

Gunnar Duttge

Das Gewissen im Kontext des modernen Arztrechts

1 Ewige Wiederkehr des Gleichen?

„Der Beruf des Arztes ist [...] in einem hervorragenden Maß ein Beruf, in dem die Gewissensentscheidung des einzelnen Berufsangehörigen im Zentrum der Arbeit steht. In den entscheidenden Augenblicken seiner Tätigkeit befindet sich der Arzt in einer unververtretbaren Einsamkeit, in der er – gestützt auf sein fachliches Können – allein auf sein Gewissen gestellt ist. [...] Die Freiheit der Gewissensentscheidung bildet als ein Kernstück der ärztlichen Ethik eine immanente und wesenseigene Beschränkung der berufsständischen Rechtssetzungsgewalt“¹. Zusammen mit der Feststellung, dass die Arzt-Patienten-Beziehung „weit mehr [sei] als eine [bloß] juristische Vertragsbeziehung“², wird damit ein ärztlicher Handlungs- und Beurteilungsspielraum fern jedweder externen Einflussnahme (insbesondere per Regulierung) in Anspruch genommen (und von Rechts wegen durchaus zugestanden), der heute in den aktuellen Debatten im Spannungsfeld von Recht und Medizin eine bemerkenswerte Renaissance erfährt. Gleich, welche aktuellen Themen und Kontroversen gerade in Frage stehen: Selten fehlt es an einer dezidierten Bezugnahme auf jene Instanz, der nach E. Schockenhoff eine spezifische („letzte“) „Unvertretbarkeit“ immanent ist,³ der also das Potential zugeschrieben wird, eine „Fremdbestimmung“ bzw. „Instrumentalisierung“ des ärztlichen Beistands abzuwehren. So wird das „ärztliche Gewissen“ heute beispielsweise ins Feld geführt gegen

- das von der Mehrheit der Ärzteschaft und insbesondere der Bundesärztekammer verfochtene strikte Verbot des ärztlich assistierten Suizids (vgl. § 16 S. 3 MBO-Ä),⁴

1 BVerwGE 27, 303ff. = NJW 1968, 218, 219 (Notärztlicher Dienst).

2 So BVerfGE 52, 171ff. = NJW 1979, 1925, 1931 (Arzthaftung).

3 E. Schockenhoff, *Testimonium conscientiae. Was ist norma proxima des sittlichen Urteils?*, in: G. Höver/L. Honnefelder (Hg.), *Der Streit um das Gewissen*, Paderborn 1993, 73, 79.

4 Z. B. P. Holtappels, *Rechtsfolgen beim ärztlich assistierten Suizid*, in: *Angewandte Schmerztherapie und Palliativmedizin* (2012), 19, 23; H. Kreß, *Ärztliche Beihilfe zum Suizid? Ethische Aspekte*, Vortragsmanuskript, 7–8 (online: http://www.sozialethik.uni-bonn.de/kress/vortraege/kress_assistierter_suizid_23.5.2012.pdf [Zugriff am: 02.12.2013]); plakativ M. de Ridder, *Das Gewissen der Ärzte wird gleichgeschaltet*, in: *Der Spiegel* 20/2011, 115.

- eine Bindung an Patientenverfügungen, soweit der Arzt dadurch „zu einer seinem Gewissen widersprechenden Behandlung [...] gezwungen wird“ (Ziff. 8 der Empfehlungen der Bundesärztekammer und ihrer Zentralen Ethikkommission zum Umfang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis vom März 2007),⁵
- eine stärkere Kontrolle der Transplantationsmedizin oder gar Herausnahme aus der ärztlichen Selbstverwaltung („Verstaatlichung“) in der Folge der auf diesem Betätigungsfeld bekannt gewordenen Fälle ärztlichen Fehlverhaltens (sogenannter „Organspende-Skandal“),⁶
- ein Überhandnehmen von Budgetierung und Ökonomisierung der Gesundheitsversorgung⁷ oder
- eine „Bürokratisierung“, Juridifizierung (Beispiel: Patientenrechtegesetz) und Justizialisierung (Beispiel: Arzthaftpflichtrechtsprechung) ärztlichen Handelns nach Art einer „Leitlinien- und Notarmedizin“⁸.

Geradezu programmatisch betonen die ersten Sätze des Beschlussprotokolls vom jüngsten Deutschen Ärztetag (2013), dass die Ärztinnen und Ärzte sich „auf der Grundlage medizin-ethischer Werte in der besonderen Verantwortung gegenüber dem Patienten“ sehen, diese „Selbstverpflichtung“ aber durch eine „wachsende Überregulierung, [...] Kommerzialisierung des Gesundheitswesens [...] und Ökonomisierung ärztlicher Tätigkeit“ zunehmend in Frage gestellt werde.⁹ Der hierin mit besonderem Nachdruck sich Ausdruck verschaffende Akt des Sich-Bekennens und Sich-Versicherns des eigenen Gebundenseins an ethische Grundprinzipien, was eine externe Reglementierung (teilweise) entbehrlich werden lasse oder einer solchen gar entgegenstehe, ist freilich nur eine Bekräftigung dessen, was schon die zentralen Eingangspassagen der Muster- und Landesberufsordnung(en) deklarieren: „Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf“ (§ 1 Abs. 1) – „Ärztinnen und Ärzte üben ihren Beruf nach ihrem Gewissen,

⁵ In: *Dtsch Ärztebl* 104 (2007), A-891–896 unter Verweis auf OLG München *MedR* 21,3 (2003), 174 ff. (Zeugen Jehovas): „Ein Arzt [...] wird damit nicht zu einem willenlosen Spielball dieser Verfügung, bar jeden ärztlichen Gewissens“.

⁶ So etwa der Präsident der Bundesärztekammer F. Montgomery, vgl. E. A. Richter-Kuhlmann/H. Stüwe, *Interview mit Dr. med. Frank Ulrich Montgomery: „Wir müssen enger mit Behörden zusammenarbeiten“*, in: *Dtsch Ärztebl* 109,35–36 (2012), A-1737–1738.

⁷ Siehe TOP 1-24 des Deutschen Ärztetages 2013: „Schutz des Patienten-Arzt-Verhältnisses vor Ökonomisierung und Misstrauensbürokratie“, online: <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/116Beschlussprotokoll20130604.pdf> (Zugriff am 05.12.2013).

⁸ D. Heinrich, *Heilkunst oder Leitlinienmedizin: Verantwortung braucht Freiheit*, in: *Dtsch Ärztebl* 104 (2007), A-3312ff.

⁹ Deutscher Ärztetag 2013, Beschluss TOP 1–01 des Deutschen Ärztetages 2013 (Fn. 7).

den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus; sie dürfen keine Grundsätze anerkennen und keine Vorschriften oder Anweisungen beachten, die mit ihren Aufgaben nicht vereinbar sind oder deren Befolgung sie nicht verantworten können“ (§ 2 Abs. 1). Und gerade in dieser Selbstverpflichtung mit Blick auf ein vorgegebenes „sittlich Gutes“ scheint sich nach dem Selbstverständnis der Ärzteschaft die besondere Qualität des vielbeschworenen „guten Arztes“¹⁰ zu manifestieren. Ein solcher zeichnet sich, wie der renommierte US-amerikanische Kardiologe und Friedensnobelpreisträger B. Lown in seinem Bestseller „Die verlorene Kunst des Heilens“ resümiert, als eine Person aus, bei der es dem Patienten „leicht fällt, seine Klagen zu schildern, ohne Angst zu haben, anschließend zahlreichen Prozeduren unterzogen zu werden“: „Man hält Ausschau nach einem Arzt, für den der Patient niemals nur eine statistische Größe ist, nach einem Arzt, der keine das Leben gefährdenden Maßnahmen empfiehlt mit der Absicht, das Leben zu verlängern, nach jemandem, der weder die Risiken von harmlosen Erkrankungen übertreibt noch sich von schweren Krankheiten irritieren lässt; vor allen Dingen sucht man aber nach einem Anteil nehmenden menschlichen Wesen, dessen Sorge für seine Patienten geleitet ist von einer Freude am Dienen, die in seinen Augen ein unvergleichliches Privileg ist“¹¹.

Mit diesem Selbstverständnis sind jenseits seiner Idealität und jenseits diverser Details schon im Grundsätzlichen eine Reihe von schwierigen Fragen aufgeworfen, von denen die bedeutsamsten lauten: 1. Wer ist eigentlich Träger des „ärztlichen Gewissens“? Ist es der einzelne Berufsangehörige oder aber (auch) die Berufs- und Standesgemeinschaft der Ärztinnen und Ärzte im Ganzen? 2. Gibt die Berufung auf ein „ärztliches Gewissen“ lediglich ein Recht oder resultiert hieraus weitergehend sogar eine Verpflichtung? Und 3. bildet schließlich den Kern der gesamten Problematik die Fundamentalfrage nach dem Verhältnis zur Geltung der staatlichen Rechtsordnung, was sich strukturell nochmals differenzieren lässt nach dem jeweiligen Modus des ärztlichen Verhaltensspielraums: Gibt die „Gewissensfreiheit“ lediglich die Befugnis (oder eine Pflicht) zur Mitwirkungsverweigerung (= Unterlassen) oder aber ein Recht (bzw. eine Pflicht) zu „gewissenskonformen“ Eingriffen in Rechte anderer wie zum Beispiel in das Selbstbestimmungsrecht von Patienten? Wie es gelingen kann, den Besonderheiten ärztlicher Tätigkeit die nötige Eigenverantwortung zuzugestehen, ohne dabei aber rechtsfreie Räume zum Schaden des Gemeinwohls zu eröffnen, er-

10 Zu diesem Idealbild in historischer Perspektive näher A. W. Bauer, *Realität – Ideal – Projektion? Der „gute“ Arzt in medizinhistorischer Perspektive*, in: *Ärzteblatt Baden-Württemberg* (2005), 23–28.

11 B. Lown, *Die verlorene Kunst des Heilens. Anleitung zum Umdenken*, Frankfurt a. M. ¹¹2012, 393.

scheint *prima vista* geradezu wie eine Quadratur des Kreises. Die folgenden Überlegungen suchen dieses grundlegende Spannungsfeld näher in den Blick zu nehmen und anhand von aktuellen Fragestellungen thesenartig aufzulösen.

2 „Gewissensfreiheit“ und Rechtsgehorsam: Ein unauflösliches Spannungsverhältnis?

a) Unumstrittener Ausgangspunkt ist, dass die Zuschreibung des Arztberufes mit dem besonderen Signum der „Freiheitlichkeit“ (vgl. § 1 Abs. 2 BÄO) normative Relevanz hat: Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts qualifiziert sich ein „freier Beruf“ vor allem durch das Bestehen einer „speziellen Sachkunde“, die eine spezifische „eigene Verantwortlichkeit bei der Ausübung des Berufes“ in „regelmäßig unabhängiger und eigenverantwortlicher Stellung“ begründet, häufig – aber nicht notwendig¹² – ergänzt um „ein hohes Maß an Verantwortlichkeit und eigenem Risiko [auch] in wirtschaftlicher Beziehung.“¹³ Diese Qualität hat zwar nicht zur Folge, dass den Angehörigen dieses Berufes „grundsätzlich und von vornherein ein irgendwie bestimmbarer Anspruch auf Freiheit vor gesetzgeberischen Eingriffen rechtlich verbürgt sei“¹⁴; je mehr jedoch ein Akt hoheitlicher Gewalt das jeweilige Berufsbild zu prägen geeignet ist, um so größeres Gewicht kommt bei der Anwendung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebotes der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG zu. Dabei darf insbesondere nicht übersehen werden, dass die Verleihung von Satzungsautonomie ihren guten Sinn darin findet, „gesellschaftliche Kräfte zu aktivieren, den entsprechenden gesellschaftlichen Gruppen die Regelung solcher Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können, eigenverantwortlich zu überlassen“, um dadurch „den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern“¹⁵. Auch jenseits dessen, was im Widerstreit von Berufsfreiheit und gesetzgeberischem Gestaltungsspielraum der verfassungsrechtlichen Kontrolle unterliegt, zeugt es von gesetzgeberischer Klugheit, das Selbstverständnis jenes Berufsstandes zuvörderst der berufsständischen Selbstverwaltung (einschließlich des hieraus resultieren-

¹² Zur begrifflichen Trennung zwischen dem „freien Beruf“ und der „Freiberuflichkeit“ näher V. Lipp, in: A. Laufs/C. Katzenmeier/V. Lipp (Hg.), *Arztrecht*, NJW Praxis 29, München 2009, Kap. II Rn. 3.

¹³ Vgl. *BVerfGE* 9, 339, 351; 16, 286, 294; 33, 367, 381.

¹⁴ *BVerfGE* 10, 354, 364.

¹⁵ *BVerfGE* 33, 125, 156 ff. (Facharzt).

den Standesrechts) zu überlassen und im Namen der Gesamtgesellschaft nur dann zu intervenieren, wenn und soweit dies unverzichtbar ist, um Rechte Dritter (z. B. der Patienten) oder bedeutsame Interessen der Allgemeinheit (z. B. an einer flächendeckenden effektiven Gesundheitsversorgung) zu schützen.

Damit ist zugleich klaggestellt, dass die Freiheitlichkeit der Berufsausübung *prima vista* in den Schutzbereich der Berufs- (Art. 12 GG), nicht aber der (ärztlichen) Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) fällt: Auf erstgenanntes Grundrecht können sich sowohl institutionell verfasste Gesamtheiten (wie vorliegend die Ärztekammern) als auch die einzelnen Berufsangehörigen berufen, letztere sowohl gegenüber staatlichen wie standesrechtlichen Beschränkungen. Von einer gewissen Erfolgsaussicht ist dies allerdings nur dann getragen, wenn die Berufstätigkeit des Einzelnen bzw. des gesamten Berufsstandes substantiell eingengt wird, ohne dass sich dies durch ein überragend bedeutsames Gemeinwohlinteresse rechtfertigen lässt. Hierin liegt also der Anknüpfungspunkt, um etwa gegen ein eventuelles Übermaß an wirtschaftlich motivierter Steuerung des Gesundheitswesens durch den Sozialgesetzgeber anzugehen; das Bundesverfassungsgericht hat allerdings die finanzielle Stabilität des GKV-Systems zu einem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut erklärt und damit bislang nahezu jeden Eingriff in die Berufsfreiheit akzeptiert.¹⁶ Es bleibt freilich abzuwarten, ob sich dies auch in Zukunft noch wird halten lassen, wenn Ärzte sich zunehmend zu einer „impliziten Rationierung“¹⁷ unterhalb des „Maß[es] des Notwendigen“ i. S. d. § 12 SGB V gezwungen sehen, was im konkreten Schadensfall je nach Konkretisierung des jeweiligen (Facharzt-)„Standards“ u. U. haftungs- oder gar strafrechtliche Folgen nach sich ziehen kann. Wenn in einer derartigen konkreten Problemlage allerdings der einzelne Verantwortliche eine Handlungsoption innerlich als für sich zwingend, d. h. unbedingt sittlich geboten und bindend erlebt, dann lässt sich von einer „Gewissensentscheidung“ im Sinne einer besonderen, jenen berufsspezifischen Handlungsraum überschreitenden Betroffenheit des Einzelnen sprechen. Zum Nachweis einer „echten Gewissensnot“ in Abgrenzung von bloß dahinge-

16 Vgl. nur *BVerfGE* 103, 172, 184 f. m. w. N.; näher dazu bspw. C. Hillgruber, *Fremdbestimmung des Arztes durch Politik und Gesetzgeber*, in: H. Thomas (Hg.), *Ärztliche Freiheit und Berufsethos*, Dettelbach 2005, 155, 167 ff.; W. Kluth, *Ärztliche Berufs- und Gewissensfreiheit im Rahmen eines ökonomisch gesteuerten Gesundheitswesens*, in: H. Thomas (Hg.), *Ärztliche Freiheit und Berufsethos*, 127–154, insbes. 140 ff., der wegen einer „kumulativen Abwälzung ökonomischer Risiken und Steuerungsverantwortlichkeiten“ auf die Ärzteschaft zwar eine „Nachbesserung des Systemrahmens“ für geboten hält, jedoch in Bezug auf konkrete Regelungen einen Verfassungsverstoß zu erkennen glaubt.

17 Allgemein zur Problematik statt vieler etwa die Beiträge in G. Duttge/M. Zimmermann-Acklin (Hg.), *Gerecht sorgen. Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende*, Göttinger Schriften zum Medizinrecht 15, Göttingen 2013.

henden Schutzbehauptungen darf dieser innere Tatbestand zwar nicht einer „objektiven“ Richtigkeitskontrolle unterworfen werden; das Bundesverfassungsgericht verlangt jedoch eine substantielle Plausibilisierung, warum sich der Einzelne zwecks Bewahrung seiner „sittlichen Persönlichkeit“ tatsächlich zu einem an den Kategorien von „gut“ und „böse“ ausgerichteten Handeln gezwungen gesehen hat.¹⁸ Von hier aus lässt sich nun leicht einsehen, dass Träger der so verstandenen Gewissensfreiheit ihrer Natur nach nur natürliche Personen und nicht Personengesamtheiten, Körperschaften oder Institutionen sein können.¹⁹ Mag die Gewissensbildung und -entscheidung häufig auch erst durch Rückbindung an und Stabilisierung innerhalb eines Kollektivs mit seinem hierin näher ausgebildeten und die Einzelnen mehr oder weniger prägenden Ethos erfolgen: Am Ende erfordert sie stets eine höchstpersönliche Reflexion und Einnahme eines konkreten Standpunktes durch den Einzelnen, d. h. einen in die Transzendenz gerichteten personalen Akt.

Wo ethisch brisante Konstellationen nicht nur in Einzelfällen eintreten, sondern generaliter zu erwarten sind, hat der Gesetzgeber punktuell durch Einfügung sogenannter „Gewissensklauseln“ Freiräume für einen „gewissenskonformen“ Ausgang aus eventuellen Dilemmata geschaffen. So ist etwa niemand verpflichtet, an einer künstlichen Befruchtung oder an der jüngst freigegebenen Präimplantationsdiagnostik (vgl. § 3a ESchG) mitzuwirken (§ 10 ESchG). Den wohl bekanntesten Anwendungsfall bildet das Mitwirkungsverweigerungsrecht von Ärztinnen und Ärzten bei der Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs, das allerdings ausweislich § 12 SchKG nur insoweit rechtliche Anerkennung erfahren hat, als nicht der Abbruch vorgenommen werden muss, um eine „nicht anders abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwehren“. Da es im Kern um die gezielte Tötung werdenden Lebens geht, beschreibt § 12 Abs. 1 SchKG im Lichte des Hippokratischen Eides eigentlich nichts weiter als eine pure „Selbstverständlichkeit“²⁰; doch schon die keineswegs trennscharf markierte Ausnahmeregelung des Abs. 2²¹ offenbart jedoch, dass die Toleranz der Gesellschaft gegenüber sich verweigernden Ärzten keineswegs

18 Vgl. *BVerfGE* 12, 45, 55; 48, 127, 173; siehe auch *BVerwGE* 7, 242, 247; 41, 261, 268; 127, 302ff.

19 Herrschende Meinung, statt vieler nur M. Germann, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hg.), *Beck'scher Onlinekommentar Grundgesetz*, Edition 18, Stand: 15.05.2013, Art. 4 Rn 93 m.w.N.

20 R. Merkel, *Der Schwangerschaftsabbruch*, in: C. Roxin/U. Schroth (Hg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart 2010, 295, 380; grundlegend R. Walley, *A Question of Conscience*, in: *BMJ* (1976), 1456–1458.

21 Deshalb hat die *Bundesärztekammer* in ihrem gemeinsam mit der *DGGG* präsentierten Reformentwurf zum Schwangerschaftskonflikt 2006 eine restriktivere Fassung des § 12 Abs. 2 SchKG (durch Beschränkung auf eine „unmittelbare“ Gefahr) vorgeschlagen, vgl. http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/Vorschlag_Schw_recht.pdf (Zugriff am 05.12.2013).

grenzenlos ist. Obgleich das Bundesverfassungsgericht deutlich erklärt hat, dass aus der Weigerung, Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, „grundsätzlich keine rechtlichen oder tatsächlichen Nachteile“ erwachsen dürfen,²² soll es nach höchstrichterlicher Auffassung unbedenklich sein, wenn sich ein öffentlicher Krankenhausträger der erwarteten Mitwirkung dadurch versichert, dass er die dahingehende Bereitschaft zum eignungsrelevanten Merkmal bei der anstehenden Besetzung der Chefarztstelle einer Frauenklinik bestimmt: Es sei einem Bewerber ohne Verstoß gegen seine grundrechtlich geschützte Gewissensfreiheit zuzumuten, zur Vermeidung späterer Gewissenskonflikte von der Bewerbung Abstand zu nehmen.²³ Da dies aber nichts am Verweigerungsrecht des § 12 SchKG ändert, wird den Bewerbern/Bewerberinnen auf diese Weise – in den treffenden Worten Hillgrubers – die „Flucht in die Mentalreservation mit anschließender (Neu-)Entdeckung des Gewissens“²⁴, d. h. de facto ein infames Täuschungsmanöver nahegelegt. Und rechtsgrundsätzlich erscheint im Lichte des bundesverfassungsgerichtlich dekretierten „Sicherstellungsauftrages“ die Mitwirkungsverweigerung des doch unverzichtbaren Arztes („Arztvorbehalt“, vgl. §§ 218a Abs. 1 Nr. 2, 218b Abs. 1 S. 1, 218c Abs. 1 StGB) natürlich als ein „störendes“ Moment,²⁵ was unweigerlich Bestrebungen nach einer weiterreichenden Durchbrechung des Weigerungsrechts²⁶ oder gar nach seiner gänzlichen Abschaffung wie jüngst im sogenannten „Estrela-Bericht“ des EU-Ausschusses für Frauen und Gleichstellungsfragen formuliert²⁷ wachruft. Fraglich ist jedoch, ob eine derartige „Ver-einnahmung“²⁸ der Ärzteschaft überhaupt verfassungsrechtlich haltbar wäre oder nicht wenigstens gegen die Maximen rechtspolitischer Klugheit verstieße.

22 BVerfGE 88, 203, 294.

23 BVerwGE 89, 260, 264 f.

24 C. Hillgruber, *Fremdbestimmung des Arztes durch Politik und Gesetzgeber*, 177 Fn 9.

25 Siehe etwa die Leitlinie der DGGG zur „Ausübung des Rechts, die Mitwirkung an einem Schwangerschaftsabbruch zu verweigern“, online: http://www.dggg.de/fileadmin/public_docs/Dokumente/Leitlinien/015-034-S1-Abbruch-verweigern-2010.pdf (Zugriff am 05.12.2013), 5: „Eine unangekündigte, von Fall zu Fall ausgeübte Verweigerung kann den Betrieb [...] im Krankenhaus in große Schwierigkeiten bringen; deshalb wird der Krankenhausträger von seinem Personal erwarten dürfen[...]“.

26 In diesem Sinne zuletzt T. Hillenkamp, *Zum Mitwirkungsvergleich beim Schwangerschaftsabbruch*, in: D. Dölling/B. Götting/B.-D. Meier/T. Verrel, *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung* (Festschrift H. Schöch), Berlin 2010, 511, 522 ff.

27 Vgl. KNA-Nachrichten (Katholische Nachrichtenagentur) vom 08.11.2013, online: http://www.katholisch.de/de/katholisch/themen/news/page_news.php?id=22662 (Zugriff am 04.12.2013).

28 W. Kluth, *Die Neufassung des § 218 StGB – Ärztlicher Auftrag oder Zumutung an den Arztstand?*, in: *MedR* 14 (1996), 546, 547.

b) Die verfassungsrechtliche Aufklärung dahin, dass es sich bei der ärztlichen Gewissensfreiheit um eine menschenrechtliche Garantie zugunsten des je einzelnen Berufsangehörigen handelt, mündet nahtlos in die Einsicht, dass auf eine dahingehende Entscheidungsoption je nach Gestimmtheit des jeweils individuellen Gewissens de jure auch verzichtet werden kann. Die verpflichtende Kraft, die ggf. zu einer Gewissenstat führt, ist also stets von außerrechtlicher (wenngleich nicht notwendig religiöser)²⁹ Natur. Allenfalls mittelbar ließe sich an eine verpflichtende Wirkung auch nach rechtlichen Maximen denken, wenn im konkreten Fall der Anschein entsteht, als werde die Gewissensfreiheit im Zeitlauf wiederkehrender Situationen willkürlich gehandhabt (z.B. bei sprunghafter Handhabung der Mitwirkung an Schwangerschaftsabbrüchen). Dann könnten sich in der Tat Zweifel einstellen, ob der Einzelne seine „sittliche Identität“ wirklich mit der Existenz unbedingt verbindlicher Sollensforderungen „höherer Art“ verknüpft sieht. Jedoch erhöht sich dadurch lediglich das Maß an geschuldeter Glaubhaftmachung und begründen jene Zweifel nicht eine Art von Konsistenzgebotsverletzung dergestalt, dass eine Berufung auf das individuelle (ärztliche) Gewissen per se versperrt („verwirkt“) wäre. Soweit das Kollektiv allerdings ein berufliches (ärztliches) „Ethos“ ausgebildet hat, besteht selbstredend die Erwartung, dass sich die einzelnen Berufsangehörigen daran gebunden sehen; Verstöße gegen das Standesrecht berechtigen daher zur Verhängung berufsrechtlicher Sanktionen (z. B. nach §§ 60 ff. Nds. Kammergesetz für die Heilberufe – HKG). Gewiss beansprucht die individuelle Gewissensfreiheit auch gegenüber den berufsständischen Instanzen grundsätzliche Beachtung, wenngleich die Reichweite dieser Beachtungspflicht (sogleich im Anschluss, 3.) noch zu klären sein wird. Sofern es sich allerdings um einen tragenden, prägenden Teil des beruflichen (ärztlichen) „Ethos“ handelt (z.B. die ärztliche Schweigepflicht, § 9 MBO-Ä), lässt sich die Berechtigung des Interesses auf Seiten der berufsständigen Gesamtheit nicht von der Hand weisen, dass der einzelne Repräsentant seine berufliche Rolle nicht in einer Weise interpretiert und praktiziert, die mit dem sonst allgemein vorherrschenden Grundverständnis unvereinbar ist. Freilich darf nicht vergessen werden, dass auch und gerade das Berufsbild des Arztes keine starre Größe darstellt, sondern einem fortwährenden Wandel unterworfen ist.

c) Wenn aus der inneren Bindung des Einzelnen an ein „höheres Sollen“ somit im Außenverhältnis für alle Instanzen eine grundsätzliche Respekt- und Toleranzpflicht resultiert, mithin prima facie ein Raum freier, ungestörter Gewis-

²⁹ Zur verfassungsrechtlich gebotenen Deutung des Gewissensbegriffs aus weltanschaulich neutraler Perspektive siehe R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, Stand: 69. Erg.Lfg. 2013, Art. 4 Rn 124 ff.

sensbetätigung eröffnet ist, so stellt sich unweigerlich die Frage nach dessen Reichweite: Ist damit ein Handeln aus „echter Gewissensnot“ gleichsam sakrosankt und ein Arkanum grenzenloser, entfesselter Freiheit von Rechts wegen garantiert, wie es die Gewissens-Metaphern vom „Gesetz der Gesetze“³⁰ oder von „Gottes Gegenwart im Menschen“³¹ nahelegen? Immerhin setzt der Hippokratische Eid, wenngleich von manchen heute als überholt angesehen,³² in seiner Präambel bekanntlich mit einem Anruf an die Götter ein, die sicherstellen mögen, dass der Eid von allen Ärztinnen und Ärzten nach besten Kräften erfüllt werde. Es liegt geradezu auf der Hand, dass eine so verstandene (ärztliche) Gewissensfreiheit in letzter Konsequenz die Basis jeder Rechtsordnung, nämlich deren Allgemeinverbindlichkeit, sprengen würde; denn in einer säkular verfassten, auf den Grundprinzipien der gleichen Freiheit aller gegründeten Rechtsordnung kann die Geltung der ihr inhärenten konkreten Ge- und Verbote nicht von deren tatsächlicher Billigung durch jeden einzelnen Rechtsadressaten („Rechtsunterworfenen“) abhängig sein. Die bedrängende Frage geht somit dahin, wie sich die nötige „Harmonisierung“³³ bewerkstelligen lässt zwischen der unhintergehbaren Individualität des Gewissens auf der einen sowie auf der anderen Seite der Generalität jener für ein sozialverträgliches Miteinander ebenso unverzichtbaren Regeln, so dass die Berufung auf die Gewissensfreiheit nicht letztlich einer „Selbstermächtigung zur Aufkündigung des Rechtsgehorsams“³⁴ gleichkommt. Zwei Wege, die rasch zu diesem Ziele führten, erweisen sich dabei von vornherein als abschüssig: Weder ist die Gewissensfreiheit des Einzelnen auf ein bloßes „forum internum“ beschränkt, weil eine derartige Restriktion auf die „tatenlose Atmosphäre des stillen Kämmerleins“ unter Ausschluss jedweder „Vollzugsfreiheit“³⁵ wohl kaum der eigentlichen Bedeutung dieses Menschenrechts (die sich doch erst in der „Gewissenstat“ äußert) gerecht würde. Noch wäre es angemessen, die inhaltliche Ausrichtung des individuellen Gewissens *ab ovo* einer Art von „Objektivitätsvor-

30 A. de Lamartine, *Geschichte der Girondisten*, Leipzig 1847.

31 E. von Swedenborg, *Himmliche Geheimnisse*, Bd. 6, übers. v. J. F. I. Tafel, Tübingen 1845, 1866 ff., Ziff. 4299.

32 Zur Debatte vgl. im Überblick J. Brenn, *Ein neuer Hippokratischer Eid?*, in: *Rheinisches Ärzteblatt* (12/2002), 22; F. W. Eigler, *Der hippokratische Eid. Ein zeitgemäßes Gelöbnis?*, in: *Dtsch Ärztebl* 100,34–35 (2003), A-2203–2204.

33 H. L. Schreiber, *Gewissen im Recht. Gilt das allgemeine Gesetz nur nach Maßgabe des individuellen Gewissens?*, in: G. Höver/L. Honnefelder (Hg.), *Der Streit um das Gewissen*, 29.

34 J. Isensee, *Gilt das allgemeine Gesetz nur nach Maßgabe des individuellen Gewissens?* (Kochreferat), in: G. Höver/L. Honnefelder (Hg.), *Der Streit um das Gewissen*, 52.

35 R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig (Hg.), Art. 4 Rn 135.

behalt“ (wie etwa mit der *Hegelschen* Unterscheidung zwischen dem „formellen“ und dem „wahrhaften“ Gewissen)³⁶ zu unterwerfen.

Der verbleibende dritte Weg kann somit nur dort zu finden sein, wo einerseits die Subjektivität der Gewissensentscheidung prima facie anerkannt wird, jedoch das „irrende Gewissen“³⁷ innerhalb der „überindividuellen Sozialordnung“ an seine Grenzen stößt, wenn bedeutsame Belange der Allgemeinheit und/oder die Rechte Dritter substantiell beeinträchtigt werden.³⁸ Wo dabei genau die Grenze verläuft, kann jedenfalls abstrakt-generell schlechterdings nicht antizipiert werden. Vielmehr spricht alles für die Vermutung, dass sich aus dem Dilemma zwischen Gesetz und Gewissen erst in der jeweiligen Lebenspraxis mögliche – und deshalb nicht starr vorgegebene, sondern problembezogen näher zu diskutierende – Auswege zeigen.³⁹ Daher gilt es im Folgenden, nicht weiter nach einer allgemeinen Formel zu suchen, sondern näher zu analysieren, welche Pfade denn das geltende Arztrecht in entsprechenden Konfliktlagen bislang beschritten hat.

a) Zum Kernstück ärztlicher Profession zählt die „Therapiefreiheit“, die es in die Hände des jeweils verantwortlichen Arztes legt, zu befinden, ob und ggf. welche Therapie im konkreten Erkrankungsfall angezeigt ist. Daraus folgt insbesondere: „Kein Arzt darf zu einer seinem Gewissen widersprechenden Methode oder zu einer bestimmten Arzneimitteltherapie gezwungen werden; denn schließlich bleibt es stets seine Aufgabe, die ihm geeignet erscheinende diagnostische oder therapeutische Methode auszuwählen“⁴⁰. Die medizinisch wie juristisch vorangetriebene Standardisierung der Behandlungsmethoden im Banner der „evidence based medicine“, die Sorge vor einer ex post dekretierten haftungsrechtlichen Inanspruchnahme wegen eines evtl. Diagnose- oder Behandlungsfehlers und nicht zuletzt die zunehmende Dichte von Verschreibungsregeln im Rahmen des GKV-Systems (sei es durch die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, sei es durch Festlegungen der Krankenkassen oder durch das Krankenhausmanagement) lassen von dieser „Freiheit“, die als

36 G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 137.

37 Grdl. H. Welzel, *Vom irrenden Gewissen. Eine rechtsphilosophische Studie*, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 1949.

38 Siehe dazu etwa E.-W. Böckenförde, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, in: *VVDStRL* (1970), 33–81 sowie dessen „Leitsätze“ (82–88, insbes. 84).

39 So auch J. Isensee, *Gilt das allgemeine Gesetz nur nach Maßgabe des individuellen Gewissens*, 59; ähnlich im Sinne eines prozessualen Ansatzes die Stellungnahme des britischen *General Medical Councils* zu „*Personal Beliefs and Medical Practice*“ 2008, näher referiert bei W. Schaupp, *Gewissen – ein verzichtbarer Begriff der medizinischen Ethik?*, in: W. Kröll/W. Schaupp (Hg.), *System – Verantwortung – Gewissen in der Medizin*, Schriftenreihe Recht der Medizin 36, Wien 2012, 1–16, bes. 13.

40 A. Laufs, in: A. Laufs/B.-R. Kern (Hg.), *Handbuch des Arztrechts*, München ⁴2010, § 3 Rn 14.

dienende ja stets dem Wohl des Patienten verpflichtet ist, allerdings immer weniger übrig. Gewiss gibt es ein überragend wichtiges Interesse der Allgemeinheit, dass Ärzte ihre therapeutischen Überzeugungen nicht beliebig und fern jedweder empirischen Belegbarkeit oder gar allen negativen Erfahrungen zum Trotz beharrlich zum Nachteil ihrer Patienten praktizieren; doch ist der Pluralismus in der Medizin zum Wohle des medizinischen Fortschritts wie auch mit Rücksicht auf die Individualität der Patienten grundsätzlich etwas Begrüßenswertes und darf deshalb nicht durch zu starre Vorgaben eingezwängt werden.⁴¹ Eben deshalb steht das Recht einer Anwendung sogenannter „Außenseitermethoden“⁴² oder einem Heilversuch bzw. (im Arzneimittelbereich) *Off-label-* bzw. *Compassionate use* (= Anwendung eines Arzneimittels jenseits seines Indikationsbereiches bzw. ohne bisherige Zulassung)⁴³ nicht rundweg ablehnend gegenüber, mögen auch die jeweiligen (erhöhten) Anforderungen an die Begründetheit eines solchen Vorgehens und an die konkrete Weise der Durchführung im Detail noch nicht restlos geklärt sein. Ganz in diesem Sinne bilden auch die inzwischen mehr und mehr Überhand nehmenden Leitlinien der jeweiligen medizinischen Fachgesellschaften nur eine Orientierungshilfe für den behandelnden Arzt und dürfen auch von Rechts wegen nicht etwa sklavisch und blind gegenüber den konkret-situativen Erfordernissen befolgt werden.⁴⁴

In gleicher Weise gibt es de jure auch keinen blinden Gehorsam gegenüber Patientenwünschen, sofern eine „Therapie“ erbeten wird, die aus Sicht des verantwortlichen Arztes nicht oder gar kontraindiziert ist.⁴⁵ Denn die Achtung der „Patientenautonomie“ darf nicht in der Weise verabsolutiert werden, dass die ärztliche Professionalität verloren geht.⁴⁶ Das gilt etwa auch für die zuletzt immer

41 Dazu grundlegend U. Wiesing, *Pluralismus in der Medizin – Pluralismus in der Therapieevaluation?*, in: S. Michl/T. Potthast/U. Wiesing (Hg.), *Pluralität in der Medizin. Werte – Methoden – Theorien*, Freiburg i. Br. 2008, 459–470.

42 Zum Sorgfaltsmaßstab eines „besonders vorsichtigen Arztes“ siehe BGH *MedR* 2008, 87 ff. m. Anm. A. Spickhoff; zu den erhöhten Anforderungen an die ärztliche Aufklärung vgl. BGH *NJW* 2011, 1088 ff.; OLG Koblenz *NJW* 1996, 1600 ff.

43 Siehe dazu E. Deutsch/A. Spickhoff, *Medizinrecht*, Berlin ⁶2008, Rn 957 ff., 1287 ff.

44 Die Rechtsprechung ist bei der Heranziehung von Leitlinien zur Feststellung des „Standards“ mit Recht eher zurückhaltend, vgl. BGH *GesR* 2008, 361 ff.; OLG Hamm *OLGReport* 2002, 176 ff.; OLG Koblenz *MedR* 2008, 511; OLG Naumburg *MedR* 2002, 471 f.

45 Klassiker: BGH *NJW* 1978, 1206 (Zahnextraktionsfall) – zur intrikaten rechtsdogmatischen Problematik siehe näher G. Duttge, *Zum Unrechtsgehalt des kontraindizierten ärztlichen „Heileingriffs“*, in: *MedR* 23 (2005), 706–710.

46 Fragwürdig ist daher die neuerdings aus der Palliativmedizin vorgeschlagene Idee, Patientenwünsche als „co-indizierenden Faktor“ anzusehen, vgl. F. Nauck/B. Alt-Epping, *Der Wunsch des Patienten – ein eigenständiger normativer Faktor in der klinischen Therapieentscheidung*, in: *Ethik Med* 24,1 (2012), 19–28, bes. 24 ff.

konfliktreicheren Auseinandersetzungen im Kontext der Impfung von Kindern: Immer noch ist es der Kinderarzt, der unter Beachtung der STIKO-Empfehlungen (= Ständige Impfkommision beim Robert-Koch-Institut) über das (natürlich für das jeweilige Kind geeignete) Impfschema befindet, und nicht die Eltern.⁴⁷ Im Falle der Behandlungsnotwendigkeit besteht allerdings die ärztliche Pflicht, für eine ordnungsgemäße Übertragung der Verantwortung an andere Sorge zu tragen; im Falle einer akuten Notlage geht das Lebensrecht des Patienten der eigenen Gewissensüberzeugung vor.

b) Wie liegt es aber, wenn nicht ein ärztliches Sich-Verweigern, sondern ein aktives Eingreifen „aus Gewissensgründen“ in Rede steht? Der Bundesgerichtshof war in der Vergangenheit vor allem mit der offenbar sehr praktisch relevanten Konstellation konfrontiert, dass Verantwortliche eines Pflege- oder Altenheimes das Beenden einer bestehenden lebenserhaltenden Therapiemaßnahme (insbesondere der künstlichen Ernährung mittels PEG-Sonde), sei es durch den Heimbewohner selbst oder – wie meist – durch Stellvertreter (Betreuer oder Gesundheitsbevollmächtigte) verlangt, unter Verweis auf ihre Gewissensfreiheit, den Heimvertrag bzw. die „corporate identity“ des Hauses nicht akzeptieren. Dabei zählt es doch seit langem zu den gesicherten Einsichten des Medizinrechts, dass die Fürsorgepflicht des Arztes wie des gesamten Pflege- und Hilfspersonals ihre unüberwindbare Grenze im Behandlungsveto des Patienten findet, und dies auch dann, wenn die Maßnahme vital indiziert, d. h. mit dem sicheren Todeseintritt im Falle der Ablehnung zu rechnen ist.⁴⁸ Nach der gesetzlichen Verankerung der Patientenverfügung, der Beachtlichkeit des „mutmaßlichen Patientenwillens“ und der Rechtsstellung von Betreuern und Gesundheitsbevollmächtigten (vgl. § 1901a Abs. 1, 2 und 5 BGB) ist auch für einwilligungsunfähige Patienten inzwischen (jedenfalls dem Grundsatz nach) zweifelsfrei geklärt, dass deren Selbstbestimmungsrecht nicht etwa verlorengelht, sondern nur auf andere Weise zum Ausdruck und zur Geltung gebracht werden muss.⁴⁹ Wie der Bundesgerichtshof nun unmissverständlich klargestellt hat, beansprucht die besondere Wertigkeit des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts auch dann vorrangige Beachtung, wenn auf der anderen Seite neben der allgemeinen Fürsorgepflicht dezidiert die

⁴⁷ Dazu näher G. Duttge, *Schutzimpfungen, abweichend von den STIKO-Empfehlungen – juristische Aspekte*, in: *Pädiatrische Praxis* 81,1 (2013), 24–64.

⁴⁸ Seit *BGHSt* 11, 111ff.; statt vieler nur G. Duttge, in: J. Eckart/H. Forst/J. Briegel (Hg.), *Repetitorium Intensivmedizin (Loseblatt Handbuch)*, 39. Erg.-Lfg., 2010, Kap. XIV – 13, 1ff.

⁴⁹ Grdl. *BGHZ* 154, 205ff.; zu den Details statt vieler T. Wagenitz, *Selbstbestimmung am Lebensende. Zu den Möglichkeiten und Grenzen privatautonomer Vorsorge de lege lata et ferenda*, in: G. Duttge (Hg.), *Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert*, Göttinger Schriften zum Medizinrecht 1, Göttingen 2007, 21–36.

Gewissensfreiheit in Anspruch genommen wird: Denn auch „die Gewissensfreiheit [...] verleiht [...] kein Recht, sich durch aktives Handeln über das Selbstbestimmungsrecht des durch seinen Betreuer vertretenen Patienten hinwegzusetzen und seinerseits in dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen“⁵⁰. Daher kann auch in den Fällen der verweigerten Bluttransfusion durch Angehörige der „Zeugen Jehovas“ nicht mehr wie früher auf den seinerzeit offenbar häufig benutzten Trick zurückgegriffen werden, dass bis zum Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit zugewartet wird, ehe die Gabe des Blutes kraft Notstandslage durch den behandelnden Arzt selbst oder durch einen per Eilverfügung berufenen Betreuer autorisiert wird, wobei die Auswahl des letzteren natürlich nicht im Kreis der „Zeugen Jehovas“ erfolgte. Heute ist weithin anerkannt, dass deren weltanschaulich fundiertes Veto gegen eine Bluttransfusion⁵¹ jede Zwangstransfusion verbietet und insbesondere kein Raum besteht, um über den „mutmaßlichen Willen“ oder den Inhalt einer dahingehenden Patientenverfügung noch irgendeinen Zweifel zu hegen.

Aus dieser höchstrichterlichen Grundsatzentscheidung lässt sich nahtlos folgern, dass die Gewissensentscheidung des Arztes (ebenso wie die der Pflegekräfte) „dort ihre Begrenzung erfährt, wo seine Grundrechtsausübung in Grundrechte des Patienten eingreift“⁵². Das lässt sich einerseits als Resultat einer Abwägung der widerstreitenden Berechtigungen herleiten, wenn angenommen wird, dass mit dem körperbezogenen Selbstbestimmungsrecht des Patienten ein derart gewichtiger Wertbelang betroffen ist, dass spiegelbildlich eine ärztliche Zwangsbehandlung letztlich in die Nähe einer menschenunwürdigen Instrumentalisierung (vgl. Art. 1 Abs. 1 GG) geraten würde. Gute Gründe sprechen jedoch dafür, die sachliche Reichweite der ärztlichen Gewissensfreiheit von vornherein auf eine Mitwirkungsverweigerung (= Unterlassen) zu beschränken (analog dem Recht auf Kriegsdienstverweigerung, vgl. Art. 12a Abs. 2 GG), um der Gefahr zu entgehen, dass die Gewissensfreiheit zu einem „Supergrundrecht“ mutiert.⁵³ In diesem Sinne heißt es bei Dirksen, dass es sich in Wahrheit gar „nicht um eine wirkliche Grundrechtskollision handelt, die im Sinne einer praktischen Konkordanz einer Lösung zugeführt werden muss, damit jedes von ihnen Wirklichkeit

⁵⁰ BGH *NJW* 2005, 2385, 2386.

⁵¹ Zur Verstärkung des Selbstbestimmungsrechts durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit siehe zuletzt EGMR *NJOZ* 2011, 1502ff.; zur Problematik im Ganzen vgl. T. Hillenkamp, *Zur Strafbarkeit des Arztes bei verweigerter Bluttransfusion*, in: M. Hettinger et al. (Hg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2007, 123–148.

⁵² H. H. Dirksen, *Arzt, Patient und Gewissen – Handlungspflicht oder Ablehnungsfreiheit*, in: G. Kern (Hg.), *Arzt und Gewissen*, 2010, 45, 64.

⁵³ Zu dieser Gefahr R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig (Hg.), Art. 4 Rn 136.

gewinnt“; vielmehr gilt: „Die Gewissensnot des Arztes berechtigt ihn ausschließlich und nur dazu, die Behandlung seines Patienten von vornherein zu unterlassen oder später abzubrechen, nicht aber ohne Einwilligung in die körperliche Integrität einzugreifen.“ Anders als häufig behauptet wird das ärztliche Gewissen dadurch keineswegs ausgeschaltet, weil der Arzt „seine ethischen Vorbehalte gegenüber dem Patientenwillen während des Aufklärungsgesprächs zum Ausdruck bring[en] und die Übernahme der Behandlung bei Uneinigkeit konsequenterweise ablehnen [kann]“⁵⁴. Der Patient hat keinerlei Recht, seinen Arzt zu einer Behandlung zu zwingen, die mit dessen ethischem Selbstverständnis unvereinbar ist.⁵⁵

c) Vorstehendes Votum zugunsten eines Konzepts der sogenannten „obstruction“ (= Blockierung) und nicht einer „objection“ (= Anfechtung)⁵⁶ ist freilich nicht unumstritten, wie die aktuelle Debatte um den ärztlich assistierten Suizid illustriert: Bekanntlich hatte hier nach einer Phase der tendenziellen Lockerung der Verbotslösung zugunsten der Gewissensfreiheit des einzelnen Arztes (so die Empfehlungen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung vom Februar 2011: „keine ärztliche Aufgabe“)⁵⁷ der Deutsche Ärztetag mehrheitlich für ein klares striktes Verbot plädiert, um zu verdeutlichen, dass die Mitwirkung an einer zielgerichteten (Selbst-)Tötungshandlung dem ärztlichen Selbstverständnis generaliter zuwiderlaufe (vgl. § 16 S. 3 MBO-Ä). Die höchst unterschiedliche Umsetzung dieser Empfehlung durch die Landesärztekammern zeigt jedoch, dass es in dieser Frage offensichtlich keinen Konsens innerhalb der deutschen Ärzteschaft (mehr) gibt.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund hat das Verwaltungsgericht Berlin – allerdings noch zum vorherigen Landesrecht – „gute Gründe“ gesehen, „in einer Konfliktsituation, in der das Gebot der Lebenserhaltung mit dem Gebot der Leidenslinderung und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten in Streit steht, die Gewissensentscheidung eines Arztes [...] zu respektieren, wenn er sich dazu entschließt, dem Betroffenen die gewünschten Medikamente für einen Suizid zu überlassen“. Denn: „Neben der Freiheit der Berufsausübung des Arztes streitet in

⁵⁴ H. H. Dirksen, *Arzt, Patient und Gewissen – Handlungspflicht oder Ablehnungsfreiheit*, 61f.

⁵⁵ Statt vieler nur F. Kliesch, *Der halboffene Kreislauf ärztlicher Standesethik*, in: A. Klein/B. Görder (Hg.), *Werte und Normen im beruflichen Alltag*, 2011, 179, 192.

⁵⁶ Dazu näher W. Schaupp, *Zwischen personal beliefs and professional duties: Weltanschaulich-religiöser Pluralismus als neue Herausforderung für das ärztliche Gewissen*, in diesem Band, 3–23.

⁵⁷ *Dtsch Ärztebl* 108 (2011), A-346 ff.; dazu die Erläuterungen von V. Lipp/A. Simon, *Beihilfe zum Suizid: Keine ärztliche Aufgabe*, in: *Dtsch Ärztebl* 108 (2011), A-212 ff.

⁵⁸ In diesem Sinne auch die Ergebnisse der Allensbacher Umfrage vom Juni 2010, online: <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/Sterbehilfe.pdf> (Zugriff am 05.12.2013).

diesen Konfliktlagen auch seine in Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Gewissensfreiheit für eine Ausnahme vom generellen Verbot der ärztlichen Beihilfe zum Suizid⁵⁹.

Hier wird also die ärztliche Gewissensfreiheit gleichsam als Verstärkung des patientenseitigen Willens zur Selbstbestimmung ins Feld geführt, um ein Handeln zu rechtfertigen, das mit dem grundsätzlichen ärztlichen Selbstverständnis zugunsten der Lebenserhaltung (vgl. § 1 Abs. 2 MBO-Ä) an sich kollidiert. Die Problematik dieser Position resultiert nicht allein daraus, dass die „Sozialadäquanz“ des Gesamtgeschehens, also des Suizids als solchen, selbst im Falle der erforderlichen – freilich selbst unsicheren – „Freiverantwortlichkeit“⁶⁰ noch immer sehr umstritten ist,⁶¹ sondern dass ungeachtet der u.U. höchst bedrängenden Umstände des Einzelfalls eine abstrakt-generelle Regelung – sei es kraft Berufs- oder gar allgemeinen Bundesrechts – stets die soziale Rolle des Arztes aus Sicht der Gesellschaft generaliter verändert. Der ärztliche Beruf stünde im Falle einer Freigabe der Suizidbeihilfe eben nicht mehr allein für die Lebensrettung und Leidminderung, ohne das unausweichliche Sterben künstlich zu verlängern, sondern auch dafür, an der zielgerichteten Beendigung des Lebens aktiv mitzuwirken. Daran ändert nichts, dass die Ärzteschaft im Ganzen hierzu natürlich nicht verpflichtet werden könnte, sondern wiederum zugunsten der ärztlichen Gewissensfreiheit ein Weigerungsrecht zugestanden werden müsste (so der Alternativentwurf [AE] eines Sterbebegleitungsgesetzes 2005)⁶². Dies belegt noch einmal, wie sehr die Berufung auf das ärztliche Gewissen die allgemeine Ordnung zu untergraben geeignet ist, wenn selbige auf die Sphäre des aktiven Eingreifens erstreckt wird und kraft des Gleichbehandlungsprinzips dann natürlich für alle Fälle gleichermaßen zugestanden werden müsste, was am Ende unweigerlich den Ruf nach einer klaren („rechtssicheren“) Regelung weckt. Im Übrigen geht es im vorliegenden Kontext zuvörderst um das ärztliche „Berufsbild“ nach ärztlichem Selbstverständnis; es ist daher *prima vista* eine Angelegenheit der berufsständischen Selbstverwaltung, über die Vereinbarkeit des ärztlich assistierten Suizids mit dem ärztlichen Ethos zu befinden, und infolgedessen eine „Kompetenzmaßnahme“ des Rechts, wenn es der Ärzteschaft ein „Mitmachen“ aufdrängen will.⁶³

⁵⁹ VG Berlin *MedR* 2013, 58, 63 f.

⁶⁰ Im Überblick G. Duttge et al., *Der interessante Fall – Suizid in palliativer Betreuung*, in: *Palliativmedizin* (2006), 123–127.

⁶¹ Bis heute im Sinne einer grds. „Rechtswidrigkeit“: *BGHSt* 46, 279, 285 f. (m. abl. Anm. G. Duttge, in: *NStZ* 2001, 546 ff.; D. Sternberg-Lieben, in: *JZ* 2002, 153 ff.).

⁶² H. Schöch/T. Verrel, in: *GA* 2005, 553 ff., insbes. 580 f. und 586.

⁶³ So bereits G. Duttge, *Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe*; D. Kettler/A. Simon et al. (Hg.), *Selbstbestimmung am Lebensende*, Göttingen 2006, 36, 46.

Zwar kann das Standesrecht nicht erlauben, was allgemein-rechtlich verboten ist (z. B. die aktiv-direkte Tötung, vgl. § 216 StGB); doch muss dasjenige, was nicht mit einer Strafsanktion bedroht ist, noch längst nicht für den in besonderer Weise auf das gesamtgesellschaftliche Vertrauen angewiesenen Berufsstand der Ärzteschaft akzeptabel sein.⁶⁴

3 Abschließende Thesen und Zukunftsperspektiven

Im Ganzen zeigt sich somit, dass die Berufung auf eine „ärztliche Gewissensentscheidung“ nicht von der Verpflichtung eines jeden Bürgers zum Rechtsgewissensentscheidet: Denn die „rule of law“ kennt keine „rechtsfreien Räume“⁶⁵; in einem Rechtsstaat gilt das Recht vielmehr „flächendeckend“⁶⁶ und erlaubt einen Dispens nur innerhalb der Reichweite des Art. 4 GG. Allerdings ist das Recht nicht nur lebensklug beraten, sondern im Lichte der Berufsfreiheit sogar verfassungsrechtlich verpflichtet, das ärztliche Selbstverständnis zu respektieren und mit eigenen Regeln nur dort einzugreifen, wo gewichtige Belange der Allgemeinheit auf dem Spiele stehen. Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist eben weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung.⁶⁷ Erst unlängst hat der Große Strafsenat des Bundesgerichtshofs, anlässlich der Frage nach der Rechtsstellung von Vertragsärzten im Kontext der Bestechungsdelikte (vgl. §§ 331 ff. StGB), ganz in demselben Sinne vom „Gesichtspunkt der individuell geprägten, auf Vertrauen sowie freier Auswahl und Gestaltung beruhenden persönlichen Beziehung“⁶⁸ gesprochen. Man kann diesen bedeutsamen Aspekt mit H.-L. Schreiber auch in der Weise beschreiben, dass es in der Verantwortung der Rechtspolitik liegt, gleichsam „gewissensfähig“ zu sein⁶⁹ und diese „Kompatibilität“ fortlaufend zu beobachten und ggf. nachzubessern.

⁶⁴ Zum Verhältnis dieser beiden Rechtskreise näher G. Duttge, *Der assistierte Suizid aus rechtlicher Sicht. „Menschenwürdiges Sterben“ zwischen Patientenautonomie, ärztlichem Selbstverständnis und Kommerzialisierung*, in: ZME 55 (2009), 257–270.

⁶⁵ Dazu aus rechtstheoretischer Sicht: G. Duttge, *Zum „rechtsfreien Raum“ nach Lothar Philipps*, in: B. Schünemann/R. Wittmann/M.-T. Tinnfeld (Hg.), *Gerechtigkeitswissenschaft – Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps*, Berlin 2005, 369–384 m. w. N.

⁶⁶ R. Zuck, *Biomedizin als Rechtsgebiet*, in: MedR 26 (2008), 57, 60.

⁶⁷ BVerfGE 52, 131, 169 f.

⁶⁸ BGH (GS) NJW 2012, 2531 ff.

⁶⁹ H. L. Schreiber, *Gewissen im Recht. Gilt das allgemeine Gesetz nur nach Maßgabe des individuellen Gewissens?*, in: G. Höver/L. Honnefelder (Hg.), *Der Streit um das Gewissen*, 29, 39.

Aktuellen Anlass, mit Blick auf das geltende Arztrecht an jener „Gewissensfähigkeit“ zu zweifeln, gibt es zur Genüge: Erwähnt sei nur der „Kampf um die Deutungshoheit der Patientenverfügung“, mit der sich die Ärzteschaft verständlicherweise dagegen wehrt, zum „willfähigen Helfer oder blinden Vollstrecker des Patientenwillens“ herabzusinken.⁷⁰ Denn der Gesetzgeber hat es versäumt, zur Abfassung der Patientenverfügung ein Prozedere zu implementieren, das Ärzte auf ein wohlerwogenes Ausüben des Selbstbestimmungsrechts vertrauen ließe. Da es von Gesetzes wegen weder auf eine ärztliche Beratung noch auf eine Aktualisierung ankommt,⁷¹ braucht man nicht überrascht zu sein, wenn das bloße Schriftstück eines Unbekannten, in unbekannter Situation⁷² zu einem unbekanntem Zeitpunkt entstanden, bei den (mit)verantwortlichen Ärzten eher auf ambivalente Gefühle und ggf. auf Misstrauen trifft. Da die Ärzteschaft aber auf dem Boden des geltenden Rechts nicht mehr die Bindungswirkung einer Patientenverfügung in Frage stellen kann,⁷³ ohne ihren „Ungehorsam“ offen zu demonstrieren, hat sie einen anderen Ausweg gefunden: Bei „eindeutigen Patientenverfügungen“ bedürfe es gar nicht der Bestellung bzw. Heranziehung eines Betreuers oder Gesundheitsbevollmächtigten, sondern dürfe das Dokument durch den behandelnden Arzt selbst interpretiert werden.⁷⁴ Es liegt auf der Hand, dass durch diese Handhabung, wie sie in der klinischen Praxis offenbar ganz üblich ist, die Adressaten der Rechtspflicht über die Reichweite ihrer Pflichtenstellung selbst disponieren könnten, was sich mit dem Hohelied auf das Selbstbestimmungsrecht der Patienten schlechterdings nicht verträgt.⁷⁵ Eine kluge, vorausschauende, vertrauensbildende Rechtspolitik sieht sicher wesentlich anders aus!

Ein zweites, nicht minder bedeutsames Konfliktfeld betrifft die schon seit langem kontrovers diskutierte ärztliche Aufklärungspflicht: Sollten sich die bisherigen Studienergebnisse über den sogenannten „Noceboeffekt“ weiter erhärten

70 Siehe etwa J.-D. Hoppe, *Patientenverfügung: eine Stellungnahme aus ärztlicher Sicht*, in: *FPR* 6 (2010), 257, 260: „Denn ein Arzt kann nicht zu einer seinem Gewissen und Ethos widersprechenden Behandlung gezwungen werden“.

71 Dazu näher (vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes) G. Duttge et al., *Preis der Freiheit*, Thüningersheim ²2006, 35 ff.

72 Die gesetzlich vorgegebene Einwilligungsfähigkeit (vgl. § 1901a Abs. 1 BGB) kann in praxi gar nicht überprüft werden.

73 So noch die Empfehlungen der Bundesärztekammer 2007 in: *Dtsch Ärztebl* 104 (2007), A-891–896: „grundsätzlich verbindlich“.

74 So die Empfehlungen der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügungen aus den Jahren 2010 und 2013 (*Dtsch Ärztebl* 107 [2010], A-877 ff. und 110 [2013], A-1580 ff.).

75 Dazu näher G. Duttge, *Advance patient directives under medical authority of translation?*, in: *Intensivmedizin und Notfallmedizin* 48,1 (2011), 34 ff.

lassen,⁷⁶ besteht dringender Anlass, das Verfahren der Aufklärung und Einwilligung grundlegend neu zu durchdenken. Und ganz sicher greift es viel zu kurz, wenn sich der Gesetzgeber in seinem Patientenrechtgesetz darauf beschränkt, die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung in ihren Grundzügen zu kodifizieren (vgl. §§ 630c-e BGB), ohne die Kritik hieran und die aktuellen sozialwissenschaftlichen Einsichten zur Kenntnis zu nehmen, wonach die ärztliche Aufklärung jedenfalls in ihrer üblichen Handhabung das Idealbild eines „informierten“ Patienten in der Lebenswirklichkeit weit verfehlt.⁷⁷ Und drittens schließlich bleibt generell die Sorge, dass die in manchen Kontexten augenfällig Überhand genommene Regelungsdichte die Ärzteschaft immer stärker in die sogenannte „Defensivmedizin“ drängt. Die Konsequenzen sind fatal – noch einmal in den Worten Lowns: „Zum einen setzt sie in großem Umfang Prozeduren ein, die mit möglichen Komplikationen belastet sind, und zum anderen sieht sie jeden Patienten als potentiellen Gegner an. Defensive Medizin beeinträchtigt die Berufsausübung und beraubt die ärztliche Tätigkeit jeder Menschlichkeit“⁷⁸. Mit dem Medizinrechtler A. Laufs lässt sich daher konstatieren, dass „eine behutsame Rechtspolitik nicht alle Lebensbereiche gleichermaßen mit juristischem Regelwerk überziehen“ und schon gar nicht mit einem Spinnennetz an Vorschriften strangulieren, sondern darauf achten wird, dass der Arzt seiner Berufung möglichst konform mit seinem Ethos nachgehen kann.⁷⁹ Denn wie sagte schon Konfuzius: „Wenn man durch Erlasse leitet und durch Strafe ordnet, so weicht das Volk aus und verliert sein Gewissen“!⁸⁰

76 Siehe etwa W. Häuser et al., *Nocebophänomene in der Medizin. Bedeutung im klinischen Alltag*, in: *Dtsch Ärztebl* 109,26 (2012), A-463 ff. m.w.N.

77 Weiterführende Kritik: G. Duttge, in: J. M. Jehle/K. Yamanaka (Hg.), *Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit*, 2014 [im Erscheinen].

78 B. Lown, *Die verlorene Kunst des Heilens. Anleitung zum Umdenken*, Frankfurt a.M. ¹¹2012, 188.

79 A. Laufs, in: A. Laufs/C. Katzenmeier/V. Lipp (Hg.), *Arztrecht*, NJW Praxis 29, München ⁶2009, Kap. 1 Rn 49.

80 Zit. nach W.-K. Sun, *Der Idealmensch des Konfuzius in paulinischer Betrachtung*, Tübingen 2011, 51.