nicht aber etwa dort, wo sich Menschen freiverantwortlich dazu entschließen, aus dem Leben zu gehen, weil schließlich

keine Rechtspflicht zum Leben bestehe. Erklärtes Ziel sei es demnach, den Entwicklungen in der organisierten Suizidhilfe entgegenzusteuern und insbesondere Privatpersonen, die sich als Sterbehelfer bezeichnen und ihre Dienste öffentlich anbieten, zu stoppen.[159]

Der Gesetzgeber sieht in den Tätigkeiten der Sterbehilfevereine die Gefahr, einer gesellschaftlichen „Normalisierung“ und befürchtet einen „Gewöhnungseffekt“ zu solchen „organisierten Formen des assistierten Suizids“ und will verhindern, dass diese sich zu einem „Dienstleistungsangebot der Gesundheitsversorgung“ etablieren. In Folge einer Erlaubnis der assistierten Selbsttötung durch Sterbehilfevereine könnten sich speziell ältere Menschen, aus Angst, ihren Angehörigen oder der Gesellschaft zur Last zu fallen, gedrängt fühlen, einen frühzeitigen Tod herbeizuführen.[160] Nach der Darstellung einiger Kritiker stützt sich der Gesetzgeber hierbei aber nicht auf wissenschaftliche Erkenntnisse, die dieses Argument valide untermauern könnten, sodass eine damit verbundene Begrenzung von Freiheitsrechten des Einzelnen gerechtfertigt werden könnte.

Mit der Befürchtung einer Herabsetzung ethischer Hemmschwellen bezieht sich der Gesetzgeber auf wahrscheinliche, in der Zukunft liegende, zu erwartende Ereignisse. Hier bedient er sich eines kritikwürdigen Dammbruchar-guments[161], dem eine umstrittene Überzeugungskraft zugeschrieben wird.[162] Dammbruchargumente zeigen nicht mit Gewissheit, die in der Realität auftretenden Probleme auf. Die unerwünschten, zumeist unkontrollierbaren moralischen Folgen liegen in der Zukunft, sodass derartige Argumente erst valide werden, wenn das Erlauben einer bestimmten moralischen Handlung die Duldung einer unerwünschten Handlungsweise wahrscheinlich macht und der zu erwartende Schaden der unerwünschten Handlungsweise den Nutzen der erlaubten Handlung überwiegt. Die Überzeugungskraft hängt demnach davon ab, wie wahrscheinlich das Eintreten der unerwünschten Folge der Handlung ist. Können die vermeintlichen Folgen institutionell nicht unterbunden werden, so liegt es nahe, eine generell gewünschte bzw. akzeptierte Handlung zu verbieten, um nicht gewollte Schäden zu vermeiden.[163]

Der Gesetzgeber erwartet, dass die Zulässigkeit der organisierten Beihilfe zum Suizid mit einem höheren Schaden verbunden ist, wie beispielsweise die Entstehung eines „Dienstleistungsangebots“ zum assistierten Suizid in der Gesundheitsversorgung. Solch ein Regelangebot in der gesundheitlichen Versorgung führe künftig, nicht zuletzt durch einen gesellschaftlichen Druck auf speziell ältere Menschen, zur Senkung moralischer Hemmschwellen hinsichtlich des wertvollen Rechtsguts Leben. Daher ist der Schaden für die Allgemeinheit, aus Sicht des Gesetzgebers, höher als der Nutzen, die eine Beihilfe zum Suizid für den Einzelnen darstellen könnte.

Zunächst erscheint die „Gefährdung gesellschaftlicher Schutzinteressen“ respektive der Verfall moralischer Achtung vor dem menschlichen Leben sowie

der ständige Missbrauch der assistierten Selbsttötung vor dem Hintergrund des seit 1871 straffreien Fortbestehens der Beihilfe zum Suizid zweifelhaft. Hiernach wäre zu erwarten, dass die befürchteten Gefahren bereits zur Realität geworden wären, da die Beihilfe zum Suizid seit 150 Jahren rechtlich nicht sanktioniert war.[164]

Zudem hat die Erweiterung der bereits zulässigen ärztlichen Sterbehilfe im Fall des aktiven Behandlungsabbruchs nicht zu einer verminderten Wertschätzung des menschlichen Lebens geführt. Auch lässt sich nicht erkennen, dass in anderen Ländern, wo die Suizidteilnahme bereits unter Strafe steht, die Wertschätzung menschlichen Lebens bedeutend höher wäre als in Deutschland. Ein Verfall ethischer Grundwerte, d. h. die Sorge des Gesetzgebers, die Erlaubnis zur Suizidbeihilfe führe zu einer generellen Relativierung des Lebensschutzes, bleibt eine „Mutmaßung“ und entbehrt einer „rationalen Basis“.[165] Unter dieser Voraussetzung erscheint eine Legitimierung eines neues Strafgesetzes schwierig, denn trotz der enormen Bedeutung des Lebensschutzes gilt: „[D]er Gesetzgeber darf kollektive Risiken definieren und ggf. unterbinden; erfinden darf er sie aber nicht.“[166]

Die Anhaltspunkte, die der Gesetzgeber für eine „Tendenz [eines] zunehmende[n] Problem[s]“[167] heranzieht, schöpft er aus einer Auswertung von Abschiedsbriefen hochbetagter Menschen nach deren Suizid, einem Artikel des Spiegel[168] und einer Umfrage des deutschen Hospiz- und Palliativverbands sowie einer Umfrage der evangelischen Kirche. Daraus leitet er ab, dass die Motive für einen vorzeitigen Sterbewunsch älterer Menschen vor allem in der Angst zu suchen seien, von Angehörigen oder der Gesellschaft als Last empfunden zu werden, einmal vollständig auf die Hilfe Dritter angewiesen zu sein und dabei einen Autonomieverlust erleiden zu müssen. Zudem spiele die Furcht, schlecht und würdelos versorgt zu werden und Schmerzen ertragen zu müssen, bei der Entscheidungsfindung ebenso eine Rolle. Als besonders beunruhigende Entwicklung stellt der Gesetzgeber den vermeintlichen Entscheidungsdruck heraus, der durch die Fortexistenz der Sterbehilfevereine, besonders auf ältere Menschen, ausgeübt werde.[169]

In Studien zu den Motiven eines Suizidbegehrens konnte gezeigt werden, dass Menschen zu einem großen Teil Angst haben, einmal ihren Angehörigen zur Last zu fallen, wohingegen ein geringerer, aber nicht unerheblicher Teil die Angst teilte, durch einen gesellschaftlichen Druck zum Sterben gedrängt zu werden. Dennoch zeigte sich eine hohe Zustimmung zur Beihilfe zum Suizid sowie zur aktiven Sterbehilfe. Dies bedeutet, dass zwar ein erheblicher Teil der Menschen die Ängste des Gesetzgebers teilt, aber dennoch ein Verbot der Beihilfe zum Suizid nicht befürwortet.[170] Patienten, die im Bundesstaat Oregon[171] von 1998 bis 2015 durch die Einnahme von Medikamenten ihr Leben beendet hatten, nannten als Hauptmotiv den Verlust der Autonomie, der eigenen Kontrolle

am Lebensende.[172] Daraus lässt sich ableiten, dass nicht vorrangig das Angebot der Sterbehilfevereine ältere Menschen in den Suizid drängt, sondern die Angst, einmal den eigenen Angehörigen zur Last zu fallen oder den Verlust der Autonomie zu erleiden, einen ernsthaften Wunsch erhärten könnte. Bei dieser Betrachtung erscheint die Antwort des Gesetzgebers auf die Ängste seiner Bürger fraglich, denn ein Verbot der Beihilfe zum Suizid lässt sich im Meinungsbild der Bürger nicht widerspiegeln. Die Beispiele zeigen, wie sehr die eigene Motivlage und nicht etwa ein gesellschaftlicher Druck, der durch die Tätigkeiten der Sterbehilfevereine ausgelöst werden könnte, zur Entscheidungsfindung beiträgt. Dies stellt die Legitimität der Handlungseinschränkung auch vor dem Hintergrund, dass jede Handlungsfreiheit unter gesellschaftlichen Druck geraten kann, in Frage.[173] Das Motiv älterer Menschen, ihren Angehörigen einmal zur Last zu fallen, sollte zwar ernst genommen werden.[174] Will man aber verhindern, dass Menschen sich das Leben nehmen wollen, erscheint das Verbot der Beihilfe zunächst wirkungsvoll, bekämpft aber nicht die Ursache, sondern erschwert lediglich die Durchführung.

Vielmehr sollte zu einer nachhaltigen Steuerung der Entwicklungen in der Suizidhilfe, der Beweggrund älterer Menschen in der eigenen starken Verunsicherung der sozialen bzw. pflegerischen Absicherung in unserer Gesellschaft gesucht werden und nicht speziell bei den Sterbehilfevereinen. Ein möglicher Weg wäre, Strukturen in der Gesundheitsversorgung zu schaffen, die die Ängste der Bürger verringern könnten. Traditionell gehört es heute für die Familie zur Pflicht, seine Angehörigen bis in den Tod zu pflegen. Dies ist durch die wachsenden medizinischen Möglichkeiten mitunter für die Familie ein enormer Pflege- und Kostenaufwand. Ängste älterer Menschen könnten durch eine bessere Entlastung innerhalb der Familie sowie eine erhöhte Wertschätzung der Alten- und Heimpflege verringert werden, was letztlich den Sterbewunsch vermindern könnte.[175] Eine umfangreiche Aufklärung und Beratung wäre zudem sinnvoll, damit den Betroffenen eine Möglichkeit geboten wird, einer Gefährdung ihrer Entscheidungsfreiheit entgegenzutreten.[176] Bestünde tatsächlich eine Gefahr der Entscheidungsfreiheit, etwa wenn zur Förderung des Suizids gezielt auf den Sterbewilligen eingewirkt wird, bietet das Strafrecht Möglichkeiten der Sanktion solcher Verhaltensweisen, nämlich gem. §§ 211, 212 i.V.m. § 25 Abs. 1 StGB in mittelbarer Täterschaft, wonach es bereits möglich ist, einen vermeintlichen „Dammbruch“ mit bestehendem Recht zu unterbinden.[177]

Die vom Gesetzgeber erkannte abstrakte Gefahr bleibt ernst zu nehmen, könnte aber durch Beratung und Aufklärung der Angehörigen reduziert werden. Außerdem zeigte sich, dass vorherrschende Beweggründe, wie die Angst seinen Angehörigen zur Last zu fallen, richtig erkannt worden sind, aber diesen Ängsten mit der Norm nicht entgegengetreten wird. Auch weil ein gesellschaftlicher Wandel die Entwicklungen von Einstellungen und Wertvorstellungen stetig än-

dern kann, sollte der Gesetzgeber nicht darüber hinwegsehen, dass es notwendig ist, Erkenntnisse aus empirischen Annahmen zu überprüfen. Dazu gehört es auch, Erfahrungen aus anderen Ländern, die eine Beihilfe zum Suizid bereits erlaubt haben, mit einzubeziehen. Zudem sollten erhobene Erkenntnisse, die eine Haltung zu diesem Thema in der Gesellschaft widerspiegeln, beachtet werden, andernfalls nähert man sich solchen Problemstellungen an und beantwortet gesellschaftlich drängende Fragen nach subjektiv „bestem Gewissen", lässt aber eine rationale Basis außen vor.[178] Werden solche Entscheidungen empiriefrei durch „diffuse Ängste" und „vage Vermutungen" aus einer negativen Haltung zum Suizid vom Gesetzgeber getroffen, übergeht er dabei zudem das zunehmend eingeforderte Recht der Menschen, selbstbestimmt Sterben zu wollen. Dies steht im Widerspruch zu dem bisherigen Ansinnen der Liberalisierung der Sterbehilfe, indem bereits der Wille des Patienten am Lebensende in den Vordergrund gerückt wurde.[179]

Letztlich sollte das Bedürfnis nach Autonomie anerkannt und akzeptiert werden, dass nicht jeder Suizidwunsch zu verhindern ist. Denn wenn jemand nicht in Abhängigkeit zu Dritten geraten möchte, sei es durch eine Pflegebedürftigkeit oder sonstige Gründe, sollte dieser Wunsch ernst genommen werden.

4.2 Die geschützten Rechtsgüter Leben und Selbstbestimmung

Mit dem vermeintlichen Normalisierungseffekt sieht der Gesetzgeber das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vor allem älterer Menschen beeinträchtigt sowie das Grundrecht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 GG gefährdet. Daher sei es notwendig, mit dem Strafrecht zu reagieren und Tätigkeiten, die Beihilfe zum Suizid geschäftsmäßig fördern, als eine abstrakt das Leben gefährdende Handlung zu verbieten.[180] Auch der Ethikrat hält ein Verbot zum Schutz der individuellen Entscheidungsfreiheit für angemessen, denn in Ermangelung der Angebote von Sterbehilfevereinen würden Betroffene erst gar nicht in die Lage geraten, solche Entscheidungen „treffen" bzw. in „Erwägung" ziehen zu müssen.[181]

Damit wird ein grundsätzlicher Zweifel an der Freiverantwortlichkeit von Entscheidungen der Suizidwilligen ausgedrückt. Menschen würden zu sehr unter dem Einfluss von geschäftsmäßig tätig werdenden Suizidhelfern oder Sterbehilfevereinen stehen, da diese vorrangig ihren Eigeninteressen folgen und „manipulativ" auf den Sterbewilligen einwirken könnten.[182] Eigeninteressen orientieren sich dabei nicht notwendigerweise auf eine kommerzielle Absicht, sondern beziehen sich auf das Interesse eines Fortsetzens des „kontinuierlich[en] Betreiben[s]" der eigenen Arbeit. Damit vermutet der Gesetzgeber, dass die Tätigkeiten der Sterbehelfer allein aus dem Interesse geleitet werden, sie möglichst oft zu wiederholen.[183]

Wenn jedoch Sterbehelfer, darunter auch Ärzte, ein Eigeninteresse allein daraus entwickeln, wiederholt ihren Patienten zur Verwirklichung ihres Wunsches zu verhelfen, dann sollte konsequenterweise auch davon ausgegangen werden, dass dort, wo bereits Sterbehilfe geleistet wird, ebenso ein spezifisches Eigeninteresse besteht. Auch die bereits umfassend akzeptierten Formen der Sterbehilfe, wie der Behandlungsabbruch bzw. die Therapiebegrenzung, die den Todeseintritt herbeiführen, können ebenso durch Eigeninteresse geleitet sein.[184] Im Zuge der Ökonomisierung der Krankenhäuser wäre denkbar, dass Entscheidungen am Lebensende auch auf Grund günstigerer Kosten getroffen werden. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber auch hierbei eine Gefahr für das Leben und das Selbstbestimmungsrecht hätte erkennen können, anstelle dessen stärkte er das Selbstbestimmungsrecht und vertraute auf humane, an dem ärztlichen Ethos ausgerichtete Behandlungen.

Aus der Gesetzesbegründung wird nicht klar ersichtlich, warum Sterbehilfevereine und Sterbehelfer grundsätzlich aus Eigeninteresse handeln. Es wäre ebenso anzunehmen, dass ihre Tätigkeiten durch „Mitleid“ und „Mitgefühl“ gegenüber dem Leid des Betroffenen getragen werden. Dies gewährt der Gesetzgeber in Abs. 2 hingegen Angehörigen oder sonstigen nahestehende Personen. Hier sieht er kein strafwürdiges Verhalten in der einmaligen Hilfe aus „tiefem Mitleid und Mitgefühl“[185] und erkennt in den Handlungen der Angehörigen oder sonstiger nahestehender Personen keine Gefahr in vermeintlichen Eigeninteressen. Aber gerade hier, wo Hoffnungen auf ein Erbe bestehen können, eine hohe Belastung der Angehörigen vorliegen kann oder finanzielle Zwänge durch eine teure Pflege auftreten können, erscheint die Vermutung vermeintlicher Eigeninteressen näherliegend.[186] Dagegen scheinen Sterbehilfevereine, Sterbehelfer oder Ärzte weitaus unabhängiger zu sein, weil sie keine besondere Verbundenheit zum Betroffenen haben werden. Angehörige oder sonstige nahestehende Personen erscheinen jedoch viel anfälliger, Eigeninteressen zu entwickeln, da sie in ihrem Familienverband durch äußere Zwänge vielmehr unter Druck geraten können. Der Gesetzgeber übersieht damit, dass Familienmitglieder unter großer Belastung ihre alten oder kranken Angehörigen pflegen und schließt die Gruppe mit den vermeintlich meisten Eigeninteressen von der Strafbarkeit aus. Dies widerspricht dem Ziel der Gesetzgebung, dass einerseits alte und kranke Menschen vor dem vermeintlichen Erwartungsdruck hat schützen wollen, sie andererseits dennoch dem Druck aus der Familie überlässt.[187]

Des Weiteren räumt der Gesetzgeber dem Sterbewilligen nicht die Möglichkeit ein, Angebote ablehnen zu können, oder zu erkennen, ob man selbst gedrängt wird, eine Entscheidung zu treffen. Damit zweifelt er grundsätzlich die eigenverantwortliche Handlungsfähigkeit des Sterbewilligen an.[188] Warum aber sollte eine Bitte um die Hilfe zur Selbsttötung zumeist durch einen Mangel an Selbstreflexion geleitet sein?[189] Aus der Praxis der Palliativmedizin weiß man,

dass Suizidwünsche variabel sein können. So kann ein Patient gleichzeitig einen Sterbewunsch sowie einen Lebenswillen hegen. Um in solchen Situationen helfen zu können, gibt es umfassendes Informations-, Beratungs-, und Behandlungsangebote, die der Patient in der Palliativmedizin in Anspruch nehmen kann.[190] Dennoch können in wenigen Fällen bei bester Fürsorge, Angebote für einzelne Betroffene nicht wirksam sein, wonach sich der Wunsch nach assistierter Selbsttötung festigen kann.[191] In einer solchen beängstigenden und sensiblen Situation liegt es nahe, einen Experten zur Ausführung des Todeswunsches zu beauftragen. Es ist nachvollziehbar, dass Menschen dann eine würdevolle und schmerzlose, respektive professionelle Umsetzung ihres Sterbewunsches hegen.[192]

Daraus folgt nicht zwingend, dass der Wunsch zur Hilfe beim Sterben grundsätzlich irrational oder womöglich unter Druck entstanden ist, sondern ebenso Ergebnis eines langen Reflexionsprozesses sein kann. Ein strafrechtliches Verbot hingegen kann womöglich aus Angst vor strafrechtlicher Verfolgung den Reflexionsprozess aus der klinischen Praxis vertreiben. Gerade hier könnte es jedoch gelingen, übereilte Entschlüsse mit Hilfsangeboten zu entschärfen. Die Echtheit des Sterbewunsches zu überprüfen, ist zumeist in einem professionellen Umfeld (welches auch in den Sterbehilfevereinen bestehen kann) möglich, wo das Gespräch, ein „Denken-dürfen“, für die Betroffenen eine große Entlastung darstellt.[193]

Vorangegangenes zeigt, dass der Gesetzgeber die Selbstbestimmung zu schützen versucht, indem er sie gleichzeitig einschränkt. Die Einschränkung der individuellen Autonomie zum Schutz gesellschaftlicher Werte führt jedoch zur Instrumentalisierung derjenigen, die einen tatsächlichen autonomen Wunsch nach einem fachlich begleiteten Suizid hegen und diesen nun nicht mehr realisieren können.[194] Diese staatliche Fürsorge erscheint als eine „paternalistische Bevormundung“, wenn er einerseits die Gefährdung der Schutzgüter auf ein unsicheres Fundament stellt und andererseits die freiverantwortliche Entscheidung dem Betroffenen generell abspricht.[195]

Dieser paternalistische Lebensschutz verkennt aber die eigentliche Hilfe, die Menschen vor solch einer Entscheidung benötigen. Damit verfehlt der Gesetzgeber sein Ziel, die Suizidprävention voranzutreiben und palliative Versorgungsstrukturen als Alternative zum vorzeitigen Tod aufzuzeigen. Denn durch ein strafrechtliches Verbot werden Sterbewünsche nicht mehr kommuniziert und Alternativen bleiben womöglich ungenutzt.

Eine solche Handlungseinschränkung steht zudem im Gegensatz zu den bisherigen Entscheidungen des Gesetzgebers zur Sterbehilfe. Mit der Einführung des Patientenverfügungsgesetzes hat er zuletzt hervorgehoben, dass der Patientenwille auch, wenn durch dessen Befolgung der Tod des Patienten eintritt, rechtlich bindend ist. Im Fall Putz hatte der BGH darüber hinaus festgestellt,

dass es in der Situation eines Behandlungsabbruchs ein Recht auf den selbstbestimmten Tod gibt, auch wenn damit aktive Handlungen eingeschlossen sind.[196] Es scheint, als würde in der Sterbehilfe je nach Art mit zweierlei Maß gemessen. Gunnar Duttge spricht hier von einer unzulässigen Unterscheidung zwischen einem „guten Sterben“, welches für den Staat der moralische korrekte auf natürliche Weise eintretende Tod ist, und einem „schlechten Sterben“, welches ein moralisch verwerflicher Tod wäre, bei dem sich Menschen aktiv darum bemühen, eine baldige Lebensbeendigung herbeizuführen. Eine Therapiebegrenzung oder ein Behandlungsabbruch, so scheint es, setzt nur fort, was nicht aufzuhalten ist, wohingegen die aktive Todesherbeiführung als „objektiv vermeidbares“ Schicksal gesehen wird.[197] Dabei scheint der Staat seine Hoheitsgewalt zu überschätzen, wenn er dem Einzelnen, solange dessen Handlung nur ihn persönlich betrifft, mit einem „objektiven Vernunftvorbehalt“ auf die eigene zutiefst subjektive Bewertung seiner „Lebensqualität“ begegnet.[198]

Der staatliche Paternalismus hat demnach notwendig Grenzen, wenn es darum geht, zwischen öffentlicher und privater Moral zu unterscheiden. Gerade die Autonomie bringt zum Ausdruck, dass die Wahl der Lebensform sowie das Streben nach moralischem Handeln im Rahmen bestehender Rechte in der Freiheit des Einzelnen liegt.[199] Ob ein Leben noch für lebenswert empfunden wird, hängt eben auch davon ab, welchen Sinn einem Leben noch gegeben wird. Ein Leiden, welches eine existenzielle Krise auslösen kann, ist stark subjektiv und von außen nicht zu bewerten. Um einen „Lebensmüden“ vor einer unfreien Entscheidung rechtlich schützen zu wollen, wäre deshalb anstelle einer Einschränkung der Handlungsfreiheit und des Schutzes eines Lebens, welches nicht gelebt werden will, eine rechtliche Kontrolle der Entschlussfassung möglich und erforderlich.[200]

Ein Suizidbegehren lässt sich durch gezielte therapeutische Interventionen abmildern, wenn in der konkreten Auseinandersetzung mit dem Sterbewunsch die eigentlichen Motive ermittelt werden und eine Eindämmung der Risikofaktoren mithilfe von Unterstützungen, die sich an die Lebenswirklichkeit des Einzelnen orientieren, erzielt werden können.[201] Es ist anzunehmen, dass Ärzte und Organisationen die Voraussetzung legitimer Suizidhilfe kompetenter und fachkundiger beurteilen und ein Risiko vor einer fremdbestimmten assistierten Selbsttötung erkennen können, als es beispielsweise Familienangehörige könnten. Zudem wäre ein professionelles Team durch gesetzliche Regeln kontrollierbar und könnte so einen „sicheren“ Suizid gewährleisten.[202]

Es ist zudem fraglich, ob die erkannte Gefahr für die Rechtsgüter Selbstbestimmung und Leben mit dem § 217 StGB eingedämmt werden kann. Der Wunsch, sterben zu wollen, endet nicht an den nationalen Grenzen, wo die Norm ihre Wirkkraft verliert. Die Umsetzung einer getroffenen Entscheidung hängt in der heutigen globalen Welt nicht mehr unbedingt davon ab, ob diese im eigenen Land möglich ist. So kann das Gesetz zur Eindämmung der Sterbehilfevereine in

Deutschland einen „Sterbetourismus“, der Menschen ins Ausland treibt, nicht verhindern. Wer nicht in der Lage ist, ins Ausland auszuweichen, wird auf andere, mitunter brutale Mittel der Selbsttötung ausweichen.[203]

4.3 Abgrenzungsschwierigkeiten der Strafbarkeiten: Der unbestimmte Tatbestand

Um die vermeintlich in Gefahr geratenen Rechtsgüter zu schützen, hat der Gesetzgeber die Tatbestandsmerkmale „gewähren“, „verschaffen“ und „vermitteln“, die von einer Geschäftsmäßigkeit getragen werden müssen, für sinnvoll erachtet.[204] Das Unrecht besteht demnach in der geschäftsmäßigen Unterstützung des Sterbewilligen bei der Selbsttötung, welches durch Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln verwirklicht oder versucht worden ist.[205]

Der § 217 StGB wirft eine Vielzahl von Abgrenzungsschwierigkeiten und Auslegungsfragen auf, die gerade für die medizinische Praxis problematisch werden können.[206] Schon im Vorfeld wurde das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit stark kritisiert. Seine beachtliche Unbestimmtheit bewog sogar den wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestags, die Verfassungsmäßigkeit des § 217 StGB in Frage zu stellen.[207]

Zunächst grenzt das Gesetz den Täterkreis nicht ein, zählt zu den Jedermannsdelikten, sodass sich grundsätzlich jeder, vor allem Ärzte und Pfleger strafbar machen können, wohingegen nahe Angehörige von der Strafbarkeit ausgenommen werden, solange sie nicht geschäftsmäßig handeln. Speziell in der Palliativmedizin, dort wo ärztliche Sterbebegleitung zum Alltag gehört, sieht man sich durch einen weit gefassten Tatbestand bedroht. Die Tathandlungen „gewähren“, „verschaffen“ und „vermitteln“ lassen einen weiten Interpretationsspielraum zu, sodass einzelne alltägliche Unterstützungshandlungen in der Palliativmedizin unter die Strafbarkeit fallen können. Der Gesetzgeber hebt zwar in seiner Begründung hervor, die „Hilfe beim Sterben“ , d. h. die schmerztherapeutischen, aber auch pflegerischen Maßnahmen, die vornehmlich nicht zu einer Lebensverkürzung beitragen, als „Gebot der Humanität“ nicht kriminalisieren zu wollen,[208] übersieht aber, das einfache Unterstützungshandlungen wie beispielsweise das Rezeptieren einer tödlich wirkenden Dosis eines Medikaments zur normalen Schmerzbehandlung oder die Begleitung beim Sterbefasten unter den Tatbestand subsumiert werden könnten.[209] Unter die Tathandlung „verschaffen“ lässt sich dann beispielsweise die Abgabe einer tödlich wirkenden Dosis eines Medikaments subsumieren, die der Palliativmediziner in seiner alltäglichen Praxis dem Patienten zur angemessen Schmerzbehandlung überlässt. Nutzt der Patient diese zum Suizid, hat der Arzt dem Suizidenten eine Gelegenheit hierzu verschafft. Weiterhin kann unter die Tathandlung „gewähren“ einer Gelegenheit zur Selbsttötung, die Bereitstellung einer geeigneten Räumlichkeit

in der der Patient in Begleitung seinem Lebensende entgegensieht, subsumiert werden. Dies tritt in der Regel beim sogenannten Sterbefasten auf, weil bei dieser Form der Selbsttötung in Hospizen gesonderte Räume vorgehalten werden.[210]

Eine ebenso nicht explizit ausgeschlossene und wesentlich fernere Förderungshandlung stellt die Informationsweitergabe, das Vermitteln einer Gelegenheit zur Selbsttötung, dar.[211] Unter Rückgriff des § 180 StGB ist darunter eine Gelegenheit, die einen konkreten Kontakt zwischen dem Sterbewilligen und dem Helfer, der die Möglichkeit zur Selbsttötung gewährt oder verschafft, zu verstehen. Es muss also ein Dritter hinzutreten, der alleinige Hinweis auf Möglichkeiten im Ausland reicht zur Strafbarkeit nicht aus.[212] Damit sieht der Gesetzgeber die vertrauensvolle Kommunikation zwischen Arzt und Patient nicht in Gefahr. Der bloße Hinweis auf die „allgemein bekannte Stelle“ soll explizit nicht kriminalisiert werden.[213] Damit ist die Information zu Optionen im Ausland zwar gestattet, eine Konkretisierung, d. h. die Kontaktaufnahme zu anderen „Hilfsstellen“, jedoch nicht. In der Praxis kann ein Mediziner zwar darauf aufmerksam machen, dass es im Notfall, wenn die Möglichkeiten der Palliativmedizin ausgeschöpft sind, andere Optionen gibt, wie diese konkret aussehen, wie und wo man diese erreicht, sollte er aber verschweigen. So kann ein Arzt, selbst wenn er bereits alle Möglichkeiten der alternativen Hilfen ausgereizt und sich des Sterbewunsches vergewissert hat, seinem Patienten zwar mit Informationen zur assistierten Sterbehilfe versorgen, muss ihn aber in der Umsetzung alleine zurücklassen. Entgegen der Behauptung des Gesetzgebers kann dies die vertrauensvolle Kommunikation zwischen Arzt und Patient erheblich erschüttern, weil es zum Selbstverständnis einer einfühlsamen sprechenden Medizin gehört, Patienten in hoffnungsloser Lage nicht sprachlos gegenüberstehen zu müssen. Denn jede Kriminalisierung bewirkt Angst und Unsicherheit, die weiterhin eine Tabuisierung des Themas vorantreiben. Das vertrauensvolle Miteinander als zentrales Merkmal der Palliativmedizin kann so erheblich beeinträchtigt werden und weiterhin zu einer moralisch inakzeptablen „Defensivmedizin“ führen.[214]

Das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit stellt im Wesentlichen auf die Motivation des Handelnden ab, da auch eine einmalige Tat mit der Absicht auf Wiederholung das Tatbestandsmerkmal erfüllen kann. Danach kann eine einmalige Ausführung der Handlung strafbar sein, wenn nachzuweisen ist, dass diese mit der Absicht der weiteren Fortführung der verbotenen Handlung ausgeführt worden war.[215] In Anlehnung an das Post- und Telekommunikationsgesetz, welches der Gesetzgeber zur Definition der Geschäftsmäßigkeit herangezogen hatte, wird hingegen die Geschäftsmäßigkeit als eine Tätigkeit definiert, die Gegenstand einer „Haupttätigkeit“ oder zum „Hauptberuf“ geworden ist. Dies trifft regelmäßig auf die organisierte Sterbehilfe zu, da diese eine wiederholende Hilfe für Sterbewillige zu ihrem „Geschäftsmodell“ erklärt hatte.[216]

Entgegen der in der Literatur gelegentlich geäußerten Behauptung, Ärzte erfüllten das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit grundsätzlich nicht, weil der Gegenstand des Arztberufs keineswegs das verbotene Verhalten beinhalte, können gerade Ärzte in der Palliativmedizin in den Täterkreis geraten.[217] Dennoch hat der Gesetzgeber Mediziner nicht explizit aus der Strafbarkeit herausgenommen, da eine einmalige im Konfliktfall getroffene Gewissensentscheidung nicht Teil der verbotenen Handlung ist, die in schwierigen Ausnahmesituationen zugestanden werden kann.[218] Gerade dort, wo sich Mediziner gehäuft mit Sterbewünschen ihrer Patienten konfrontiert sehen, kann besonders in der Intensiv- und Palliativmedizin eine einmalige Ausführung vermutlich kaum von der Absicht auf Wiederholung getrennt werden.[219] Trifft der Arzt im Einzelfall eine Gewissensentscheidung, die von tiefem „Mitleid“ und „Mitgefühl“ getragen wird, kann der Annahme gefolgt werden, dass er in gleicher oder ähnlicher Situation aufgrund seines Gewissens erneut so handeln bzw. entscheiden wird. Anderes wäre medizinethisch kaum vertretbar, womit der Anfangsverdacht auf Wiederholung schwerlich zu vermeiden wäre. Gerade Intensiv- und Palliativmediziner werden infolge regelmäßiger Auseinandersetzung mit dem Tod eine innere Haltung zum ärztlich assistierten Suizid entwickelt haben, sodass auch ein einmaliger Entschluss zur Hilfestellung eine grundsätzliche innere Einstellung des Mediziners zu einer Wiederholung, mithin eine Geschäftsmäßigkeit, vermuten lässt.[220] Folgte man dieser Logik, kann letztlich jede Suizidbeihilfe potentiell als geschäftsmäßige Hilfe betrachtet werden. Denn jeder Einzelfall kann sowohl als „singulärer Konfliktfall“ gesehen werden als auch als eine Entscheidung, die eine „suizidzugewandte Grundhaltung“ ausdrückt.[221] Daher ist anzuzweifeln, ob es den erlaubten altruistischen Einzelfall überhaupt gibt. Ethisch vertretbare Hilfe kann nicht auf den Einzelfall beschränkt sein, sondern sollte im Gegenteil auch auf andere Patienten oder generell Menschen, d. h. auch auf Angehörige, anwendbar sein. Im Zweifel müsste demnach ebenso bei einmaliger Beihilfehandlung eine Geschäftsmäßigkeit der Suizidförderung angenommen werden.[222] An dieser Stelle „fallen Gesetzestext und Gesetzesbegründung auseinander“, wenn einerseits der altruistische Einzelfall erlaubt sein soll, er andererseits im Zweifel durch die Auslegung der Geschäftsmäßigkeit schwerlich bejaht werden kann.[223]

Zudem kann die Unbestimmtheit der Geschäftsmäßigkeit zu verwirrenden Strafbarkeiten führen. Wie wäre damit umzugehen, wenn ein Angehöriger die erste (grundsätzlich straffreie) Handlung realisiert und sich dabei vorbehält, im Ausnahmefall auch anderen Angehörigen zu helfen? Wenn Beispielsweise der Sohn dem sterbenskranken Vater seine Hilfe anbietet und sich dabei vornimmt, im Zweifel auch der Mutter zu helfen.[224] Hier könnte die grundsätzliche Straffreiheit für Angehörige an der „Geschäftsmäßigkeit“ scheitern, obwohl anzunehmen ist, dass das Verhalten des Sohnes ebenso von Mitleid und tiefem

Mitgefühl geprägt sein wird, auch wenn er beabsichtigt, seine Hilfe mehrmals anzubieten. Umgekehrt bliebe ebenso fraglich, ob der Täter nach mehrmaligen Unterstützungshandlungen strafbar ist, wenn er die Wiederholung gar nicht beabsichtigt hatte. Hiernach müsste der Täter durch das Fehlen des Merkmals der Geschäftsmäßigkeit straflos bleiben.[225] Im Hinblick auf das Kriterium der Geschäftsmäßigkeit wird die einmalige Beihilfe zum Suizid, die explizit nicht als strafwürdiges Verhalten anerkannt werden sollte,[226] ins Leere laufen. Dies kann insbesondere für Ärzte, die sich täglich mit Sterbenden umgeben, riskant werden.[227]

Warum gerade eine organisierte Hilfe im Hinblick auf die Schutzgüter der Selbstbestimmung und des Grundrechts auf Leben gefährlicher sein sollte als eine einmalige Tat der Angehörigen, bleibt offen. Im Gegenteil könnten organisierte Hilfen dazu beitragen, unfreie Entscheidungen aufzudecken sowie professionelle Hilfen zu gewährleisten, und so die vermeintlich gefährdeten Rechtsgüter sogar schützen. Denn gerade im Konfliktfall lässt sich vermuten, dass Sterbehilfeorganisationen oder Ärzte mehr Professionalität zur Beratung oder hinsichtlich angemessener (würdevoller) Unterstützungshandlungen vorzuweisen haben als etwa Angehörige oder sonstige nahestehende Personen.[228] In erster Linie scheinen Ärzte, die ihre Patienten oftmals über Jahre begleiten und ihre Krankheitsentwicklung beobachten können, im erheblichen Maße geeignet, eine Einsichts- und Verantwortungsfähigkeit ihrer Patienten feststellen zu können. Sie können im Zweifel erkennen, ob Suizidwünsche aus einer psychischen Erkrankung resultieren oder durch äußere gesellschaftliche, soziale oder familiäre, Umstände, mitunter in Bedrängnis, entstanden sind.[229] Zudem ist nicht zu erwarten, dass gerade Angehörige in einer solchen schwierigen Ausnahmesituation die nötige Expertise zur Verfügung haben, dem Sterbewilligen Alternativen aufzuzeigen oder sogar eine vermeintliche nicht freiverantwortliche Entscheidung aufzudecken und zu verhindern. Sterbehilfeorganisationen könnten einer rechtlichen Kontrolle unterzogen werden, sodass nicht freiverantwortliche Suizide besser zu vermeiden wären.[230]

Bei näherer Betrachtung der Tathandlungen lässt sich erkennen, dass die neue Norm nicht nur die Tätigkeiten der Sterbehilfevereine sanktioniert, sondern durch seine weit gefasste Struktur auch Teile der Intensiv-, Hospiz- und Palliativmedizin treffen kann. Damit stellt der § 217 StGB Handlungsweisen unter Strafe, die in Deutschland überwiegend nicht als Unrecht angesehen, sondern im Gegenteil als moralisch gebotene Hilfe gefordert werden.[231]

Rechtsdogmatisch ist die Unbestimmtheit des Tatbestands ebenso problematisch. Zum einen lassen sich aus dem Normtext die Normadressaten sowie die Tathandlungen nicht zweifelsfrei feststellen, was die Annahme eines Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 3 GG i.V.m. § 1 StGB[232] im Strafrecht bekräftigen kann.[233] Der wissenschaftliche Dienst des Bundestags stellt in

seinem Gutachten zum Gesetzentwurf fest, dass hinsichtlich wiederholender Behandlungsverhältnisse Ärzte absehbar eine „Schwelle“ erreichen könnten, sodass Sterbehilfe zu einem wiederkehrenden Bestandteil ihrer Tätigkeit werden könnte. Das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit stellt nach Ansicht des wissenschaftlichen Dienstes eine straflose Suizidhilfe von Ärzten nicht hinreichend klar, woraufhin er die verfassungsrechtliche Bestimmtheit des § 217 StGB in Zweifel zieht.[234]

Zum anderen stellt die Missachtung der Akzessorietät der Teilnahme ein rechtsdogmatisch noch tieferliegendes Problem dar. Nach diesem strafrechtlichen Prinzip ist eine Beihilfe nur dann strafbar, wenn dieser eine strafwürdige Haupttat zu Grunde liegt. Wie bereits erläutert, fehlt es bei dem Suizid an Unrecht, mithin einer strafbewehrten Haupttat.[235] Ein Unrecht am Suizid ist schon wegen eines fehlenden „Übergriffs in die Freiheitssphäre eines anderen“ nicht gegeben.[236] Die Selbsttötung kann daher nur Gegenstand des Straf- rechts werden, wenn sie sich als nicht freiwillige Tat herausstellt. Ein Verbot sollte demnach Fälle umreißen, in denen der Suizident in eine „Zwangslage“ durch einen „Mangel an Urteilsvermögen oder erhebliche Willensschwäche“ geraten ist. Derart gelagerte Fälle können bereits durch geltendes Strafrecht geahndet werden, weswegen die Bedeutung des § 217 StGB als eine „rechtsgutorientierte“ Strafnorm gering ausfallen könnte.[237]

Die Struktur des § 217 StGB verstößt gegen strafrechtsdogmatische Grundregeln und kann so zu einem „Systembruch“ führen, dessen Auswirkungen nicht absehbar sind.[238] Dies lässt auch die Vermutung zu, dass hier versucht wurde, eine gewisse Moral zu sanktionieren, da ein konkretes Fehlverhalten, welches der Norm zugrunde liegen müsste, fehlt.[239] Duttge geht hier sogar von einem „Gesinnungsstrafrecht“ aus, welches sich aus einer religiösen Grundhaltung speist, in der das Leben nicht zur eigenen Verfügung stehe, weil es ein (göttliches) Geschenk sei. Dem Einzelnen stehe es naturgemäß frei, sein Leben (und Sterben) nach seinen weltanschaulichen Annahmen auszurichten und eine „heilige Scheu“ vor dem Leben zum Gegenstand seines Glaubens zu machen. Für das Recht gelte jedoch eine säkulare Weltanschauung, die sich nicht zuletzt aus dem überwiegenden Wertepluralismus ergebe, der nachweislich eine „Individualisierung“ des Sterbens vorantreibe. Der liberale Rechtsstaat müsse daher anerkennen, dass er seinen Bürgern nicht sein Bild vom „guten Sterben“ aufzwingen könne.[240]

5. Fazit und Ausblick

Die kritische Analyse hat gezeigt, dass die neue Norm erhebliche Konflikte im Spannungsfeld Medizin-Ethik-Recht erzeugt. Es stellte sich heraus, dass das Fundament, auf dem der § 217 StGB aufgebaut wurde, nach Meinung vieler

Kritiker keine empirische Basis aufweisen konnte. Dennoch leitete der Gesetzgeber eine abstrakte Gefahr für die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter Leben und Selbstbestimmung ab und hielt eine strafrechtliche Regelung für deren Schutz erforderlich. Damit verkürzt er die Handlungsfreiheit des Einzelnen, den Todeszeitpunkt selbst erwählen zu können, aufgrund der Befürchtung, besonders ältere Menschen könnten durch das Angebot der Sterbehilfevereine unter Druck geraten, eine nicht freiverantwortliche Entscheidung zu treffen. Dabei übersieht er, dass die Freiverantwortlichkeit nicht nur aus den Entwicklungen in der Suizidhilfe gefährdet werden könnte, sondern ebenso aus dem engsten Umfeld erwachsen kann. Dennoch schließt er in Abs. 2 Angehörige und sonstige nahestehende Personen von der Strafbarkeit aus. Zusätzlich übersieht der Gesetzgeber die Not, in der sich Betroffene und deren Angehörige befinden, und lässt sie in einer extremen Ausnahmesituation allein. Angehörigen wird so in einer emotionalen Ausnahmesituation womöglich die Aufgabe des Laienhelfers aufgebürdet. Ihnen wird es aller Wahrscheinlichkeit nach nicht gelingen, den erwünschten würdevollen Tod, wie es in den Möglichkeiten der Medizin stünde, zu ermöglichen. Aus dieser Perspektive und angesichts der überwiegenden Zustimmung zur Beihilfe zum Suizid in der deutschen Bevölkerung, erscheint ein Verbot mehr als fraglich.

Die Auseinandersetzung mit dem § 217 StGB hat auch gezeigt, dass die Motivation zum Suizid der betroffenen Menschen nicht ausschließlich in den Angeboten der Sterbehilfevereine oder der Sterbehelfern gesucht werden muss, sondern auch in dem Individuum selbst und seinen Umständen. Häufige Beweggründe wurden vielmehr in der starken Verunsicherung der sozialen und gesellschaftlichen Absicherung älterer Menschen gesehen. Größtenteils fürchteten sich ältere Menschen vor einem Autonomieverlust, der aus einer Abhängigkeit zu Dritten entstehe. Zudem stand die Angst im Vordergrund, durch einen enormen Pflegeaufwand eine erhebliche Belastung für Angehörige zu werden. Letztlich ist der Sinn, den der Einzelne seinem Leben beimisst, eine zutiefst persönliche und individuelle Angelegenheit, wonach sich jede objektive Bewertung nach falschen und richtigen Motiven eines Suizidwillens erübrigt.

Ein Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der assistierten Selbsttötung ist zwar zielführend, wenn es darum geht, Tätigkeiten der Sterbehilfevereine zu verbieten. Es kann aber nicht dazu beitragen, Sterbewünsche zu vermindern, sondern lediglich ihre Umsetzung behindern. Eine Kriminalisierung der Beihilfe zur Selbsttötung könnte einer offenen Auseinandersetzung mit dem Sterbewunsch entgegenstehen. Ernst gemeinte Suizidprävention sollte daher Instrumente bereitstellen, die es ermöglichen, sich dem Menschen zuzuwenden. Dabei scheint es wichtig zu sein, die Beihilfe zur Selbsttötung nicht im Vorhinein auszuschließen, sondern sie als eine Möglichkeit offen zu lassen und den Reflexionsprozess zu fördern. In der Praxis hat sich gezeigt, dass ein „denken dürfen“

eine große Entlastung darstellen kann. In seiner Gesetzesbegründung sieht der Gesetzgeber, dass zunächst Konsequenzen aus den Ängsten der Betroffenen gezogen werden müssen, wonach die gesundheitliche und pflegerische Versorgung verbessert werden soll. Dieses vorausschauende Ziel scheint der richtige Ansatz, um ein übereiltes Suizidbegehren zu vermeiden, wird aber gleichzeitig durch den vom Gesetzgeber unbestimmten Tatbestand konterkariert.

Der Tatbestand mit den Tathandlungen „gewähren", „verschaffen" und „vermitteln" in Verbindung mit dem subjektiven Merkmal der Geschäftsmäßigkeit ist sehr weit gefasst, sodass die Auslegung der Begriffe zu Abgrenzungsschwierigkeiten der Strafbarkeiten führen kann. Dies kann die vertrauensvolle Arzt-Patienten-Beziehung erschüttern und einen Reflexionsprozess über Sterbewünsche aus der medizinischen Praxis vertreiben. Zudem zeigt der § 217 StGB erhebliche rechtsdogmatische Mängel auf. Nicht nur verstößt die Norm gegen das Bestimmtheitsgebot, sondern auch gegen grundsätzliche Regeln des Strafrechts. So widersetzt sie sich dem Grundsatz der Akzessorietät und bestraft eine Beihilfshandlung einer nicht strafbewehrten Haupttat. Überdies findet die Wirkkraft des Verbots an den nationalen Grenzen ihr Ende, sodass eine Anreizwirkung auf ältere Menschen fortbestehen und die vom Gesetzgeber gesehene Ursache des Problems nicht verhindert werden kann. Lediglich erschwert es den Zugang zur Beihilfe zum Suizid, was Menschen dazu bewegen könnte, andere Wege, mitunter brutale Methoden zur Selbsttötung in Betracht zu ziehen oder auf Optionen im Ausland auszuweichen. Aus diesem Blickwinkel erscheint der § 217 StGB höchst unethisch.

Die weitreichende Kritik wurde durch Verfassungsbeschwerden verschiedener Professionen untermauert. Als Beschwerdeführer, die sich gegen den § 217 StGB aussprechen, sind mehrere Ärzte, die als Sterbehelfer tätig waren, oder auch Palliativmediziner, der Verein der Sterbehilfe e. V., der Verein Dignitas in der Schweiz und in Deutschland sowie Vereinsmitglieder, die im Rahmen der Mitgliedschaft bereits eine Zusage zur Beihilfe erhalten hatten, die nun nicht mehr möglich ist.[241] Die Entscheidungen zu den bisher angenommenen Beschwerden stehen bis heute allerdings noch aus. Darin wird das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) klären müssen, wie weit die grundrechtlich garantierte Selbstbestimmung reichen kann. Konkret schließt das die Frage ein, ob sie den Zeitpunkt und die Art und Weise des eigenen Todes umfasst, soweit die Hilfe Dritter oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung miteinbezogen werden.[242]

Der zu erwartenden Entscheidung, die noch in diesem Jahr vorgelegt werden wird,[243] ging bereits ein bedeutendes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) im Zusammenhang mit dem § 217 StGB im März 2017 voraus.[244] Darin hatte es zu entscheiden, ob einem schwer und unheilbar erkrankten Menschen nach verfassungskonformer Auslegung des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG)

ein Anspruch auf eine tödlich wirkende Dosis eines Medikaments zugesprochen werden kann.[245]

Ausgangspunkt der Klage war ein Ablehnungsbescheid des Bundesinstituts für Arzneimittel- und Medizinprodukte (BfArM) hinsichtlich eines Antrags auf 15 g Natrium-Pentobartital (NaP) zum Zweck der Selbsttötung einer schwer und unheilbar erkrankten vom Hals abwärts gelähmten und beatmungspflichtigen Frau. Im genannten Fall verlangte der Ehemann für seine mittlerweile in der Schweiz verstorbene Frau, die Feststellung der Erlaubnispflicht für das beantragte tödlich wirkende Betäubungsmittel seitens des BfArM. Hierbei ging es demnach nicht mehr um die Frage einer Leidenslinderung für die Frau, sondern um einen grundsätzlichen Anspruch.[246] Das BVerwG erklärte letztlich den Ablehnungsbescheid für rechtswidrig, weil ein ausnahmsloses Versagen einer Erlaubnis zum Erwerb des Medikaments fehlerhaft gewesen sei.[247] In seiner Begründung führt das BVerwG an, dass der Erwerb von Betäubungsmitteln zwar grundsätzlich nicht erlaubnisfähig sei,[248] aus dem allgemein Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG jedoch folge, dass ein unheilbar erkrankter Mensch das Recht hat, entscheiden zu können, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben enden soll. Dies gelte unter der Voraussetzung, er könne seinen Willen frei bilden und entsprechend handeln. Grundsätzlich sei der Staat bei der Abwägung der Schutzpflichten gegenüber der Selbstbestimmung und dem Grundrecht auf Leben nicht dazu verpflichtet, Rahmenbedingungen zu schaffen, die eine Selbsttötung ermöglichen. Eine konkrete Schutzpflicht der Selbstbestimmung komme aber dann in Betracht, wenn ein schwer und unheilbar Kranker sich wegen seiner Erkrankung in einer extremen Notlage befindet, aus der es für ihn selbst keinen Ausweg gibt. Ist der Betroffene seiner Krankheit so ausgeliefert, komme seinem Selbstbestimmungsrecht ein besonderes Gewicht zu, hinter dem die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zurücktrete. Denn eine selbstbestimmt getroffene Entscheidung des Betroffenen, sein Leben zu beenden, müsse die staatliche Gemeinschaft achten.[249] Damit erkennt das BVerwG eine Rechtspflicht des BfArM an, einem unheilbar erkrankten, aber entscheidungsfähigen Menschen, der auf keine andere zumutbare Möglichkeit zurückgreifen kann, ausnahmsweise eine Erlaubnis zum Erwerb eines Medikaments zum Zweck der Selbsttötung auszustellen.[250]

Im vorgenannten Urteil lässt sich ein höchstrichterlicher Gegenwind im Zusammenhang mit der Entscheidung zur Einführung des § 217 StGB deutlich erkennen. Die „liberale“ Rechtsprechung des BVerwG steht der Abwägung des Gesetzgebers, der dem Grundrecht Leben einen höherwertigen Rang zuspricht als dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, deutlich entgegen. Das Kriterium der extremen Notlage ist dabei als Voraussetzung definiert, die eine Ausnahme vor dem „kollektivschüztende[n] Verbot“, Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung zu erwerben, rechtfertigt.[251]

Auch wenn das gegenteilige Urteil des BVerwG im Hinblick auf die Suizidbeihilfe positiv zu bewerten ist, entbehrt dies nicht weiterer Probleme. Zum einen lässt sich darüber streiten, ob nun Mitarbeiter des BfArM bei ihrer beruflichen Haupttätigkeit, wenn sie etwa Anträge auf Betäubungsmittel bewilligen, dem Vorwurf einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gem. § 217 StGB ausgesetzt werden, mithin ihre Tätigkeit mit der neuen Norm kollidiert.[252] Oder ob dies zum anderen ebenso den zu verhindern gewollten vermeintlichen Dammbruch auslösen könnte, wenn beispielsweise als Folge der Ruf nach aktiver Sterbehilfe in der Bevölkerung lauter wird.[253] Überdies erscheint die Umsetzung des Urteils schwierig, weil zunächst Kriterien für eine extreme Notlage definiert werden müssten. Ein solcher objektiver Kriterienkatalog wird kaum die höchst individuelle und persönliche Notlage des Einzelnen erfassen können und ließe im Zweifel Menschen in ihrer aussichtslosen Lage zurück.

Derweil wurde die Umsetzung des Urteils aus politischer Richtung blockiert, weil der Gesundheitsminister damals wie heute der Auffassung ist, dass der Staat niemals „Helfershelfer einer Selbsttötung“ werden dürfe.[254] Unterdessen geht der Diskurs unter anderen Vorzeichen weiter, wenn darüber gestritten wird, ob die Politik ein höchstrichterliches Urteil ignorieren darf. In dieser Zeit starben bisher 20 von 104 Antragstellern.[255]

Eine rechtliche Regulierung hinsichtlich der Gefahr, Menschen könnten sich gedrängt fühlen, vorzeitig aus dem Leben zu scheiden, ist nach all der Kritik dennoch nicht per se abzulehnen. Die Motivation des Gesetzgebers ist abschließend nicht gänzlich zu entkräften, weil wahrscheinlich wenige Menschen in einer Welt leben möchten, in der ein Menschenleben aufgrund von Krankheit oder Abhängigkeit im Lebensalltag an Wert verliert und ein Suizid als normaler Ausweg, der in der Regel zu gehen sei, hingenommen wird. Fraglich bleibt aber der Weg, den der Gesetzgeber beschritten hat, um seine Ziele zu verfolgen. Die Untersuchung hat deutlich herausgestellt, dass die Befürchtungen einer Anreizwirkung durch eine begrenzte Wirkkraft des Gesetzes und den Druck aus der eigenen Familie durch die Norm nicht verhindert werden können. Auch wenn man die Suizidförderung durch Sterbehilfevereine verbieten möchte, bleibt das Bedürfnis der Menschen, einen selbstbestimmten Tod sterben zu wollen, unberührt. Sogar Gegner der Beihilfe zum Suizid und Fürsprecher des § 217 StGB sprechen sich für eine Regelung, die in besonders schweren Fällen einen ärztlich assistierten Suizid zulässt, aus.[256]

Anstatt sich einer zunehmend pluralistischen Gesellschaft zu öffnen und Bedingungen zu schaffen, die ein Nebeneinander verschiedener Vorstellungen vom guten Sterben beherzigen, hat der Gesetzgeber mit einer moralisierenden Gesetzgebung geantwortet. Gerade aber weil es für viele Menschen unvorstellbar ist, in einer Welt zu leben, in der das menschliche Leben seinen Wert verliert, tragen auf gesellschaftlicher Ebene auch die Bürger Verantwortung, einen

ethischen Diskurs auf vernünftige Weise voranzutreiben. Der Gesetzgeber kann dabei unterstützend mitwirken und Regelungen zur Kontrolle schaffen, sodass es Betroffenen ermöglicht werden kann, mit ihren Sterbewünschen und einer Entschlussfassung besser umgehen zu können. Dafür hätte der Gesetzgeber sinnvolle Regeln etablieren können, die Rahmenbedingen für Betroffene schaffen, ohne die assistierte Selbsttötung als Ultima Ratio auszuschließen.

Zukünftig wird zu hoffen sein, dass sich die Politik bereit erklärt, die Unsicherheiten bezüglich der medizinischen Praxis aufzulösen, und eine Antwort bereitstellt, die den Betroffenen näherkommt. Letztlich wird das Bundesverfassungsgericht darüber entscheiden, ob Betroffenen der Weg zum ärztlich assistierten Suizid gewährt werden kann. Andernfalls bleiben ihnen die Möglichkeiten der Palliativmedizin und damit unter Umständen ein für sie unerträgliches Leid erdulden zu müssen.

Wolfgang Herrndorf wollte dieses Leid nicht erdulden. Ihm ging es, wie vielen, um die Gewissheit, am Ende einen Notausgang zu haben.

> Dr. Vier ist keine große Hilfe bei der Beschaffung von Substanzen. Das könne er gar nicht verschreiben und ambulant gebe es das sowieso nicht, das bekäme ich auch nirgendwo anders. Was ich da von Waffen redete – wer immer mich fände, sei traumatisiert. [...] Vor die U-Bahn, vom Hochhaus oder einfach Paracetamol, wirklich kein Problem. Er empfehle ein Hospiz. Freilich müsse man sich umsehen vorher, einen Platz reservieren. [...] Meine Einwände, dass es um Psychohygiene ginge, werden ignoriert. [...] Auf dem Rückweg stellt sich sofort das Bild der Waffe wieder ein, und gleich geht es mir besser. [...] Ich will mir ja gar nichts antun. Das ist doch nicht der Punkt. [...] Aber tagelang durch verrauchte Neuköllner Hinterhofwohnungen laufen zu müssen und mit Leuten zu sprechen, die nicht sagen wollen, wie sie heißen, nur um Gewißheit zu haben – das ist eines zivilisierten mitteleuropäischen Staates nicht würdig.[257]

> „Wobei an Medikamente, wie gesagt, gar nicht ranzukommen war. An überhaupt nichts Sicheres. Nichts Einfaches, nichts Hundertprozentiges. [...] bei Schüssen in den Kopf überleben 3–9 % [...] Erhängen fühlt sich schätzungsweise so an, wie es aussieht [...] Man kann aus dem 12. Stock springen und [...] als blutiger Matsch [...] die Passanten erschrecken, und wenn man wochen- und monatelang durch das Labyrinth geirrt ist auf der Suche nach dem sicheren Ausgang, versteht man irgendwann, wie vollkommen zurechnungsfähige Menschen auf die Idee kommen können, sich auf die ICE-Trasse zu stellen im vollem Bewusstsein, einen Lokführer für den Rest seines Lebens zu traumatisieren[258]

Wolfgang Herrndorf starb im August 2013. Er hatte sich erschossen.

Seit der Gesetzgebung 2015 haben sich die Möglichkeiten für Sterbewillige drastisch verkürzt. Folgende Thesen lassen sich abschließend aufstellen:

1. § 217 StGB steht auf einer nicht gesicherten empirischen Basis, wonach der Verfall ethischer Grundwerte aufgrund einer Liberalisierung der Beihilfe zum Suizid nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann.

2. Der Gesetzgeber schränkt mit dem § 217 StGB die individuelle Autonomie zum Schutz gesellschaftlicher Werte unverhältnismäßig ein. Dieser paternalistische Lebensschutz geht an den Bedürfnissen der Betroffenen vorbei.

3. Ein weit gefasster Tatbestand ist neben der grundsätzlichen Kritik eine für die medizinische Praxis unerträgliche rechtliche Verunsicherung, was zudem das vertrauliche Arzt-Patienten-Verhältnis nachhaltig erschüttern kann. Gerade in einer solchen beängstigenden Situation benötigen Betroffene aber besondere Fürsorge und Zuwendung.

4. Der § 217 StGB hat seine Ziele verfehlt: Die Anreizwirkung, die von den Sterbehilfevereinen vermutet wird, kann das Gesetz nicht verhindern, da es weiterhin aktive Sterbehilfevereine im Ausland gibt. Zudem wird eine Suizidprävention durch mehrere Faktoren wie Stigmatisierung durch das Strafgesetz, verminderte offene Kommunikation zwischen Arzt und Patient sowie einmalige erlaubte Laienhilfe durch die Angehörigen erschwert.

5. Letztlich bestätigt die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Erlaubnis eines tödlichen Medikaments in Ausnahmefällen die weitreichende Kritik.

[1] Herrndorf W: Arbeit und Struktur. 4. Aufl., Hamburg 2013, S. 50.
[2] Vgl. Prassig K: „Mein Wille geschehe“, in: Süddeutsche Zeitung Magazin 2013, Heft 49, https://sz-magazin.sueddeutsche.de/literatur/mein-wille-geschehe-80105 (Satnd: 23.10.2018).
[3] Vgl. „Mein Ende gehört mir! Für das Recht auf letzte Hilfe“ ; http://letzte-hilfe.de/ (Stand: 23.10.2018).
[4] Ach J, Wiesing U, Marckmann G: Sterbehilfe. Einführung, in: Wiesing U (Hrsg.), Ethik in der Medizin. Ein Studienbuch, 8. Aufl., Stuttgart 2008, S. 213–223, hier S. 213 f.
[5] Ebenda, S. 213.
[6] Nationaler Ethikrat: Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende. Stellungnahme, 2006, S. 49 ff.; Schildmann J: Sterbewünsche und assistierte Selbsttötung am Lebensende, in: Forum 2018, 33(1), S. 26–29, hier S. 26.
[7] Preidel C, Nebel K: Last Exit Gewissensentscheidung. Die Regulierung von Sterbehilfe, in: Knill C et al. (Hrsg.), Moralpolitik in Deutschland – Staatliche Regulierung gesellschaftlicher Wertekonflikte im historischen und internationalen Vergleich, Wiesbaden 2015, S. 51–68, hier S. 56.
[8] Roggendorf S: Indirekte Sterbehilfe. Medizinsche, rechtliche und ethische Perspektiven, Herbolzheim 2011, S. 17.
[9] Ebenda; Preidel und Nebel, Fn. 7, S. 51.
[10] Preidel C: Sterbehilfepolitik in Deutschland, Springer Verlag 2016, S. 13 f.
[11] Ebenda, S. 14.
[12] BGHSt 40, 257.

[13] Preidel, Fn. 10, S. 14; Roggendorf, Fn. 8, S. 19.
[14] Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009.
[15] Preidel, Fn. 10, S. 16.
[16] Roggendorf, Fn. 8, S. 19.
[17] Schöch H, Verrel T: Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), in: Goltdammer's Archiv 2005, S. 553–587, hier S. 558.
[18] Ebenda, S. 581.
[19] Ebenda, S. 586.
[20] Roggendorf, Fn. 8, S. 19.
[21] Preidel, Fn.10, 14 f.; Rissing-van Saan R: Das „Sterbehilfe"-Urteil des BGH vom 25.06.2010, 2 StR 454/09 und die These der Gleichsetzung von Tun und Unterlassen, in: Rechtsmedizin 2017, 28, S. 94–97, hier S. 96.
[22] Berghäuser G: Der „Laien-Suizid" gemäß § 217 StGB – Eine kritische Betrach- tung des Verbots einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2016, 128(3), S. 741–784, hier S. 750.
[23] Rissing-van Saan, Fn. 21, S. 750.
[24] Schildmann, Fn. 6, S. 26.
[25] Der Ethikrat macht darauf aufmerksam, dass bereits der Begriff Sterbehilfe irreführend sei, da der Wortteil „Hilfe" eine gebotene, gar wünschenswerte Handlung suggeriere. Dies sei beispielsweise bei dem Begriff der aktiven Sterbehilfe, die das Töten auf Verlangen ausdrückt, problematisch. Aktive Sterbehilfe sei, nach Meinung des deutschen Ethikrats, gerade keine wünschenswerte Hand- lung. So zeige sich besonders in der ethischen und rechtlichen Auseinandersetzung der Begrifflichkeiten, welche Wirkkraft die Sprache bei der Benennung bestimmter Handlungen, Bedeutungen und Wertungen mit sich bringt. Daher sollten in der Debatte, die sich mit Entscheidungen und Handlungen am Lebensende befasst, differenzierte Beschreibungen einzelner Handlungen erreicht werden. Andernfalls kann eine rechtliche und moralische Bewertung unbefrie- digend bleiben; vgl. Nationaler Ethikrat, Fn. 6, S.49 ff.; Schildmann, Fn. 6, S. 26.
[26] Lewitzka DU, Bauer R: Suizidalität und Sterbehilfe, in: Der Nervenarzt 2016, 87(5), S. 467–473, hier S. 468.
[27] Auch Hilfe im Sterben oder reine, eigentliche oder echte Sterbehilfe, vgl. Laux J, Nahrmann J, Parzeller M: Ärztliche Sterbehilfe in der strafrechtlichen Praxis, in: Rechtsmedizin 2018, 2, S. 112–122, hier S. 113.
[28] Höfert R: Sterbehilfe, in: Von Fall zu Fall – Pflege im Recht. Rechtsfragen in der Pflege von A-Z, 4. Aufl., Springer Verlag 2017, S. 275–282, hier S. 275; Laux et al., Fn. 27, S. 113.
[29] Laux et al., Fn. 27, S. 113 f.
[30] Roggendorf, Fn. 8, 74 f.; Laux et al., Fn. 27, 115 f.
[31] Nationaler Ethikrat, Fn. 6, S. 29.
[32] Ebenda, S. 29.
[33] Lewitzka und Bauer, Fn. 26, S. 468.
[34] Z. B. künstliche Beatmung und Ernährung, Bluttransfusionen oder ander- weitige lebensnotwendige Behandlungen.
[35] Rissing-van Saan, Fn. 21, S. 95.
[36] Schildmann J, Herrmann E, Burchardi N, Schwantes U, Vollmann J: Sterbehilfe: Kenntnisse und Einstellungen Berliner Medizinstudierender, in: Ethik in der Medizin 2004, 16, S. 123−132, hier S. 127.
[37] Ebenda, S. 130.
[38] Rissing-van Saan, Fn. 21, S. 95.
[39] Berghäuser, Fn. 22, S. 755.
[40] Ebenda, S. 755.
[41] BGH 2 StR 454/09.
[42] Rissing-van Saan, Fn. 21, S. 96.

[43] Berghäuser, Fn. 22, S. 756.
[44] Rissing-van Saan, Fn. 21, 2017 .
[45] Berghäuser, Fn. 22, S. 756.
[46] Rissing-van Saan, Fn. 21, S. 96; Berghäuser, Fn. 22, S. 756.
[47] Schildmann, Fn. 6, S. 26.
[48] Roggendorf, Fn. 8, S.24.
[49] Berghäuser, Fn. 22, S. 752.
[50] Nationaler Ethikrat, Fn. 6, S. 28; Schildmann, Fn. 6, S. 26 ff.
[51] Roggendorf, Fn. 8, S. 25.
[52] Ostgathe C: Ärztlich assistierter Suizid. Reflexionen eines Palliativmediziners, in: Höfling S, Rösch E (Hrsg.), Wem gehört das Sterben? Sterbehilfe und assistierter Suizid, München 2015, S. 11–16, hier S. 12.
[53] In der Literatur werden unterschiedliche Varianten genannt: u. a. Suizidteilnahme, Beihilfe zum Suizid, Suizidassisitenz.
[54] Gavela K: Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, Berlin Heidelberg 2013, S. 4.
[55] Nationaler Ethikrat, Fn. 6, S. 29.
[56] Ostgathe, Fn. 52, S. 12.
[57] Simon A, Hoekstra N: Sterbebegleitung: Sterbefasten – Hilfe im oder Hilfe zum Sterben?, in: Deutsche Medizinische Wochenschrift 2015, 140(14), S. 1100–1102, hier S. 1100 f.
[58] Jox RJ, Black I, Borasio GD, Anneser J: Voluntary stopping of eating and drinking: Is medical support ethically justified?, in: BMC Medicine 2017, 15(1), S. 1–5, hier S. 3 f.
[59] Die durchaus gängigen Begriffe Selbstmord und Freitod werden überwiegend aufgrund ihres wertenden Charakters nicht verwendet. Selbstmord beinhaltet den kriminalisierenden und den für moralisch entsetzlich gehaltenen Wortteil Mord. Damit wird im juristischen Sinne ein besonders verwerflicher Tötungsakt bezeichnet, was insofern nicht auf die eigentliche Selbsttötung zutrifft. Der Freitod hingegen suggeriert eine positiv konnotierte freie Wahl zwischen Leben und Tod. Tatsächlich sehen Sterbewillige in ihrem eigenen Tod zumeist die einzige Möglichkeit, ihrem Leid zu entfliehen. Dies steht einer freien Wahlmöglichkeit jedoch entgegen; vgl. Gavela, Fn. 54, S. 3 f.
[60] Hilgendorf, E.: Gesetz zur geschäftsmäßigen Sterbehilfe: Eine Norm für die Wissenschaft, in: Legal Tribune Online 2015, S. 1–2, hier S. 1; Taupitz J: Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: Die seit dem 10. Dezember 2015 geltende Rechtslage, in: Borasio GD, Jox RJ, Taupitz J, Wiesung U (Hrsg.), Assistierter Suizid. Der Stand der Wissenschaft. Springer Verlag 2017, S. 115–135, hier S. 116.
[61] Roggendorf, Fn. 8, S. 23.
[62] Schildmann, Fn. 6, S. 27.
[63] Gavela, Fn. 54, S. 7.
[64] Die Tatbestände verweisen nicht explizit auf einen anderen Menschen, son- dern verbieten generell das Töten von Menschen. Dennoch kann nach den gän- gigen Auslegungsmethoden der Schluss zugelassen werden, dass der Suizid nicht unter die Tatbestände der § 211, 212 StGB fällt; vgl. hierzu weiterführend, die Auslegung der Normentstehung sowie die Zweck- und Gesetzessystematik in: Gavela, Fn. 54, S. 8ff.
[65] Berghäuser, Fn. 22, S. 743.
[66] Gavela, Fn. 54, S. 15; Berghäuser, Fn. 22, S. 743.
[67] Laux et al., Fn. 27, S. 116; Berghäuser, Fn. 22, S. 750.
[68] Berghäuser, Fn. 22, S. 743.
[69] Täterschaftliche Fremdtötung durch Unterlassen; vgl. Gavela, Fn. 54, S. 36. Die Straftat erschöpft sich im Verstoß gegen eine Gebotsnorm, also im bloßen Unter- lassen einer im Gesetz geforderten Tätigkeit, vgl. Wessels J, Beulke W, Satzger H: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 47. Aufl., Heidelberg 2017, § 19 Rn. 982.
[70] Rosenau H, Sorge I: Gewerbsmäßige Suizidförderung als strafwürdiges Unrecht?, in: Neue Kriminalpolitik 2013, 25(2), S. 108–119, hier S. 112.

[71] Auch eine enge Verbundenheit zwischen Angehörigen wie Ehegatten oder Eltern können eine Garantenpflicht begründen; vgl. Wessels et al., Fn. 69, § 19 Rn. 1004–1005; für Nicht-Garanten, Helfer ohne besonderes Verhältnis zum Sterbewilligen, wurde eine allgemeine Hilfspflicht aus der unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323c StGB konstruiert, indem man den Suizid als Unglücksfall wertete, vgl. Rosenau H: § 217 Strafgesetzbuch (StGB). Neue Strafnorm gegen ein selbstbestimmtes Sterben in Deutschland, in: Bayrisches Ärzteblatt 2016, 3, S. 100–102, hier S. 101.
[72] Berghäuser, Fn. 22, S. 751.
[73] Gavela, Fn. 54, S. 39.
[74] Ebenda, S. 40.
[75] OLG München 1 Ws 23/87 v. 31.07.1987.
[76] Berghäuser, Fn. 22, S. 744.
[77] Ebenda, S. 744.
[78] BGHSt 32, 367.
[79] Gavela, Fn. 54, S. 39.
[80] Berghäuser, Fn. 22, S. 748.
[81] Rosenau, Fn. 71, S. 101.
[82] Bundesärztekammer: Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, in: Deutsches Ärzteblatt 2011, 108(7), S. A346–348, hier S. A-346.
[83] Schildmann, Fn. 6, S. 27.
[84] Berghäuser, Fn. 22, S. 751; Lewitzka und Bauer, Fn. 26, S. 470.
[85] Rosenau, Fn. 71, S. 100; Berghäuser, Fn. 22, S. 742.
[86] Duttge G, Plank K: Strafbewehrung der assistierten Selbsttötung. § 217 StGB als schlechte Kompromisslösung, in: EhtikJournal 2017, 4(2), S. 1–18, hier S. 4 f.
[87] Früher bekannt als Dr. Roger Kusch Sterbehilfe e. V.; als weiterer Verein ließ sich die deutsche Sektion der Schweizer Dignitas als DIGNITAS-Deutschland e. V. nieder.
[88] Vgl. http://www.sterbehilfedeutschland.de (Stand: 25.08.2018).
[89] Preidel, Fn. 10, S. 16.
[90] Klinkhammer G: Tötungsmaschine. Unerträgliche Selbstinszenierung, in: Deutsches Ärzteblatt 2008, 105(15), S. A–757. Berghäuser, Fn. 22, S. 751.
[91] Preidel, Fn. 10, S. 16; Duttge und Plank, Fn. 86, 4 f.
[92] Vgl. BT-Drucks. 17/11126.
[93] Preidel, Fn. 10, S. 17.
[94] Im Vergleich lässt der § 16 der Musterberufsordnung verlauten: „Ärztinnen und Ärzte [...] dürfen keine Hilfe zur Selbsttötung leisten“, wohingegen die Berufsordnung der Ärztekammer Sachsen-Anhalt sich auf die Formulierung beschränkt: „Ärzte haben Sterbenden unter Wahrung ihrer Würde und Achtung ihres Willens beizustehen.“
[95] Rosenau und Sorge, Fn. 70, 116 f.; Preidel, Fn. 10, 17 f.
[96] Preidel, Fn. 10, 18f.
[97] Vgl. Hinzte P (CDU), Reimann C (SPD): BT-Drucks. 18/5374.
[98] Vgl. Sensburg P (CDU), Dörflinger T (CDU) BT- Drucks. 18/5376.
[99] Vgl. Künast R (Bündis 90/Die Grünen), Sitte P (Die Linke): BT-Drucks. 18/5375.
[100] Vgl. Brand M (CDU), Griese K (SPD): BT- Drucks. 18/5373.
[101] Duttge und Plank, Fn. 86, S. 5.
[102] Darunter der Deutsche Ethikrat: Zur Regelung der Suizidbeihlife in einer offenen Gesellschaft: deutscher Ethikrat empfiehlt gesetzliche Stärkung der Suizidprävention, https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Adhoc-Empfehlungen/deutsch/empfehlung-suizidbeihilfe.pdf (Stand: 26.09.2018), sowie die Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe; Hilgendorf E, Rosenau H: Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe, in: Zeitschrift für medizinstrafrecht 2015, 3, S. 129–134, hier S. 129 ff.
[103] Duttge und Plank, Fn. 86, S. 5.

[104] BT-Drucks. 18/5373, S. 2 f.
[105] BT- Drucks. 18/5373, S.17.
[106] BeckOK StGB/Oğlakcıoğlu StGB § 217, Rn. 1.
[107] Roxin C: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Aufl., München 2006, § 10 Rn. 124.
[108] Ebenda, § 11 Rn. 153.
[109] BT- Drucks. 18/5373, S.12.
[110] Roxin, Fn. 107, § 10 Rn. 125.
[111] Duttge und Plank, Fn. 86, S. 9.
[112] Wessels et al., Fn. 69, § 1 Rn. 53.
[113] Hilgendorf, Fn. 60, S. 1.
[114] BT-Drucks. 18/5373, S. 19 f.
[115] BT-Drucks. 18/5373, S. 2, S. 8 f.
[116] BeckOK StGB/Oğlakcıoğlu StGB § 217, Rn. 18.
[117] BT- Drucks. 18/5373, S.16.
[118] BeckOK StGB/Oğlakcıoğlu StGB § 217, Rn. 19.
[119] Aus dem lateinischen suicidum von sua manu caedere: aus eigener Hand.
[120] Gavela, Fn. 54, 3 f.
[121] Ebenda.
[122] Taupitz, Fn. 60, 116 f.
[123] BeckOK StGB/Oğlakcıoğlu StGB § 217, Rn. 28.
[124] BT- Drucks. 18/5373, S. 16 f.
[125] BT- Drucks. 18/5373, S. 17.
[126] Vgl. § 206 i.V.m. § 4 PostG, § 3 Nr. 10 TKG.
[127] BT- Drucks. 18/5373, S. 16.
[128] BT- Drucks. 18/5373, S. 18.
[129] BT- Drucks. 18/5373, S. 18.
[130] BeckOK StGB/Oğlakcıoğlu StGB § 217, Rn. 21.
[131] BeckOK StGB/Oğlakcıoğlu StGB § 217, Rn. 22.
[132] BT- Drucks. 18/5373, S. 18.
[133] BT- Drucks. 18/5373, S. 18; BeckOK StGB/Oğlakcığlu StGB § 217, Rn. 26.
[134] BT- Drucks. 18/5373, S. 18.
[135] Taupitz, Fn. 60, S. 124.
[136] BT- Drucks. 18/5373, S. 18 f., Taupitz, Fn. 60, S. 124.
[137] Taupitz, Fn. 60, 124 f.
[138] BT- Drucks. 18/5373, S. 19.
[139] BT- Drucks. 18/5373, S. 19.
[140] Taupitz, Fn. 60, 124 f.
[141] Wessels, Fn. 69, § 11 Rn. 552.
[142] BeckOK StGB/Oğlakcıoğlu StGB § 217, Rn. 38, auch ableitbar aus § 216 Verbot der Tötung auf Verlangen.
[143] Hilgendorf, Fn. 60, S. 2; Taupitz, Fn. 60, S. 125.
[144] Taupitz, Fn. 60, 124 f.
[145] Hilgendorf, Fn. 60, S. 2; dagegen Oğlakcıoğlu, der Rechtfertigungstatbestände nicht in Betracht zu ziehen sieht, vgl. BeckOK StGB/Oğlakcıoğlu StGB § 217, Rn. 39.
[146] Hilgendorf, Fn. 60, S. 2.
[147] BT- Drucks. 18/5373, S. 19.
[148] Ebenda, S. 19 f.
[149] Ebenda, S. 20; Taupitz, Fn. 60, S. 127.
[150] BT- Drucks. 18/5373, S. 20.
[151] BeckOK StGB/Oğlakcıoğlu StGB § 217, Rn. 6.; Hoven E: Für eine freie Entscheidung über den

eigenen Tod. Ein Nachruf auf die straflose Suizidbeihilfe, in: Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2016, 1, S. 1–9, hier S. 7.
[152] Roxin C: Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2016, S. 185–192, hier S. 186.
[153] Fuchs M: Sterbehilfe und selbstbestimmtes Sterben – Zur Diskussion in Mittel- und Westeuropa, den USA und Australien, Sankt Augustin/Berlin 2006, S. 5–104, hier S. 16.
[154] Ebenda, 19 ff.
[155] Vgl. Allensbacher Kurzbericht vom 6.10.2014, S.1, 3, https://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_reportsndocs/KB_2014_02.pdf (Stand: 07.09.2018).
[156] Vgl. infratest dimap 2014, https://www.infratest-dimap.de/de/umfragen-analysen/bundesweit/umfragen/aktuell/vier-fuenftel-der-deutschen-fuer-aerztliche-sterbe-unterstuetzung/ (Stand: 07.09.2018).
[157] Will R: Ein Verstoß gegen die ethische Neutralität des Strafrechts – Stellungnahme zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, in: vorgänge 2015, 215, S. 109–124, hier S. 109.
[158] Hilgendorf und Rosenau, Fn. 102, 129 ff.
[159] BT-Drucks. 18/5373, S. 2.
[160] BT-Drucks. 18/5373, S. 2.
[161] In der Literatur häufig auch unter Slippery-Slope oder Schiefe-Ebene zu finden.
[162] Ach et al., Fn. 4, S. 219.
[163] Ebenda; Fuchs, Fn. 153, S. 29.
[164] Merkel R: Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. September 2015 im Ausschuss des deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, https://www.bundestag.de/blob/388404/ ad20696aca7464874fd19e2dd93933c1/merkel-data.pdf, S. 3 (Stand: 12.08.2018).
[165] Hoven, Fn. 151, S. 4.
[166] Ebenda; Merkel (Fn. 164), S. 3.
[167] BT-Drucks. 18/5373, S. 9.
[168] Vgl. Will, Fn. 157, S. 112, sowie Abé N, Blech J, Deggerich M et al.: Der moderne Tod, Spiegel online 03.04.2014, http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-124838570.html (Stand: 08.08.2019).
[169] Vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 8; Will, Fn. 157, S. 112.
[170] Roesinger u. a., 2018, 228f.
[171] Dort ist die assistierte Selbsttötung seit dem „Death with Dignity Act“ von 1997 erlaubt. Voraussetzung hierfür ist die Entscheidungsfähigkeit und eine tödliche Erkrankung des Patienten.
[172] Will, Fn. 157, S. 112; Battin MP, van der Heide A, Ganzini L et al.: Legal physician-assisted dying in Oregon and the Netherlands: evidence concerning the impact on patients in „vulnerable“groups, in: Journal of Medical Ethics 2007, 33(10), S. 591–597, hier S. 597.
[173] Will, Fn. 157, S. 113.
[174] Ebenda, S. 112.
[175] Roesinger M, Prudlik L, Pauli S et al.: Einflussfaktoren auf die Positionierung gegenüber Sterbehilfe, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2018, 51(2), S. 222–230, hier S. 229.
[176] Will, Fn. 157, S. 113.
[177] Ebenda, S. 115; Duttge und Plank, Fn. 86, S. 8.
[178] Van den Daele W: Nach bestem Wissen und Gewissen, in: vorgänge 2015, 210/211, S. 185–195, hier S. 187 f.
[179] Duttge und Plank, Fn. 86, 7 f; Taupitz, Fn. 60, 121 f.
[180] BT-Drucks. 18-5373, S. 2 f.
[181] Ad-Hoc-Empfehlung des deutschen Ethikrat, 2014. https: //www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/empfehlung-suizidbeihilfe.pdf (Stand: 09.09.2018).
[182] Berghäuser, Fn. 22, S. 759.
[183] BT-Drucks. 18/5373, S. 11.
[184] Taupitz, Fn. 60, S. 134.

[185] BT-Drucks. 18/5373, S. 20.
[186] Hoven, Fn. 151, S. 7.
[187] Taupitz, Fn. 60, S. 134.
[188] Duttge und Plank, Fn. 86, S. 8.
[189] Hoven, Fn. 151, S. 5.
[190] Ostgathe, Fn. 52, 14 f.
[191] Ebenda, S. 16.
[192] Hoven, Fn. 151, S. 5.
[193] Ostgathe, Fn. 52, S. 14.
[194] Taupitz, Fn. 60, S. 126, 133.
[195] Berghäuser, Fn. 22, 759 f.; Hoven, Fn. 151, S. 4; Rosenau und Sorge, Fn. 70, S. 110; Duttge und Plank, Fn. 86, S. 8.
[196] Rosenau, Fn. 71, S. 110.
[197] Duttke G: Die „geschäftsmäßige Suizidassistenz" (§ 217 StGB): Paradebeispiel für illegitimen Paternalismus!, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2017, 129(2), S. 448–466, hier S. 461.
[198] Ebenda, S. 460.
[199] Ebenda, S. 449.
[200] Hoven, Fn. 151, S. 5.
[201] Duttge, Fn. 197, S. 457.
[202] Merkel, Fn. 164.
[203] Duttge, Fn. 197, 456 f.
[204] BT- Drucks. 18/5373, S. 16.
[205] Duttge G: Strafrechtlich reguliertes Sterben – Der neue Straftatbestand einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, in: Neue Juristische Wochenschrift 2016, 69(3), S. 120–124, hier S. 121.
[206] Hoven, Fn. 151, S. 7.
[207] Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des deutschen Bundestags: Ausarbeitung zum Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung – Brand et.al. (BT-Drucks. 18/5373) – Gesetzgebungskompe- tenz des Bundes und Bestimmtheitsgebot, https://www.bundestag.de/blob/405550/92dd7bcf5c9ca2b2ea34991083e898ce/wd-3-188-15-pdf-data.pdf, S. 11 (Stand: 08.08.2019).
[208] Ebenda.
[209] Berghäuser, Fn. 22, 769 f.
[210] Hilgendorf, Fn. 60, S. 1.
[211] Duttge, Fn. 205, S. 122.
[212] Taupitz, Fn. 60, S. 118.
[213] BT-Drucks. 18/5373, S. 18.
[214] Duttge, Fn. 205, 124 f.
[215] Taupitz, Fn. 60, S. 120; Duttge, Fn. 205, S. 122.
[216] BT-Drucks. 18/5373, S. 17.
[217] Oğlakcıoğlu sieht hier keine Gefahr, da Ärzte die Hilfe beim Sterben regelmäßig nicht zu ihrem Hauptberuf machen; vgl. BeckOK StGB/Oğlakcıoğlu StGB § 217, Rn. 31 ff.; vgl. auch Bundesärztekammer: Verbot der geschäftsmäßigen Förderung (§ 217 StGB): Hinweise und Erläuterungen für die ärztliche Praxis, in: Deutsches Ärzteblatt 2017, 114(7), S. A 334-336 (335).
[218] BT- Drucks. 18/5373, S. 20.
[219] Taupitz, Fn. 60, S. 120; Rosenau, Fn. 71, S. 102.
[220] Taupitz, Fn. 60, S. 121; Rosenau, Fn. 71, S. 102; Berghäuser, Fn. 22, S. 765.
[221] Duttge, Fn. 205, S. 123.
[222] Roxin, Fn. 107, S. 191.
[223] Rosenau, Fn. 71, S. 102.

[224] Roxin, Fn. 107, S. 190.
[225] Ebenda.
[226] BT-Drucks. 18/5373, S. 17.
[227] Roxin, Fn. 107, S. 190.
[228] Duttge, Fn. 205, S. 122 f.
[229] Roxin, Fn. 107, S. 190.
[230] Merkel, Fn. 164, S. 4; Duttge, Fn. 205, S. 122 f.
[231] Hilgendorf, Fn. 60, S. 2.
[232] Das Bestimmtheitsgebot ist eine Grundregel im Strafrecht, welches besagt, dass Tatbestände und Rechtsfolgen ein hinreichendes Maß an Bestimmtheit aufweisen müssen, sodass die Gesetzesfassung dem Bürger Klarheit darüber verschaffen kann, was verboten ist, damit er dementsprechend sein Verhalten anpassen kann, vgl. Wessel et al., Fn. 69.
[233] Duttge und Plank, Fn. 86, S. 9.
[234] Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des deutschen Bundestags, Fn. 207.
[235] Hoven, Fn. 151, S. 7.
[236] Duttge, Fn. 205, S. 124.
[237] Ebenda.
[238] Hilgendorf und Rosenau, Fn. 102.
[239] Duttge, Fn. 205, S. 124.
[240] Duttge, Fn. 205, S. 125.
[241] Vgl. Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins gegenüber dem Bundes- verfassungsgericht zu den Verfassungsbeschwerden gegen die gesetzliche Re- gelung des § 217 StGB in der Fassung des Gesetzes vom 3. Dezember 2015 (BGBl S. 2177) über die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, August 2017, https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-48-17-strafbarkeit-der-sterbehilfe?page_n27=133 (Stand: 08.08.2019).
[242] Weilert AK: Suizid und Suizidassistenz als Rechtsproblem, in: Medizinrecht 2018, 36(2), S. 76–82, hier S. 82.
[243] Entnommen aus einem Interview mit Renate Künast aus der Hannoverschen Allgemeine Zeitung vom 22.10.2018: „Die neue Marotte, sich nicht an Recht und Gesetz zu halten“, http://www.haz.de/Nachrichten/Politik/Deutschland-Welt/Kuenast-fordert-Spahn-zur-Umsetzung-des-Bundesverwaltungsgerichtsurteil-zum-Erwerb-toedlicher-Mittel-auf (Stand 08.08.2019).
[244] BVerwG Urteil vom 02.03.2017 – 3C 19.15.
[245] Weilert, Fn. 244, S. 82.
[246] Ebenda, S. 77.
[247] Duttge und Plank, Fn. 86, S. 13; Weilert, Fn. 244, S. 77.
[248] Vgl. § 5 Abs. 1 Nr.6 BtMG, wonach die Erlaubnis zum Erwerb eines Betäu- bungsmittels gem. § 3 Abs. 1 BtMG zu versagen ist, wenn der Gebrauch des Betäubungsmittels nicht dem Gesetzeszweck entspricht. Zweck des Gesetzes ist es, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen.
[249] BVerwG Urteil vom 02.03.2017 – 3C 19.15.
[250] Duttge und Plank, Fn. 86, S. 14.
[251] Merkel R: Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 3.2.2017 – 3 C 19.15 (OVG Münster), in: Medizinrecht 2017, 35(10), S. 828–830, hier S. 829.
[252] Ebenda; Duttge und Plank, Fn. 86, S. 14.
[253] Merkel, Fn. 253, S. 830.
[254] Vgl. hierzu Müller-Neuhof J: „Der Gesundheitsminister muss aufklären, warum er das Sterbehilfeurteil ablehnt“, in: Der Tagesspiegel vom 03.07.2018, https://www.tagesspiegel.de/politik/beihilfe-zum-suizid-der-gesundheitsminister-muss-aufklaeren-warum-er-das-sterbehilfe-urteil-ablehnt/22763974.html (Stand: 08.08.2019).
[255] Vgl. https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/95149/Suizidbeihilfe-Bundesregierung-setzt-Urteil-nicht-um (Stand: 08.08.2019).

[256] Vgl. Roxin, Fn. 107, S. 190.
[257] Herrndorf, Fn. 1, S. 75.
[258] Ebenda, S. 371.

Nora Großkopf ist Mitarbeiterin am Institut für Augenheilkunde in Halle (Saale), Assistentin im Qualitätsmanagement, Studienkoordinatorin und zuständig für Ethikanträge. Außerdem hat sie eine Honoradozentenstelle für Ethik und Recht am IWK in Halle inne.

Können und dürfen freiheitseinschränkende Maßnahmen zur Vermeidung von Stürzen in der professionellen ambulanten Pflege eingesetzt werden?

von Pascal Schwarzer, M.mel.

Unter dem Stichwort „freiheitseinschränkende Maßnahmen", „freiheitsentziehende Maßnahmen", „unterbringungsähnliche Maßnahmen" oder „bewegungseinschränkende Maßnahmen" werden in der Pflege verschiedene Handlungen zusammengefasst, welche jeweils eine unbeaufsichtigte Fortbewegung von Patientinnen[1] verhindern oder wenigstens erschweren sollen. Die häufigste Form sind Bettgitter, welche an den Seiten eines Bettes angebracht werden. Weitere Formen sind Gurtsysteme an Betten oder Stühlen, festsitzende Tische an Rollstühlen, Liegesessel oder sedierende Medikamente. Insbesondere in der ambulanten Pflege kann auch das Einsperren der Patientin in ihrer Wohnung vorkommen.

Die häufigste Motivation für die Anwendung freiheitseinschränkender Maßnahmen ist die Vermeidung von Stürzen.[2] In der Tat sind Menschen ab dem 65. oder 70. Lebensjahr sturzgefährdeter als jüngere Personen.[3]

In meiner Masterarbeit aus dem Jahr 2017/18 zum Thema „Rechtliche Anforderungen an den Einsatz freiheitseinschränkender Maßnahmen zur Vermeidung von Stürzen in der professionellen ambulanten Pflege unter Berücksichtigung ethischer Gesichtspunkte sowie pflegewissenschaftlicher Erkenntnisse" habe ich mich neben den rechtlichen Aspekten freiheitseinschränkender Maßnahmen auch den pflegewissenschaftlichen Hintergründen der Problematik gewidmet. Da dem zentralen Begriff der Freiheit eine andauernde philosophisch-theologische Tradition und Diskussion zu Grunde liegt, habe ich auch diese Entwicklung des Freiheitsbegriffes im Laufe der Masterarbeit skizziert und einbezogen. Die zentralen Thesen meiner Masterarbeit sollen nun in diesem Aufsatz dargestellt werden.

I. „Stürze entstehen durch ein Zusammenwirken vielfältiger Risikofaktoren. Sturzpräventive Maßnahmen können lediglich an einzelnen Risikofaktoren ansetzen. Die tatsächlichen Auswirkungen auf das individuelle Sturzrisiko sind ungewiss."

1. Begriffsbestimmungen

Im nationalen und internationalen Sprachgebrauch sind verschiedene Definition eines Sturzes gebräuchlich.[4] Alle Begriffsbestimmungen stimmen darin überein, dass ein Sturz einen unbeabsichtigten und nicht beeinflussbaren Positionswech-

sel erfordert, der dazu führt, dass die betroffene Person auf einer tiefer gelegenen Ebene aufkommt.[5] Nach der Definition der Weltgesundheitsorganisation[6] und dem Expertenstandard des DNQP[7] ist es hierbei unerheblich, auf welcher Ursache das Aufkommen auf einer tiefer gelegenen Ebene beruht. Diese Annahme ist überzeugend. Stürze sind in der Regel multifaktoriell und lassen sich selten auf nur eine Ursache zurückführen.[8] Selbst bei einer äußeren Gewalteinwirkung wie einem Schlag, hängt das Stürzen oder Nicht-Stürzen nicht allein von der Intensität des Schlages, sondern auch von weiteren Faktoren wie den Umgebungsbedingungen oder der körperlichen Konstitution des Geschlagenen ab. Deswegen ist die Definition des Sturzes weit zu fassen und mögliche Sturzursachen sind erst im Rahmen der Bewertung des Sturzgeschehens und der individuellen Risikoeinschätzung zu ermitteln. Demzufolge liegt dieser Arbeit folgendes Begriffsverständnis zugrunde:

Ein Sturz ist jede plötzliche, unbeabsichtigte Positionsveränderung unabhängig von ihrer konkreten Ursache, in deren Folge eine Person auf dem Boden oder einer anderen tiefer gelegenen Ebene aufkommt.

2. Sturzrisiko und Risikofaktoren

Als Sturzrisiko wird die Wahrscheinlichkeit umschrieben, dass eine Person innerhalb eines bestimmten Zeitraums einen Sturz erleidet.[9] Zunächst kann danach differenziert werden, in welchen Gruppen von Patientinnen es vermehrt zu Stürzen kommt. Das sind insbesondere Menschen, die älter als 65 Jahre sind, mehr als vier verschiedene Medikamente einnehmen oder unter Wahrnehmungsstörungen leiden.[10] Eine solche grobe Einteilung liefert einen ersten Anhaltspunkt, ob überhaupt ein erhöhtes Sturzrisiko besteht. Zur Bestimmung des individuellen Sturzrisikos bedarf es einer weitergehenden Analyse von Risikofaktoren. Risikofaktoren sind innere und äußere Einflüsse, welche die Fähigkeit des Menschen, seinen Körper in einer stabilen Körperposition zu halten, negativ beeinflussen und so zu einem Sturz beitragen können.[11] Die Risikofaktoren lassen sich in personenbezogene, umgebungsbezogene und medikamentenbezogene Faktoren unterteilen.[12] Personenbezogene Risikofaktoren sind zum Beispiel Funktionsbeeinträchtigungen wie Gangunsicherheiten oder Sensibilitätsstörungen, psychische Faktoren wie Depressionen oder Angststörungen sowie Kontinenzprobleme. Umgebungsbezogene Risikofaktoren sind insbesondere Hindernisse in Bodennähe (Stolperfallen), unzureichende Beleuchtung, inadäquates Schuhwerk oder schlicht die Veränderung der gewohnten Umgebung. Zuletzt können auch bestimmte Medikamente wie zum Beispiel Antidepressiva, Neuroleptika oder Sedativa das Sturzrisiko erhöhen.[13]

Innerhalb der pflegewissenschaftlichen Diskussion wurde die Etablierung standardisierter Skalen, welche die verschiedenen Risikofaktoren unterschiedlich gewichten, erörtert.[14] In Studien haben sich solche standardisierten Verfahren allerdings nicht als tauglich erwiesen.[15] Risikofaktoren beeinflussen die Aufrechterhaltung einer stabilen Körperposition jeweils in ihrer konkreten Kombination und kommen situationsabhängig in unterschiedlicher Art und Weise zum Tragen.[16] Daher ist es nicht möglich, das konkrete Sturzrisiko für einen Menschen in jeder Situation genau zu beziffern.

3. Sturzfolgen

Der plötzliche Aufprall auf dem Boden hat verschiedene Auswirkungen auf Gesundheit und Wohlbefinden der gestürzten Person. Unmittelbare Folge eines Sturzes sind vor allem Verletzungen wie Prellungen, Frakturen und Hämatome. Neben diesen unmittelbaren Verletzungen kann es zu weiteren physischen oder psychischen Folgeerscheinungen kommen. Dazu zählen Mobilitäts- und Funktionseinschränkungen bei Aktivitäten des täglichen Lebens (ATL) sowie negative Auswirkungen auf das psychische Befinden und die soziale Teilhabe.[17] Es kann davon ausgegangen werden, dass zwar bis zu 40% der Stürze eine stationäre pflegerische Langzeitversorgung zur Folge haben, jedoch nicht zu einer erhöhten Mortalität führen.[18]

Zudem kann es vorkommen, dass Menschen in Folge eines Sturzes eine sogenannte Sturzangst entwickeln. Dies führt dazu, dass sie aus Angst vor weiteren Stürzen ihre Aktivitäten erheblich einschränken und das muskuloskelettale System aufgrund des mangelnden Bewegungstrainings weiter geschwächt wird.[19]

II. „Die routinemäßige Anwendung freiheitseinschränkender Maßnahmen ist zur Vermeidung von Stürzen nicht geeignet. Ihr Einsatz kann negative Auswirkungen auf das physische und psychische Wohlbefinden sowie auf die Möglichkeiten sozialer Teilhabe haben.“

Das bei pflegebedürftigen und älteren Menschen besonders hohe Sturzrisiko im Vergleich zu gesunden, jüngeren Menschen und die zum Teil erheblichen Auswirkungen auf das Wohlbefinden der Betroffenen werfen die Frage auf, inwieweit das Sturzrisiko durch pflegerische Maßnahmen reduziert werden kann. Deswegen soll der Blick nun auf eine häufig angeführte Maßnahme der Sturzvermeidung, nämlich die Anwendung von Bettgittern, Gurtsystemen und ähnlichen freiheitseinschränkenden Maßnahmen gerichtet werden. In der Tat scheinen derartige Maßnahmen zur Sturzvermeidung besonders geeignet, weil ein Mensch, der sich nicht bewegt, auch nicht stürzen kann.

1. Eignung freiheitseinschränkender Maßnahmen zur Minimierung des Sturzrisikos

Zunächst ist fraglich, ob freiheitseinschränkende Maßnahmen tatsächlich zur dauerhaften Senkung des Sturzrisikos geeignet sind, denn die eingeschränkte Mobilität führt langfristig zu einer Schwächung des Muskel-Skelett-Systems, da der menschliche Körper Muskeln entsprechend den regelmäßigen Belastungen auf- oder abbaut. Dies spricht dafür, dass freiheitseinschränkende Maßnahmen das Sturzrisiko sogar erhöhen könnten. Es existieren jedoch keine Studien, welche die direkten Auswirkungen von freiheitseinschränkenden Maßnahmen auf das Sturzrisiko untersuchen, weswegen hierzu keine belastbaren Aussagen getroffen werden können.[20]

Verschiedene Publikationen befassen sich jedoch mit der Frage, ob Pflegeeinrichtungen, die so weit wie möglich auf freiheitseinschränkende Maßnahmen verzichten, höhere Sturzraten aufweisen als solche, die regelmäßig freiheitseinschränkende Maßnahmen einsetzen: Gulpers et al.[21] untersuchten 2011 die Wirksamkeit eines multimodalen Interventionsprogrammes[22] zur Senkung des Einsatzes von Fixierungsgurten in verschiedenen niederländischen Pflegeheimen. Der Einsatz von Fixierungen konnte innerhalb von 8 Monaten von 17 auf 9 Prozent gesenkt werden, wohingegen die Sturzraten, die sturzbedingten Frakturen und der Einsatz von Psychopharmaka auf einem ähnlichen Niveau verblieben. Köpke et al.[23] untersuchten 2012 ebenfalls die Wirksamkeit eines Interventionsprogrammes zur Vermeidung des Einsatzes von freiheitseinschränkenden Maßnahmen in verschiedenen deutschen Pflegeheimen. Die Studie ergab, dass die erfolgreiche Reduzierung des Einsatzes von freiheitseinschränkenden Maßnahmen jeder Art nicht mit einer statistisch relevanten Veränderung der Sturzraten oder sturzbedingten Frakturen verbunden sei. Ebenfalls belegen verschiedene Literaturstudien, dass ein weitestmöglicher Verzicht auf freiheitseinschränkende Maßnahmen nicht mit einer Erhöhung der Sturzraten verbunden ist.[24] Einige Autorinnen und Autoren weisen aber ausdrücklich darauf hin, dass die gleichbleibende Sturzrate auch dem routinemäßigen Einsatz freiheitseinschränkender Maßnahmen geschuldet sein könne, bei einem sorgsamen Umgang mit derartigen Maßnahmen aber durchaus das Sturz- und Verletzungsrisiko gesenkt werden könne.[25] Anhand der derzeitigen pflegewissenschaftlichen Erkenntnisse ist anerkannt, dass freiheitseinschränkende Maßnahmen jedenfalls nicht per se zur Senkung des Sturz- und Verletzungsrisikos geeignet sind.

2. Negative Auswirkungen durch die Anwendung freiheitseinschränkender Maßnahmen

Es werden verschiedene Folgewirkungen von freiheitseinschränkenden Maß-

nahmen berichtet, wie zum Beispiel Gelenkversteifungen, Harnschwäche, Dekubitus, Hautabschürfungen, Infektionen, Unruhe, Verwirrung und Aggressionen bis hin zu depressiven Veränderungen. Darüber hinaus kann es auch zu erheblichen Verletzungen bei dem Versuch, die freiheitseinschränkende Maßnahme zu überwinden, kommen.[26] Allerdings handelt es sich jeweils um Beobachtungen und nicht um eine systematische Erfassung von möglichen Nebenwirkungen,[27] sodass nach derzeitiger Datenlage weder verifiziert noch falsifiziert werden kann, dass die berichteten Folgen tatsächlich auf der Anwendung freiheitseinschränkender Maßnahme beruhen.

Darüber hinaus verstärken freiheitseinschränkende Maßnahmen das ohnehin schon bestehende Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Patientin und den Pflegenden, weil eine eigenständige Fortbewegung zumindest wesentlich erschwert wird. Besonders bei häuslicher Pflege ist ein weiterer Gesichtspunkt hervorzuheben: Einer Patientin ist es aufgrund einer freiheitseinschränkenden Maßnahme nahezu unmöglich, eigenständig ihre Wohnung zu verlassen. Je nachdem, wie häufig Pflegekräfte, Angehörige, Freunde oder Bekannte anwesend sind, kann die Patientin die meiste Zeit des Tages auf sich allein gestellt sein. Das hat neben erheblichen Gefahren in Katastrophenfällen auch Auswirkungen auf die Teilhabe am sozialen Leben. Die Patientin kann nicht aktiv auf andere Menschen zugehen, Freunde besuchen oder an sozialen Veranstaltungen teilnehmen, sondern ist darauf angewiesen, dass zuerst Menschen auf sie zukommen. Das kann schnell zu Vereinsamung führen.

3. Andere Maßnahmen zur Sturzvermeidung

Angesichts der beobachteten und zum Teil naheliegenden Belastungen durch freiheitseinschränkende Maßnahmen drängt sich die Frage nach anderen Maßnahmen der Sturzvermeidung auf. In Literatur und Praxis werden hierfür verschiedene Maßnahmen wie motorisches Training, Anpassung der Wohnumgebung, Überprüfung und Anpassung sturzrisikosteigernder Medikamente, Gebrauch rutschsicheren Schuhwerks, Hüftprotektoren sowie Niedrigbetten vorgeschlagen. Allerdings konnten bei keiner dieser Maßnahmen bisher sichere Erkenntnisse über die Auswirkungen auf das Sturzrisiko ermittelt werden.[28] Evidenzbasierte Erkenntnisse sind auch deshalb schwer zu finden, weil ein Sturz in der Regel multifaktoriell verursacht ist und Risikofaktoren bei jedem Menschen individuell verschieden wirken. So können Aufklärung, Schulung, motorisches Training und weitere Maßnahmen im individuellen Einzelfall geradezu gegenteilig wirken: Es kann sein, dass derartige Präventionsmaßnahmen einer Patientin ein Gefühl der Sicherheit vermitteln und so ihr Sturzrisiko senken. Ebenso ist es aber auch möglich, dass sich eine Patientin aufgrund der Präventionsmaßnahmen mit der Gefahr eines Sturzes gedanklich auseinandersetzt und

daraus ein Gefühl der Unsicherheit entsteht, wodurch ihr individuelles Sturzrisiko steigt. Der Umgang mit dem individuellen Sturzrisiko ist so unterschiedlich wie die Menschen selbst es sind. Deswegen ist es von großer Bedeutung, dass Pflegekräfte auf jede Patientin individuell eingehen, um auf dieser Weise aufgrund der bisher vorhandenen pflegewissenschaftlichen Erkenntnisse und in besonderer Weise aufgrund ihrer pflegerischen Erfahrung ermitteln zu können, welche Präventionsmaßnahmen für die jeweilige Patientin am ehesten geeignet sein könnten.[29] Hierfür bedarf es einer ausreichenden, zusätzlichen personellen Ausstattung neben der routinemäßigen pflegerischen Versorgung und einer gemeinsamen Verantwortung von Unternehmensleitung, Pflegedienstleitung, Pflegekräften und den weiteren beteiligten Berufsgruppen.[30] Ein wichtiges Instrument der Sturzprophylaxe ist die Protokollierung aller Sturzereignisse, um etwaige Sturzmuster aufzudecken und entsprechend durch besondere Vorsicht in risikoträchtigen Situationen und die Beseitigung von erkannten Gefahrenquellen reagieren zu können.[31] Ein weiteres wichtiges Instrument der Sturzprophylaxe ist die Förderung von Beweglichkeit und Mobilität. Ein besonders effektives Konzept verfolgt das Projekt „Rotkäppchen am Besenstil“ der Hospitalstiftung Rottenburg.[32] Das Projekt setzt auf eine breite Einbeziehung aller Berufsgruppen, ein spielerisches Bewegungstraining, Anknüpfung an biographische Begebenheiten, Vermeidung negativ assoziierter Begriffe wie Fallen und die Verwendung positiv assoziierter Begriffe wie Sport sowie eine positive Grundhaltung insbesondere der Pflegenden, zu denen in der Regel eine tiefere Vertrauensbeziehung als zu Therapeutinnen bestehe.

4. Zwischenergebnis

Es kann festgehalten werden, dass die Vermeidung von Stürzen eine erhebliche Herausforderung in der pflegerischen Praxis ist und trotz dieser Bedeutung derzeit kein evidenzbasiertes Standardprogramm existiert, mit dem das Sturzrisiko signifikant gesenkt werden kann.[33] Das gilt aber ausdrücklich auch für die Effektivität freiheitseinschränkender Maßnahmen. Vor diesem Hintergrund kommt der pflegefachlichen Kompetenz und Erfahrung des Pflegeteams und der einzelnen Pflegekraft besondere Bedeutung zu. Letztlich kann das individuelle Sturzrisiko als Teil des allgemeinen Lebensrisikos nicht vollständig oder auch nur in einem sicheren Umfang gesenkt werden. Trotz bisher fehlender Evidenz zeigen Beispiele wie das Projekt „Rotkäppchen am Besenstiel“, dass ein Verzicht auf freiheitseinschränkende Maßnahmen gelingen kann, ohne dass dies zu einer Erhöhung der Sturzraten führt. Die mit solchen Programmen verbundenen Trainingsmaßnahmen und die besondere Sensibilität der Pflegekräfte können sich zudem positiv auf die Lebensqualität der Patientinnen auswirken.

III. „Die Freiheit der Person ist ein hohes Verfassungsgut. Die Freiheit der Person ist elementarer Bestandteil der europäischen Rechtstradition. Die Freiheit der Person ist elementarer Bestandteil des menschlichen Lebens.“

Der Schutzbereich der Freiheit der Person ist schwer zu bestimmen, soll er sich nicht mit dem Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) vollends überschneiden. Folglich ist die Definition des Schutzbereiches umstritten. Nach der überwiegenden Ansicht besteht Einigkeit dahingehend, dass die Freiheit der Person im Kern die körperliche Bewegungsfreiheit schütze und überwiegend definiert wird als „das Recht, im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung jeden beliebigen, an sich rechtlich oder tatsächlich zugänglichen Ort aufzusuchen, sich dort aufzuhalten oder ihn zu verlassen.“[34] Der Bezug auf die Rechtsordnung mache deutlich, dass nicht jede Bewegung im Sinne einer umfassenden Mobilitätsgarantie geschützt sei.[35] Der Schutzbereich ergebe sich aus dem Zusammenspiel mit der allgemeinen Rechtsordnung: Das Recht könne den Zutritt zu bestimmten Orten ver- oder gebieten, ohne dass dadurch der Schutzbereich der Freiheit der Person eröffnet sei.[36]

Dennoch verbleiben Zweifelsfälle, insbesondere bei staatlich auferlegten Handlungspflichten, welche mit einer Präsenzpflicht und damit einer Begrenzung der körperlichen Bewegungsfreiheit auf einen begrenzten Raum verbunden sind: Darunter fallen beispielsweise die Schul- und Wehrpflicht sowie die Pflicht, als Zeuge vor Gericht zu erscheinen. Anhand dieser Grenzfälle ist ein Streit entbrannt, inwiefern der Schutzbereich enger gefasst werden könne. Eine Meinung stellt darauf ab, ob eine Norm, welche zu einer Bewegungseinschränkung führe, final auf ebendiese Einschränkung der Bewegungsfreiheit gerichtet sei. Dies sei nicht der Fall, wenn die Einschränkung der Bewegungsfreiheit lediglich Folge dessen sei, dass zur Verfolgung eines anderen Primärzwecks wie zum Beispiel der schulischen Bildung von Kindern die Anwesenheit an einem bestimmten Ort notwendig sei.[37] Demgegenüber bezwecke eine Inhaftierung zwar nicht ausschließlich die Entziehung der Bewegungsfreiheit, sondern diene auch der Resozialisierung.[38] Dieses Ziel sei aber auch ohne permanente Anwesenheit in einer Haftanstalt zu erreichen, weswegen es sich um einen selbstständigen Eingriff in die persönliche Freiheit handele.[39]

Die andere Ansicht hält eine solche zweckbezogene Abgrenzung für ungeeignet, da eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit nie um ihrer selbst willen geschehe, sondern stets anderen Zwecken diene.[40] Eine Freiheitseinschränkung sei vielmehr dann anzunehmen, wenn mit großer Wahrscheinlichkeit bei Nichtbefolgung einer Anordnung sofortiger unmittelbarer Zwang zulasten der körperlichen Bewegungsfreiheit zu erwarten sei.[41]

Demgegenüber hält Merten die Bestimmung des Schutzbereiches im Kern anhand der körperlichen Bewegungsfreiheit für ungeeignet.[42] Die Einschrän-

kung der körperlichen Bewegungsfreiheit sei lediglich Folge einer Freiheitsbeschränkung.[43] Die Freiheit der Person sei in ihrer historischen Entwicklung als ein Schutz vor obrigkeitlicher Festnahme und Gefangenschaft ausgelegt.[44] Schutzbereich der Freiheit der Person sei nicht die räumliche Bewegungsfreiheit, sondern die Freiheit der Verfügung über den Körper.[45] Im Kern richte sich die Abgrenzung nach dem Status einer Person als frei, das heißt, auf freiem Fuß befindlich oder unfrei, das heißt, nicht auf freiem Fuß befindlich.[46]

Im Folgenden soll anhand der historischen Entwicklung des Grundrechts und des historisch-philosophisch gewachsenen Freiheitsbegriffs eine Bestimmung des Schutzbereiches entwickelt und vorgestellt werden. Hierzu wird zunächst die historische Entwicklung des Grundrechts und des Freiheitsbegriffes skizziert.

1. Die Freiheit der Person in der Tradition der Habeas-Corpus-Rechte

Das Grundrecht der Freiheit der Person steht in der Tradition der sog. „Habeas-Corpus-Rechte“, welche zu den ältesten Grundrechtsgarantien gehören. Sie entstanden in der mittelalterlichen Feudalgesellschaft, von England ausgehend, als Schutz der Lehnsträger vor rechtswidrigen Inhaftierungen durch den Lehnsherren. Sie beinhalteten im Wesentlichen drei Schutzgarantien: Untertanen sollten vor willkürlichen Verhaftungen geschützt, der Gewahrsamsinhaber zur Angabe des wahren Grundes eines Gewahrsams verpflichtet und ein organisationsrechtliches Schutzsystem vor ungesetzlichen Eingriffen geschaffen werden. Die ersten Kodifizierungen dieser Rechte fanden sich in Art. 39 der Magna Charta Libertatum von 1215 und schließlich in der Habeas-Corpus-Akte von 1679. Die Habeas-CorpusRechte haben auch Eingang in § 138 der Paulskirchenverfassung und Art. 114 WRV erhalten. Sie sind zudem völkerrechtlich in Art. 3, 9 AEMR, Art. 9 IPbpR und Art. 5 EMRK verbürgt. Der Parlamentarische Rat hat an diese Tradition nicht nur angeknüpft, sondern die Verfahrensgarantien aufgrund der Wirkungslosigkeit des Art. 114 WRV, die sich in den Anfangsjahren der Weimarer Republik und besonders während der NS-Zeit gezeigt hatte, erweitert, indem er Freiheitsentziehungen jeglicher Art in Art. 104 Abs. 2-4 GG einem Richtervorbehalt unterstellte.[47]

2. Der Freiheitsbegriff im Verhältnis zu Moral und Recht

Der Mensch ist frei. Aber wovon oder worauf bezieht sich diese Freiheit des Menschen, der als ein natürliches und soziales Wesen in seine Umwelt eingebunden ist, mit dieser interagieren muss, von den natürlichen Begebenheiten seiner Umwelt, seines Körpers, seines Geistes und von seinen Mitmenschen abhängig ist und andere Menschen von ihm abhängig sind? Dieser Frage stellten

sich besonders die Wissenschaftler der Aufklärung, doch war der Freiheitsbegriff auch schon in der christlichen Theologie von Bedeutung.

a. Freiheit in der christlichen Theologie

Für die christlichen Theologen war und ist die folgende Frage von zentraler Bedeutung: Kann sich der Mensch, nachdem er durch die Wahl Adams zum Bösen mit der Erbsünde belastet ist, überhaupt noch zum Guten entscheiden oder bedarf er hierfür notwendig der Gnade Gottes? Pelagius und Erasmus von Rotterdam bejahten, dass sich der Mensch trotz der Erbsünde von sich aus (mithilfe der Gnade Gottes) für das Gute entscheiden könne.[48] Auch Augustinus bejahte unter Bezugnahme auf die Bibel einen freien Willen des Menschen.[49] Allerdings werde der Wille des Menschen erst durch die Gnade Gottes zu einem guten Willen, denn ohne die Gnade Gottes sei der Wille des Menschen zu schwach.[50] Luther schließlich lehnte einen freien Willen des Menschen vollkommen ab. Der Mensch sei im Zustand der Knechtschaft der Sünde unfrei und werde erst durch die Erlösung durch die Gnade des Glaubens frei.[51] Der freie Wille sei ein gänzlich göttlicher Name und der Mensch, der sich einen freien Willen beilege, begehe eine Gotteslästerung, wie sie größer nicht sein könne.[52]

Die genannten Theologen befassten sich also mit der Frage, ob der Mensch die Fähigkeit besitzt, sich in einer konkreten Situation für oder gegen das Gute zu entscheiden. Von geringem Interesse ist die Einbindung des Menschen in seine Umwelt. Hierbei ist noch anzumerken, dass auch Luther den Menschen im Bezug zur Natur, also im Verhältnis zu anderen Menschen, durchaus als frei ansah.[53] Es waren dann die Philosophen der Aufklärung und der Moderne, die sich mit der Frage beschäftigten, wie das Zusammenleben von freien Menschen – so sie denn frei sind – gestaltet werden kann.

b. Thomas Hobbes: natürliche Freiheit und die Freiheit des Staatsbürgers[54]

Thomas Hobbes entwarf ein Bild des Menschen, der getrieben durch seinen Selbsterhaltungstrieb und der Furcht vor dem eigenen Tod nach immer mehr Macht strebe und dabei auf das Machtstreben anderer Menschen treffe, woraus schließlich ein Krieg aller gegen alle resultiere.[55] Aus diesem Naturzustand könne der Mensch nur durch Leidenschaft und Vernunft gerettet werden, denn die Furcht vor einem gewaltsamen Tod sowie das Verlangen nach einem glücklichen Leben könnten den Menschen auch friedfertig machen und die Vernunft liefere schließlich die zum Frieden führenden Grundsätze.[56] Diese Grundätze bezeichnete Hobbes als Regeln der Vernunft oder als natürliche Gesetze. Die beiden ersten natürlichen Gesetze seien erstens das Gebot, den Frieden zu sichern, solange hierzu Hoffnung bestehe, und zweitens das Gebot, auf Freiheit in dem

Maße zu verzichten, wie man anderen gegen sich selbst einräumen würde.[57] Unter Freiheit verstand Hobbes das Recht eines jeden, seine Kräfte beliebig zur Erhaltung seiner selbst einzusetzen und folglich alles, was dazu etwas beizutragen scheint, tun zu können.[58] Hobbes ging hier von einem negativen Freiheitsverständnis, also der Abwesenheit äußerer Hindernisse,[59] aus.

Die bisherigen Ausführungen betreffen einen vorstaatlichen Naturzustand, in dem die Einhaltung der natürlichen Gesetze von der Bereitschaft aller abhängt.[60] Ein Zustand dauerhaften Friedens könne nach Hobbes aber nur erreicht werden, wenn jeder sein „Recht, über sich selbst zu herrschen", an eine Person (Oberherren) übertrage, welche die so gewonnene Macht nach eigenem Gutdünken zum Frieden und zur gemeinschaftlichen Verteidigung anwende.[61] In diesem staatlichen Zustand sind die Untertanen in dem Maße frei, wie ihnen die Gesetze des Oberherren einen Bereich zur beeinträchtigungsfreien Betätigung belassen (Freiheit des Staatsbürgers).[62]

c. Immanuel Kant: moralische Freiheit und Freiheit der Willkür

Kant verfolgte ebenfalls einen vernunftbezogenen Ansatz, jedoch hat die Freiheit bei ihm eine andere Bedeutung als bei Hobbes. Kant betrachtete den Menschen als ein zur sinnlichen und zur intelligiblen Welt gehöriges Wesen.[63] Als Teil der sinnlichen Welt sei der Mensch den Gesetzen der Kausalität sowie seinen Begierden und Neigungen unterworfen.[64] Als Teil der intelligiblen Welt sei der Mensch vernünftig und frei, weil er von den bestimmenden Ursachen der sinnlichen Welt unabhängig sei.[65] Freiheit ist für Kant unzertrennlich mit Autonomie verbunden.[66] Autonomie wiederum ist nach Kant: „nicht anders zu wählen, als so, dass die Maximen seiner Wahl in demselben Wollen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen seien."[67] Freiheit ist also im Gegensatz zu Hobbes kein Recht zur Vornahme beliebiger Handlungen, sondern die Pflicht, das eigene Handeln den Grundsätzen der Vernunft, letztlich also dem kategorischen Imperativ[68] zu unterwerfen.[69]

Daneben hatte Kant in seiner Rechtslehre einen anderen Freiheitsbegriff entwickelt, welchen er als das „einzige, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht" hervorhebt.[70] Diese Freiheit sei die Unabhängigkeit von eines anderen nötigender Willkür, worunter Kant insbesondere die Qualität eines Menschen, sein eigener Herr (sui iuris) zu sein, versteht.[71]

d. Jan Schapp: bürgerliche Freiheit

Schapp stellt den Ausgleichprozess des Menschen mit sich selbst, mit seinen Mitmenschen und mit verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen, denen er oder sie angehört oder nicht angehört, in den Mittelpunkt seines Freiheitsbe-

griffes. „Das einzelne Individuum“, so Schapp, „ist in seiner Gemeinschaftsbezogenheit ein Arrangement von Gruppenmitgliedschaften, deren Gewichtung jede Person für sich selbst vornimmt.“[72] Vor diesem Hintergrund entwickelte Schapp einen Begriff bürgerlicher Freiheit als Kombination zwischen natürlicher Freiheit (Hobbes) und moralischer Freiheit (Kant): Die bürgerliche Freiheit sei die durch Moral und Recht kultivierte und dadurch zivilisierte natürliche Freiheit.[73] Durch den Ausgleich zwischen natürlicher und moralischer Freiheit werde ein „Gleichgewicht der Seele“ erreicht.[74] Der notwendige Ausgleichprozess sei zunächst ein individueller Akt der Selbstbeschränkung, der schließlich durch das Recht abgesichert werde.[75] Zusammenfassend hält Schapp fest: „Den Frieden, den ich für mich im Gleichgewicht meiner natürlichen und moralischen Freiheit gefunden habe, wird jetzt durch das Recht noch einmal gewissermaßen mit Wirkung gegen jedermann bestätigt und damit endgültig stabilisiert.“[76]

e. Arthur Kaufmann: Freiheit und Determinismus

Kaufmann widmete sich in einem Aufsatz schwerpunktmäßig dem Streit zwischen Determinismus und Indeterminismus. Der Determinismus geht in seiner Reinform davon aus, dass das menschliche Handeln durch genetische Veranlagung und angeborene Verhaltensweisen vollkommen vorherbestimmt und der freie Wille nichts anderes als eine Illusion des Gehirns sei.[77] Der Indeterminismus geht von der gegenteiligen Annahme aus und behauptet, der Mensch sei in einer konkreten Situation stets in der Lage, sich für oder gegen ein bestimmtes Handeln zu entscheiden.[78] Kaufmann wendete sich zunächst gegen beide Positionen, die nach seiner Ansicht beide schon dem natürlichen Bewusstsein, also einer Art Gefühl, welche Position am ehesten mit dem menschlichen Leben übereinstimmen könnte, widersprächen.[79] Ein reiner Indeterminismus, also die Freiheit von jeglicher Verursachung, ergebe überhaupt keinen Sinn, denn das sei völlige Beziehungslosigkeit und Isoliertheit.[80] Er fasste zusammen:

> Wir nennen ja auch nicht den einen freien Menschen, der sich immer nur vorsagt: Ich könnte, wenn ich wollte, sowohl dies wie auch das, und der darum in der Unentschiedenheit beliebiger Möglichkeiten zum Spielball des Zufalls wird, sondern frei nennen wir den, der sich kraft seiner Vernunft einsichtig entscheidet. Freiheit ist Freiheit zu selbstverantwortlicher Selbstbestimmung, ist Autonomie.[81]

Deswegen sei aber auch nicht dem Determinismus zu folgen, weil es neben vielen Situationen, in denen die natürliche Vermutung für eine kausale Verursachung menschlichen Verhaltens spreche, auch Situation gebe, in denen man „vermutet“, frei zu handeln.[82]

Die Lösung liegt für Kaufmann in der von Kant übernommenen „Zweiweltentheorie“, wonach der Mensch als Tier- und Vernunftwesen zugleich bedingt und

unbedingt sei.[83] Kaufmann wies darauf hin, dass nach Kant eine Handlung erst dann frei sei, wenn sie durch den Gebrauch der Vernunft erfolge und damit im Einklang mit den sittlichen Gesetzen stehe.[84] Für Kaufmann stand daher fest, dass der „Mensch im Recht“ im Bereich des intelligiblen als frei in dem Sinne postuliert werden könne, dass er als vernunftbegabtes Wesen im Rahmen der gesetzlichen und moralischen Ordnung selbstverantwortlich handeln könne.[85]

f. Isaiah Berlin: Anerkennung des Menschen als verantwortlich handelnder Mensch

Berlin hat sich in seiner Antrittsvorlesung 1958 an der University of Oxford mit der Entwicklung des Freiheitsbegriffes und der Bedeutung der Willensfreiheit für das gesellschaftliche Zusammenleben befasst. Er hat zunächst die Schwächen verschiedener Freiheitsbegriffe, konkret von Freiheitsbegriffen in einem negativen und einem positiven Verständnis aufgezeigt. Negative Freiheit bezeichne den Bereich, in dem sich ein Mensch ungehindert durch andere betätigen könne.[86] Je größer der Bereich der Ungestörtheit, desto größer sei die Freiheit.[87] Das führe allerdings zu dem Problem, dass sich derartige Freiheitsbereiche mit den Freiheitsbereichen anderer Menschen überschneiden, weswegen schon die klassischen englischen Philosophen darüber stritten, wie und in welchem Maße die Freiheit des Einzelnen zugunsten der Freiheit anderer Personen oder zugunsten anderer Werte und Interessen wie Gleichheit, Gerechtigkeit oder Sicherheit beschnitten werden könne.[88] „Die Freiheit der Wölfe ist der Tod der Lämmer.“[89]

Ein positiver Freiheitsbegriff trage aber in ähnlicher Weise Gefahren in sich. Die positive Bedeutung der Freiheit leite sich aus dem Wunsch des Individuums ab, sein eigener Herr, also Subjekt zu sein.[90] Diese harmlos anmutende Metapher der Selbst-Beherrschung könne weitreichende Folgen nach sich ziehen. Dem Satz: „Ich bin niemandes Sklave“ könne entgegengehalten werden, dass man Sklave der Natur oder Sklave ungezügelter Leidenschaften sei.[91] Folge eines solchen Gedankens sei, dass der Mensch sich selbst besiegen müsse, um zu einem höheren oder seinem wahren Selbst zu gelangen.[92] Die Missbrauchsmöglichkeit dieses Freiheitsbegriffes liege nun darin, dass sich einzelne Menschen oder Gruppen gegen andere Menschen erheben, um diese zwar mit Zwang, aber zu ihrem eigenen Wohl zu ihrem wahren Selbst zu führen, zu dessen Erreichung sie derzeit zu schwach, blind, unwissend oder schlecht seien.[93] Zur Rechtfertigung eines solchen paternalistischen Zwangs sei es dann nur noch erforderlich, das wahre Ziel des Menschen (ob Glück, Pflichterfüllung, Weisheit oder eine gerechte Gesellschaft) als identisch mit dessen Freiheit anzusehen, also dem freien Willen seines wahren, wenn auch verschütteten und sprachlosen Selbst.[94]

Ein weiteres Problem sah Berlin in einer erzwungenen Selbstaufgabe, welche er als einen Rückzug in die innere Zitadelle bezeichnet.[95] Berlin ging hierbei von der einfachsten Definition von negativer Freiheit aus, nämlich dem Recht, das zu tun, was man zu tun wünscht.[96] Der Mensch könne seine Wünsche aber auf solche Ziele beschränken, die er auch erreichen könne.[97] Wenn es einem Tyrannen oder Verführer gelänge, seine Untertanen soweit zu bringen, dass sie ihre ursprünglichen Wünsche aufgeben und sich seinen Vorstellungen anpassten, so sei es ihm der Definition nach gelungen, sie frei zu machen.[98] Der Rückzug in die innere Zitadelle ist deshalb folgende Überlegung des Untertanen eines Tyrannen, der erkennt, dass er seine anfänglichen Wünsche nach Glück, Macht oder Wissen nicht erreichen kann:

> Ich entschließe mich, einer Niederlage aus dem Weg zu gehen und Kraftverschwendung zu vermeiden, indem ich nichts anstrebe, von dem ich nicht sicher weiß, daß ich es auch erlangen kann. Ich beschließe, nichts Unerreichbares zu wünschen. Der Tyrann bedroht mich mit Zerstörung meines Besitzes, mit Haft, mit Exil, mit dem Tod derer, die ich liebe. Aber wenn ich mich meinem Besitz nicht mehr verbunden fühle, wenn es mir nichts mehr ausmacht, ob ich im Gefängnis sitze oder nicht, wenn ich in mir alle Gefühle natürlicher Zuneigung abgetötet habe, kann er mich nicht unter seinen Willen zwingen. […] Ich tretete gleichsam einen strategischen Rückzug in eine innere Zitadelle an – in meine Vernunft, meine Seele […] –, die von einer äußeren Macht oder von menschlicher Bosheit auf keine Weise eingenommen werden kann.[99]

Aus diesem ernüchternden Blick auf die Freiheit leitete Berlin im Schlussteil den Kern der Forderung nach Freiheit ab. „Die Idee der Freiheit sowohl in ihrem „positiven“ als auch in ihrem „negativen“ Sinne zielt im Kern auf das Fernhalten von etwas oder von jemandem – von anderen, die in mein Gebiet eindringen oder die behaupten, sie hätten Autorität über mich [...] .“[100] Es gehe nach Berlin um die Anerkennung der Person „als ein menschliches Wesen, dass entschlossen ist, sein eigenes Leben gemäß seinen eigenen (nicht unbedingt rationalen oder wohltätigen) Zwecken zu führen, und das vor allem berechtigt ist, von anderen als ein solches anerkannt zu werden.“[101] Der Mensch strebe nach Verständnis und Anerkennung der gesellschaftlichen Gruppe, derer er sich zugehörig fühlt, und das auch dann, wenn er sich mit der eigenen Art der Lebensgestaltung unpopulär oder unbeliebt mache.[102] „Der geringste Mann in England hat genauso ein Leben zu leben wie der größte.“[103]

3. Stellungnahme: die Möglichkeit der Ausübung eines freien Willens als Kern des Schutzbereiches

Die Freiheit der Person ist von großer Bedeutung für das menschliche Leben und gleichzeitig schwer zu bestimmen. Das folgt aus der lang anhaltenden Diskussi-

on des Freiheitsbegriffes und der Traditionslinie der Habeas-Corpus-Rechte. Ich möchte eine Schutzbereichsbestimmung auf der Grundlage dieser traditionsreichen Geschichte des Freiheitsbegriffes vorschlagen.

Anknüpfungspunkt der Habeas-Corpus-Rechte war von jeher der Schutz vor willkürlicher Verhaftung und Inhaftierung, also vor einem staatlichen Handeln, in dessen Folge der Betroffene innerhalb eines begrenzten Bereiches festgehalten wird und diesen nicht ohne staatliche Einwilligung verlassen kann. Richtigerweise schützt das Grundrecht also durchaus die Fortbewegungsfreiheit. Aber ist dies der Kern des grundrechtlichen Schutzes? Merten ist in seiner skeptischen Haltung beizupflichten, wenn er den Bewegungsspielraum einer Gefangenen mit dem einer Weltumseglerin vergleicht.[104] Um den Bezug zum staatlichen Handeln zu wahren, könnte man auch einen Vergleich mit dem Bewegungsradius eines Wachsoldaten oder einer Wachsoldatin am Buckingham Palace ziehen.

Wesentliches Merkmal einer Inhaftierung ist das „Ausgeliefertsein" der Inhaftierten gegenüber dem Staat. Der Tagesablauf einer Gefangenen ist nahezu vollständig von Dritten abhängig. Diese Abhängigkeit beruht auch nicht unmittelbar auf einer eigenständigen Entscheidung, sondern auf einer staatlichen Anordnung. Entscheidend ist folgende Annahme: Menschen sind als soziale Wesen in eine gesellschaftliche und staatliche Ordnung eingebunden, der sie sich im Wesentlichen unterwerfen. Die Freiheit der Person kann nicht unabhängig von der Einbindung der Person in das gesellschaftliche und staatliche Ordnungssystem gedacht werden, da menschliches Zusammenleben aufgrund der Vielzahl der menschlichen Interessen und Bedürfnisse naturgemäß mit Konflikten verbunden und daher ein Ausgleich der Interessen erforderlich ist. Eine Person wird im gesellschaftlichen Kontext nicht bereits dadurch unfrei, dass sie sich rechtlichen Pflichten unterwirft und bei Zuwiderhandlung staatliche Sanktionen zu erwarten hat, wie dies etwa bei Verstößen gegen die Schulpflicht eines Schülers oder der Präsenzpflicht des Zeugen der Fall ist. Der entscheidende Unterschied zur Inhaftierung liegt darin, dass die von konkreten Rechtspflichten betroffene Person die tatsächliche Möglichkeit der Zuwiderhandlung hat.

Eine freie Person kann sich für oder gegen die Rechtsordnung entscheiden. Innerhalb einer Haftanstalt sollen demgegenüber missbilligte Verhaltensweisen durch physische Hindernisse oder durch die Androhung unmittelbaren physischen Zwanges ausgeschlossen werden. Inhaftierte Personen haben also gerade nicht die Möglichkeit, sich für oder gegen die Rechtsordnung zu entscheiden. Die Befugnis, eine solche Entscheidung für oder gegen die Rechtsordnung eigenverantwortlich zu treffen, wird inhaftierten Personen gleichsam abgesprochen. Wesentliches Merkmal des Schutzbereiches der Freiheit der Person ist deshalb nicht die Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit also solche, sondern geschützt ist die Anerkennung, dass eine Person die Abwägung zwischen eigenen Handlungsinteressen, hiervon berührten Drittinteressen und

einschlägigen rechtlichen oder moralischen Anordnungen als Mensch eigenverantwortlich vornehmen kann. Geschützt ist also die Befugnis, sich ungehindert von Einflüssen Dritter fortbewegen zu können, unabhängig davon, ob man sich in diese Richtung fortbewegen darf. Ein so verstandener Schutzbereich der Freiheit der Person steht in der Tradition mit der Wahlfreiheit zwischen Gut und Böse im christlichen Verständnis und mit dem rechtlichen Freiheitsbegriff Kant's als Unabhängigkeit von der nötigenden Willkür eines anderen und der Anerkennung des Menschen als vernünftiges, autonomes Wesen (sui iuris). Auch die Ausführungen von Schapp, Kaufmann und Berlin unterstreichen die Einbindung des Menschen in gesellschaftliche Abhängigkeitsstrukturen und den notwendigen Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen und Werten. „Die Menschen sind aus so krummem Holz geschnitzt, daß nicht ganz Gerades daraus gezimmert werden kann."[105] Es gehört deshalb zum elementaren Bestandteil des menschlichen Lebens und ist ureigenes Recht einer Person, die Abwägung zwischen eigenen, gesellschaftlichen, sozialen, karitativen und vielen weiteren Belangen mithilfe des eigenen Verstandes, eigenverantwortlich vorzunehmen und so das Spannungsverhältnis, in dem sich unser Leben fortwährend befindet, aufzulösen und möglichst in einem individuell zu bestimmenden Gleichgewicht zu halten.

IV. „Die Anwendung freiheitseinschränkender Maßnahmen darf gem. Art. 104 Abs. 1 GG ausschließlich auf einer Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers beruhen. Derzeit können Betreuerinnen und Vorsorgebevollmächtigte nicht wirksam in die Anwendung freiheitseinschränkender Maßnahmen in der professionellen ambulanten Pflege einwilligen."

Nach derzeitigem Recht dürfen gesetzliche Betreuerinnen und Vorsorgebevollmächtigte in die Anwendung freiheitsentziehender Maßnahmen zulasten von Personen, die sich in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhalten, gem. § 1906 Abs. 4 BGB nur mit betreuungsgerichtlicher Genehmigung einwilligen. Fraglich ist, ob § 1906 Abs. 4 BGB auch dann Anwendung findet, wenn sich eine betreute Person nicht in einer stationären Einrichtung aufhält, sondern in ihrem Privathaushalt durch einen ambulanten Pflegedienst ganz oder zum Teil versorgt wird.

1. Herrschende Meinung: sonstige Einrichtung bei häuslicher Pflege in einem institutionellen Rahmen

Nach der herrschenden Meinung sei die Privatwohnung einer Patientin eine sonstige Einrichtung i. S. d. § 1906 Abs. 4 BGB, wenn die Patientin ausschließlich oder überwiegend durch ambulante Pflegekräfte versorgt werde, weil die Pfle-

ge dann in einem institutionellen Rahmen durch fremde Personen erfolge und deshalb mit einer stationären Pflege vergleichbar sei.[106] Der Gesetzgeber habe mit der Fassung des § 1906 Abs. 4 BGB lediglich die Pflege durch nahe Angehörige der gerichtlichen Kontrolle entziehen wollen.[107]

2. Bedenken gegen die herrschende Meinung

Vereinzelt werden Bedenken gegen eine derartig weite Auslegung des Begriffes der sonstigen Einrichtung geäußert. Der Gesetzgeber habe mit der Einschränkung auf Krankenhäuser, Heime oder sonstige Einrichtungen die pflegerische Tätigkeit außerhalb von Institutionen der gerichtlichen Überprüfung entziehen wollen und dies damit begründet, dass man sonst pflegende Angehörige demotivieren könnte.[108] Ob er deswegen aber nur die familiäre Pflege der gerichtlichen Überprüfung entziehen wolle, sei offen.[109] Darüber hinaus könne eine gerichtliche Entscheidung die Betreuerin von einer kritischen Bewertung des Nutzens und der Risiken der freiheitsentziehenden Maßnahme abhalten.[110] Zuletzt lasse der Wortlaut des § 1906 Abs. 4 BGB eine Ausweitung auf die häusliche Pflege nicht zu.[111]

3. Stellungnahme

Ob die Privatwohnung einer durch einen Pflegedienst versorgten Patientin eine Einrichtung i. S. d. § 1906 Abs. 4 BGB sein kann, ist durch Auslegung zu ermitteln.

a. Wortlaut und systematischer Zusammenhang

Erste Auslegungsmethode sind hier der Wortlaut und der systematische Zusammenhang der Norm. § 1906 Abs. 4 BGB nennt zunächst zwei Aufenthaltsorte, Krankenhaus und Heim, welche den Anwendungsbereich der Norm eröffnen sollen und führt anschließend die Wortgruppe „oder in einer sonstigen Einrichtung“ ein. Damit wird ein Auffangtatbestand geschaffen, wonach bestimmte Aufenthaltsorte, die weder ein Krankenhaus noch ein Heim sind, allerdings mit diesen vergleichbar sind, ebenfalls den Anwendungsbereich eröffnen sollen. Eine sonstige Einrichtung muss also mit einem Krankenhaus oder einem Heim vergleichbar sein. Das Recht der Krankenbehandlung (§ 27 Abs. 1 S. 2 SGB V) und das Recht der Pflege (§ 28 Abs. 1 SGB XI) unterscheiden grundlegend zwischen zwei Systemen, nämlich der ambulanten und der stationären Versorgung, welche voneinander getrennt sind und jeweils eigenen Regeln folgen. Beispielhaft sei nur auf die unterschiedliche Bedeutung der Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses bei ambulanter und stationärer Krankenbehandlung (§ 135 Abs. 1 S. 1 SGB V; § 137c Abs. 1 S. 2 SGB V) oder die aufwandsbezogene

Vergütung der ambulanten Pflege (§ 89 Abs. 3 SGB XI) gegenüber der pauschalierten Vergütung der stationären Pflege (§ 84 Abs. 4 S. 1 SGB XI) verwiesen. Die genannten Aufenthaltsorte des § 1906 Abs. 4 BGB sind jeweils Einrichtungen der stationären Krankenbehandlung und der stationären Pflege. Hingegen unterfällt die häusliche Pflege durch einen Pflegedienst dem Bereich der ambulanten Pflege (§ 71 Abs. 1 SGB XI). Vor diesem Gesichtspunkt ist der Privathaushalt nicht mit einem Krankenhaus oder einem Heim vergleichbar.

Weiterhin spricht auch die Bedeutung des Begriffes „Einrichtung" gegen eine Einbeziehung des Privathaushaltes in den Anwendungsbereich des § 1906 Abs. 4 BGB. Eine Einrichtung kann unter anderem definiert werden als „etwas, das von einer kirchlichen, staatlichen oder kommunalen Selle, von einem Unternehmen oder Ähnlichem zur meist öffentlichen Nutzung eingerichtet worden ist."[112] Entsprechend sind Krankenhäuser und Heime Orte, die von einer Körperschaft für einen bestimmten Zweck, nämlich der Krankenbehandlung beziehungsweise Pflege, errichtet werden und einem größeren Personenkreis zur Nutzung bereitstehen. Demgegenüber ist ein Privathaushalt weder durch eine Körperschaft eingerichtet noch dient er einem öffentlichen Zweck. Im Gegenteil ist der Privathaushalt ein Ort des persönlichen Rückzugs und der individuellen Gestaltung. Eine Patientin behält, auch wenn sie durch einen Pflegedienst versorgt wird, ihr Hausrecht über die Wohnung. Deshalb ist eine Ausweitung des Anwendungsbereiches von § 1906 Abs. 4 BGB auf den Privathaushalt nur schwer mit dem Wortlaut der Norm vereinbar.

b. Teleologische, verfassungskonforme Auslegung

§ 1906 Abs. 4 BGB schützt Patientinnen vor einer willkürlichen Anwendung von freiheitsentziehenden Maßnahmen, indem die Norm die Wirksamkeit der Einwilligung einer Betreuerin in § 1906 Abs. 1 BGB vom Vorliegen bestimmter sachlicher Gründe und in § 1906 Abs. 2 BGB von der Genehmigung eines Richters als neutrale Instanz abhängig macht. Freiheitsentziehende Maßnahmen greifen in das Grundrecht der Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG ein. Dieses Grundrecht gehört zu den ältesten Grundrechtsverbürgungen der europäischen Rechtsgeschichte und zu den elementaren Bestandteilen des menschlichen Lebens. Ein Eingriff kann nur bei Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und Einhaltung eines rechtsstaatlichen Verfahrens nach Art. 104 Abs. 2–4 GG gerechtfertigt werden.

Wenn ein diesen Grundsätzen genügendes Verfahren nicht existiert, ist die Anwendung freiheitsentziehender Maßnahmen verfassungswidrig. Einem Menschen kann nämlich nur nach umfassender Würdigung aller Umstände die Befähigung abgesprochen werden, mithilfe des eigenen Verstandes zwischen divergierenden Interessen, vorliegend besonders zwischen Gesundheit und Freiheit,

abzuwägen. Es gilt den von Berlin befürchteten Paternalismus, nämlich den Eingriff in die natürliche Freiheit von Menschen mit dem Verweis auf das Wohl ihres eigentlichen Selbst, zu vermeiden. Kern des Freiheitsschutzes ist ja gerade die Anerkennung eines jeden Menschen als eigenverantwortlich handelndes Wesen, auch wenn andere sein Handeln nicht nachvollziehen können.

Der Gesetzgeber hat sich ausweislich des Gesetzeswortlauts lediglich für ein Genehmigungsverfahren nach § 1906 Abs. 4 BGB bei stationärer Krankenbehandlung und Pflege entschieden. Etwaige weitergehende Bestrebungen haben sich jedenfalls nicht im Gesetzeswortlaut niedergeschlagen. Darüber hinaus unterscheiden sich ambulante und stationäre Versorgung derart voneinander, dass nicht von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden kann, eine analoge Anwendung ungeachtet der strengen Vorgaben des Art. 104 GG also von vornherein ausscheidet. Bis zu einer gesetzlichen Entscheidung sind freiheitsentziehende Maßnahmen in der professionellen ambulanten Pflege daher mangels gesetzlicher Grundlage verfassungswidrig und im Übrigen folgerichtig gem. § 239 StGB strafbar.

V. Fazit

Die intensive Auseinandersetzung mit dem Thema Freiheit und Freiheitseinschränkung hat mir einmal mehr gezeigt, dass es gerade im Gesundheitswesen kein Schwarz oder Weiß, kein Richtig oder Falsch gibt. Zunächst hat sich gezeigt, dass dem allzu naheliegenden Reflex, Stürze durch eine Einschränkung der Bewegungsmöglichkeiten zu vermeiden, keine einfache Alternative entgegengehalten werden kann. Es kommt vielmehr auf einen bewussten Umgang mit dem individuellen Sturzrisiko an. In der ambulanten Pflege setzt dies vor allem genügend Zeit und Fachkompetenz voraus. Ambulante Pflegekräfte müssen die zu pflegende Person sensibilisieren, ohne ihr Angst zu machen, ihr Vertrauen in die eigene Mobilität erhalten und Risikofaktoren erkennen und beseitigen. Das zeigt einmal mehr, wie wichtig eine Stärkung der Pflegeberufe ist. Gute Pflege darf nicht nur dann möglich sein, wenn sie noch nach Feierabend erfolgt.

Die Auseinandersetzung mit der verfassungsgeschichtlichen und theologisch-philosophischen Tradition des Freiheitsbegriffs hat aber den Stellenwert der persönlichen Freiheit in unserer Rechts- und Werteordnung bestätigt. Freiheitseinschränkungen und Freiheitsentziehungen dürfen vor diesem Hintergrund nur ultima ratio sein, wenn sie im konkreten Einzelfall absolut unvermeidbar sind. Um hier Fehleinschätzung möglichst vermeiden zu können, sollten die Schutzmechanismen, die das Grundgesetz gerade hierfür geschaffen hat – nämlich Parlaments- und Richtervorbehalt –, nicht ausgehöhlt werden. Doch auch der Richtervorbehalt kann nur zu einer Vermeidung unnötiger Freiheitseinschränkungen führen, wenn Gerichte ihrerseits über die nötige Sensibilität und Fach-

kompetenz verfügen. Mit diesem Befund eröffnen sich wiederum neue Fragen, die an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden sollen.

[1] Um den Textfluss nicht zu stören, wird bei Patientinnen und Patienten, Pflegebedürftigen, Berufsbezeichnungen und ähnlichen Gruppenzuordnungen nur die grammatikalisch feminine Form verwendet. In diesen Fällen sind stets Angehörige jeden Geschlechts gemeint. Die grammatikalisch feminine Form wurde gewählt, weil der Anteil weiblicher Pflegebedürftiger und weiblicher Pflegekräfte jeweils erheblich über 50 % liegt, weshalb die „Lebenswelten" der Pflege als weiblich geprägt angesehen werden können.
[2] Köpke S, Möhler R, Abraham J, Henkel A, Kupfer R, Meyer G: Leitlinie FEM – Evidenzbasierte Praxisleitlinie Vermeidung von freiheitseinschränkenden Maßnahmen in der beruflichen Altenpflege, Universität zu Lübeck & Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 2015, http://www.leitlinie-fem.de/download/LL_FEM_2015_Auflage-2.pdf (Stand 19.07.2019), S. 40; Balzer K, Bremer M, Schramm S, Lühmann D, Raspe H: Sturzprophylaxe bei älteren Menschen in ihrer persönlichen Wohnumgebung, Köln 2012, https://portal.dimdi.de/de/hta/hta_berichte/hta255_bericht_de.pdf (Stand 13.12.2017), S. 200; Ministerium für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Demografie Rheinland-Pfalz: Bettgitter – Bettgurte – Beruhigungsmittel Freiheitsentziehende Maßnahmen in der Pflege – ES GEHT AUCH ANDERS! – Information für Angehörige, Betreuerinnen und Betreuer, Mainz 2013, https://lsjv.rlp.de/fileadmin/lsjv/Dateien/Aufgaben/Pflege/BPLWTG/Freiheitsentziehende_Massnahmen.pdf (Stand 19.07.2019), S. 6.
[3] Balzer et al., Fn. 2, S. 23.
[4] Deutsche Netzwerk für Qualtätsentwicklung in der Pflege (DNQP): Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege – 1. Aktualisierung 2013 einschließlich Kommentierung und Literaturstudie, Osnabrück 2013, S. 43.
[5] Ebenda, S. 43 und 20; World Health Organization: WHO Global Report on Falls Prevention in Older Age, Geneva 2013, http://who.int/ageing/publications/Falls_prevention7March.pdf?ua=1 (abgerufen am: 19.07.2019), S. 1; Georg Thieme Verlag KG: I Care Pflege, Stuttgart 2015, S. 435; Schewior-Popp S, Sitzmann F, Ullrich L: Thiemes Pflege – Das Lehrbuch für Pflegende in der Ausbildung, Stuttgart 2017, S. 324.
[6] World Health Organization, Fn. 5, S. 1.
[7] DNQP, Fn. 4, S. 43.
[8] Lauster M, Drescher A, Wiederhold D, Menche N: Pflege Heute – Lehrbuch für Pflegeberufe, München 2014, S. 512-513; DNQP, Fn. 4, S. 61 und 63.
[9] DNQP, Fn. 4, S. 44.
[10] Lauster et al., Fn. 8, S. 513.
[11] DNQP, Fn. 4, S. 62.
[12] Georg Thieme Verlag KG: I Care Pflege, Stuttgart 2015, S. 435-436.
[13] Palesch A: Leitfaden Ambulante Pflege, München 2016, S. 254; Lauster et al., Fn. 8, S. 512; Georg Thieme Verlag KG, Fn. 12, S. 436.
[14] Lauster et al., Fn. 8, S. 513; DNQP, Fn. 4, S. 71.
[15] DNQP, Fn. 4, S. 74.
[16] Lauster et al., Fn. 8, S. 513; DNQP, Fn. 4, S. 61.
[17] Lauster et al., Fn. 8, S. 512; DNQP, Fn. 4, S. 45; Balzer et al, Fn. 2, S. 26–27.
[18] Balzer et al., Fn. 2, S. 27–28.
[19] Lauster et al., Fn. 8, S. 513; DNQP, Fn. 4, S. 46; Georg Thieme Verlag KG, Fn. 12, S. 436; Balzer et al., Fn. 2, S. 27; Huhn S: Nicht nach Schema F, in: Die Schwester Der Pfleger 2015, 7: S. 28–31, S. 28.
[20] Köpke et al, Fn. 2, S. 40.
[21] Gulpers M J, Bleijlevens M H, Ambergen T, Capezuti E, van Rossum E, Hamers J P: Belt Restraint Reduction in Nursing Homes: Effects of a Multicomponent Intervention Program, in: Journal of the American Geriatrics Society 2011, 59: S. 2029–2036, S. 2029.

[22] Multimodale Interventionsprogramme sind eine Kombination verschiedener Einzelmaßnahmen, welche in ihrer Kombination ein bestimmtes Ziel erreichen sollen. Vgl. DNQP, Fn. 4, S. 95.
[23] Köpke S, Mühlhauser I, Gerlach A, Haut A, Haastert B, Möhler R, Meyer G: Effect of a Guideline-Based Multicomponent Intervention on Use of Physical Restraints in Nursing Homes – A Randomized Controlled Trial, in: Journal of the American Medical Association 2012, Vol 307, No. 20, S. 2177–2184, S. 2178.
[24] DNQP, Fn. 4, S. 109; Balzer et al., Fn. 2, S. 201; Köpke et al., Fn. 2, S. 40; Möhler R, Richter T, Köpke S, Meyer G: Interventions for preventing and reducing the use of physical restraints in long-term geriatric care – a Cochrane review, in: Journal of Clinical Nursing 2012, 21: S. 3070–3081, S. 3071; Hamers J H, Huizing A: Why do we use physical restraints in the elderly?, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 2005, Band 38 Heft 1, S. 19-25, S. 23; Healey F, Oliver D, Milne A, Connelly J B: The effect of bedrails on falls and injury: a systematic review of clinical studies, in: Age and Ageing 2008, 37: S. 368–378, S. 375.
[25] Fonad E, Burnard P, Emami A: Shielding or caging? Healthcare staffs' views on fall risk and protection in Stockholm, in: International Journal of Older People Nursing 2008, 3: S. 46-54, S. 52-53; Healeyet al., Fn. 24, S. 376–377.
[26] Balzer et al., Fn. 2, S. 199; Köpke et al., Fn. 2, S. 40; Ministerium für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Demografie Rheinland-Pfalz, Fn. 2, S. 9.
[27] Balzer et al., Fn. 2, S. 199; Köpke et al., Fn. 2, S. 40.
[28] DNQP, Fn. 4, S. 75-106.
[29] Huhn, Fn. 19, S. 30.
[30] DNQP, Fn. 4, S. 105, 108 und 22.
[31] Huhn, Fn. 19, S. 30.
[32] Engelhardt E: Besenstil in Aktion, in: Altenpflege 2013, 4: S. 41-47, S. 41.
[33] So ähnlich auch: Balzer et al., Fn. 2, S. 254.
[34] BVerfGE 94, 166, 14.05.1996; BVerfGE 105, 239, 15.05.2002; Gusy C: § 93 Freiheit der Person, in: Merten D, Papier H-J (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Heidelberg 2011, Rn. 5; Schulze-Fielitz: Art. 2 II GG, in: Dreier H (Hrsg), Grundgesetz Kommentar, Tübingen 2004, Rn. 98 und 99.
[35] Schulze-Fielitz, Fn. 34, Rn. 98.
[36] Murswiek: Art. 2 GG, in: Sachs M (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München 2014, Rn. 235a.
[37] Gusy, Fn. 34, Rn. 10.
[38] Ebenda.
[39] Ebenda.
[40] Schulze-Fielitz, Fn. 34, Rn. 104.
[41] Ebenda; auch: BVerfGE 22, 21, 23.05.1967: „Art. 104 GG schützt die körperliche Bewegungsfreiheit […] vor unmittelbarem Zwang."
[42] Merten D: § 95 Bewegungsfreiheit, in: Merten D, Papier H-J (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Heidelberg 2011, Rn. 6.
[43] Ebenda, Rn. 7.
[44] Ebenda.
[45] Ebenda.
[46] Ebenda.
[47] Schulze-Fielitz: Art. 104 GG, Fn. 34, Rn. 1–4.
[48] Erasmus von Rotterdam D: Vom freien Willen – Verdeutscht von Otto Schumacher, Göttingen 1988, S. 80: „[…] dass im gleichen unteilbaren Werk zwei Ursachen zusammentreffen: die Gnade Gottes und der Wille des Menschen, und zwar so, daß die Gnade die Hauptursache ist und der [menschliche] Wille Nebenursache, die ohne jene nichts vermöchte, während die Hauptursache sich selbst genügen würde."; Schapp J: Freiheit, Moral und Recht - Grundzüge einer Philosophie des Rechts, Tübingen 1994, S. 33–36.
[49] Augustinus A: Gnade und freier Wille, in: Kopp S, Kunzelmann A (Hrsg), Schriften gegen die Semi-

pelagianer - Band 7, Würzburg 1955, S. 9: „Durch seine heiligen Schriften aber hat er uns geoffenbart, daß der Mensch einen freien Wille besitze.“

[50] Ebenda, S. 127: „Immer aber haben wir freien Willen, nicht immer jedoch ist er gut. […]. Die Gnade Gottes aber ist immer gut und durch sie kommt es, daß der Mensch, der früher schlechten Willens war, guten Willen hat. Durch sie kommt es auch, daß der gute Wille selbst, der schon zu existieren anfing, zunimmt und so stark wird, daß er die göttlichen Gebote nach seinem Belieben erfüllen kann, da sein Wollen stark und vollkommen ist. Der Mensch, der will und nicht kann, soll erkennen, daß er noch nicht den vollkommenen Willen habe, und beten um einen so entschiedenen Willen, wie er zur Erfüllung der Gebote hinreicht. […].“; Schapp, Fn. 48, S. 34.

[51] Schapp, Fn. 48, S. 35 f.

[52] Ebenda, S. 38.

[53] Ebenda, S. 39.

[54] Synonyme Verwendungen sind die Freiheit des Untertanen oder die bürgerliche Freiheit.

[55] Hobbes T: Leviathan, Übersetzung von Jacob Peter Mayer, Stuttgart 1970, S. 114–115: „Bei dieser großen Furcht, welche die Menschen allgemein gegeneinander hegen, können sie sich nicht besser sichern, als dadurch, daß einer dem anderen zuvorkommt oder so lange fortfährt, durch List und Gewalt sich alle anderen zu unterwerfen, als noch andere da sind, vor denen er sich zu fürchten hat. […]. Hieraus ergibt sich, daß ohne eine einschränkende Macht der Zustand der Menschen ein solcher sei, wie er zuvor beschrieben wurde, nämlich ein Krieg aller gegen alle.“

[56] Ebenda, S. 117 f.; Schapp, Fn. 48, S. 89.

[57] Hobbes, Fn. 55, S. 119; Schapp, Fn. 48, S. 90.

[58] Hobbes, Fn. 55, S. 118.

[59] Ebenda; zum Begriff negative Freiheit: Berlin I: Zwei Freiheitsbegriffe, in: Nida-Rümelin J, Vossenkuhl W(Hrsg), Ethische und politische Freiheit, Berlin, New York 1998, S. 133; Koller P: Grundlinien einer Theorie gesellschaftlicher Freiheit, in: Nida-Rümelin J, Vossenkuhl W (Hrsg.), Ethische und politische Freiheit, Berlin, New York 1998, S. 479.

[60] Hobbes, Fn. 55, S. 119–151.

[61] Ebenda, S. 155-156.

[62] Ebenda, S. 196.

[63] Kant I: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Weischedel W (Hrsg.), Kritik der praktischen Vernunft – Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Wiesbaden, Frankfurt am Main 1956, 1974, BA 110, 111; Kaufmann A: Rechtsphilosophie, München 1997, S. 241.

[64] Kant, Fn. 63, BA 110.

[65] Ebenda, BA 109.

[66] Ebenda.

[67] Ebenda, BA 87.

[68] Ebenda, BA 98; Kant I: Kritik der praktischen Vernunft, in: Weischedel W (Hrsg.), Kritik der praktischen Vernunft- Metaphysik der Sitten, Wiesbaden, Frankfurt am Main 1956, 1974, A 54: „Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.“

[69] Kant, Fn. 63, BA 111; Schapp, Fn. 48, S. 116; Kaufmann, Fn. 63, S. 241.

[70] Kant I: Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, in: Weischedel W(Hrsg), Werke in sechs Bänden, Band IV, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, Wiesbaden, Darmstadt 1956, 1983, AB 45.

[71] Ebenda.

[72] Schapp, Fn. 48, S. 222.

[73] Ebenda, S. 259.

[74] Ebenda, S. 259.

[75] Ebenda, S. 260 und 262.

[76] Ebenda, S. 261.

[77] Pieper A: Einführung in die Ethik, Tübingen 2017, S. 141.

[78] Kaufmann, Fn. 63, S. 236.

[79] Ebenda, S. 240.
[80] Ebenda, S. 241.
[81] Ebenda, S. 241.
[82] Ebenda, S. 240.
[83] Ebenda, S. 241.
[84] Ebenda.
[85] Ebenda, S. 247 und 236.
[86] Berlin, Fn. 59, S. 133.
[87] Ebenda, S. 134.
[88] Ebenda.
[89] Ebenda.
[90] Ebenda, S. 141.
[91] Ebenda, S. 142.
[92] Ebenda.
[93] Ebenda, S. 142 f..
[94] Ebenda, S. 143.
[95] Ebenda, S. 144–145.
[96] Ebenda, S. 149.
[97] Ebenda, S. 145.
[98] Ebenda, S. 149.
[99] Ebenda, S. 145.
[100] Ebenda, S. 166.
[101] Ebenda, S. 165.
[102] Ebenda, S. 164.
[103] Ebenda, S. 164.
[104] Merten, Fn. 42, Rn. 7.
[105] Berlin, Fn. 59, S. 177; Kant I: Idee zu einer Allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, in: Frank, Manfred, Zanetti V (Hrsg.), Schriften zur Ästhetik und Naturphilosophie, Frankfurt am Main 1996, Sechster Satz (Seite 329).
[106] LG Hamburg FamRZ 1994, 1619, 09.09.1994; LG München I NJW 1999, 3642, 07.07.1999; BayObLG BtPrax 2003, 37, 04.09.2002; Schwab: § 1906 BGB, in: Säcker F J, Rixecker R, Oetker H, Limperg B (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 2017, Rn. 84.
[107] LG München I NJW 1999, 3642, 07.07.1999.
[108] Grauer T: Freiheitsentziehung in der eigenen Wohnung oder in einer offenen Einrichtung, in: Betreuungsrechtliche Praxis 1999, S. 20-22, S. 22; zum Gesetzgebungsverfahren: Die Einschränkung wurde vom Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf vorgeschlagen (BT-Drucks 11/4528 Seiten 209, 210). Die Bundesregierung hat in ihrer Erwiderung dem Vorschlag des Bundesrates grundsätzlich zugestimmt (BT-Drucks 11/4528 Seite 228).
[109] Grauer, Fn. 108, S. 22.
[110] Ebenda; ähnlich auch Storf C: Der „Werdenfelser Weg“ oder „Mehr Freiheit wagen!“ - Zwei Wege, ein Ziel: Vermeidung freiheitseinschränkender Maßnahmen, in: Schleswig-Holsteinische Anzeigen – Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein (zit. „SchlHA“) 2014, S. 217–220, S. 219: Die überwiegend positive Genehmigungspraxis der Gerichte (90,8 %) könne Betreuerinnen in ihrer Praxis, häufiger Freiheitseinschränkende Maßnahmen zu beantragen als eigentlich nötig, bestärken.
[111] In einem obiter dictum: BGHZ 145, 297, 11.10.2000.
[112] Dudenverlag: Duden – Deutsches Universalwörterbuch, Berlin 2015, S. 491.

Pascal Schwarzer ist seit Juni 2018 Rechtsreferendar im Landgerichtsbezirk Flensburg.

Die Übergangsfristen der Therapieallergene-Verordnung: Problemaufriss und Lösungsvorschläge aus versorgungsethischer Perspektive

von Benjamin Roth, M.mel.

1. Einleitung

Die Allergologie fristet in der akademischen Diskussion wie in der medizinischen Praxis ein Randdasein. Darüber darf nicht vergessen werden, dass ca. 40 Prozent aller Erwachsenen und ca. 50 % aller Kinder an allergischen Erkrankungen leiden – mit teilweise erheblichen Folgen für den privaten und beruflichen Alltag.[1]

Um die Behandlungssituation dieser Patienten zu verbessern, erließ der Gesetzgeber 2008 die Therapieallergene-Verordnung (TAV). Die bis dahin i.d.R. ohne staatliche Kontrolle frei auf dem Markt verfügbaren Therapieallergene bedürfen seither einer arzneimittelrechtlichen Zulassung. Seit 2014 existiert zudem eine Leitlinie zur (allergen-)spezifischen Immuntherapie (AIT), die den Stand der Zulassungen dokumentiert und einen Überblick über aktuelle Studien liefert.

Die um den Jahreswechsel 2018/2019 zuletzt aktualisierte Fassung zeigt, dass lediglich 36 Prozent aller TAV-Präparate eine Zulassung vorweisen können. Diese langsame Umsetzung der TAV-Regelungen ist einer der Gründe, weshalb sich zunehmend Kritik an der Verordnung und deren Ausführung durch das Paul-Ehrlich-Institut (PEI) regt. Es wird zum einen eine Behandlung der Patienten mit wirkungslosen oder gar schädlichen Präparaten befürchtet, zum anderen stellt sich die Frage, ob Krankenkassen die Erstattung der TAV-Präparate an das Vorhandensein einer Zulassung binden sollten – schließlich erscheint die Vergütung potenziell unwirksamer Leistungen aus Patienten- wie auch aus Gemeinwohlsicht problematisch.

2. Der Weg zur TAV – ein kurzer Abriss

Auf Grund der rasch ansteigenden Prävalenz und Progredienz allergologischer Erkrankungen ist eine schnelle und effektive Allergie-Bekämpfung wesentlich.[2] Bei unterbleibender Behandlung oder Fehlbehandlung kann eine solche Allergie einen „atopischen Marsch“ antreten – das heißt: Kleinkinder mit „initial manifestierten allergischen Erkrankungen“ erwerben im Zuge des weiteren Krankheitsverlaufes zusätzliche Allergien und Komorbiditäten bis hin zu chronischen Erkrankungen wie dem allergischen Asthma bronchiale.[3] Hat sich eine Allergie zu einem chronischen Asthma weiterentwickelt, spricht man auch von einem „Etagenwechsel“[4]. Allergisches Asthma stellt mit einer Lebenszeitprävalenz

von 8,6 % und jährlich mehr als 800.000 betroffenen Kindern und Jugendlichen schon heute eine der häufigsten chronischen Kinderkrankheiten in Deutschland dar.[5] Nicht umsonst wird immer wieder von Allergien als „Volkskrankheit“[6] oder gar „Epidemie“[7] gesprochen.

Die (allergen-)spezifische Immuntherapie (auch Hyposensibilisierung) ist die einzige kausale Behandlungsmöglichkeit allergischer Erkrankungen. Denn die „Allergene zur spezifischen Immuntherapie werden […] mit der Zielsetzung eingesetzt, [das] Immunsystem so zu modulieren, dass die übermäßigen Reaktionen gegen allergene Bestandteile reduziert werden bzw. idealerweise gar nicht mehr auftreten.“[8] Sie hat damit das Potenzial, langfristig gegen Allergien zu immunisieren und so Krankheitsausbrüche, Neusensibilisierungen oder Etagenwechsel zu unterbinden.

Bei Präparaten zur spezifischen Immuntherapie handelt es sich i.d.R. um Individualrezepturen.[9] Das bedeutet, dass sie patientenindividuell hergestellt werden. Dies liegt an der unüberschaubaren Anzahl möglicher Allergiequellen und der starken Verknüpfung einer Allergie mit der persönlichen Lebens- und Gesundheitssituation des Betroffenen. Allerdings werden für häufig auftretende Allergien – wie etwa die allergische Rhinitis – von verschiedenen Pharmaunternehmen „vorgefertigte Gebinde“[10], die maßgeblich für den intendierten Wirkmechanismus verantwortlich sind, entwickelt und vorgehalten. Im Gegensatz zu Mischungen für seltene Allergien liegen bei aus Gebinden hergestellten Präparaten folglich standardisierte Individualrezepturen vor.

Aufgrund einer Ausnahmeregelung im AMG unterliegen jedoch auch diese Therapieallergene nicht der Zulassungspflicht. So ist im § 21 (2) 1g AMG zu lesen, dass Therapieallergene, die „für einzelne Patienten auf Grund einer Rezeptur hergestellt werden“, keiner Zulassung bedürfen.

2.1 Das versorgungsethische Problem des § 21 (2) 1g AMG

Die Ausnahmeregelung hatte zur Folge, dass es – trotz zunehmender Fokussierung der Medizin und des Pharmarechts auf Kriterien wie Evidenz, Wirksamkeit, Nutzen oder Zusatznutzen – zu keinen diesbezüglichen Veränderungen auf dem Therapieallergene-Markt gekommen ist. Noch 2011 waren über 6.600 Individualrezepturen ohne Zulassung und ohne evidenzbasierte Wirknachweise auf dem Markt verschreibungsfähig und vergütungspflichtig.[11] Für häufig auftretende Allergien wird diese Situation als „nicht akzeptabel“[12] bezeichnet. Bonertz et al. benennen fünf mögliche Folgen, die diese Rechtspraxis für die einzelnen Patienten nach sich ziehen kann und die im Folgenden ungekürzt genannt werden sollen:

> In diesen Fällen [Anm. d. Verf.: der Verschreibung von Präparaten nach der oben geschilderten Rechtspraxis] wird dem Patienten im Falle einer Behandlung mit einem Präparat, dessen Nutzen-Risiko-Verhältnis fraglich sein kann und dessen Wirksamkeit nicht belegt wurde, bei Nichtwirksamkeit des betreffenden Therapieallergens eine Heilung oder Linderung durch ein entsprechend geprüftes Arzneimittel vorenthalten. Es besteht darüber hinaus das Risiko, dass durch den sogenannten „Etagenwechsel" eine Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands des Patienten eintritt. Dieser „Etagenwechsel" kann je nach Schweregrad zu lebensbedrohlichen Erstickungsanfällen führen, da er mit einer Ausweitung der allergischen Symptomatik von den oberen Atemwegen und Augen auf den Bronchialraum und einem hiermit verbundenen Risiko der Entstehung eines allergischen Asthmas einhergeht. Ergänzend dazu würden dem Patienten weitere positive Effekte einer wirksamen Immuntherapie, wie die Verminderung des Risikos neuer Sensibilisierungen auf weitere Allergene oder die Verbesserung der Lebensqualität, vorenthalten.Darüber hinaus besteht weiterhin, trotz möglicherweise nicht vorhandener Wirksamkeit des Arzneimittels, dessen therapiebedingtes Risiko schwerwiegender Nebenwirkungen bis hin zum lebensgefährlichen anaphylaktischen Schock.[13]

Ähnlich stellte auch der Gesetzgeber 2008 fest, dass bei „Therapieallergenen, die für einzelne Personen auf Grund einer Rezeptur hergestellt werden", die Überprüfung von Qualität, Unbedenklichkeit und Wirksamkeit fehle. „Dies bedeutet nicht nur, dass die Allergie durch eine Therapie mit Präparaten, deren Wirksamkeit nicht belegt ist, im Falle der Nichtwirksamkeit nicht geheilt oder gelindert wird, sondern auch, dass durch den […] „Etagenwechsel" gleichzeitig eine Verschlechterung des Zustands des Patienten erfolgen kann. Hinzu kommt die therapiebedingte Gefährdung durch schwere unerwünschte Reaktionen, die bis zum lebensbedrohlichen anaphylaktischen Schock reichen können."[14] Die Ausnahmeregelung des § 21 (2) 1g AMG gebiert folglich ein enormes versorgungsethisches Problem zu Lasten der an Allergien leidenden Patienten. Um diesem Problem zu begegnen, brachte der Gesetzgeber – unter Federführung des PEI – die am 14.11.2008 in Kraft getretene Therapieallergene-Verordnung (TAV) auf den Weg.

2.2 Die Regelungen der Therapieallergene-Verordnung

Die TAV unterstellt einige häufig vorkommende Allergene der allgemeinen Zulassungspflicht (§ 21 AMG) und der Chargenprüfung (§ 32 AMG).[15] Diese TAV-Allergene sind im Anhang der Verordnung genannt – es handelt sich um: Süßgräßer-, Birken-, Erlen-, Hasel-, Hausstaubmilben-, Wespen- und Bienenallergene. Weil Zulassungsverfahren viel Zeit und auch Geld in Anspruch nehmen, „werden in der TAV ausgedehnte zeitliche Übergangsregelungen festgelegt."[16]

Diese Fristen gestalten sich wie folgt: Nach Inkrafttreten der TAV müssen bis zum Mai nach § 3 (1) TAV alle TAV-Allergene, für die die Hersteller eine Zulassung

planen, beim PEI angezeigt werden („Zulassungspräparate“[18]). Möchten die Hersteller keine Zulassung für diese Präparate, können sie sie gemäß § 3 (2) TAV zum Abverkauf anzeigen („Ablaufpräparate“[19]). Als Rechtswirkung bleiben sie dann für drei weitere Jahre verkehrsfähig. Unterlässt der Hersteller eine Anzeige beim PEI, erlischt die Verkehrsfähigkeit des betroffenen Allergens.[20] Sowohl Präparate, die unter die Regelung des § 3 (1) fallen, als auch solche, die unter den § 3 (2) fallen, unterliegen ab Oktober 2009 der staatlichen Chargenprüfung gemäß § 32 AMG – womit sie „den gleichen Kriterien der Qualitätsbegutachtung unterworfen“[21] werden wie alle gewöhnlichen, in Chargen hergestellten Fertigarzneimittel. Für die Zulassung der Therapieallergene müssen die Hersteller bis spätestens Dezember 2010 einen Antrag auf Zulassung beim PEI stellen. Im Folgenden werden die eingereichten Zulassungsunterlagen bewertet, klinische Prüfungen durchgeführt und mögliche Defizite in Form von Mängelschreiben den jeweiligen Herstellern mitgeteilt. Der Hersteller hat nach Eingang des Schreibens 12 Monate Zeit, um diese Mängel zu beheben – wobei diese Frist vom PEI um sieben Jahre verlängert werden kann. Die maximal mögliche Frist zur Mängelbehebung beträgt folglich acht Jahre. Sollte es dem Hersteller nicht gelingen, in den in der TAV genannten Fristen seine Präparate zur Zulassung zu bringen, sind diese nicht mehr weiter verkehrsfähig und müssen vom Markt genommen werden („drop out“).[22]

Die Folgen der TAV für den Therapieallergene-Markt waren von nicht zu unterschätzender Intensität. Bis zum 14. Mai 2009 sind dem PEI 6.654 Therapieallergene von zehn verschiedenen Herstellern angezeigt worden. Für nur einen Bruchteil von 178 Präparaten dieser Allergene beantragten die Hersteller eine Zulassung. Tatsächlich eingereicht wurden wiederum nur Zulassungsanträge für 123 Therapieallergene.

2.3 Die TAV heute – ein kurzes Resümee

Die TAV-Allergene müssen nun auf Wirksamkeit, Qualität und Verträglichkeit getestet werden. Dazu kommt die verpflichtende Chargenprüfung. Damit ist die Einführung der TAV grundsätzlich sehr zu begrüßen. Die Verordnung hat bereits große Erfolge gezeitigt und zu einem Umbruch auf dem Therapieallergenemarkt geführt. Leider ist der TAV-Prozess die letzten Jahre ins Stocken geraten. Von den 123 Zulassungsanträgen sind auch gut 10 Jahre später nur etwa die Hälfte bearbeitet.[24] Dies führt zunehmend zu Kritik, die sich häufig an der 2014 publizierten S2k-Leitlinie zur AIT festmachen lässt.

3. S2k-Leitlinie zur spezifischen Immuntherapie

Für die (allergen-)spezifische Immuntherapie wurde 2014 von den allergolo-

gischen Fach- und Berufsverbänden[25] nach den Vorgaben der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaft (AWMF) eine „Leitlinie zur (allergen-)spezifischen Immuntherapie bei IgE-vermittelten allergischen Erkrankungen“ veröffentlicht.[26] Auf der Homepage der DGAKI können nun u. a. Tabellen zur Leitlinie eingesehen werden. Sie dokumentieren den aktuellen Zulassungsstand für TAV-Produkte und werden halbjährlich aktualisiert.

In der Tabelle II werden der Zulassungsstatus und die diesem zugrundeliegenden Studien aufgelistet. Bei in Klammern geschriebenen Studien handelt es sich um Kinderstudien. Die Jahreszahlen stehen für das Jahr, in dem ein Produkt eine Zulassung erhalten hat. Weiße Felder ohne Jahreszahl zeigen folglich an, dass das betreffende Produkt keine Zulassung besitzt. Sind keine weißen Felder, sondern lediglich ein grauer Grund zu sehen, bedeutet dies, dass das Präparat für dieses Allergen auf dem deutschsprachigen Markt nicht angeboten wird. Die Unternehmen und die Namen der Präparate sind in der untenstehenden Tabelle geschwärzt. Dies soll den Blick auf die wissenschaftliche Argumentation lenken und den Vorwurf, man betreibe – bewusst oder unbewusst – Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Unternehmen, die keine zugelassenen Präparate auf dem Markt haben, gar nicht aufkommen zu lassen. SCIT steht für subcutane Immuntherapie. Hier wird das Präparat mit Hilfe einer Spritze unter die Haut injiziert. SLIT steht für sublinguale Immuntherapie. Das Präparat wird in Flüssigkeit gelöst, oral („unter der Zunge“) verabreicht. Allergoide sind chemisch veränderte Allergene.

Nach über 10 Jahren TAV zeigt sich folgendes Ergebnis: 64 % aller Präparate verfügen über keine Zulassung. Dazu kommen nochmals 8 % an Produkten, die zwar eine Zulassung erhalten haben, deren Wirksamkeit jedoch durch keine evidenzbasierten Studien belegt werden konnte. Bei 50 % aller auf dem Markt verfügbaren Produkte gibt es weder eine Zulassung noch die Evidenz des Präparates belegende Studien. Bei mindestens der Hälfte aller verkehrsfähigen Produkte hat die TAV folglich bis heute zu keinerlei Veränderung geführt.

Studien	**Zulassung**	**Anzahl**	**Prozent**
Ja	**Ja**	**14**	**28 %**
Nein	Ja	**4**	**8 %**
Ja	Nein	**7**	**14 %**
Nein	**Nein**	**25**	**50 %**
	Gesamt	**Σ 50**	**Σ 100 %**

Tabelle I: Verhältnis von in Deutschland erhältlichen zugelassenen zu nicht-zugelassenen SIT-Präperaten (eigene Darstellung)

Präparate zur spez. Immuntherapie (D, 12-2018)

Anzahl der Studien (Stand 12-2018) in der Indikation *Allergische Rhinitis/Rhinokonjunktivitis mit/ohne allergischem Asthma bronchiale* und Zulassungsjahr[a] je Produkt[b] (li. Zeilen) und Allergenquelle (re. Spalten). Die tabellarisch dargestellte Beurteilung[c,d] beruht auf modifizierten Kriterien (nicht zulassungsrelevant) der World Allergy Organization (WAO) [Canonica W et al, Allergy 2007;62(3):317-24]:

1) Standardisierter Allergenextrakt und Dosis
2) Randomisiertes, doppelblindes, Plazebo-kontrolliertes Studiendesign
3) Angabe eines Symptom-Medikationsscores und/oder beider Einzelscores
4) Angaben zur statistischen Auswertung, statistisch signifikantes Ergebnis
5) Die Wirksamkeit des Verum liegt mindestens 20% über Plazebo

[a] Maßgeblich sind die im Jahr der Zulassung vom Paul-Ehrlich-Institut (PEI) geforderten Kriterien, z.T. abweichend von aktuellen Anforderungen.

[b] Einzelne Produkte zeigen eine Wirksamkeit in Studien, die den gelisteten Kriterien nicht genügen, jedoch zur klinischen Dokumentation beitragen.

[c] Studien mit geringer Fallzahl sind in ihrer Aussagekraft bezüglich der klinischen Wirksamkeit eingeschränkt.

[d] **Tabelle als Entscheidungsgrundlage zur Verordnungs- oder Erstattungsfähigkeit i. S. einer Positiv- oder Negativliste ungeeignet.**

		Anzahl der Gräserstudien (davon Kinderstudien)	PEI - Zulassung erfolgt	Anzahl Frühblüher-/Birke-Studien (davon Kinderstudien)	PEI - Zulassung erfolgt	Anzahl Milbenstudien (davon Kinderstudien)	PEI - Zulassung erfolgt
Allergoide SCIT Allergene							
[redacted]	[redacted]					0	
[redacted]	[redacted]	2	1992	1	1992		
[redacted]	[redacted]	1		0		0	
[redacted]	[redacted]	1		1		2	2004
[redacted]	[redacted]	1		0			
[redacted]	[redacted]	2		1			
[redacted]	[redacted]	1	1993	1	1989	0	
[redacted]	[redacted]	0		0		0	
[redacted]	[redacted]	0	1976	0	1995		
Nicht modifizierte SCIT Allergene							
[redacted]	[redacted]	4 (1)	1990	2	1990	0	1990
[redacted]	[redacted]	0	1994	1	1997		
[redacted]	[redacted]					1(1)	1992
[redacted]	[redacted]					0	
Allergoide SLIT Allergene							
[redacted]	[redacted]	1		0		0	
Nicht modifizierte SLIT Allergene							
[redacted]	[redacted]					2 (1)	2015
[redacted]	[redacted]	8 (4)	2006				
[redacted]	[redacted]	4 (1)	2008				
[redacted]	[redacted]	0		0		0	
[redacted]	[redacted]	0		0		0	
[redacted]	[redacted]	0		0		0	
[redacted]	[redacted]			2	2005		
[redacted]	[redacted]	0		1	2018	0	
[redacted]	[redacted]	0		0		0	

zusätzliche Information: **siehe Einzelstudien (Tabellen)**

Präparat wird mit diesem Allergen in Deutschland (D) nicht angeboten

JJJJ Präparat ist mit diesem Allergen in D zugelassen (Jahr)

Präparat ist mit diesem Allergen in D nicht zugelassen

Tabelle II: Übersicht SIT-Produkte[27]

3.1 Die Diskussionen um die S2k-Leitlinie

Zwar mögen die obigen Zahlen im 11. Jahr der TAV überraschen, dennoch herrschte nach Inkrafttreten der Verordnung weitestgehende Einigkeit: Ein Nebeneinander von zugelassenen und nicht-zugelassenen Präparaten war eingepreist. Auch die Frage, was dies für die Verschreibungs- und Erstattungsfähigkeit, der nicht zugelassenen Präparate bedeuten kann, wurde von Anfang an gestellt und unter dem Signum prinzipieller Einigkeit beantwortet. So konstatiert 2010 die Kassenärztliche Vereinigung Bayerns (KVB):

> In Bezug auf Verordnungs- und Erstattungsfähigkeit stellt es sich so dar, dass sowohl Präparate, die schon eine Zulassung besitzen, als auch Präparate, für die eine Zulassung angestrebt wird oder die noch weiter abverkauft werden, rechtmäßig auf dem deutschen Markt vertrieben werden und somit grundsätzlich die Voraussetzungen zur Verordnungs- und Erstattungsfähigkeit erfüllen.[28]

Mit der Publikation der Leitlinie und der S2k-Tabelle im Jahre 2014 nahm die Diskussion um das Nebeneinander von zugelassenen und nicht zugelassenen Präparaten jedoch Fahrt auf. Spätestens seitdem ist ferner klar, dass die ursprünglich postulierten Fristen nicht eingehalten werden können und auch in absehbarer Zeit kein Ende des TAV-Prozesses in Sicht ist.

In der aktuellen Diskussion können zwei Positionen ausgemacht werden: Die eine möchte die weitere Verschreibungs- und Erstattungsfähigkeit der AIT-Präparate von der Zulassung und den in der Leitlinie genannten Studien abhängig machen (3.1.1). Die Vertreter der anderen Position möchten, dass weiterhin alle Präparate unbeschadet der Zulassung oder Evidenz bis zum Ende des TAV-Prozesses auf dem Markt verfügbar bleiben (3.1.2).

3.1.1 Position 1: Evidenz und Zulassung – Grundlagen der Verschreibungsfähigkeit

Als Erstes äußerte sich im April 2015 die Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württembergs (KVBW) verordnungseinschränkend.[29] Sie fordert die Ärzte dazu auf, ihr Verordnungsverhalten an der Evidenz und Zulassung der Präparate auszurichten. Hierzu schlägt die KVBW vor, wo möglich eine „evidenzbasierte Verordnungsweise“[30] an den Tag zu legen. Diese garantiere „einzig die Kombination aus Wirksamkeitsnachweis und Zulassung.“[31] AIT-Produkte, die diese Kombination aufweisen, bezeichnet die KVBW als „First-Line-Therapie“[32], die „vorrangig einzusetzen“[33] sei.

Die KVBW bleibt mit dieser Interpretation nicht allein. Der Ghenter Allergologe Claus Bachert plädiert im selben Jahr für eine auf Evidenz und Zulassung ausgerichtete Verordnungsweise.[34] Dabei entwirft er ein Vier-Stufen-Modell,

das als Evidenzpyramide bezeichnet werden könnte: Grundsätzlich ordnet Bachert die TAV-Präparate in gleicher Weise wie Tabelle I, wobei Bachert seinen Vorschlag bereits als Handlungsempfehlung für behandelnde Ärzte versteht. Produkte mit Evidenz (=Studie/n) und Zulassung sollen bevorzugt verschrieben werden („Erste-Wahl-Produkte"). Produkte ohne Studien und Zulassung sollten als „Letzte-Wahl-Produkte" im Grunde von der Verschreibung ausgeschlossen sein. Neben dem Therapieerfolg führt er die dauerhafte Verfügbarkeit als weiteren Punkt ein, der für die Verschreibung sog. „Erster-Wahl-Produkte" spreche.[35]

Seit 2015 melden sich immer mehr Akteure kritisch zu Wort und fordern eine Ausrichtung der Verschreibungsfähigkeit an den Kriterien Evidenz und/oder Zulassung.[36] Eine der aktuellsten Forderungen nach einer solchen Verordnungsweise ist im Arzneiverordnungs-Report 2018 zu finden.[37] Zawinell und Schwabe machen dabei deutlich, dass nicht nur die Anzahl der Präparate, sondern auch das Verordnungsvolumen bei einzelnen Allergenen bei Präparaten ohne Zulassung größer ist als bei Präparaten mit Zulassung. Teilweise stellen nicht zugelassene Präparate die volkswirtschaftlich teuersten und in der Praxis meist verschriebenen Präparate dar. Das verordnungsstärkste SCIT-Gräserpräparat ist beispielsweise das zulassungsfreie Pollinex® mit fünf Millionen definierten täglichen Tagesdosen (DDD).[38] Bei den Gesamtkosten liegt es hinter zwei zugelassenen Präparaten auf Platz drei.[39] Bei Hausstaubmilben ist das zulassungsfreie Acaroid® mit 9,3 Mio. DDD und Gesamtkosten von 15.810.000 € das mit Abstand verordnungsintensivste und gleichsam teuerste Präparat.[40]

3.1.2 Position 2: Zulassung. Wirksamkeit. Erstattung

Diese eben skizzierte Position ist jedoch nicht unumstritten. In der Stellungnahme zum Schreiben der KVBW im Verordnungsforum 2015 bezeichneten die Vertreter der AeDA (Klimek), der DGAKI (Vogelberg) und der GPA (Hamelmann) die Kritik als „korrekturbedürftige Fehleinschätzung"[41]. 2016 sprach Klimek in der zunehmend hitzig geführten Debatte gar von „unseriösen Publikationen und Artikeln"[42]. Seither sind mehrere Schreiben und Stellungnahmen, die sich kritisch mit der obigen Position auseinandersetzten, veröffentlicht worden.[43] Dabei wird sich im Kern auf zwei Argumentationen gestützt:

a) Kein Zusammenhang zwischen Evidenz und Wirtschaftlichkeit

Einige Autoren weisen darauf hin, dass es keinen Zusammenhang zwischen Evidenz und Wirtschaftlichkeit gebe. Dies wird verschiedentlich begründet. Zum einen sei die Evidenz als Beurteilungskriterium für die Wirtschaftlichkeit eines Produktes „rein willkürlich", schließlich „musste […] irgendein Cut-off-Wert" als Beleg für vorhandene Evidenz „gesetzt werden"[44]. Zum anderen wird betont,

dass die wissenschaftliche Literaturrecherche zur Erstellung der Leitlinie das Kriterium der Wirtschaftlichkeit nicht berücksichtigt. „Die Anwendung dieses Kriteriums“ hätte „gegebenenfalls zu einer völlig anders zusammengesetzten Literaturauswahl geführt.“[45] Damit können aus der Leitlinie keine Aussagen „zu einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Verordnungsweise, wie sie nach § 12 SGB V Absatz 1 Voraussetzung für eine Verordnung zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung ist“[46] getroffen werden. Letztlich gilt, dass Entscheidungen zur Erstattungsfähigkeit auf „Kosten-Nutzen-Analysen basieren [müssen] und nicht ausschließlich auf einer Evidenzbewertung.“[47]

Als weiteres Argument wird ins Feld geführt, dass die evidenzbasierte Leitlinie „keine vergleichende Beurteilung der Wirksamkeit unterschiedlicher AIT-Produkte“[48] ermögliche. In der Folge wird die Ermittlung der Wirtschaftlichkeit kaum möglich sein, weil sich diese – spätestens seit dem AMNOG – i.d.R. im Verhältnis zu einer Vergleichstherapie bemisst.

b) Kein Zusammenhang zwischen Evidenz und Wirksamkeit

Als weiteres zentrales Argument wird darauf verwiesen, dass es keinen oder einen nur sehr geringen Zusammenhang zwischen Evidenz und Wirksamkeit gebe. Dies wird damit begründet, dass der Begriff Evidenz „sich […] auf die Informationen aus klinischen Studien“[49] bezieht, die das Vorhandensein von Wirksamkeit beweisen oder widerlegen. Über die Beschaffenheit der Wirksamkeit selbst tätigt die Evidenz jedoch i.d.R keine Aussage. Dies führe dazu, dass „die Leitlinie und die angehängten Tabellen […] im Wesentlichen Aussagen zur Evidenz der aufgeführten Produkte und nur in geringem Maße zur Wirksamkeit“[50] treffen. Daher könne „fehlende Evidenz nicht mit fehlender Wirksamkeit gleichgesetzt werden.“[51] Ebenso kann es sein, dass die „Intervention mit der höchsten Evidenz […] nicht die mit der höchsten Wirksamkeit“[52] ist. Einfach formuliert, zeigt Evidenz an, *ob* etwas wirkt, nicht aber, *wie* etwas wirkt.

Da Evidenz nicht die „Größenordnung des Effekts“[53] („das Wie“) beschreibt, ermögliche sie derzeit keine „korrekte, wissenschaftlich haltbare vergleichende Beurteilung der Wirksamkeit unterschiedlicher AIT-Produkte.“[54] Eine Vergleichbarkeit der Wirksamkeit der verschiedenen Präparate ist daher auf Grundlage der Evidenz nicht möglich. Letztlich können „abschließende Aussagen zur Wirksamkeit eines AIT-Produktes“[55] erst mit dem Abschluss des TAV-Prozesses getroffen werden.

3.2 Die Lesbarkeit der S2k-Leitlinie – ein Resümee

Zwar stimmen praktisch alle Beteiligten darin überein, dass der Weg, der mit dem Inkrafttreten der TAV beschritten wurde, ein richtiger sei. Auch die zuneh-

mende Orientierung an Evidenzkriterien wird mehrheitlich geteilt. Die prima vista logische Folge, im Behandlungsalltag bevorzugt zugelassene Präparate mit belegter Evidenz zu verordnen, stößt aber in weiten Kreisen – im Besonderen bei den allergologischen Fachverbänden – auf Kritik und Ablehnung.

a) Evidenz und Wirtschaftlichkeit – wirklich kein Zusammenhang?

Jede Intervention muss den Kriterien des Wirtschaftlichkeitsgebotes entsprechen. Über den Inhalt dieses Gebotes geben die §§ 12 und 70 SGB V Auskunft. Grundsätzlich gilt, dass eine wirtschaftliche Behandlung a) dem allgemeinen Stand der medizinischen Erkenntnis entsprechen muss (§ 70 Abs. 1 S. 1), b) ausreichend und zweckmäßig sein muss (§ 70 Abs. 1 S. 2), c) das Maß des Notwendigen nicht überschreiten darf (§ 70 Abs. 1 S. 2) und d) in der fachlich gebotenen Qualität erbracht werden muss (§ 70 Abs. 1 S. 2). Bei diesen Kriterien handelt es sich um „unbestimmte Rechtsbegriffe“[56], sie können folglich im konkreten Einzelfall umfassend überprüft und abgewogen werden. Als ausreichend gelten Leistungen, „die nach Umfang und Qualität hinreichende Chancen für einen Heilerfolg bieten.“[57] Zweckmäßige Leistungen sind solche, die „der Verhütung, Früherkennung, Behandlung oder Rehabilitation dienen.“[58] Zudem sollen sie „hinreichend wirksam sein.“[59] Notwendig ist eine Behandlung dann, wenn sie nach „Art und Umfang unentbehrlich ist.“[60]

Diese knappe Begriffsdefinition zeigt an, dass Wirtschaftlichkeit kein statischer Begriff ist und sich nicht darin erschöpft, das günstigste mögliche Präparat zu verschreiben. Trotzdem wird deutlich, dass einige Kriterien des Wirtschaftlichkeitsgebotes in direktem Zusammenhang mit Fragen nach der Erstattungsfähigkeit der TAV-Allergene zu stehen scheinen. Der „allgemeine Stand der medizinischen Erkenntnis“ oder die „gebotene Qualität“ und „hinreichende“ Wirksamkeit können in besonderer Weise auf „der Grundlage der evidenzbasierten Medizin“ (§ 5 Abs. 2 Verf.Ord.G-BA) ermittelt werden.

Grundsätzlich trifft die AIT-Leitlinie keine Aussagen zur Wirtschaftlichkeit der aufgeführten Präparate – dies wird auch in einem Zusatz zur Leitlinie explizit erwähnt. Die Vehemenz, mit der einige Autoren eine evidenzbasierte Erstattungsweise der TAV-Allergene ablehnen, ist jedoch überraschend und in ihren Argumenten nicht immer überzeugend. Eine Literaturrecherche, die einzig auf Ermittlung der verfügbaren Evidenz abzielt, kann selbstverständlich Informationen zutage fördern, die erstattungsrechtlich relevant sein können. Besonders den „allgemeinen Stand der medizinischen Erkenntnis“ kann – wie der G-BA in seiner Verfahrensordnung deutlich macht – durch den EBM definiert und ermittelt werden. Selbiges gilt für die Mindestanforderungen an dokumentierter Qualität.

Abschließend ist anzumerken, dass sich der immer wieder apostrophierte Zu-

sammenhang von Verkehrsfähigkeit und Erstattungspflicht aus der TAV nicht ergibt und vom PEI klar abgelehnt wird. Stefan Vieths schreibt unmissverständlich, dass „die Einschätzung der Erstattungsfähigkeit […] nicht im Aufgabenbereich des PEI“[61] liege. Das PEI könne lediglich garantieren, dass die Therapieallergene, die der TAV unterliegen, „rechtskonform in den Verkehr gebracht werden.“[62] Da das PEI mit der Umsetzung der TAV betraut ist, selbst keine Aussagen zur Erstattungsfähigkeit von Präparaten trifft und dies auch nicht aus der TAV ableitet, kann die Verordnung selbst nicht als Begründung für die Erstattungsfähigkeit von Präparaten herangezogen werden. Dies widerspricht sowohl dem Wortlaut des Verordnungstextes sowie der Umsetzungspraxis und dem (Selbst-)Verständnis des PEI.

b) Evidenz und Wirksamkeit – wirklich kein Zusammenhang?

Die Verwirrungen, die offenbar Auslöser für diesen zweiten Kritikpunkt sind, resultieren vor allem aus unklaren Begriffsverwendungen. Wirksamkeit, statistische Wirksamkeit, tatsächliche Wirksamkeit sowie interne und externe Evidenz müssen klar voneinander getrennt werden und in Bezug zu ihrer Ex-ante-Ex-post-Relation gesetzt werden.[63]

Die statistische Wirksamkeit eines Präparates zeigt sich in RCTs anhand klar definierter Output-Parameter in Bezug auf ein Patientenkollektiv. Die Wirksamkeit bezieht sich folglich nicht auf einen einzelnen Patienten und ist ex ante ermittelt. Eine studienbasierte Wirksamkeit ex ante eines Präparates stellt den ersten Baustein der externen Evidenz dar; es wird belegt, dass ein Präparat wirkt. Über das Wie der Wirkung treffen RCTs natürlich auch Aussagen – allerdings nur eingeschränkt am einzelnen Individuum. Erst die am konkreten Patienten ex post ermittelte tatsächliche Wirksamkeit trifft Aussagen über die Wirkweise am Individuum selbst.

Daher müssen Äußerungen, wonach es keinen Zusammenhang zwischen Wirksamkeit und Evidenz gebe, als wissenschaftlich fehlerhaft zurückgewiesen werden. Im Kontext der Leitliniendiskussion sind sie letztlich irreführend. Der Satz, wonach „fehlende Evidenz nicht mit fehlender Wirksamkeit gleichgesetzt werden“[64] könne, ist dennoch nicht grundsätzlich falsch. Er geht aber an der eigentlichen Debatte vorbei und trifft letztlich auch für Globuli oder Heilwässer zu.

Einfach gesagt: Evidenz ist der Nachweis, ob ein Präparat wirksam ist. Über unterschiedliche Effektstärken verschiedener Präparate zueinander trifft die Evidenz zunächst keine Aussage. Man würde die KVBW oder die Evidenzpyramide Bacherts bewusst falsch interpretieren, wenn man unterstellt, sie wollten die Effektstärkte verschiedener Präparate anhand der Evidenz überprüfen und gegenüberstellen.

Der Grundgedanke der Pyramide wie des Schreibens der KVBW ist vielmehr, dass ein nachgewiesen ex ante wirksames Präparat einem potenziell unwirksamen Präparat vorzuziehen sei. Diese Aussage ist völlig unabhängig von der Effektstärke der jeweiligen Präparate. Eine sinnvolle Aussage zur Effektstärke kann zudem erst getroffen werden, wenn ein Effekt als solcher belegt ist.

Die beiden zentralen Einwände der Kritiker einer evidenzbasierten Verordnungsweise gehen folglich ins Leere. Einer Änderung der aktuellen Verordnungspraxis steht damit prinzipiell nichts im Wege. Allerdings gibt es einen entscheidenden Punkt, auf den sich sowohl Befürworter als auch Gegner verständigen: die Orientierung an den in der TAV genannten Übergangsvorschriften.

4. Die Übergangsvorschriften – Punkt der Einigkeit

Die Kritiker einer evidenzorientierten Verordnungs-/Erstattungsweise möchten nicht so verstanden werden, als ob sie die Bedeutung der Evidenz für die AIT-Behandlung relativieren oder gar gänzlich infrage stellen wollten. Im Grunde betonen alle die Bedeutung von Evidenz und Zulassung für AIT-Präparate.

Da die TAV Übergangsvorschriften vorsieht, muss jedoch für die Phase dieses Überganges hingenommen werden, dass es ein Nebeneinander zugelassener und nicht-zugelassener Präparate gibt. Erst „Präparate, für die nach dieser Übergangsphase weiterhin Wirksamkeitsnachweise fehlen, sollten […] konsequent vom Markt genommen werden.“[65] Innerhalb „des Übergangsprozesses der TAV“ ist es letztlich nicht möglich, „vernünftig die Evidenzlevel einzelner Produkte zu berücksichtigen.“[66] Ein Produkt kann nach dieser Lesart „erst nach Abschluss des gesamten Prüfprogrammes beurteilt werden.“[67] Sollte sich allerdings im Zuge des Prüfverfahrens zeigen, dass das betreffende Präparat über keinerlei Wirksamkeit verfügt oder gar Schadenspotenziale entfaltet, soll es während des laufenden Prozesses vom Markt genommen werden.[68]

Dieser Sichtweise wird im Kern nicht widersprochen – geht sie doch direkt aus dem Wortlaut der Verordnung hervor. Spätestens mit Fristablauf sind die benannten Probleme und Differenzen überwunden und jede Verordnung erfolgt nun mit evidenzgesicherten und zugelassenen Präparaten.

Relativiert wurde dieser Konsens jedoch durch a) die bereits 2014 getätigte Empfehlung der AIT-Leitlinie zur evidenzgesteuerten Verordnung, b) den schleppenden TAV-Prozess mit einem ständigen Überhang nicht zugelassener Präparate und c) der mangelhaften Kommunikation des PEI über das sichere Ende des TAV-Prozesses, das auch Mitte 2019 noch lange nicht in Sicht ist. Somit lässt sich die Konfliktlinie auch anders ziehen: Die eine Partei spricht sich für eine evidenz- und zulassungsgestützte Verordnungsweise ab dem Ende des TAV-Prozesses aus, die andere sieht die Zeit der Übergangsfristen als beendet an und möchte eine sofortige Umstellung der Verordnungspraxis erreichen. Hier stellt

sich die Frage, wie es zu derart unterschiedlichen Auslegungen der TAV-Fristen kommen kann.

5. Die Übergangsvorschriften der TAV – eine unbekannte Größe?

Das sich auf einen zeitlichen Übergang beziehende Kompositum „Übergangsfrist“ unterstreicht – im Gegensatz zum „Übergangsprozess“ – die Abgeschlossenheit eines zeitlichen Vorganges. Einer Übergangsfrist liegen folglich ein definierter Anfangspunkt t1 und ein definierter Endpunkt t2 zu Grunde. In diesem Sinne wird auch im Kontext der TAV immer wieder der Begriff der Übergangsvorschrift verwendet. Der definierte „Startpunkt“ ist gesetzlich definiert. Nach Anzeige der vertriebenen Produkte müssen die Hersteller bis zum Dezember 2010 die Zulassungsunterlagen beim PEI einreichen. Als Enddatum nennen übereinstimmend Klimek und Kleine-Tebbe[69] sowie Merk, Klimek und Jakob[70] das Jahr 2018. Darauf folgen Fischer und Friedrichs mit dem Jahr 2021.[71] Pfaar et al. schreiben dagegen, dass der Prozess 2025 an sein Ende kommen werde.[72] Zawinell und Schwabe nennen das Jahr 2026.[73] 2023/2024 ist wiederum das Datum, das Kleine-Tebbe – seine Ursprungsmeinung offenbar geändert – nennt.[74] Zu einem gänzlich anderen Ergebnis kommen dagegen die Autoren der Leitlinie zur AIT. Sie schreiben, dass „Präparate […] bis zur Entscheidung über den Zulassungsantrag“ verkehrsfähig bleiben. Eine weitere Frist wird nicht genannt – das Ende des Prozesses ist nach dieser Lesart also vollkommen offen. Der mögliche Endpunkt des TAV-Prozesses liegt folglich zwischen dem Jahr 2018 und „nicht vorhanden.“ Wie es zu solch unterschiedlichen Interpretationen des Verordnungstextes kommen kann, wird deutlich, wenn man sich ihm im Wortlaut zuwendet:

> § 3 Übergangsvorschriften
> (1) Therapieallergene nach § 1, die bei Inkrafttreten dieser Verordnung hergestellt werden, dürfen bis zur Entscheidung über die Zulassung weiterhin ohne Zulassung in Verkehr gebracht werden, sofern innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten dieser Verordnung bei der zuständigen Bundesbehörde das Therapieallergen unter Mitteilung der Bezeichnung […], angezeigt und bis zum 1. Dezember 2010 ein Antrag auf Zulassung gestellt wird. Mit der Anzeige nach Satz 1 sind eine schematische Darstellung des Herstellungsverfahrens mit Angaben der Herstellungsstufen […] vorzulegen.
> (2) Therapieallergene nach § 1, die bei Inkrafttreten der Verordnung hergestellt werden und für die keine Zulassung beantragt wird, dürfen noch drei Jahre nach Inkrafttreten dieser Verordnung weiter in den Verkehr gebracht werden, sofern innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten dieser Verordnung bei der zuständigen Bundesoberbehörde angezeigt worden ist, dass ein Antrag auf Zulassung nicht gestellt wird. […]
> (3) […]

(4) Abweichend von §25 Abs. 4 Satz 2 des AMG ist dem Antragsteller Gelegenheit zu geben, Mängeln der vorgelegten Zulassungsunterlagen innerhalb eines Jahres abzuhelfen. Die Frist kann von der zuständigen Bundesbehörde um bis zu sieben Jahre verlängert werden […]. Wird den Mängeln nicht innerhalb der in den Sätzen 1 und 2 genannten Fristen abgeholfen, ist die Zulassung zu versagen.

5.1 Die Übergangsvorschriften – Auslegungsmöglichkeit 1

Prima vista weckt der Text der TAV genau diese begriffsgestützte Assoziation, die oben beschrieben worden ist. „Übergangsvorschriften" – noch dazu im Kontext eines Gesetzestextes – erwecken den Eindruck klar definierter Zeitpunkte für einen geregelt verlaufenden Prozess mit klarem Anfang und klarem Ende. In der TAV werden auch Fristen genannt:

Für die Zulassungspräparate „haben die Hersteller nach Einreichung der Zulassungsunterlagen zum 01. Dezember 2010 eine Frist von maximal acht Jahren, in der sie die klinischen Daten für die Sicherheit und Wirksamkeit beibringen müssen, um die Zulassung zu erhalten."[75] Damit wäre das oben benannte Jahr 2018 das Jahr des TAV-Prozess-Endes. In gleicher Weise interpretiert die KVB im Jahre 2010 die TAV.[76] Produkten, die bis dahin keine Zulassung errungen haben, „ist die Zulassung zu versagen" (§ 3 Abs. 4).

Nach dieser Auslegung wird die TAV als geschlossener Prozess definiert, dem alle beteiligten Stakeholder – also das PEI genauso wie die Hersteller – unterliegen. Demnach erstreckt sich der Handlungsspielraum des PEI auf die Möglichkeit, die Fristen für die Behebung möglicher Mängel auf bis zu acht Jahre auszudehnen.

Diese Verordnungsauslegung birgt jedoch auch Schwierigkeiten. So ist nicht klar, wie das Unternehmen bereits zum Zeitpunkt der Einreichung der Zulassungsunterlagen mit der Prüfung der Mängel beginnen soll. Die TAV wie auch das AMNG (siehe § 25 Abs. 4 AMG) nennen keine Fristen, bis wann die Mängel an die betreffenden Unternehmen kommuniziert werden müssen. Sollte das PEI die Mängel im Rahmen des ersten Jahres kommunizieren, hätten die Unternehmen nur wenige Monate Zeit, um sie zu beheben – die mögliche Fristverlängerung scheint damit unausweichlich und die genannte Einjahresfrist als obsolet. Auch ist nicht klar, ob das PEI erkannte Mängel gesammelt zu einem festen Zeitpunkt oder ob es verschiedene Mängel zeitlich aufeinanderfolgend übermitteln muss.

5.2 Die Übergangsvorschriften – Auslegungsmöglichkeit 2

Hier wird davon ausgegangen, dass die TAV ein offener Prozess ist, der ab Dezember 2010 vollständig in die Kompetenz des PEI übergeht. Da die TAV weder

im § 3 Abs. 1 noch im § 3 Abs. 4 Fristen für die Übermittlung der Mängel an die Unternehmen beinhaltet noch festlegt, in welcher Art oder Staffelung das PEI die Mängel an die Unternehmen kommunizieren muss, kann dieses die Zeit, die es für die Mängelerhebung und -kommunikation benötigt, frei bestimmen. Die „Mängel der vorgelegten Zulassungsunterlagen“ (also nach Eingang der Unterlagen beim Hersteller) muss das Unternehmen „innerhalb eines Jahres“ – maximal aber innerhalb von acht Jahren – beheben (TAV § 3 Abs. 3). Danach hat das PEI nochmals Zeit, um die neu eingereichten Unterlagen zu bewerten. Sollten dabei erneut Mängel auftauchen, kann das PEI diese im Rahmen eines weiteren Mängelschreibens übermitteln – die bis zu 8 Jahren ausdehnbare Frist beginnt von Neuem.

Dieser Interpretation der TAV folgend, gibt es kein rechtlich auszumachendes Ende des Prozesses. Wann es zu einem Ende kommt, liegt in der Entscheidungsbefugnis des PEI – das seit dem Dezember 2010 in dieser Frage weitestgehend autonom agieren kann, da die genannten Fristen der Verordnung, die für das Institut selbst verpflichtend sind, in der Vergangenheit liegen.

5.3 Die Übergangsvorschriften in der Praxis – die Auslegung des PEI

In dem 2012 veröffentlichten Aufsatz „Die Therapieallergene-Verordnung: Hintergrund und Auswirkungen“ von Mitarbeitern des PEI wird die Arbeitsweise des Institutes nach Eingang des Zulassungsantrages zum Dezember 2010 nicht weiter dargelegt. Spezifiziert wird allerdings, dass eine Fristverlängerung über das erste Jahr hinaus „plausibel und unter Vorlage aller relevanten Daten begründet werden“[77] muss. Umweltfaktoren, wie etwa der Pollenflug, können eine solche Verlängerung legitimieren.[78]

Ein hier bereits zitierter Aufsatz des PEI[79] und zwei Interviews mit Vieths und Mahler aus den Jahren 2016 und 2017 geben tiefere Auskunft über das konkrete Verfahren des PEI. Sie belegen, dass das Institut im Sinne der zweiten, offenen Interpretationsmöglichkeit der TAV verfährt.[80]

Die 8-Jahres-Frist zur Behebung festgestellter Mängel beginnt „nach Erhalt des Mängelschreibens.“ Fristen, wie lange das PEI für die Bewertung der Mängel und das Erstellen der Schreiben maximal benötigen darf, gibt es nicht. Da die Zahl der Mängelschreiben nicht festgeschrieben ist, hat sich das PEI dazu entschlossen, ein zweistufiges Verfahren durchzuführen. Ist die erste Bewertung der eingegangenen Unterlagen abgeschlossen, versendet es ein „Mängelschreiben zur Qualität“[81]. In der dann maximal 8-jährigen Frist haben die Hersteller Zeit, die benannten Probleme zu beheben. Hat das PEI den Unternehmen bescheinigt, die Mängel erfolgreich abgestellt zu haben, folgt (wenn nötig) das „Mängelschreiben zur klinischen Entwicklung“[82], an dessen Eingang sich nochmals derselbe Prozess anschließt. Das gesamte Verfahren ist produktspe-

zifisch.[83] „Dies bedeutet auch, dass diese Fristen erst mit dem Erhalt der jeweiligen Nachforderungsschreiben für jedes zur Zulassung gemeldete Produkt zu unterschiedlichen Zeitpunkten beginnen.“[84]

In den Aufsätzen des PEI aus den Jahren 2012 und 2014 ist von zweigeteilten Mängelschreiben keine Rede. In dem Aufsatz von Bonertz et al. wird aber bereits darauf verwiesen, dass die Fristen zur Mängelbehebung erst mit Zugang des Mängelschreibens beginnen.[85] Es ist daher anzunehmen, dass sich das PEI spätestens zwischen 2012 und 2015 zu Gunsten der offenen TAV-Interpretation entschieden hat. Retrospektiv ergeben sich folgende zeitliche Fenster:

- Mängelschreiben zur Qualität: Der Versand der Mängelschreiben war 2016 abgeschlossen. Von den ersten Produkten fand bereits 2016 die Bewertung der von den Herstellern ergänzten Unterlagen statt. Allerdings ist dieser Prozess bis heute nicht für alle Produkte abgeschlossen.[86]
- Mängelschreiben zur klinischen Entwicklung: „Die Versendung […] diesbezüglicher Mängelschreiben [ist] […] in den nächsten Monaten abgeschlossen“[87], sagten Mahler und Vieths im August 2017. Es ist also davon auszugehen, dass dieser Prozessschritt abgeschlossen ist. Die Unternehmen können also nochmals maximal bis zu acht Jahre in Anspruch nehmen, um diese Mängel zu beseitigen. Damit wäre das Ende dieser Fristen um das Jahr 2026 angesiedelt.

Wie eine Analyse des TAV-Gesetzestextes und die Wortmeldungen aus dem PEI ersichtlich werden lassen, gibt es kein rechtlich verbindliches Ende des TAV-Prozesses. Dies geht aus den hier zitierten Äußerungen der aktuellen und ehemaligen Leiter der Allergologieabteilung des PEI eindeutig hervor.

6. Lösungsvorschläge

Die Probleme, die mit der aktuellen TAV-Auslegung und -Praxis einhergehen, sind hinlänglich erörtert. Fraglich ist nun, ob bereits Lösungsansätze in Sicht sind. Eine Betrachtung aus mehreren Perspektiven scheint hierbei sinnvoll zu sein. Einerseits kann – bottom up – der einzelne Arzt als Gate-Keeper des Gesundheitswesens in den Blick genommen werden (6.1). Andererseits scheint aber auch eine Intervention durch den Gesetzgeber – top down – notwendig, wenigstens um Klarheit über Interpretation und Anwendung der TAV herzustellen (6.2).

6.1 Mehrwertindikatoren als Rahmen der ärztlichen Verordnungspraxis

Wie gezeigt worden ist, führen beide Seiten gewichtige Punkte an, um ihre eigene Position zu untermauern. Auf den zweiten Blick liegen die Positionen jedoch

nicht so weit auseinander, wie es zunächst scheinen mag. Einigkeit herrscht weitestgehend über folgende Aussagen:

1. Ein Medikament mit einer belegten Evidenz entfaltet mit belegter Wahrscheinlichkeit eine positive Wirkung.
2. Ein Medikament mit Zulassung wurde auf die statistische Wirksamkeit hin sowie auf Qualität und Sicherheit überprüft.
3. Ein Medikament ohne Zulassung und ohne studiengestützte Wirknachweise (Evidenz) kann grundsätzlich und unbekannterweise unwirksam sein, zu einer Verschlechterung des Krankheitsbildes beitragen, zum Etagenwechsel führen oder gar eigene Schadenspotentiale entfalten.
4. Wo möglich sollten also zugelassene und evidenzgesicherte Präparate verschrieben werden. Einzig wenn solche nicht zur Verfügung stehen, sollte zu anderen Mitteln gegriffen werden.

Offensichtlich stimmen praktisch alle Allergologen, allergologischen Verbände und mit diesem Thema betrauten Behörden diesen grundsätzlichen Aussagen zu. Aus versorgungsethischer Sicht ist daher fraglich, weshalb diese Aussagen in der medizinischen Alltagspraxis und im Kontext der TAV nicht gelten sollten.

Hier sind letztlich auch die einzelnen Ärzte, aber auch die KVen und Krankenkassen gefragt. Die Stoßrichtung in Form von Empfehlungen oder Systematisierungen in der Art der Evidenzpyramide scheint sinnvoll. Dennoch gibt es wissenschaftliche Bedenken, die etwa Klimek äußert, die nicht von der Hand zu weisen sind. Das PEI verfügt über einen großen internen Datensatz, den es jedoch nicht gänzlich öffentlich zugänglich macht.[88] Daher ist es in der Tat sehr unwahrscheinlich, dass es Produkte gibt, die zwar über eine Zulassung, aber keinerlei Evidenz verfügen.[89] Diese berechtigte Kritik im Detail darf aber eben nicht zur Verdunklung der generellen Aussagen 1 bis 4 führen.

Für den einzelnen Arzt sind diese Diskussionen im Behandlungsalltag freilich mit zu hohen prohibitiven Kosten verbunden. Das Herausfinden, Gegenüberstellen und Gewichten aller nötigen Informationen würden ihn Zeit kosten, die er lieber in die Behandlung seiner Patienten investieren wird.

Eine stärker elementarisierte Herangehensweise, die die wichtigsten Informationen für den Arzt einfach und übersichtlich aufbereitet, ohne dabei die gesamte Diskussion um die Interpretation der Leitlinie aufzurollen, scheint daher ratsam zu sein. Dabei sollte das Ziel sein, die obigen Punkte 1 bis 4 so für die TAV-Anwendung fruchtbar zu machen, dass die Detaildiskussionen Evidenz vs. Wirkung vs. Erstattung, die – wie aufgezeigt – in teilweise missverständlicher und unsachlicher Weise geführt worden sind, ausgeschlossen bleiben.

Dafür schlage ich den Begriff des Mehrwerts bzw. der Mehrwertindikatoren vor. Als ein Mehrwert wird ein Wert definiert, der den eines anderen objektiv übersteigt. Ein Wert ist dabei eine a priori als positiv zu charakterisierende Erscheinung in der Realität.[90]

Dies ist im Gegensatz zum Zusatznutzen (ZN) des AMNOG-Prozesses kein relativer Wert. Der ZN hängt vom ermittelten Nutzen des Vergleichspräparates ab. Im Gegensatz zum Nutzen schlage ich den Wert als einen absoluten Begriff vor. Er ist damit definitionsgemäß immer vorhanden – oder immer nicht vorhanden; es gibt aber keine Relation.

Als Beispiel: Das Vorhandensein eines TAV-Präparates ist bereits ein Wert an sich. Für einen Patienten, der sich Hoffnung auf Heilung macht, ist die Behandlung mit einem Präparat ohne Zulassung und nachgewiesener Evidenz besser als gar keine Behandlung. Denn selbst im Falle absoluter Wirkungslosigkeit des Präparates kann es die Selbstheilungskräfte aktivieren oder zu einer besseren Selbstwahrnehmung des Patienten führen (Placebo-Wirkung). Freilich stellt diese Situation keinen erstrebenswerten Zustand dar. Ein Medikament, das seine Wirksamkeit im Rahmen einer Studie belegen kann, weist einen Mehrwert gegenüber dem anderen Präparat auf. Selbiges gilt für ein Präparat, das eine Zulassung, allerdings keine Studie als Nachweis der Wirksamkeit angeben kann. Präparate, die beides – also Zulassung plus Studie/Evidenz – vorweisen können, weisen dagegen zwei Mehrwertindikatoren auf. Als Mehrwertindikatoren gelten damit für TAV-Präparate einmal die Zulassung und zum anderen die Studienangaben der Leitlinientabellen.

Dieser Vorschlag ist weitaus allgemeiner gefasst als der Bacherts. Studien können unterschiedliche Qualität aufweisen. Es gibt gar Präparate, die mehr als nur eine Studie als Beleg anführen, solche mit und ohne Kinderstudien oder solche mit Zulassung, aber ohne hinterlegte Studien.

All das wird in dem hier vorgelegten Konzept nicht berücksichtigt. Es geht um die Orientierung an basalen, aber unbestreitbaren Grundwerten für die medizinische Behandlung: Zulassung und Studie/n. Beide stellen einen Mehrwertindikator dar. Hier werden die Präparate in drei Stufen eingeteilt. 0–2 stehen dabei für die Anzahl der vorhandenen Mehrwertindikatoren. Je mehr Indikatoren vorhanden sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit (prospektiv), dass das Präparat auch am konkreten Patienten tatsächlich wirkt (Evidenz) – daher sollte, soweit eine Auswahlmöglichkeit besteht, immer zu dem Präparat gegriffen werden, das den Mehrwert x+1 aufweist. Somit ist die Verordnung von Präparaten, die keine Zulassung und keine Studien vorweisen können, nicht ausgeschlossen, aber auf den Fall, dass es keine Präparate mit einem oder zwei Mehrwertindikatoren gibt, beschränkt.

6.2 GBA-Zuständigkeit und Fristenklärung: Die gesetzgeberische Ebene

Der Zustand nicht vorhandener, aber seit Jahren postulierter Übergangsfristen ist weder für die Patienten noch die forschenden Pharmaunternehmen, die für die Entwicklung neuer, innovativer Präparate Rechts- und Planungssicherheit

benötigen, tragbar und stellt aus ökonomietheoretischer Sicht ein Beispiel für (retrospektives) „rent seeking“ dar.

Das Modell der Mehrwertindikatoren als Grundmodell für die Verschreibung und Vergütung allergologischer Präparate ist kein Ersatz für die notwendige Intervention vonseiten des Gesetzgebers. Mehrwertindikatoren können nicht zur konkreten Festlegung von Erstattungspreisen oder der pharmakologischen Einordnung einzelner Präparate herangezogen werden. Vielmehr können sie als Orientierungspunkt für behandelnde Ärzte oder Krankenkassen dienen, die – etwa im Rahmen von Open-House-Verträgen[91] – eine Mindestanzahl von Mehrwertindikatoren zur Beitrittsbedingung machen können.

Die Politik ist also gefragt und sie wurde dieses Jahr erstmals auf dieses Problem aufmerksam. Die Bundestagsabgeordneten Michael Theurer und Andrew Ullmann (beide FDP) stellten eine kleine Anfrage zur Therapieallergene-Verordnung, deren Beantwortung durch das BMG am 25. April 2019 erfolgte.[92] Leider gab das BMG nur die Informationen heraus, die auch den Leitlinientabellen zu entnehmen sind. Zudem wurde von den Abgeordneten versäumt, die entscheidenden Fragen zur Interpretation der Dauer der Übergangsfristen zu stellen. Somit bleibt die Frage bestehen, wie eine mögliche Intervention vonseiten des Gesetzgebers aussehen könnte. An dieser Stelle wird sich darauf beschränkt, drei Vorschläge zu skizzieren:

a) Am 4. April 2019 schlug der Dachverband der Betriebskrankenkassen (BKK-DV) vor, die Erstattungsfindung von Therapieallergenen in der aktuell im BMG diskutierten Vorlage für das „Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV)“ zu regeln.[95] Dabei schließt sich der BKK-DV der Kritik an, die oben aufgezeigt worden ist. Als Lösung schlägt er vor, den G-BA bei der Frage der Erstattungsfähigkeit zu konsultieren. So wird folgende Gesetzesergänzung vorgeschlagen:
§ 34 Ausgeschlossene Arznei-, Heil- und Hilfsmittel
Absatz 5:

> [1]Der Gemeinsame Bundesausschuss hat in den Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 festzulegen, welche Therapieallergene nach § 4 Abs. 5 AMG i. V. m. der Verordnung über die Ausdehnung der Vorschriften über die Zulassung der Arzneimittel auf Therapieallergene, die für einzelne Personen auf Grund einer Rezeptur hergestellt werden, sowie über Verfahrensregelungen der staatlichen Chargenprüfung (Therapieallergene-Verordnung) von der Versorgung ausgeschlossen sind.[94]

Diese Regelung zielt darauf ab, die ungeklärte Frage zu beantworten, welche Institution im Zweifel für die Festlegung der Erstattungsfähigkeit zuständig ist. Da das PEI dies von sich weist[95] und auch der G-BA sich bisher dazu nicht geäußert hat, möchte der obige Vorschlag nun gesetzlich Klarheit schaffen. Da der

BKK-DV die TAV auch in der Weise interpretiert, dass die Übergangsvorschriften der TAV-Präparate 2018 ausgelaufen sein müssten, würde dieser Vorschlag folglich zum Verordnungsausschluss aller Stand heute nicht zugelassenen TAV-Präparate führen.

Hier ist jedoch auch eine kritische Anmerkung nötig: Der Vorschlag führt nicht zur Klärung der richtigen Auslegungsweise für die in der TAV genannten Übergangsfristen. Sollte eine juristische Klärung ergeben, dass die TAV-Interpretation des PEI statthaft ist, ergäben sich wahrscheinlich aus dem Gesetzesvorschlag der BKK-DV keine Änderungen für die aktuelle Erstattungspraxis. Die Frage ist letztlich nicht, *wer* für die Erstattungsfähigkeit zuständig ist, sondern *ob* die Übergangsfristen durch das PEI im Rahmen immer neuer Mängelschreiben ad ultimum ausgedehnt werden können und damit erstattungsfähig bleiben.

b) Weiter geht hier der Vorschlag der KV Sachsen. Sie möchte nicht zugelassene Präparate grundsätzlich von der Erstattungsfähigkeit ausschließen.

> Die automatische Anerkennung erfolgt grundsätzlich nur für zugelassene Präparate sowie für Therapieallergene, die keinen Bestandteil der im Anhang der Therapieallergene-Verordnung (TAV) genannten Stoffe enthalten. Maßgeblich ist das Vorliegen der Zulassung zum Zeitpunkt der Vorab-Prüfung. Soweit für von der TAV umfasste Allergene nicht mindestens ein zugelassenes Präparat – unabhängig von der Darreichungsform – verfügbar ist, erstreckt sich die automatische Anerkennung auch auf verordnete nicht zugelassene Präparate.[96]

Die Argumentation der KV Sachsen ähnelt der der hier vorgeschlagenen Mehrwertindikatoren. Die nicht zugelassenen Präparate werden nur dann von der Erstattung ausgeschlossen, wenn es eine zugelassene Alternative gibt – sollte das nicht der Fall sein, fallen sie auch unter die „automatische Anerkennung". Allerdings ist wichtig, dass das Schreiben der KV Sachsen sich auf die Anerkennung von Praxisbesonderheiten bezieht und keinen generellen Regelungsvorschlag auf gesetzlicher Ebene darstellt. Daher werden hier auch die Übergangsfristen oder die mögliche Kompetenz des G-BA nicht näher betrachtet.

Letztlich bleibt – einer teleologischen Auslegung folgend – als Problem bestehen, dass der TAV zu entnehmen ist, dass die Erstattungsfähigkeit der TAV-Präparate bis zum Ende der Übergangsphase erhalten bleiben soll. Ergo: Da es nach aktueller Auslegung des PEI kein klares Ende dieses Prozesses gibt, bleiben die nicht-zugelassenen Präparate weiter erstattungsfähig.

c) Keiner der genannten Vorschläge geht auf das eigentliche Problem – die Auslegung der Übergangsvorschriften in der TAV – ein. Eine gesetzliche Intervention, die fruchtbar sein möchte, muss hier ansetzen. Zum einen sollte der Gesetzgeber ein verbindliches Enddatum für die Verschreibungs- und Erstattungsfähig-

keit nicht zugelassener Präparate setzten. Des Weiteren sollte festgeschrieben werden, ob das PEI die Anzahl der Mängelschreiben selbst festlegen kann. Als dritter Punkt ist es ratsam, expressis verbis den G-BA in die Verpflichtung zu nehmen – es ist nicht einsichtig, weshalb er bei Therapieallergenen keine Entscheidungen zur Erstattungsfähigkeit treffen sollte.

7. Resümee – 5 Schritte zu einer patientenorientierten Versorgung

Unbeschadet der oben genannten positiven Effekte und des sehr guten Grundgedankens der Verordnung müssen die Kritikpunkte umso deutlicher formuliert werden. Weder aus ethischer noch aus medizinischer Sicht ist es hinzunehmen, dass bei einigen TAV-Allergenen über 10 Jahre nach der Verabschiedung des Verordnungstextes noch immer eine absolute Mehrheit der verfügbaren Präparate über keine Zulassung verfügt. Neben den negativen Folgen für die Patienten führt diese Praxis zu volkswirtschaftlichem „rent seeking“ und zu Innovationsstaus bei den forschenden Pharmaunternehmen. Der Handlungsbedarf ist somit hinreichend skizziert.

Was aus der vertretenen Sicht zu tun ist, wird nochmals in fünf knappen Punkten zusammengefasst.

1. Für die Verordnungspraxis sollte sich an den (in der Leitlinie im Grunde vorgegebenen) Mehrwertindikatoren Zulassung und Studien orientiert werden.
2. Bis es zu einer gesetzlichen Regelung gekommen ist, sollten Krankenkassen versuchen, die Mehrwertindikatoren etwa im Rahmen von Open-House-Verträgen in die Verordnungspraxis zu tragen.
3. Innerhalb der Allergologie – auch mit Blick auf die geplante S3-Leitlinie zur AIT – ist zu klären, ob und wann die Begriffe „Wirksamkeit“ oder „Wirtschaftlichkeit“ auf rein individueller Ebene oder sozialrechtlich Anwendung finden sollen.
4. Der Gesetzgeber muss ein (zeitnahes) Ende des TAV-Prozesses einläuten. Dazu bedarf es einer Konkretisierung der Arbeitsweise des PEI und eines gesetzlich definierten Endpunktes für den TAV-Prozess.
5. Die Entscheidungen über die Erstattungsfähigkeit der TAV-Produkte müssen zukünftig vom G-BA getroffen werden. Da sich das PEI hierzu nicht äußert, muss der G-BA unverzüglich klären, ob nicht zugelassene TAV-Produkte überhaupt erstattungsfähig sind.

[1] Böcking C, Renz H, Pfefferle PI: Prävalenz und sozioökonomische Bedeutung von Allergien in Deutschland, in: Bundesgesundheitsbl 2012, 55: 303-307, hier: S. 303; Für Erwachsene: Ochmann U, Nowak D: Berufsasthma, in: Klimek L, Vogelberg C, Werfel T (Hrsg.), Weißbuch Allergie in Deutschland 4., überarbeitete und erweiterte Aufl., Springer-Verlag 2019, S. 130–140; Hauswald B, Cuevas M, Boxberger J, Zahnert T, Wirksame und sichere Hyposensibilisierung bei Bäckern mit

ganzjähriger Rhinokonjunktivitis allergica und allergischem Asthma bronchiale bei Mehlstauballergie, in: Allergo J 2018; 27: S. 20–25; Genser JK, Schmid-Grendelmeier P: Allergien im Alter, in: Allergo J 2016; 25 (3): S. 14–17. Für Kinder: Laußmann D, Haftenberger M, Langen U, Eis D: Einflussfaktoren für Asthma bronchiale bei Kindern und Jugendlichen in Deutschland. Ergebnisse der KIGGS-Studie, in: Bundesgesundheitsbl 2012, 55: S. 308–317.

[2] Allein in den 90er Jahren betrug der Anstieg allergischer Erkrankungen 80 %, siehe: Böcking et al., Fn. 1, S. 303.

[3] Kaesler S, Skabytska Y, Volz T, Biedermann T: Biodiversität und Immuntoleranz in der Allergologie, in: Allergo J Int 2018, 27: S. 28–35, S. 31.

[4] Pfaar O, Hörmann K, Umbreit C, Klimek L: Rhinitis Allergica im Kindesalter, in: Pädiatrische Allergologie 1/2011S, 14, S. 6-13; Englert L, May S, Kaul S, Vieths S: Die Therapieallergene-Verordnung. Hintergrund und Auswirkungen, in: Bundesgesundheitsbl 2012, 55: S. 351–357.

[5] Rosewich M: Allergenspezifische Immuntherapie bei Asthma bronchiale, in: Der Pneumologe 2018, 3, S. 196–201.

[6] Kleine-Tebbe J, Ackermann-Simon J, Hanf G: Die spezifische Immuntherapie (Hyposensibilisierung) mit Allergenen zwischen wissenschaftlichem Fortschritt und medizinischer Versorgungsrealität. Eine Standortbestimmung, in: Bundesgesundheitsbl 2012, 55, S. 343–350, hier: S. 348; Ring J: Allergien als Volkskrankheit, in: Klimek et al., Fn. 1, S. 15–20.

[7] Rosewich, Fn. 5, S. 196.

[8] Bonertz A, Kaul S, Ruoff C, Vieths S: Die Umsetzung der Therapieallergene-Verordnung bei der spezifischen Immuntherapie: eine Bestandsaufnahme, in: Allergologie 2014, 37(10), S. 395–402, hier: S. 395.

[9] May S, Haustein D: Die individuelle Rezeptur in der spezifischen Immuntherapie. Notwendigkeit und Fehlerquellen, in: Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 7 2001, 44, S. 719–723.

[10] Bartel D, Führer F, Vieths S: Staatliche Chargenprüfung von Allergenpräparaten, in: Bundesgesundheitsbl 2012, 55, S. 358–362, hier: S. 359.

[11] Englert et al., Fn. 4, S. 353 f.

[12] Bonertz et al., Fn. 8, S. 396.

[13] Ebenda. Die Auflistung in die Punkte a) bis e) wurde vom Autor vorgenommen.

[14] Drucksache 712/08 des Bundestages vom 26.09.08, abrufbar unter: http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2008/0712-08.pdf (Stand: 10. Juni 2019).

[15] Diese TAV-Allergene sind im Anhang der Verordnung genannt.

[16] Englert et al., Fn. 4, S. 353.

[17] Bonertz et al., Fn. 8, S. 398.

[18] Klimek L, Kleine-Tebbe J: Therapieallergene-Verordnung – was Sie jetzt wissen sollten, in: Allegro J 2009, 18, S. 296–298, hier S. 296.

[19] Ebenda

[20] Vieths S: Mehr Qualität und Sicherheit für die Deutsche Allergologie (Interview), in: Allergo J 2009, 18, S. 250–253, hier: S. 251.; Klimek L: Therapieallergene-Verordnung soll Spreu vom Weizen trennen, in: Allergo J 2009; 18, S. 76–77, hier: S. 76.

[21] Klimek et al., Fn. 18, S. 296.

[22] Für diesen Abschnitt siehe im Besonderen: Englert et al., Fn. 4, S. 355; Bonertz et al., S. 397 f.

[23] Englert et al., Fn. 4, S. 355.

[24] Siehe Antwort auf Frage 7 der kleinen Anfrage der FDP im Bundestag vom 25.04.2019: https://kleineanfragen.de/bundestag/19/9709-umsetzung-der-therapieallergene-verordnung (Stand: 10. Juni 20199.

[25] Namentlich für die Leitlinie verantwortlich sind folgende Organisationen: Deutsche Gesellschaft für Allergologie und klinische Immunologie (DGAKI), Gesellschaft für Pädiatrische Allergologie und Umweltmedizin (GPA), Ärzteverband Deutscher Allergologen (AeDA), Österreichische Gesellschaft für Allergologie und Immunologie (ÖGAI), Schweizerische Gesellschaft für Allergologie

und Immunologie (SGAI), Deutsche Dermatologische Gesellschaft (DDG), Deutsche Gesellschaft für HNO-Heilkunde, Kopf- und Halschirurgie (DGHNO-KHC), Deutsche Gesellschaft für Kinder- und Jugendmedizin (DGKJ), Gesellschaft für Pädiatrische Pneumologie (GPP), Deutsche Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin (DGP), Deutsche Berufsverbände der HNO-Ärzte (BV-HNO), Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte (BVKJ), Bundesverband der Pneumologen (BDP), Berufsverband der Deutschen Dermatologen (BVDD).

[26] Pfaar O, Bachert C, Bufe A et al.: Leitlinie zur (allergen-)spezifischen Immuntherapie bei IgE-vermittelten allergischen Erkrankungen, in: Allergo J Int 2014, 23: S. 282–319.

[27] Vgl. http://www.dgaki.de/leitlinien/s2k-leitlinie-sit/sit-produkte-studien-zulassung/ (Stand: 10.08.2019).

[28] Kassenärztliche Vereinigung Bayern, Arzneimittel im Blickpunkt. Eine Information der Kassenärztlichen Vereinigung Bayerns 2010, 30, S. 2.

[29] Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg, SCIT und SLIT: Aktuelle S2k-Leitlinie, in: Verordnungsforum 34, KVBW Stuttgart 2015, S. 8–18.

[30] Ebenda, S. 14.

[31] Ebenda.

[32] Ebenda.

[33] Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg (2015), S. 15.

[34] Bachert C: Überarbeitete S2K-Leitlinie zur (allergen-)spezifischen Immuntherapie, in: Allergologie 2015, 38(4), S. 178–180, hier: S. 179.

[35] Ebenda, S. 179 f.

[36] Leiner P: Mehr Daten, bessere Datenlage. Aktualisierte SIT-Leitlinie soll kausale Allergietherapie stärken, in: hautnah dermatologie 2015a, 31(1), S. 14–17, hier: S. 14 f. Leiner P: Leitlinie zur spezifischen Immuntherapie. Wann wirken SCIT und SLIT?, in: Pädiatrie & Pädologie 2015b, 3, S. 122–124, hier: S. 122.

[37] Zawinell A, Schwabe U (2018): Antiallergika, in: Schwabe U, Paffrath D, Ludwig W-D, Klauber J (Hrsg.), Arzneiverordnungs-Report, Springer-Verlag 2018, S. 303–317.

[38] Ebenda, S. 308.

[39] Ebenda.

[40] Ebenda. Bachert bezeichnet diesen Überhang der nicht-zugelassenen Präparate als „Evidenzparadoxon“, vgl. Bachert C.: Das Evidenzparadoxon der spezifischen Immuntherapie, in: HNO-Mitteilungen 2011, 61(3), S. 119.

[41] Klimek L, Vogelberg C, Hamelmann E: Stellungnahme der Deutschen Allergologischen Gesellschaften (AeDA, DGAKI und GPA) zum Verordnungsforum Nr. 34/2015 der KV Baden- Württemberg Allergenspezifische Immuntherapie: interessante Bewertungen und korrekturbedürftige Fehleinschätzungen, in: Allergo J 2015, 24, S. 68–71, hier S. 68. Ebenso: Jakob T, Merk H: Licht ins Dunkel der TAV, in: Allergo J 2016, 25(3), S. 3.

[42] Klimek L: Experten diskutieren gelungene Beispiele und Fehlentwicklungen, in: Allergo J 2016; 25(5), S. 46–47, hier: S. 47.

[43] Klimek L, Werfel T: Therapieallergene-Verordnung – Stand und Umsetzung. Die Fachgesellschaften fragen, das Paul-Erhlich-Institut antwortet, in: Allergo J 2016, 25(3); Brehler R, Klimek L, Vogelberg C, Werfel T, Pfaar O, Hamelmann E: Evidenz vs. Wirksamkeit am Beispiel von in Deutschland verkehrsfähigen Präparaten zur (allergen-)spezifischen Immuntherapie, in: Allergo J int 2016, 25, S. 18–23; Vieths S: Sieben Fragen zur TAV. Antworten anlässlich des offenen Briefes der AdDA und der DGAKI, in: Allergo J 2016, 25(3), S. 62–63; Brehler R, Klimek L, Vogelberg C, Werfel T, Pfaar O, Hamelmann E: Evidenz vs. Wirksamkeit am Beispiel von in Deutschland verkehrsfähigen Präparaten zur (allergen-)spezifischen Immuntherapie, in: Allergo J int 2016, 25, S. 38–43; Klimek L, Jakob T, Präambel gegen Fehlinterpretationen, in: Allergo J 2017, 26(8), S. 3; Klimek L, Hamelmann E: Offener Brief von AeDa und DGAKI an die Prüfstelle in Sachsen. SIT-Sorgen in Sachsen, in: Allergo J 2017, 26(3), S. 68–70; Wichmann J, Klimek L: Allergologische Vergütung. Trends, Besonderheiten und Fehlinterpretationen, in: Allergo J 2017, 26(3), S. 66–67; Wichmann J: Wirtschaftlichkeitsprü-

fungen. Nichts ist so beständig wie der Wandel, in: Allergo J 2017, 26(7), S. 68–69; Mahler V, Vieths S: Was die Allergologen bewegt – Fragen und Antworten zu TAV und Co. Interview auf dem 15. Internationalen Paul-Ehrlich-Seminar – Teil 2, in: Allergo J 2017, 26(8), S. 60–62; Klimek L, Werfel T, Vogelberg C et al.: Schreiben der gesetzlichen Krankenkassen in Nordrhein zur Verordnung von Allergenextrakten. Versuchte Verordnungssteuerung durch Fehlinterpretation, in: Allergo J 2018, 27(7), S. 78–80; Mahler V, Kaul S: Dosisfindungsstudien und Wirksamkeit. Fragen rund um die Therapieallergene-Verordnung, in: Allergo J 2019, 28(1), S. 66–67.

[44] Klimek und Hamelmann, Fn. 43, S. 69.

[45] Klimek et al., Fn. 41, S. 69, siehe auch: Klimek und Werfel, Fn. 43, S. 61.

[46] Klimek et al., Fn. 41, S. 69.

[47] Klimek et al., Fn. 41, S. 71, siehe auch: Klimek und Werfel, Fn. 43, S. 61.

[48] Brehler et al., Fn. 43, S. 41.

[49] Klimek et al. Fn. 41, S. 70.

[50] Ebenda.

[51] Ebenda. Siehe auch: Brehler et al., Fn. 43, S. 40.

[52] Brehler et al., Fn. 43, S. 40.

[53] Wichmann und Klimek, Fn. 43, S. 67.

[54] Brehler et al., Fn. 43, S. 41.

[55] Mahler und Kaul, Fn. 43, S. 67.

[56] Janda C: Medizinrecht, 2. Aufl., Konstanz 2013, S. 84.

[57] Ebenda.

[58] Ebenda.

[59] Ebenda; siehe auch: BSGE 52, 70; 70, 24.

[60] Janda, Fn. 56, S. 84.

[61] Vieths 2016, Fn. 43, S. 63.

[62] Ebenda.

[63] Strech D: Evidenz und Ethik. Kritische Analysen zur Evidenz-basierten Medizin und empirischen Ethik, Münster 2008, S. 31–37.

[64] Klimek et al., Fn. 41, S. 70, auch: Brehler et al., Fn. 43, S. 40; Klimek und Hamelmann, Fn. 43, S. 69.

[65] Klimek et al., Fn. 41, S. 70 f.

[66] Jakob et al., Fn. 41, S. 3.

[67] Ebenda.

[68] Vieths 2016, Fn. 43, S. 63.

[69] Klimek und Kleine-Tebbe, Fn. 18, S. 297.

[70] Merk H, Klimek L, Jakob T: Hürden bei der spezifischen Immuntherapie, in: Allergo J. 2015, 24(6), S. 3.

[71] Fischer P-J, Friedrichs F: Praktische Durchführung der Hyposensibilisierung, in: Monatsschr Kinderheilkd 2013, 161, S. 608–615, hier: S. 609.

[72] Pfaar O, Gerstlauer M, Saloga J, Vogelberg C, Kleine-Tebbe J, Allergen-Immuntherapie (Hyposensibilisierung), in: Klimek et al., Fn. 1, S. 284–295, hier: S. 288.

[73] Zawinell und Schwabe, Fn. 37, S. 307.

[74] Kleine-Tebbe J: Spezifische Immuntherapie (Hyposensibilisierung), in: Biedermann T, Heppt W, Renz H, Röcken M (Hrsg.), Allergologie, 2. Aufl., Springer-Verlag Berlin-Heidelberg 2016, S. 581–596.

[75] Klimek und Kleine-Tebbe, Fn. 18, S. 297.

[76] Kassenärztliche Vereinigung Bayern, Arzneimittel im Blickpunkt. Nr. 30, 2010. Eine Information der Kassenärztlichen Vereinigung Bayerns., S. 2.

[77] Englert et al., Fn. 4, S. 356.

[78] Ebenda.

[791] Vgl. Bonertz et al., Fn. 8.

[80] Mahler und Vieths, Fn. 43, S. 60–62; Vieths 2016, Fn. 43, S. 62–63.
[81] Vieths 2016, Fn. 43, S. 62.
[82] Ebenda.
[83] Ebenda.
[84] Bonertz et al., Fn. 8, S. 397 f.
[85] Ebenda.
[86] Vieths 2016, Fn. 43, S. 62.; Mahler und Vieths, Fn. 43, S. 62.
[87] Mahler und Vieths, Fn. 43, S. 62.
[88] Klimek, Werfel et al., Fn. 43, S. 80.
[89] Ebenda.
[90] Der hier vorgeschlagene Wert-Begriff ist folglich nicht mit einem Geldwert oder einem ethisch-moralischen Wertbegriff gleichzusetzen.
[91] Bei Open-House-Verträgen handelt es sich um nicht-exklusive Verträge, also um Verträge, denen – zu den von den Krankenkassen genannten Bedingungen – Unternehmen jederzeit beitreten können. Dadurch erhält das einzelne Unternehmen keine exklusive Stellung im Wettbewerb durch den Beitritt zu einem solchen Vertrag. Rechtlich handelt es sich um einen Rabattvertrag gemäß § 130a Abs. 8 SGB V. (siehe dazu: AOK Rheinland/Hamburg: Rabattverträge zu Arzneimitteln in Nordrhein und Hamburg, https://www.aok-gesundheitspartner.de/rla/arzneimittel/rabatt/index_13018.html (Stand: 10. Juni 2019); Jürschik C: Open-House-Modelle im Blickpunkt, in: Deutscher Anwalt-Spiegel, 7/2015, https://www.deutscheranwaltspiegel.de/open-house-modelle-im-blickpunkt/ (Stand: 10. Juni 2019).
[92] Drucksache 19/9709; Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage, abrufbar unter: https://kleineanfragen.de/bundestag/19/9709-umsetzung-der-therapieallergene-verordnung (Stand: 10. Juni 2019).
[93] BKK-DV.e.V.: Stellungnahme des BKK Dachverbandes e.V. vom 04. April 2019 zum Entwurf eines Gesetzes für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV) BT-Drs. 19/8753, S. 14–15.
[94] Ebenda, S. 15
[95] Vieths 2016, Fn. 43, S. 63.
[96] KV Sachsen: Anlage 1a Teil B zur Prüfungsvereinbarung, 2019, S. 6.

Benjamin Roth promoviert derzeit bei Prof. Matthias Kaufmann an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Frühmittelalterliche Bußkataloge: Bewertungen des menschlichen Körpers und seiner Teile?! Eine zusammenfassende Darstellung am Beispiel der Lex Saxonum

von Dipl.-Jur. Katja Bauer, M.mel.

1. Einleitung

Der vorliegende Beitrag fasst einige Teilaspekte des kürzlich im Dr. Kovač Verlag erschienen Buchs zusammen.[1] Zum besseren Verständnis beschränkt sich die nachfolgende Darstellung dabei auf das sächsische Volksrecht[2], die sog. Lex Saxonum. Bevor diese und einzelne ihrer Bestimmungen näher betrachtet werden, soll ein kurzer Überblick über die politischen Strukturen und das Sanktionssystem des Frühmittelalters gegeben werden. Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse.

2. Politische Strukturen im Frankenreich

Das heutige Europa wurde vom 4./5. Jahrhundert bis zum Ende des 9. Jahrhunderts im Wesentlichen durch das Frankenreich geprägt, an dessen Spitze ein fränkischer Herrscher stand.[3] Trotz ihrer Reichszugehörigkeit und mancher sprachlicher Gemeinsamkeit stellten die im fränkischen Reich siedelnden germanischen Stämme grundsätzlich keine Einheit dar.[4] Gemein war ihnen jedoch, dass sie in Sippen[5] zusammenlebten.[6] Diese bestanden ihrerseits aus mehreren Hausgemeinschaften, denen ein Hausherr, seine Frau, deren Kinder, ihre Hausgenossen sowie ihre unfreien Sklaven angehörten.[7]

3. Sanktionsarten im Frankenreich

Missetaten innerhalb einer Hausgemeinschaft wurden vom jeweiligen Hausherrn bzw. vom Sippenvorsteher geahndet.[8] Schädigungen, die gegenüber einem Sippenfremden begangen wurden, berechtigten den Geschädigten und seine Sippe zur Rache gegenüber dem Täter und der Tätersippe.[9] Hierdurch sollten das begangene Unrecht ausgeglichen und die Sippenehre wiederhergestellt werden.[10] Zumeist mündete die Rache jedoch in einem Kreislauf, der sog. Fehde.[11] Diese fand bisweilen kein Ende, infolgedessen Saaten verwüstet,

Dörfer niedergebrannt und zum Teil ganze Landstriche unbewohnbar gemacht wurden.[12] Um die Allgemeinheit hiervor zu schützen, bemühten sich sowohl die fränkischen Herrscher als auch die frühmittelalterliche Kirche um die Eindämmung der Fehde.[13] Eine besondere Bedeutung kam in diesem Zusammenhang den in den Volksrechten enthaltenen Bußkatalogen zu.[14] Diese enthielten Auflistungen zahlreicher Schädigungen und der hierfür zu leistenden Bußzahlungen.[15] Sie sollten den Abschluss eines Sühnevertrags erleichtern, der durch Verpflichtung des Schädigers zur Erbringung eben jener Bußzahlung zur Beendigung der Fehde führte.[16] Kam der Sühnevertrag unter Mitwirkung eines Gerichts zustande, musste auch an dieses eine Bußeleistung erbracht werden, das sog. Friedensgeld (abgeleitet vom latinisierten *fredus*).[17]

Die Bußbestimmungen der Volksrechte werden als Kompositionensystem (lat. *compositio*/*componere*) bezeichnet.[18] Die Höhe der zu erbringenden Buße richtete sich in der Regel nach dem sozialen Rang des Verletzten.[19] Trotz ihrer Bezifferung in Schillingen dienten die ausgewiesenen Bußbeträge lediglich als Wertmesser.[20] Sie wurden also nicht durch Zahlung der entsprechenden Summe an Gold- oder Silbermünzen geleistet, sondern überwiegend durch die Übereignung von Pferden, Rindern, Kleinvieh, Jagdfalken, wertvollen Waffen oder auch durch Landabtretungen erbracht.[21] Ob der Schädiger bzw. seine Sippe die Buße problemlos leisten konnte oder ob sich diese für die Betroffenen vielmehr als unangemessen hoch darstellte, ist unklar. Mitunter wird dem Wert von 200 Goldmünzen eine Herde von mindestens 200 Rindern gleichgestellt,[22] an anderer Stelle geht man in diesem Zusammenhang von 60 Rindern aus.[23]

Doch nicht jede begangene Missetat zog eine Bußenzahlung nach sich. Stattdessen ordneten sowohl die Volksrechte als auch manch königsrechtliche Bestimmung (sog. Kapitularien) darüber hinaus mitunter peinliche Strafen, also Pein verursachende, körperliche Strafen, an.[24] Diese fanden ursprünglich ausschließlich gegenüber Unfreien Anwendung, wobei zwischen Leibes- und Lebensstrafen unterschieden wurde.[25] Sie konnten regelmäßig durch Bußenzahlungen abgelöst werden, wodurch Missetätern aus der höheren Schicht die soziale und moralische Herabwürdigung erspart wurde, die derartigen Sanktionen in der Regel anhaftete.[26]

Peinliche Strafen waren zumeist spiegelnd, das heißt, die verhängte Sanktion sollte das begangene Unrecht erkennen lassen.[27] Der Unzüchtige wurde demnach zum Beispiel entmannt und der Mordbrenner verbrannt.[28] Die Todesstrafe wurde überdies grundsätzlich im Allgemeinen, also ohne Benennung der konkreten Art der Hinrichtung, angeordnet.[29] Hierüber hatte das Gericht zu entscheiden, dem dabei verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung standen – z. B. Steinigen, Rädern und zu Tode Schleifen.[30]

4. Detaillierte Betrachtung anhand der Lex Saxonum

4.1 Lex Saxonum

Die Lex Saxonum beinhaltet vornehmlich sächsisches Gewohnheitsrecht.[31] In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die frühmittelalterlichen Sachsen nichts mit den Bewohnern des ostdeutschen Bundeslandes zu tun haben. Ihr Siedlungsgebiet lag vielmehr im heutigen Nordwestdeutschland.[32] Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Sachsen vor der Eroberung durch Karl den Großen grundsätzlich keine politische Einheit bildeten.[33] Wie anhand einzelner Bestimmungen deutlich wird, wurde vielmehr zwischen drei großen Stämmen unterschieden: Ostfalen, Engern und Westfalen.[34]

Die Lex Saxonum ist in zwei Handschriften und zwei Druckausgaben des 16. Jahrhunderts erhalten, wobei letztere vermutlich auf andere (verschollene) Handschriften zurückgehen.[35] Die überlieferten Texte weichen lediglich geringfügig voneinander ab und sind, wie für germanische Volksrechte üblich, in lateinischer Sprache verfasst.[36]

Die nunmehr überwiegende Ansicht geht davon aus, dass die Aufzeichnung des sächsischen Stammesrechts vermutlich im Rahmen des Reichstags zu Aachen (802/803) veranlasst wurde und 803, wohl nach entsprechender Abstimmung mit den Sachsen, erfolgt ist.[37]

Die Lex Saxonum umfasst insgesamt 66 Kapitel, von denen 36 bußenrechtliche Anordnungen enthalten.[38] In lediglich 14 Bestimmungen finden sich peinliche Strafen, bei denen es sich nahezu ausschließlich um Lebensstrafen handelt.[39] Das Zahlenverhältnis deutet darauf hin, dass das Bußenstrafrecht den Rechtsalltag dominierte.[40] Für diese Annahme scheint ebenso zu sprechen, dass die Vorschriften, die Bußenzahlungen anordnen, weitaus detaillierter ausgestaltet sind als jene, die peinliche Strafen zum Inhalt haben.[41]

Im Gegensatz zu den übrigen Stammesrechten enthält die Lex Saxonum auch bußenrechtliche Bestimmungen mit Adelsbezug.[42] Dieser erfährt gegenüber den anderen genannten Ständen, also den Halbfreien und Sklaven, vor allem bezüglich der Höhe der zu erbringenden Buße zudem eine spürbare Besserstellung.[42] Insoweit gilt die Ständeordnung der Lex Saxonum als atypisch.[44] Auch die Nichtnennung der Freien unterscheidet das sächsische Stammesrecht von den übrigen Volksrechten.[45]

4.2 Exemplarische Bußbestimmungen der Lex Saxonum

Wie bereits erwähnt, listen die in den verschiedenen Stammesrechten enthaltenen Bußkataloge zahlreiche Schädigungen und die hierfür zu erbringenden Bußeleistungen auf.[46] Die Lex Saxonum beinhaltet unter anderem Bestimmun-

gen, die die (Rechts-)Folgen des Abtrennens verschiedener Finger und Fingerglieder regeln.[47] Für das Abschlagen des Daumens waren 360 Schillinge vorgesehen.[48] Das Abhauen des Zeigefingers war demgegenüber mit 180 Schillingen und das Abtrennen des Mittel- bzw. Ringfingers mit 120 Schillingen zu büßen.[49] Bei einer Gegenüberstellung der verschiedenen Regelungen wird deutlich, dass der Verlust des Daumens – einzig den Zahlenwert berücksichtigend – als am schwerwiegendsten eingestuft wurde. Als halb so schlimm wurde der Verlust des Zeigefingers, als noch weniger gravierend das Abschlagen des Ring- bzw. Mittelfingers bewertet.

Hieran anknüpfend, stellen sich zwei Fragen:

1. Ist diese Abstufung das Resultat reiner Willkür, Zufall oder vielleicht doch das Ergebnis einer Betrachtung und Abwägung verschiedener Faktoren?
2. Lässt sich dieser zahlenmäßigen Abstufung eine Bewertung des menschlichen Körpers und seiner Teile entnehmen?

4.2.1 Medizinische Aspekte als wertbestimmende Faktoren?

Für das Abschlagen des Daumens waren, wie bereits erwähnt, 360 Schillinge zu leisten. Dieser Fingerverlust war im Vergleich zu den übrigen Bestimmungen mit dem höchsten Bußbetrag versehen. Insoweit könnten sich medizinische Aspekte auf die Bußhöhe ausgewirkt haben. Im Gegensatz zu den übrigen Fingern besitzt der Daumen als einziger ein Sattelgelenk, dem besondere Bedeutung für die Funktion der menschlichen Hand als Greifhand zukommt.[50] Die damit in Verbindung stehende Opponierbarkeit des Daumens, also die Fähigkeit, anderen Fingern gegenübergestellt zu werden, ist zudem unerlässlich zum Greifen und Halten kleinerer Gegenstände (sog. Pinzettengriff).[51]

Der Daumen nimmt demnach gegenüber den übrigen Fingern eine herausgehobene Stellung ein. Zwar ist anzunehmen, dass die für diese Erkenntnisse maßgeblichen anatomischen Grundkenntnisse angesichts des zu Beginn des Frühmittelalters einsetzenden gravierenden wissenschaftlichen Rückschritts in ihren Einzelheiten nicht bekannt waren.[52] Nichtsdestotrotz kann aufgrund der diesbezüglichen Lebenserfahrung, die Millionen von Jahren umfasst, wohl davon ausgegangen werden, dass die Bedeutung des Daumens für die menschliche Hand als Greifhand durchaus erkannt wurde. Eine Beeinflussung der Bußhöhe durch medizinische Gesichtspunkte lässt sich demzufolge jedenfalls nicht vollends ausschließen.

4.2.2 Religion als wertbestimmender Faktor?

Ähnliche Schlüsse könnten sich im Zusammenhang mit dem Verlust des Ringfingers, jedoch aufgrund religiöser Aspekte, ergeben. Insoweit wird freilich vo-

rausgesetzt, dass Verlobungs- und Eheringe im Frühmittelalter nicht (auch) an anderen Fingern getragen wurden. Gesicherte Erkenntnisse gibt es hierzu nicht. Die nachstehenden Ausführungen sind daher eher als möglicher Erklärungsansatz denn als sichere Feststellung zu verstehen.

Sowohl der Verlobungs- als auch der Ehering gelten im Christentum bis heute als Symbol der Treue.[53] Das christliche Eheverständnis fußt auf dem Glauben an die Dauerhaftigkeit der ehelichen Verbindung.[54] Es weicht insoweit – bis zu ihrer Christianisierung und der hierdurch erstarkenden Einflussnahme durch die Kirche – erheblich von dem ehelichen Grundverständnis der frühmittelalterlichen Sachsen ab, die mehrheitlich Heiden waren.[55] Greifbar wird dies in erster Linie im Zusammenhang mit der Auflösung einer Ehe. Diese konnte nach germanischem Verständnis grundsätzlich sowohl (seitens des Mannes) ein- als auch beidseitig beendet werden.[56]

Zudem unterscheiden sich beide Vorstellungen hinsichtlich der Anzahl der an einer ehelichen Verbindung beteiligten Personen. Während das Christentum monogame Beziehungen voraussetzt, lassen sich für das heidnisch geprägte Miteinander polygame Tendenzen zumindest nicht ausschließen.[57] Doch auch die Eheschließung selbst und die mit ihr verbundenen Folgen folgten verschiedenen Grundauffassungen. Nach germanischem (Ur-)Verständnis wurde der Mann mit wirksamer Ehebegründung in der Regel zum Muntwalt der Braut, ihm stand fortan also ein Herrschafts- und Verfügungsrecht an seiner Frau zu, das insbesondere ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse einschloss.[58] Die Germanen sahen die Ehe folglich ursprünglich als Vertrag zwischen dem Bräutigam und der Brautsippe an.[59]

Verlobungs- und Eheringe, denen im Christentum noch immer eine so besondere Bedeutung beigemessen wird, kam im heidnischen Glauben keine vergleichbare Rolle zu. Zwar wurde das sächsische Stammesrecht nach allgemeiner Ansicht erst nach der Unterwerfung und fortgeschrittenen (überwiegend zwangsweisen) Christianisierung der Sachsen aufgezeichnet.[60] Dennoch beinhaltet die Lex Saxonum, wie bereits erwähnt, überwiegend sächsisches Gewohnheitsrecht,[61] das bei seiner Verschriftlichung nur durch einige wenige königsrechtliche Bestimmungen ergänzt wurde.[62] Über eine in diesem Zug erfolgte Anpassung der Bußhöhen ist zumindest gegenwärtig nichts bekannt. Dass sich das ursprüngliche religiöse Verständnis der Sachsen bei der Festlegung der Bußhöhe also betragsmindernd auswirkte, kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden.

5. Schlussbetrachtung

Neben den bereits untersuchten Aspekten ließen sich auch die rechtliche und symbolische Funktion der verschiedenen Finger (beispielsweise als Schwurfin-

ger) sowie deren Bedeutung für die Existenzsicherung als mögliche Einflussfaktoren in Betracht ziehen. Die bisherigen Überlegungen können zudem freilich analog für andere Bußbestimmungen der Lex Saxonum (z. B. Tötung einer (nicht) gebärfähigen Frau) und weitere Volksrechte angestellt werden. Um den Umfang des vorliegenden Beitrags nicht unangemessen auszuweiten, muss hierauf an dieser Stelle jedoch verzichtet werden. Eine entsprechende umfassendere Betrachtung unter Einschluss einschlägiger Bestimmungen der Lex Salica und des Edictum Rothari findet sich in der bereits erwähnten Gesamtdarstellung.

Obwohl die vorstehenden Ausführungen die im Rahmen der detaillierten Untersuchung gezogenen Schlüsse nur bedingt zu belegen vermögen, soll auf deren Darstellung nachfolgend nicht verzichtet werden. Dies dient insbesondere der Beantwortung der zu Beginn des Beitrags aufgeworfenen Fragen.

Die exemplarisch ausgewählten Bestimmungen lassen zumindest in Ansätzen erkennen, dass die Bußbeträge des sächsischen Stammesrechts anscheinend gerade nicht auf reine Willkür oder puren Zufall zurückzuführen sind. Vielmehr scheinen sie insbesondere unter Berücksichtigung gesellschaftlicher Aspekte festgelegt worden zu sein. Dabei fanden, auch wenn die in diesem Beitrag dargestellten Textbeispiele dies lediglich erahnen lassen, hinsichtlich einzelner Körperteile wohl bisweilen auch mehrere Faktoren Berücksichtigung.

Würde man annehmen, die einzelnen Bußhöhen basierten auf einer bewussten Gesamtschau verschiedener, insbesondere gesellschaftlicher, Aspekte, müssten auch diese einer entsprechenden Hierarchie gefolgt sein. Es wäre demnach zu klären, wie diese ihrerseits aussah. Wurden alle Einflussfaktoren mit Zahlenwerten versehen, die gegebenenfalls entsprechend miteinander zu verrechnen waren, um die jeweilige Bußhöhe zu erhalten? Oder wurde bei der Einflussnahme mehrerer Aspekte letztlich nur auf den am höchsten bewerteten abgestellt? Der Fantasie scheinen insofern keine Grenzen gesetzt zu sein, fehlt es hierfür doch an entsprechenden Überlieferungen. Ungeachtet dessen, machen die angestellten Überlegungen deutlich, dass eine Verkettung von Einflussfaktor(en), Bußhöhe und Wertigkeit eines Körperteils ein in besonderem Maße durchdachtes System erfordert hätte. Eine solch vollends durchstrukturierte Vorgehensweise ist für das Frühmittelalter wohl eher auszuschließen.

Auch wenn man die Betrachtung auf eine Verknüpfung von Bußhöhe und Wertigkeit eines Körperteils reduziert, ergibt sich letztlich kein anderes Ergebnis. Gewiss finden sich innerhalb der Lex Saxonum einzelne Bestimmungen, die eine nach heutiger Sicht nachvollziehbare Rangfolge der betreffenden Körperteile aufzuzeigen scheinen. Jedoch fehlt es an der entsprechenden Kontinuität. Zudem ließe sich mitunter der Rang eines Körperteils nicht zweifelsfrei ermitteln. Das sächsische Stammesrecht enthält beispielsweise verschiedene Bestimmungen, die an die Beeinträchtigung der Hand anknüpfen. Deren Lähmung war demnach mit weniger Schillingen zu büßen als ihr vollständiges Abtrennen.

Folglich lässt sich den bußrechtlichen Bestimmungen der Lex Saxonum keine (konsequente) hierarchische Ordnung des menschlichen Körpers und seiner Teile entnehmen. Gewiss könnten sich bei Heranziehung und Gegenüberstellung anderer Volksrechte hiervon abweichende Erkenntnisse ergeben. Eine weitere Erforschung dieser Problematik ist daher wünschenswert.

[1] Erschienen als: Bauer K: Frühmittelalterliche Bußkataloge: Bewertungen des menschlichen Körpers und seiner Teile?!. Eine Untersuchung anhand der Lex Salica, des Edictum Rothari und der Lex Saxonum, Hamburg 2019.
[2] Hierunter versteht man die Niederschriften der verschiedenen Germanenrechte. Zur Begriffsproblematik vgl. ebenda., S. 13 f.
[3] Schneider R: Das Frankenreich (Oldenbourg. Grundriss der Geschichte, 5), 3. Aufl., München 1995, S. 2; Gmür R, Roth A: Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte (Academia Iuris. Lehrbücher der Rechtswissenschaft), 14. Aufl., München 2014, Rn. 14.
[4] Schneider, Fn. 3, S. 6.
[5] Kritisch zum Begriff vgl. z. B. Genzmer F: Die germanische Sippe als Rechtsgebilde, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung (im Folgenden ZRG GA) 1950, 67, S. 34-49.
[6] Conrad H: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1: Frühzeit und Mittelalter. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1962, S. 46; Rüping H, Jerouschek G: Grundriss der Strafrechtsgeschichte (Schriftenreihe der Juristischen Schulung, 73), 6. Aufl., München 2011, Rn. 4.
[7] Conrad, Fn. 6, S. 46.
[8] Ebenda.; Gmür, Roth, Fn. 3, Rn. 74.
[9] Meyer CHF: Freunde, Feinde und Fehde: Funktionen kollektiver Gewalt im Frühmittelalter, in: Weitzel J (Hrsg.), Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen, 7), Köln 2002, S. 211–266, S. 215.
[10] Conrad, Fn. 6, S. 168.
[11] Meyer, Fn. 9, S. 215; Eisenhardt U: Deutsche Rechtsgeschichte (Grundrisse des Rechts), 6. Aufl., München 2013, Rn. 424.
[12] Ebenda.
[13] Reinle C: Fehde, in: Cordes A, Lück H, Werkmüller D (Hrsg.), unter philologischer Mitarbeit von Ruth Schmidt-Wiegand, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. HRG (im Folgenden HRG), Bd. 1: Aachen–Geistliche Bank, 2. Aufl., Berlin 2008, Sp. 1515–1525, Sp. 1517; Hattenhauer H: Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 883.
[14] Hagemann H-R: Vom Verbrechenskatalog des altdeutschen Strafrechts, in: ZRG GA 1974, 91, S. 1–72, S. 8.
[15] Mitteis H, Lieberich H: Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch (Juristische Kurz-Lehrbücher), 19. Aufl., München 1992, S. 98.
[16] Ebenda., S. 90.
[17] Ebenda., S. 99; Schumann E: Fredus, in: Cordes A, Lück H, Werkmüller D (Hrsg.), unter philologischer Mitarbeit von Ruth Schmidt-Wiegand, HRG, Bd. 1: Aachen–Geistliche Bank, 2. Aufl., Berlin 2008, Sp. 1713–1714, Sp. 1713.
[18] Laufs A: Rechtsentwicklungen in Deutschland, 6. Aufl., Berlin 2006, S. 29; Weitzel J: Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit, in: ZRG GA 1994, 111, S. 66–147, S. 66.
[19] Rüping und Jerouschek, Fn. 6, Rn. 11.
[20] Kroeschell K: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1: bis 1250 (UTB, 2734), 12. Aufl., Köln 2005, S. 40.
[21] Ebenda.
[22] Von Bar L: Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1: Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Berlin 1882, S. 68.

[23] Mitteis und Lieberich, Fn. 15, S. 99.
[24] Maihold H: Peinliche Strafen, in: Cordes A u. a. (Hrsg.), Christa Bertelsmeier-Kierst als philologischer Beraterin, HRG, Lieferung 26: Osnabrück–Personalitätsprinzip, 2. Aufl., Berlin 2017, Sp. 462–466, Sp. 462 f.
[25] Ebenda.; Radbruch G: Stand und Strafrecht. Eine rechtsgeschichtliche Skizze, in: Kaufmann A (Hrsg.), Strafrechtsgeschichte (Gustav Radbruch. Gesamtausgabe, 11), Heidelberg 2001, S. 357–367, S. 360 f.
[26] Radbruch, Fn. 25, S. 362; Mitteis, Lieberich, Fn. 15, S. 100.
[27] Conrad, Fn. 6, S. 172.
[28] Ebenda.
[29] His R: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Bd. 1: Die Verbrechen und ihre Folgen im allgemeinen, Leipzig 1920, S. 490.
[30] Meurer D: Todesstrafe, in: Erler A, Kaufmann E, Werkmüller D (Hrsg.), unter philologischer Mitarbeit von Ruth Schmidt-Wiegand, mitbegr. von Wolfgang Stammler, HRG, Bd. 5: Straftheorie–Zycha, Berlin 1998, Sp. 264–270, Sp. 266.
[31] Lück H: Lex Saxonum, in: Beck H, Geuenich D, Steuer H (Hrsg.), Reallexikon der Germanischen Altertumskunde. Von Johannes Hoops (im Folgenden RGA), Bd. 18: Landschaftsrecht–Loxstedt, 2. Aufl., Berlin 2001, S. 332–336, S. 333.
[32] Springer M: Sachsen. § 3 Historisches, in: Beck H, Geuenich D, Steuer H (Hrsg.), RGA, Bd. 26: Saal–Schenkung, 2. Aufl., Berlin 2004, S. 31–46, S. 31.
[33] Raßloff S: Mitteldeutsche Geschichte. Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen. Sonderausgabe für die Landeszentrale für politische Bildung Sachsen-Anhalt, Magdeburg/Leipzig 2016, S. 30.
[34] Hähnchen S: Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit (Schwerpunkte Pflichtfach), 5. Aufl., Heidelberg 2016, § 6 Rn. 269.
[35] Lück H: Lex Saxonum, in: Cordes A u. a. (Hrsg.), Christa Bertelsmeier-Kierst als philologische Beraterin, HRG, Bd. 3: Konfliktbewältigung–Nowgorod, 2. Aufl., Berlin 2016, Sp. 940–944, Sp. 941.
[36] Hähnchen, Fn. 34, § 6 Rn. 246 f.
[37] Knefelkamp U: Das Mittelalter. Geschichte im Überblick (UTB, 2105), Paderborn 2002, S. 70.
[38] Leges Saxonum und Lex Thuringorum (Monumenta Germaniae Historica. Leges 8. Fontes iuris Germanici antiqui in usum scholarum separatim editi, 4), Claudius von Schwerin (Hrsg.), Hannover/Leipzig 1918, S. 17–34.
[39] Ebenda.
[40] So bereits in Bauer K: Buße und Strafe im Frühmittelalter. Das Verhältnis von Bußenstrafrecht und peinlichem Strafrecht in den fränkischen Gesetzen für die Friesen, Sachsen und Thüringer (802/803), Halle an der Saale 2017, S. 33.
[41] Ebenda, S. 34.
[42] Lück H: Der wilde Osten: Fränkische Herrschaftsstrukturen im Geltungsbereich der Lex Saxonum und Lex Thuringorum um 800, in: Hermann H-G u. a. (Hrsg.), Von den Leges Barbarorum bis zum ius barbarum des Nationalsozialismus. Festschrift für Hermann Nehlsen zum 70. Geburtstag, Köln/Weimar/Wien 2008, S. 118–131, S. 121.
[43] Ebenda.
[44] Ebenda.
[45] Modzelewski K: Das barbarische Europa. Zur sozialen Ordnung von Germanen und Slawen im frühen Mittelalter. Aus dem Polnischen von Heidemarie Petersen (Deutsches historisches Institut in Warschau. Klio in Polen, 13), Paris 2006, S. 240.
[46] Vgl. Fn. 14.
[47] Die nachfolgend betrachteten Bestimmungen beziehen sich ausschließlich auf Adelige bzw. diesen widerfahrene Schädigungen.
[48] Leges Saxonum, Fn. 38, S. 20, Cap. XIII, Satz 1.
[49] Ebenda, Cap. XIII, Satz 5.
[50] Aumüller G et al.: Duale Reihe Anatomie, 4. Aufl., Stuttgart 2017, S. 489.

[51] Drenckhahn D, Waschke J (Hrsg.): Benninghoff/Drenckhahn. Taschenbuch Anatomie, 2. Aufl., München 2014, S. 52.
[52] Lichtenthaeler C: Geschichte der Medizin. Die Reihenfolge ihrer Epochen-Bilder und die treibenden Kräfte ihrer Entwicklung. Ein Lehrbuch für Studenten, Ärzte, Historiker und geschichtlich Interessierte, Bd. 1: Vorgeschichte, Antike und Mittelalter, 4. Aufl., Köln 1987, S. 293.
[53] Becker H-J: Ring, in: Erler A, Kaufmann E (Hrsg.), unter philologischer Mitarbeit von Ruth Schmidt-Wiegand, mitbegr. von Wolfgang Stammler, HRG, Bd. 4: Protonotarius Apostolicus–Strafprozeßordnung, Berlin 1990, Sp. 1069-1070, Sp. 1069; Kocher G: Ehering, in: Cordes A, Lück H, Werkmüller D (Hrsg.), Ruth Schmidt-Wiegand als philologische Beraterin, HRG, Bd. 1: Aachen–Geistliche Bank, 2. Aufl., Berlin 2008, Sp. 1221–1223, Sp. 1222.
[54] Mikat P: Dotierte Ehe – rechte Ehe. Zur Entwicklung des Eheschließungsrechts in fränkischer Zeit (Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften. Geisteswissenschaften. Vorträge, G 227), Opladen 1978, S. 12.
[55] Angenendt A: Das Frühmittelalter. Die abendländische Christenheit von 400 bis 900, 3. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 2001, S. 296, 298.
[56] Reichert H: Frau, in: Beck H u. a. (Hrsg.), RGA, Bd. 9: Fidel–Friedlosigkeit, 2. Aufl., Berlin 1994/1995, S. 477–508, S. 492.
[57] Buchholz S: Ehe, in: Cordes A, Lück H, Werkmüller D (Hrsg.), Ruth Schmidt-Wiegand als philologische Beraterin, HRG, Bd. 1: Aachen–Geistliche Bank, 2. Aufl., Berlin 2008, Sp. 1192–1213, Sp. 1193.
[58] Schulze R: Trauung, Trauungsformel, in: Erler A, Kaufmann E, Werkmüller D (Hrsg.), unter philologischer Mitarbeit von Ruth Schmidt-Wiegand, mitbegr. von Wolfgang Stammler, HRG, Bd. 5: Straftheorie–Zycha, Register, Berlin 1998, Sp. 301–309, Sp. 303; Ogris W, Olechowski T: Munt, Muntwalt, in: Cordes A u. a. (Hrsg.), Christa Bertelsmeier-Kierst als philologische Beraterin, HRG, Bd. 3: Konfliktbewältigung–Nowgorod, 2. Aufl., Berlin 2016, Sp. 1683–1689, Sp. 1687 f.
[59] Ebenda.
[60] Karl der Große ging bereits nach der Taufe des sächsischen Anführers Widukind im Dezember 785 in Attigny von der endgültigen Bezwingung der Sachsen aus (Springer M: Widukind. § 3 Leben und Taten, in: Beck H, Geuenich D, Steuer H (Hrsg.), RGA, Bd. 33: Waagen und Gewichte–Wielandlied, 2. Aufl., Berlin 2006, S. 582–584, S. 583 f.). Der letzte Aufstand, der erfolgreich niedergeschlagen werden konnte, erfolgte 804 durch den sächsischen Teilstamm der Nordalbinger (Becher M: Karl der Große (768–814), in: Cordes A, Lück H, Werkmüller D (Hrsg.), Christa Bertelsmeier-Kierst als philologische Beraterin, HRG, Bd. 2: Geistliche Gerichtsbarkeit–Konfiskation, 2. Aufl., Berlin 2012, Sp. 1631–1643, Sp. 1635).
[61] Vgl. Fn. 32.
[62] Springer M: Fragen um das altsächsische Recht, in: Lück H, Puhle M, Ranft A (Hrsg.), Grundlagen für ein neues Europa. Das Magdeburger und Lübecker Recht in Spätmittelalter und Früher Neuzeit (Quellen und Forschungen zur Geschichte Sachsen-Anhalts, 6), Köln/Weimar/Wien 2009, S. 283–304, S. 298.

Katja Bauer ist Doktorandin und Lehrkraft für besondere Aufgaben (Zivilrecht) an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

„Wrongful life“ am Lebensende. Haftung für ungewollte Lebensverlängerung: BGH-Urteil vom 02.04.2019 – VI ZR 13/18

von Prof. em. Dr. iur. Gerfried Fischer, LL.M.

Den medizinrechtlichen Weggefährten Prof. Dr. Bernd-Rüdiger Kern und Prof. Dr. Hans Lilie zu ihren 70. Geburtstagen anstelle eines Festschriftbeitrages in freundschaftlicher Verbundenheit gewidmet.

I. Problemstellung und Ausgangsfall

1. Ist es ein ersatzfähiger Schaden, ein Leben mit schweren Leiden oder Behinderungen führen zu müssen, statt gar nicht zu leben? Der BGH hat diese Frage im Jahre 1983 im Fall eines durch die Rötelnerkrankung seiner Mutter während der Schwangerschaft schwer geschädigten Kindes verneint. Er hat zwar dessen Eltern den Ersatz des Unterhaltsaufwands zugesprochen, diesem selbst aber einen eigenen Schadensersatzanspruch versagt.[1]

2. Am 02.04.2019 hatte der BGH nun darüber zu entscheiden, ob gleiches für die möglicherweise ungewollte künstliche Lebensverlängerung eines unheilbar kranken, kommunikationsunfähigen und immer wieder an schweren Erkrankungen leidenden Patienten gilt.[2] Der 1929 geborene Patient stand seit 1997 wegen Demenz unter Betreuung und lebte seit 2006 in einem Pflegeheim. Hier wurde ihm mit Zustimmung des Betreuers eine PEG-Sonde gelegt, durch die er bis zu seinem Tod künstlich ernährt wurde. Bereits seit 2003 war er bewegungs- und spätestens seit 2008 kommunikationsunfähig. Seit Ende desselben Jahres erhielt er regelmäßig Opiate zur Schmerzlinderung. Vom Januar 2010 bis zu seinem Tod im Oktober 2011 wurden bei ihm immer wieder gravierende Erkrankungen festgestellt, unter anderem Lungen- und Gallenblasenentzündungen. Eine Patientenverfügung hatte er nicht errichtet, und ebenso wenig ließ sich sein Wille hinsichtlich des Einsatzes lebenserhaltender Maßnahmen feststellen.

Der Sohn des Patienten verlangt als Alleinerbe wegen sinnloser Behandlung in der Zeit von Januar 2010 bis Oktober 2011 Ersatz immateriellen wie materiellen Schadens von dessen ihn seit 2007 behandelnden Hausarzt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen,[3] das OLG ein Schmerzensgeld von 40.000 € zugesprochen, Ersatz für die angeblich ungewollten Behandlungs- und Pflegeaufwendungen dagegen abgelehnt.[4]

II. Schmerzensgeldanspruch des Patienten

1. Der BGH hat in seiner jetzigen Entscheidung einen eigenen Ersatzanspruch des Patienten wie schon 1983 abgelehnt und dafür in seinem ersten Leitsatz folgende Begründung gegeben: „Das menschliche Leben ist ein höchstrangiges Rechtsgut und absolut erhaltungswürdig. Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu. Deshalb verbietet es sich, das Leben – auch ein leidensbehaftetes Weiterleben – als Schaden anzusehen. Aus dem durch lebenserhaltende Maßnahmen ermöglichten Weiterleben eines Patienten lässt sich daher ein Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld nicht herleiten."

2. Dem ist für den vorliegenden Fall im Ergebnis, in der Begründung jedoch nur zum Teil zuzustimmen. Grundsätzlich kann die vom Patienten nicht gewollte Aufrechterhaltung seines Krankheitszustandes eine Gesundheitsverletzung darstellen,[5] zugleich auch einen Verstoß gegen die Vertragspflicht aus § 630d BGB, ihn nicht ohne seine Einwilligung zu behandeln. Die Frage ist, ob sich daran etwas ändert, wenn die Unterlassung der Behandlung zum Tode des Patienten führt. Das Gegenteil ergibt sich aus § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB. Liegt eine Patientenverfügung vor, die die Behandlung untersagt, dann hat der Betreuer dem Willen des Patienten Geltung zu verschaffen. Die Weiterbehandlung ist also pflichtwidrig und die mit ihr verbundenen Schmerzen stellen einen immateriellen Schaden dar. Man kann natürlich darüber streiten, ob es besser ist, nicht zu existieren, als ein Leben mit schwersten Behinderungen und Schmerzen zu führen. Aber darauf kommt es, wenn der Patient die Behandlung untersagt hat, nicht an, und nach § 1901 Abs. 3 BGB ist dies auch unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung.

Jedoch ist das eine Entscheidung, die nur der Kranke selbst für seine Person treffen kann, nicht ein Dritter. Lässt sich sein Wille wie in dem vom BGH entschiedenen Fall nicht ermitteln, dann gilt der Grundsatz „in dubio pro vita", d. h., das Leben als das höherrangige Rechtsgut hat den Vorrang.[6] Die Erkrankung und die mit ihr verbundenen Leiden können im Vergleich mit dem Leben nicht als Nachteil und damit nicht als Schaden bewertet werden. Die vom BGH in Leitsatz 1 formulierte Begründung trifft für den von ihm entschiedenen Fall zu. Er hat zu Recht einen Schadensersatzanspruch in Form eines Schmerzensgeldes verneint.

3. Bei Vorliegen einer Patientenverfügung wäre jedoch anders zu entscheiden. Dann steht fest, dass dieser Patient für seine Person das Leben unter Krankheit und Schmerzen als Nachteil gegenüber dem Nicht-Leben ansieht. Die gegen seinen Willen erfolgende Weiterbehandlung ist, wie schon gesagt, eine Körper- und Gesundheitsverletzung. Sie ist nicht etwa lediglich eine Verletzung

des Persönlichkeitsrechts, geht es doch nicht um sein allgemeines Selbstbestimmungsrecht, sondern um das über seinen Körper, so dass dieser das durch § 823 Abs. 1 BGB geschützte Rechtsgut ist.[7] Schwierig ist im Bereich der Haftungsausfüllung die Berechnung des immateriellen Schadens, weil die hypothetische Alternative ja anders als bei vom Arzt verursachten Körper- und Gesundheitsbeeinträchtigungen nicht das Leben ohne deren Folgen ist, sondern eben das Nicht-Leben, das als solches nicht zu bewerten ist.[8] Letzteres ist jedoch auch nicht nötig.[9] Es genügt, dass der Patient den aufrechterhaltenen konkreten Körper- und Gesundheitszustand und die mit ihm verbundenen Leiden nicht gewollt hat. Nicht die für sich genommenen Leiden, sondern der Zustand, aus dem sie resultieren, ist der zu kompensierende immaterielle Schaden.[10] Dass letzterer sich nicht mathematisch exakt berechnen ist, ist hier nicht anders als bei sonstigen Körperverletzungen. Bei der einer Patientenverfügung widersprechenden Weiterbehandlung liegt deshalb ein nach §§ 280, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB zu ersetzender immaterieller Schaden vor.

III. Anspruch des Patienten auf Ersatz materiellen Schadens

1. Einen Anspruch auf Ersatz der „wirtschaftlichen Belastungen, die mit dem Weiterleben und den dem Leben anhaftenden krankheitsbedingten Leiden verbunden sind“ verneint der BGH, weil es nicht „Schutzzweck etwaiger Aufklärungs- und Behandlungspflichten im Zusammenhang mit lebenserhaltenden Maßnahmen“ sei, solche wirtschaftlichen Belastungen „zu verhindern“. Diese Pflichten dienten insbesondere nicht dazu, „den Erben das Vermögen ungeschmälert zu erhalten.“[11]

Dass ein Schaden nur zu ersetzen ist, wenn es Zweck der verletzten Norm bzw. Pflicht ist, einen Schaden dieser Art zu verhindern, ist heute allgemein anerkannt.[12] Der entscheidende 6. Senat weist dafür beispielhaft auf seine neueren Entscheidungen vom 17.04.2018[13] und vom 20.05.2014[14] hin. Um den Schutzbereich zu ermitteln, ist es zunächst einmal von Bedeutung, welche Pflicht verletzt worden ist. Da im vorliegenden Fall der behandelnde Arzt verklagt ist, geht es um seine Aufklärungs- und Behandlungspflichten. Nach den Ausführungen des BGH (unter Rn. 33) gehen sie im vorliegenden Fall dahin, den Betreuer des einwilligungsunfähigen Patienten darüber aufzuklären, dass ein Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen in Betracht gezogen werden könnte. Die Pflicht soll sich darauf richten, die medizinische Indikation für lebenserhaltende Maßnahmen nicht fehlerhaft zu bejahen, und soll danach nur den Zweck haben, die unnötige Belastung durch den Sterbeprozess zu verhindern, nicht dagegen mit ihm verbundene wirtschaftliche Belastungen. Das ist folgerichtig, wenn wie im vorliegenden Fall keine Patientenverfügung vorliegt und der Wille des Patienten bezüglich lebenserhaltender Maßnahmen auch nicht anderweitig

festzustellen ist. Die Stellung der Indikation ist allerdings primär Aufgabe des Arztes, wie sich aus § 1901b Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt. Nach S. 2 dieser Vorschrift soll er die ärztliche Maßnahme mit dem Betreuer als Grundlage für die nach § 1901a BGB zu treffende Entscheidung erörtern. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Erörterung nicht nötig wäre, wenn weder eine Patientenverfügung vorliegt noch der Wille des einwilligungsunfähigen Patienten bezüglich lebenserhaltender Maßnahmen anderweitig zu ermitteln ist. Denn auch dann bedarf es nach § 630d Abs. 1 Satz 2 BGB der Einwilligung des Betreuers,[15] der nach § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB so zu entscheiden hat, wie es dem Wohl des Betreuten entspricht. Dieses ist mangels Feststellbarkeit von Wünschen und Vorstellungen des betreuten Patienten objektiv zu bestimmen. Dass dabei das Leben trotz aller mit ihm verbundenen gesundheitlichen Einschränkungen den Vorrang vor Vermögensbelastungen genießt, ist offensichtlich. Letztere zu verhindern, wird also von den ärztlichen Pflichten nicht umfasst.

2. Fraglich ist, ob Gleiches gilt, wenn eine Patientenverfügung vorliegt, die eine Weiterbehandlung verbietet, wenn der Patient nach ärztlicher Einschätzung das Bewusstsein und die Fähigkeit zur Kommunikation niemals wiedererlangen wird. Hier ist es durchaus möglich, dass er damit auch bezweckt, sein Vermögen nicht durch aus seiner Sicht sinnlose Behandlungskosten zu vermindern. Deshalb könnte man daran denken, den Schutzzweck nicht allein nach dem Recht des Patienten zu bestimmen, sich vor ungewollter Lebensverlängerung durch Eingriffe in seinen Körper und seine Gesundheit zu schützen, sondern auch nach dem von ihm gewollten Vermögensschutz. Der BGH weist (unter Rn. 31) darauf hin, dass der Senat bei (ursprünglich) nicht gewollten Kindern Ersatz der Unterhaltsaufwendungen zugesprochen hat,[16] aber nur dann, wenn der Beratungs- oder Behandlungsvertrag – in rechtlich zulässiger Weise – zum Schutz vor solchen Belastungen verpflichten sollte. Letzteres hat er verneint, wenn die unzulänglich vorgenommene Schwangerschaftsuntersuchung dem Ausschluss von Gefährdungen bei einer in Aussicht genommenen orthopädischen Operation diente, nicht aber gezielt auf die Verhinderung einer Geburt gerichtet war.[17] Ebenso wenig hat er es für die Einbeziehung wirtschaftlicher Belastungen in den Behandlungsvertrag ausreichen lassen, dass die Mutter bei der Abklärung und Behandlung eines Hautausschlags ihre Schwangerschaft erwähnt hatte.[18]

Bei diesem Ausgangspunkt käme eine vertragliche Pflicht des Arztes, Vermögensbelastungen des Patienten durch einen Behandlungsabbruch zu vermeiden, allenfalls in Betracht, wenn dieser in seiner Patientenverfügung nicht nur den Behandlungsabbruch angeordnet, sondern dies ausdrücklich auch mit der Vermeidung von aus seiner Sicht sinnlosen Behandlungskosten begründet hätte. Der auf einen derartigen Inhalt des Behandlungsvertrages gerichtete Wille wäre dann zwar nicht zu bezweifeln. Aber es stellt sich die Frage, ob das in

rechtlich zulässiger Weise vereinbart werden kann oder ob nicht der Zweck von § 1901a BGB einen derartigen Vermögensschutz verbietet, der den Vorrang des Lebensschutzes hinter Vermögensinteressen zurücktreten lässt. Letzteres könnte der Fall sein, wenn das Selbstbestimmungsrecht des Patienten hinsichtlich seiner Lebenserhaltung dergestalt begrenzt wäre, dass es ihm nur erlaubt, zur Leidensvermeidung oder zumindest aus gesundheitlichen Gründen die Behandlung abzulehnen. Dagegen spricht zwar, dass es nach § 1901a Abs. 3 BGB auf Art und Schwere der Erkrankung nicht ankommt. Auf der anderen Seite dürfte jedoch ein zum Tode führender Behandlungsverzicht, der primär Vermögensvorteile für Dritte bezweckt, gegen die guten Sitten verstoßen. Lässt sich der Patient bereits bei der Errichtung der Patientenverfügung von diesem Zweck leiten, besteht die wohl nicht ganz seltene Gefahr der Einflussnahme durch die dadurch Begünstigten, und wenn letztere als Betreuer oder Vorsorgebevollmächtigte an der Abbruchentscheidung beteiligt sind, liegt der Interessenkonflikt auf der Hand. Derartige Anreize werden vermieden, wenn der Ersatz von Vermögensschäden generell ausgeschlossen wird, selbst wenn der Patient sie mit seiner Patientenverfügung bezweckt haben sollte. Das spricht für die weitreichende Schutzbereichsbegrenzung des BGH.

3. Nicht zu akzeptieren ist es allerdings, wenn die Pflegekosten auch dann zu leisten sind, wenn behandelnde Ärzte oder Pflegeinstitutionen die Behandlung gegen den Willen des Patienten und die rechtmäßige Entscheidung der Betreuer bewusst fortsetzen, obwohl wie in dem vom 2. Strafsenat des BGH entschiedenen Fall[19] die Fortsetzung der Behandlung nach § 1901a BGB nicht mehr legitimiert war. Letzteres ist jedoch, wie dieser Senat in einer weiteren Entscheidung klargestellt hat,[20] nur dann der Fall, wenn die materiellen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen der §§ 1901a, b BGB erfüllt sind. Ist die Abbruchentscheidung gefallen und rechtmäßig, liegt keine medizinisch notwendige Behandlung mehr vor, die nach § 1 Abs. 2 S. 1 GOÄ für die Berechnung von Vergütungen erforderlich ist. Es wird also kein Honorar geschuldet. Außerdem sollte eine nicht gewollte und damit sinnlose Behandlung zum Rücktritt nach § 323 BGB berechtigen.

IV. Zusammenfassung

Das durch lebenserhaltende Maßnahmen ermöglichte Weiterleben eines unheilbar erkrankten und schwer leidenden kommunikationsunfähigen Patienten gibt diesem keinen Anspruch auf ein Schmerzensgeld, wenn sich sein Wille, die Behandlung zu beenden, nicht feststellen lässt und deshalb der Schutz seines Lebens Vorrang genießt. Hat er dagegen eine Patientenverfügung errichtet, die die Weiterbehandlung in der aktuellen Lebens- und Behandlung untersagt, soll-

te entgegen dem insoweit zu weitgehenden dictum des BGH der immaterielle Schaden ersetzt werden, der sich aus dem ungewollten leidensbehafteten Weiterleben ergibt.

Dagegen gibt es gute Gründe, selbst bei Vorliegen einer die Behandlung untersagenden Patientenverfügung die durch das ungewollte Weiterleben verursachten wirtschaftlichen Belastungen aus dem Schutzbereich der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflichten auszuschließen, die lebenserhaltende Maßnahmen verhindern sollen. Insoweit ist der Ablehnung eines Anspruchs auf Ersatz des entsprechenden materiellen Schadens durch den BGH zuzustimmen.

Ist jedoch eine Abbruchentscheidung bereits getroffen, die die materiellen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen der §§ 1901a, b BGB erfüllt, ist die Weiterbehandlung keine medizinisch notwendige Behandlung mehr und daher nicht nach § 1 Abs. 2 S. 1 GOÄ zu vergüten.

[1] BGHZ 86, 240, 253; Fischer, JuS 1984, 434, 438 f.; Aretz, JZ 1984, 719: a. A. Deutsch, JZ 1983, 451 f.; ders., NJW 2003, 26–28; Deutsch E, Spickhoff A: Medizinrecht, 7. Aufl., 2014, Rn. 676.
[2] NJW 2019, 1741–1745
[3] LG München, MedR 2017, 889 m. krit. Anm. Duttge, MedR 2017, 892–894.
[4] OLG München, FamRZ 2018, 723–728 m. zust. Anm. Zimmermann, ZfL 2018, 104–109 (für Schmerzensgeld); abl. Prütting, ZfL 2018, 94–104 (gegen Schmerzensgeld); krit. Spickhoff, NJW 2018, 1725, 1728.
[5] Vgl. Fischer, NJW 1981, 1991.
[6] BT-Drucks. 16/8442, S. 16; BGHZ 211, 67 = NJW 2016,1671 Rn. 37; Palandt/Götz, 78. Aufl. 2019, § 1901a Rn. 28; Baltz P: Lebenserhaltung als Haftungsgrund, Berlin Heidelberg 2010, S. 141.
[7] Deutsch/Spickhoff, Fn. 1, Rn. 407; grundlegend Deutsch, NJW 1965, 1985–1989.
[8] Prütting, ZfL 2018, 94, 101.
[9] Anders Baltz, Fn. 6, S. 161, die aber auch bei Fehlen eines körperlichen oder gesundheitlichen Schadens wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts Schmerzensgeld als Genugtuung für die erlittene Rechtsverletzung gewähren will, S. 162 f.; gegen letztere Begründung Prütting, Fn. 4, S. 102.
[10] Anders Prütting, Fn.4, S. 101.
[11] A.A. Baltz, Fn. 6, S. 157 ff.
[12] Deutsch E, Ahrens H-J: Deliktsrecht, 5. Aufl. 2009, Rn. 114; grundlegend für die Arzthaftung Schramm S: Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, Karlsruhe 1992.
[13] BGH NJW 2018, 3250 Rn. 13.
[14] BGHZ 201, 263 = NJW 2014, 2190 Rn. 10 m. w. Nachw.
[15] MünchKommBGB-Schwab, 7. Aufl., § 1901b, Rn.8.
[16] BGHZ 124, 128, 138 f. = NJW 1994, 788; BGH NJW 2003, 3411.
[17] BGHZ 143, 389, 395 = NJW 2000, 1782.
[18] BGH NJW 2005, 891.
[19] BGHSt 55, 191 = NJW 2010, 2963.
[20] Zu diesem Erfordernis s. BGH NJW 2011, 161.

Gerfried Fischer war Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Arztrecht an der Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg. Er lehrt dort weiterhin Medizinrecht im Studiengang Medizin-Ethik-Recht.

Andreas Frewer, Rainer Erices (Hrsg.): Medizinethik in der DDR. Moralische und menschenrechtliche Fragen im Gesundheitswesen, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2015, 288 Seiten, ISBN 978-3-515-11175-1, € 56,-

von Dr. phil. Martin Hähnel

Jenes unzweifelhaft etliche Kontroversen mit sich führende Thema „Medizinethik in der DDR“ stellt immer noch ein Kapitel der neueren deutschen Zeitgeschichte dar, das bislang kaum oder nur zögerlich aufgeschlagen wurde. Umso erfreulicher ist es, dass sich ein aktueller von Andreas Frewer und Rainer Erices herausgegebener Band nun endlich aus verschiedenen Perspektiven mit dieser Thematik sachkundig auseinandersetzt und dabei versucht, aus den gewonnenen Befunden auf die gesellschaftliche Wirklichkeit der DDR zu schließen. Eine fundierte Darstellung des moralischen Umgangs eines politischen Systems bzw. seiner Akteure mit existentiellen Fragen des Lebensanfanges und Lebensendes erlaubt es dem Leser, die psychologische, ökonomische und soziale Verfasstheit eines Staates und seiner Bürger in einem schärferen Licht zu sehen.

Im ersten Teil des vorliegenden Sammelbandes wenden sich die Beiträge zunächst dem politischen und gesellschaftlichen Kontext zu. In dem Artikel von Rainer Erices und Antje Guntz wird dabei insbesondere deutlich, wie marode und bankrott das DDR-Gesundheitswesen eigentlich war, trotz der damals stets vorgebrachten und vom Gegenteil überzeugten Behauptung, eine flächendeckende medizinische Versorgung der Menschen in der DDR über Deviseneinkäufe sichern zu können. Nicht nur die technische Ausrüstung war zu dieser Zeit äußerst mangelhaft, auch herrschte allerorts Ärztemangel, was zur Folge hatte, dass das Niveau der Gesundheitsversorgung sehr niedrig war, obwohl damalige DDR-Bürger dies nicht so empfanden, was sicherlich darauf zurückzuführen ist, dass die geringen Versorgungsleistungen an dem ebenfalls allgemein sehr niedrigen Wohlstandsniveau gemessen wurden und damit, proportional gesehen, von der Allgemeinheit eher positiv als negativ bewertet wurden. Hinzu kommt, dass der Bevölkerung mit Hilfe zahlreicher Propagandamethoden jederzeit das Gefühl vermittelt wurde, dass man sich um eine angemessene Gesundheitsversorgung kümmere, egal in welcher Intensität und Qualität. Die folgenden Beiträge zum DDR-Gesundheitswesen befassen sich mit der besonderen Berufsgruppe der Ärzte, deren Spitzeltätigkeit unter anderem hilfreiche Einblicke in das Privatleben der Patienten bieten konnte. Vor allem Sportärzten wurden in einem Land, das trotz seiner geringen Größe bei den Olympischen

Spielen immer zu den besten Nationen zählte, besondere Anreizsysteme geboten, was allerdings nicht verhindern konnte, dass es in den 70er Jahren zu einer großen Ärzteflucht ins westliche Ausland kam. In diesem Zusammenhang sei noch auf das Prestigeprojekt der Berliner Charité hinzuweisen, mit dem die SED-Regierung zeigen wollte, dass in der DDR – wenn auch sehr einseitig und ohne die Möglichkeit, eine forschungsfreundliche Wettbewerbssituation zu schaffen – Spitzenforschung auch im Medizinbereich betrieben werden konnte.

Im zweiten Teil des Bandes konzentrieren sich die Aufsätze dezidiert auf ausgewählte medizinethische Probleme und Fragestellungen. Beginnend mit dem Thema des Schwangerschaftsabbruchs zeigt der Beitrag von Andrea Quitz, dass im Rahmen einer „sozialistischen Kollektivethik“ (S. 101) das individuell wirksame Recht auf Lebensschutz keine Bedeutung haben durfte, weil dieses Recht die staatspolitischen Ziele entweder nicht tangierte oder diesen direkt widersprach. Dieser äußerst liberale Umgang mit Schwangerschaftsabbrüchen in der DDR mündete 1972 auch in ein Gesetz zur Unterbrechung (!) der Schwangerschaft, welche innerhalb einer Zeitspanne von 12 Wochen erlaubt war. Schwangerschaftsabbruch im Allgemeinen wurde dabei als „sozial verursachtes Bedürfnis“ (S. 107) verstanden und paradoxerweise mit den gleichen Argumenten begründet und verteidigt wie die Elternschaft. Genuin bioethische Überlegungen hinsichtlich der Bestimmung und Bewertung des Zeitpunkts des Lebensbeginnes traten in ihrer normativen Relevanz stets hinter sozialen Wertungen, denen man die höchste Verbindlichkeit zusprach, zurück. Da es also allein um die gesellschaftliche Annahme oder Ablehnung eines Kindes ging und damit auch gezielt entschieden werden konnte, ob eine medizinische Versorgung erforderlich werden würde oder nicht, erachtete man eine positivgesetzliche Regelung von vornherein für nicht notwendig. Auch war es dieser monokausalen Bewertungspraxis geschuldet, dass die Art und der Ort der Zeugung, sprich die Klärung der Vaterschaft, zu einer vernachlässigbaren Größe werden konnten, denn es bestand keine „spätere Notwendigkeit, das Kind über seinen Zeugungsmodus zu informieren, denn in der Regel werde auch sonst niemand über seinen Zeugungsort informiert.“ (S. 110) Auf der ideologischen Erklärungsebene gab es allerdings bezüglich einer angemessenen Plausibilisierung des Schwangerschaftsabbruchs einige Begründungsprobleme: Während nach Vorstellung des sozialistischen Humanismus eindeutig von der Bewahrungspflicht menschlichen Lebens durch den Arzt ausgegangen werden musste, stellte die Tatsache der Geltendmachung von Nützlichkeitserwägungen, die damals im Hinblick auf In-Vitro-Fertilisation vertreten wurden, einen besonderen Wertungswiderspruch dar. Allerdings ließ sich dieser Widerspruch leicht auflösen, indem in der Folge plötzlich von einer „relativen Bewahrungspflicht“ die Rede war – eine Rhetorik, die die grundsätzlich utilitaristische Vorgehensweise von Medizinern in der DDR nur verschleiern sollte. Interessanterweise lässt sich diese nutzenorientier-

te Vorgehensweise für die Sterbehilfepraxis in der DDR gerade nicht bestätigen. Nützlichkeitserwägungen hatten in der Sterbehilfethematik insofern keinen Platz, als auf diesem Gebiet die „Sterbebetreuung“ im Vordergrund stand, welche letztlich auf die Erprobung der generellen Leidensfähigkeit eines Volkes abzielte und unter anderem den Selbstmord als egoistischen Ausstieg aus einer Verantwortungsgemeinschaft verstand und damit grundsätzlich negativ bewertete. Im Zusammenhang mit Sterbehilfe sollten überhaupt die individuellen Bedürfnisse zum Wohle der Gemeinschaft in nahezu jeder Hinsicht zurückgestellt werden. Der Tod wurde dabei als „beschränkende Bedingung des menschlichen Lebens“ (S. 147) betrachtet und sollte schlicht und ergreifend hingenommen werden; vor diesem Hintergrund galten aktive und passive Sterbehilfe auch als fragwürdige Handlungsoptionen; indem sie das unhintergehbare Faktum der beschränkenden Bedingung, die der Tod dem Leben auferlegt, zu umgehen bzw. zu ignorieren versuchten, lieferten sie gute Gründe für ihre gesellschaftliche Ablehnung und rechtliche Delegitimation. Doch bevor es soweit sein konnte, d. h., bevor der Tod das Ende des Daseins ohne jede Jenseitshoffnung markieren sollte, hatte jeder Bürger noch die Pflicht zur unbedingten Selbstbewahrung seines Lebens, einer Selbstbewahrung, die eine Bereitschaft zum Leiden einforderte und dabei nicht auf eine Befreiung vom Leiden aus war. Zusammenfassend zu diesem Abschnitt lässt sich festhalten, dass sich die DDR in gewisser Weise einen kompetenteren und wissenschaftlich besser informierten Zugang zu den Themen von Sterben und Tod erarbeiten konnte als sie es beim Thema des Schwangerschaftsabbruchs getan hatte. In der DDR war, wie Quitz konzise herausarbeitet, „die Aufklärung dem Betreuungszweck untergeordnet“ (S. 156), was dazu führte, dass die soziale Bewältigung existentieller Probleme besser „gelingen“ konnte als die individuelle.

Der dritte Abschnitt befasst sich schließlich mit ausgewählten Schlüsselpersonen des DDR-Medizinsystems, insbesondere mit deren Verhältnis zum Nationalsozialismus und zum eigenen Berufsstand. Dabei werden die Rollen und Funktionen solcher Personen wie Ludwig Meckinger, Horst Klinkmann oder Otto Prokop im Kontext der damaligen Rechtsprechung und staatlichen Hierarchie näher beleuchtet. Im vierten Teil versammeln die Herausgeber noch entscheidende Dokumente zur Biopolitik der DDR, unter anderem das bereits erwähnte Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft von 1972.

Zweifelsohne stellt der vorliegende Band eine große Bereicherung für den gegenwärtigen Aufarbeitungsdiskurs zur DDR-Geschichte, der nicht abgeschlossen ist, sondern in einer bestimmten Hinsicht überhaupt erst angefangen hat, dar. Es ist dementsprechend auch verwunderlich, warum erst 25 Jahre nach der Wiedervereinigung ein derart relevantes Themengebiet, das sowohl den individuell-alltäglichen als auch den allgemeinen, d. h., eher politischen, ökonomischen und juristischen Umgang mit existentiell sich aufdrängenden Fragen des

menschlichen Lebens in den Mittelpunkt einer Analyse stellt, Stück für Stück erschlossen wird. Der Band bietet für diese Analyse eine gründliche Quellenarbeit und eine hilfreiche Dokumentensammlung. Vor allem die im zweiten Teil vorgetragenen Analysen zur Schwangerschaftsabbruch- und Sterbehilfediskussion in der DDR geben dem Leser erhellende Einblicke in ein System, das nach einer bestimmten, inhaltlich in weiten Teilen widersprüchlichen, aber nach außen als einheitlich ausgewiesenen Methode alle medizinethischen Probleme über einen Bewertungskamm zu scheren versuchte und dadurch auch zu bewältigen vorgab. Eine Untersuchung der medizinethischen Praxis in der DDR, das zeigt dieser Band eindrücklich, erlaubt aber vor allem wertvolle Rückschlüsse auf die allgemeine Befindlichkeit einer geschlossenen Gesellschaft, die glaubte, alle ethischen Probleme und Konflikte als Fulgurationen gesellschaftlicher Prozesse interpretieren zu können, um schließlich aus diesen ungeprüften Deutungen rechtliche Regelungen und politische Entscheidungen abzuleiten. Wie bereits angesprochen, kann der von Frewer und Erices betreute Band erst der Anfang sein, denn vieles gebe es zu diesem Thema noch zu sagen: So ist das Verhältnis von Medizin und Sport in der DDR weiter zu beleuchten, Fragen nach impliziter und expliziter Eugenik und Geburtenlenkung müssten eingehender diskutiert werden, der Einfluss religiöser bzw. areligiöser Überzeugungen auf medizinethische Entscheidungen wäre genauer zu untersuchen. Auch sollte die Frage nach Gründen für den generellen Vorrang von Public-Health-Aspekten vor individualmedizinischen Behandlungsfragen in der DDR eine größere Beachtung verdienen ebenso wie ausgewählte Gesichtspunkte des gesellschaftlichen Umgangs mit Behinderung oder bestimmte Aspekte der Sexual-, Umwelt- und psychiatrischen Ethik. Allerdings tut dieser Ausblick der Qualität und Themenauswahl des hier besprochenen Sammelbands keinen Abbruch; im Gegenteil, die Aufsatzsammlung könnte nicht nur eine weitere Diskussion unter Medizinhistorikern, sondern auch unter Ethikern, Soziologen und Theologen anregen, da die in der ehemaligen DDR behandelten medizinhistorischen Probleme auch in der aktuellen gesamtdeutschen Gegenwart bestehen und auch in Zukunft weiter bestehen werden. Zukünftige Arbeiten zur Medizinethik in der DDR könnten dabei nicht nur ein besseres Verständnis für die Eigenheiten eines scheinbar überwundenen Systems eröffnen, an dessen (vor allem psychologischen) Spätfolgen viele Menschen, wenn sie sich nicht weiterhin in dem Glauben wähnen, von diesen Wirkungen eher profitiert zu haben, noch immer leiden, sondern auch dienlich sein für eine Analyse aktueller medizin- und bioethischer Herausforderungen. Die ehemalige DDR ist in der Behandlung und Bewältigung bioethischer Fragestellungen sicherlich kein gutes Vorbild gewesen, was aber nicht heißen soll, dass man von ihr nicht lernen könnte.

Redaktionsanschrift:
meris e. V.
c/o Interdisziplinäres Wissenschaftliches Zentrum
Medizin-Ethik-Recht
Juridicum, Raum 0.30
Universitätsplatz 5
06108 Halle (Saale)

zfmer@meris-mer.de
www.meris-mer.de/zfmer

Gestaltung:
Andreas Walker
Sven Wedlich

Druck:
RT Reprotechnik.de GmbH
Prager Str. 13
04103 Leipzig

Schutzgebühr 8,- €

Redaktionsleitung:
Sebastian Vogel
Andreas Walker

Gastautoren dieser Ausgabe:
Katja Bauer
Gerfried Fischer
Nora Großkopf
Martin Hähnel
Benjamin Roth
Pascal Schwarzer
Sven Wedlich

Alle in der Zeitschrift verwendeten Texte, Fotos und grafischen Gestaltungen sind urheberrechtlich geschützt. Jegliche Verwendung darf, auch auszugsweise, nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Herausgebers erfolgen. Eine kommerzielle Weitervermarktung des Inhalts dieser Zeitschrift ist untersagt. Für die Inhalte der Texte und Artikel sind die jeweiligen Autorinnen und Autoren verantwortlich. Die Inhalte spiegeln nicht zwangsläufig die Meinung der Redaktion wieder.

ISSN 2194-377X