

Christian Kopetzki

Hirntod und Schwangerschaft

Zum Inhalt: Ist der Arzt berechtigt oder verpflichtet, die Schwangerschaft einer hirntoten Patientin zu erhalten? Kopetzki analysiert die damit verbundenen Rechtsfragen.

I. Einleitung

Dürfen oder sollen die Körperfunktionen einer hirntoten Frau mit intakter fortgeschrittener Schwangerschaft durch intensivmedizinische Maßnahmen aufrechterhalten werden, um damit das Leben des Ungeborenen bis zu einer – für einen späteren Zeitpunkt angestrebten – Schnittentbindung zu bewahren? Diese in der BRD seit dem „Erlanger Baby“ überaus kontroversiell geführte Diskussion¹⁾ hat aus bekanntem Anlaß nun auch Österreich erfaßt²⁾. Daß es im aktuellen Fall noch vor dem Tod der Mutter zu einer Fehlgeburt kam und sich die Frage der weiteren Vorgangsweise nach dem Todeseintritt daher nicht mehr stellte, löste zwar das konkrete Entscheidungsdilemma, nicht jedoch die damit aufgeworfene grundsätzliche Fragestellung. Sie besitzt jenseits ihrer heiklen medizinischen und ethischen Aspekte auch eine bislang unterbelichtete rechtliche Dimension. Diese – und nur diese – sei im folgenden skizziert.

Das Problem, das sich hier stellt, betrifft in erster Linie einen Konflikt zwischen dem Lebensschutz des Ungeborenen und den „postmortalen“ Persönlichkeitsrechten der Mutter, insb ihrem aus § 16 ABGB ableitbaren Recht auf eine menschenwürdige Vollendung des natürlichen Sterbeprozesses. In der deutschen Diskussion haben sich dazu drei idealtypische Antworten herauskristallisiert, die im Ergebnis – wenngleich mit unterschiedlichen Begründungen – auch alle vertreten werden:

(1) Es besteht – zum Schutz der Menschenwürde und der Totenruhe der Mutter – ein rechtliches Verbot der Weiterbehandlung. Diesfalls hätten die Ärzte weitere intensivmedizinische Maßnahmen abzubrechen

und das Fortschreiten des Sterbevorganges bis hin zum Tod der Leibesfrucht als schicksalhaftes Naturereignis hinzunehmen³⁾.

(2) Es besteht – zum Schutz des Lebensrechts des Ungeborenen – eine rechtliche Behandlungspflicht, alles Sinnvolle und Mögliche zu tun, um dem nasciturus die spätere Geburt zu ermöglichen⁴⁾.

(3) Es besteht aus rechtlicher Sicht weder ein Verbot noch ein Gebot der Weiterbehandlung. Die Entscheidung zwischen beiden Alternativen wäre dann von Rechts wegen freigestellt und nach sonstigen Wertmaßstäben zu treffen⁵⁾.

Einschlägige Untersuchungen zur österreichischen Rechtslage gibt es soweit ersichtlich noch nicht⁶⁾. Vereinzelt Äußerungen in den Medien zeigen aber ein ähnlich buntes Bild. Die Palette reicht von der Forderung, mit dem Todeseintritt der Mutter auch das „natürliche“ frühe Sterben des Kindes hinzunehmen⁷⁾ bis hin zur Behauptung einer Lebenserhaltungspflicht gegenüber den Ungeborenen⁸⁾. Das BMJ verneinte in einer parlamentarischen Anfragebeantwortung anlässlich des „Erlanger Falles“ zumindest eine strafrechtliche Relevanz der in Betracht kommenden Alternativen und neigte im Ergebnis eher der These vom „rechtsfreien“ Raum zu⁹⁾.

II. Hirntodbegriff und Schwangerschaft

Nach herrschender Auffassung ist der Hirntod mit dem Tod im Rechtssinne gleichzusetzen¹⁰⁾. Die vorliegende Fragestellung läßt sich nur unter der Prämisse formulieren, daß dies auch für die hirntote Schwangere zutrifft. Das ist im Hinblick auf das ungeborene Leben im Körper der Mutter und dessen Wechselwirkungen mit dem mütterlichen Organismus keineswegs selbstverständlich und kann mit ernstzunehmenden Argumenten in Zweifel ge-

¹⁾ Vgl zB die Beiträge von Koch und Frommel in Bockenheimer-Lucius/Seidler (Hg), Hirntod und Schwangerschaft (1993) 72 ff, 116 ff; Coester-Waltjen, Der nasciturus in der hirntoten Mutter, FS Gernhuber (1993) 837; Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts⁴ (1994) 900; Hochreiter, Gebärgang und tote Frau als Brüterin – patriarchale Ethik? Kritische Justiz 1994/1, 67; Hilgendorf, Zwischen Humanexperiment und Rettung ungeborenen Lebens – Der Erlanger Schwangerschaftsfall, JuS 1993, 97; Heuermann, Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau, JZ 1994, 133; Giesen/Poll, Recht der Frucht/Recht der Mutter in der embryonalen und fetalen Phase aus juristischer Sicht, JR 1993, 177; Beckmann, Die Behandlung hirntoter Schwangerer im Licht des Strafrechts, MedR 1993, 121; Laufs, Arztrecht⁸ (1993) Rz 289; Kern, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753 (755); Schöne-Seifert, Der „Erlanger Fall“ im Rückblick: eine medizinethische Lektion? Ethik Med 1993, 13.

²⁾ Zum Fall der komatösen Schwangeren Monika N vgl Profil 16, 5, 1994, 72; Der Standard 13, 5, 1994, 9.

³⁾ Giesen/Poll, JR 1993, 177 ff; Heuermann, JZ 1994, 133.

⁴⁾ Laufs, Arztrecht Rz 289; Coester-Waltjen, FS Gernhuber (1993) 837 ff; Hilgendorf, JuS 1993, 97 ff; Beckmann, MedR 1993, 121 ff.

⁵⁾ Vgl Köch in Bockenheimer-Lucius/Seidler 72 ff.

⁶⁾ Der Aufsatz von Stellamor, Weiterführung der Schwangerschaft einer hirntoten Mutter – derzeit geltendes Recht und ethische Überlegungen, ÖKZ 1994, 293, konnte nicht mehr berücksichtigt werden. Vgl allerdings schon Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) 206.

⁷⁾ Mitterauer, Über das Leben im Leib einer sterbenden Mutter, Salzburger Nachrichten 28. 5. 1994, 32. Wohl auch Barta, Tiroler Tageszeitung 19. 5. 1994, 4; „Ein trotz eingetretenen Gehirntodes künstliches Weiterführen bestimmter Lebensfunktionen des Menschen widerspricht ... dem Recht auf Respektierung eines individuell würdigen Todes“.

⁸⁾ Vgl die Stellungnahmen von Welser, Der Standard 13, 5, 1994, 9, und Treter, Profil 16, 5, 1994, 75.

⁹⁾ Anfragebeantwortung II-8691 BlgNR 18, GP 5: Die Frage könne „nur nach außerstrafrechtlichen, insbesondere ethischen Kriterien beurteilt werden“.

¹⁰⁾ Nachweise bei Kopetzki, Organgewinnung 54, 184.

zogen werden¹¹⁾). Die entscheidende Frage ist dabei nicht, ob die anerkannten *medizinischen* Hirntodkriterien, also der irreversible Ausfall sämtlicher Hirnfunktionen, auch bei einer Schwangeren erfüllt sein können, sondern ob der Hirntod auch im Sonderfall der Schwangeren als *rechtlicher* Individualtod anzuerkennen ist. Diese Problematik kann im gegebenen Rahmen nicht näher ausgeführt werden. Um an der gewählten Thematik festzuhalten, muß den weiteren Überlegungen daher die vorläufige – und wie nochmals betont sei: fragwürdige – *Annahme* zugrunde gelegt werden, daß auch die Schwangere mit dem Eintritt des Hirntodes *de iure* tot ist¹²⁾. Nichtsdestoweniger sollte aber der Umstand im Auge behalten werden, daß jeder auf dieser Prämisse aufbauenden Argumentation eine ganz bestimmte *Todesdefinition* vorgelagert ist, mit der bereits eine folgenreiche Vorentscheidung getroffen worden ist. Solange die Mutter nämlich aus rechtlicher Sicht „nur“ bewußtlos ist, aber noch *lebt*, träge den Arzt grundsätzlich eine Lebenserhaltungs-, Behandlungs- und Fürsorgepflicht, die neben der Schwangeren auch den nasciturus einschließt¹³⁾. Erforderlichenfalls gehört dazu auch die intensivmedizinische Aufrechterhaltung der Vitalfunktionen¹⁴⁾. Erst die Bejahung des mütterlichen Todes löst all jene Überlegungen aus, die letztlich in die Frage münden können, ob man nicht auch das Kind als Teil einer natürlichen Schicksalsgemeinschaft gemeinsam mit der Mutter sterben lassen soll.

III. Zivilrechtliche Aspekte

1. § 22 ABGB

Ausgangspunkt ist § 22 ABGB: Danach haben „selbst ungeborene Kinder [...] von dem Zeitpunkte ihrer Emp-

fängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu tun ist, werden sie als Geborne angesehen; ein totgeborenes Kind aber wird in Rücksicht auf die ihm für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte so betrachtet, als wäre es nie empfangen worden“. Die Bedeutung dieser Bestimmung ist nicht ganz unumstritten. Sieht man darin nur eine Normierung der aufschiebend bedingten Rechtsfähigkeit des nasciturus¹⁵⁾ oder eine bloß programmatische Aussage, die erst der Durchführung durch *andere* Vorschriften bedarf und die für sich genommen noch nicht die Rechtswidrigkeit einer Tötung des Ungeborenen begründet¹⁶⁾, dann läßt sich daraus für das vorliegende Problem kaum etwas gewinnen¹⁷⁾. Leitet man aus § 22 ABGB hingegen auch einen selbständigen rechtlichen Schutz der Leibesfrucht in ihrer *physischen Substanz* ab¹⁸⁾, dann wäre jede Verletzung oder Vernichtung ihres Lebens schon aufgrund des § 22 ABGB grundsätzlich als rechtswidrig anzusehen¹⁹⁾.

ME sprechen historische und teleologische Argumente eindeutig für die zweitgenannte Auslegung: Denn anders als noch I § 43 des Westgalizischen Gesetzbuches beschränkt sich § 22 ABGB nämlich nicht auf den – nun im 2. Satz lokalisierten – Schutz der Rechte des nasciturus unter der aufschiebenden Bedingung seiner späteren Lebendgeburt²⁰⁾. Der vom 2. Satz systematisch abgehobene „Schutz der Gesetze“ im 1. Satz des § 22 muß vielmehr – ähnlich wie in § 21 ABGB – als selbständige Positivierung eines hochrangigen Schutzinteresses gedeutet werden, welches im Kollisionsfall gegenläufigen Interessen grundsätzlich vorzugehen hat²¹⁾. Folgt man dieser – durchaus herrschenden – Interpretation, dann verbürgt § 22 Satz 1 einen umfassenden, *nicht* an die Bedingung der Lebendgeburt geknüpften Schutz der Leibesfrucht, der auch und gerade den Schutz ihres *Lebens* einschließt²²⁾

¹¹⁾ Ablehnend zB *Schick*, Der Todesbegriff, Referat am Symposium „Hirntod – Medizinische, ethische und rechtliche Aspekte“ am 13. 11. 1993 in Graz (im Druck); *Kern*, MedR 1993, 112; *Jonas* in *Hoffin der Schmitten* (Hg.), Wann ist der Mensch tot? (1994) 21 ff; vgl auch *Koch* in *Bockenheimer-Lucius/Seidler* 73 f.

¹²⁾ Dies ist – wie das Hirntodkonzept insgesamt – nicht nur eine medizinisch-wissenschaftliche Frage, sondern auch ein normatives Problem (*Laufs*, Arztrecht Rz 289). Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, daß das Hirntodkonzept seine Entstehung und auch seine Legitimation ganz konkreten Interessenskonflikten (Abbruch sinnloser Behandlungsversuche, Organexplantation) und Güterabwägungen verdankt, die hier durch die Tatsache überlagert werden, daß der Körper der (hirntoten?) Frau das ungeborene und möglicherweise mit einer realistischen Lebenschance ausgestattete Kind in sich trägt. Während das Hirntodkonzept ansonsten Wertungen und Abwägungen zum Durchbruch verhilft, die auf den Schutz menschlichen Lebens (Transplantation) oder den Abbruch völlig aussichtsloser Behandlungsversuche abzielen, wendet es sich im vorliegenden Kontext potentiell *gegen* die Lebenserhaltung des nasciturus. Gerade dann, wenn man die Schicksalsgemeinschaft zwischen Mutter und Kind in den Vordergrund stellt, müßte man konsequenterweise einer Übertragung der Hirntodkonzeption skeptisch gegenüberstehen, weil ein Teil der postulierten „Einheit“ Mutter/Kind (nämlich der nasciturus) dann eben nicht in jener schicksalhaften, allenfalls verzögerbaren Weise dem Tod geweiht ist, wie dies für den Hirntoten immer angenommen wird.

¹³⁾ *Laufs*, Arztrecht Rz 289.

¹⁴⁾ Jene Rechtsprobleme, die sich bei einer lebenden, aber komatösen Schwangeren stellen, bleiben im folgenden außer Betracht.

¹⁵⁾ So zB *Ent*, 6. ÖJT 1976, II/4, 55.

¹⁶⁾ *Pisko* in *Klang*¹ I/1 235.

¹⁷⁾ Zumal – wie unten zu zeigen ist – auch ein strafrechtlicher Schutz des nasciturus in der hirntoten Mutter nicht besteht, der zur Konkretisierung des § 22 ABGB herangezogen werden könnte.

¹⁸⁾ Vgl *Bydlinski*, Der Schutz des Ungeborenen in zivilrechtlicher Sicht, in: *Pammer/Weiler* (Hg.), Volle Menschenrechte für das ungeborene Kind (1980) 89 (91 f); *Selb*, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen (1987) 50; *Bernat*, Gedanken zum rechtlichen Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens – gezeigt am Beispiel medizinisch assistierter Zeugung, FS Maresch (1988) 33 (34 ff); *Brandstetter*, Aktuelle Probleme der Sterilitätsbehandlung in strafrechtlicher Sicht, in: *Brandstetter/Huber/Janisch/Laun*, Künstliche Befruchtung (1985) 53 (64 f); *Waldstein*, 6. ÖJT 1976, II/4, 80 f; *Mayer-Maly*, 6. ÖJT 1976, II/4, 82.

¹⁹⁾ So zB *Wolff* in *Klang*² I/1 155; *Selb*, Rechtsordnung 50; *Aicher* in *Rummel*, ABGB I § 22 Rz 3.

²⁰⁾ Zu diesem Bedeutungswandel *Wolff* in *Klang*² I/1, 155, dessen systematische Auslegung durch die Entstehungsgeschichte gestützt wird; vgl *Opfer*, Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I (1889) 44.

²¹⁾ Vgl – wengleich zu § 21 – *Aicher* in *Rummel* § 21 Rz 1.

²²⁾ *Bydlinski*, Schutz 91 f; *Bernat*, FS Maresch (1988) 36; *Marschall*, 6. ÖJT 1976, II/4, 74; *Steiner*, Ausgewählte Rechtsfragen der Insemination und Fertilisation, ÖJZ 1987, 513 (515). Daß aus § 22 weder eine (von der späteren Lebendge-

und der vom unergiebigem Streit über den „eigentlichen“ Beginn des menschlichen Lebens oder gar von Spekulationen über die „Empfindungsfähigkeit“ des nasciturus losgelöst ist. In diesem Sinn dürfte der § 22 schon von Zeiller verstanden worden sein, wenn er ausführt, der Gesetzgeber habe seine rechtliche Vorsorge „auch über die noch ungeborenen, aber doch schon empfangenen Kinder“ ausgedehnt, „ohne sich um die von den Naturforschern und Rechtsphilosophen geführten, wenigstens nicht mit einleuchtender Gewißheit entschiedenen Streitigkeiten, wann das empfangene Wesen zu dem lebenden vernunft- und rechtsfähigen Menschen gehöre, zu bekümmern“. Die „sicherste Maßregel“ sei „es wenigstens, ihnen, gleich den geborenen, Anspruch auf die Gesetze zu geben“²³).

Der lapidare Schutz des § 22 ABGB wird freilich dadurch relativiert, daß die §§ 97f StGB zur Wahrung näher präziser Interessen (insb der körperlichen Selbstbestimmung und des Lebens) der Mutter einen Schwangerschaftsabbruch unter bestimmten Bedingungen straflos stellen. Insofern trifft es zu, daß die Rechtsordnung dem nasciturus kein *unbedingtes* Recht garantiert, auch tatsächlich geboren zu werden²⁴). Doch wie auch immer man das Verhältnis zwischen dem weitreichenden zivilrechtlichen Rechtsgüterschutz des § 22 ABGB und den einschränkenden Strafbarkeitsgrenzen der §§ 97f StGB beurteilen mag²⁵): Auch unter der Annahme, daß § 97 StGB einen Rechtfertigungsgrund begründet, der nicht nur die Strafbarkeit, sondern auch die zivilrechtliche Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruches ausschließt, tritt diese rechtfertigende Wirkung jedenfalls nur dann und insofern ein, als die Abbruchvoraussetzungen des StGB in concreto auch tatsächlich erfüllt sind. Dies ist aber ab dem Ende des dritten Schwangerschaftsmonats nur mehr unter sehr engen Indikationen möglich, die für die vorliegende Problematik keine Rolle spielen, weil die durch §§ 97f geschützten Interessen der Mutter nach deren Tod nicht mehr berührt werden können. Soweit die Voraussetzungen des Schwangerschaftsabbruches nicht vorliegen, wird der umfassende zivilrechtliche Schutz des § 22 ABGB folglich auch durch die Straffreistellung der Abtreibung nicht durchbrochen.

2. § 22 ABGB nach dem Tod der Schwangeren

Nach Auffassung des BMJ sei das „Lebensrecht“ des nasciturus gem § 22 ABGB mit der Schwangerschaft der Mutter untrennbar verbunden „und somit auch durch deren Tod begrenzt“²⁶). Dies deshalb, weil die

burt unabhängige) Rechtsfähigkeit noch ein subjektives Recht des nasciturus folgt (Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts I⁹ [1992] 46), spricht nicht dagegen, weil sich die Rechtswidrigkeit von Verletzungshandlungen auch aus dem Verstoß gegen eine objektive Schutzpflicht ergeben kann.

²³) Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I (1811) 121.

²⁴) Pichler in Rummel § 274 Rz 2; Schick, 10. ÖJT 1988, II/5, 22.

²⁵) Dazu die Diskussionen am 6. ÖJT 1976, II/4; weiters zB Bydlinski, Schutz 89ff; Bernat, FS Mareš (1988) 37ff.

²⁶) Anfragebeantwortung II-8691 BlgNR 18, GP 6.

Rechtsfähigkeit des Ungeborenen von seiner Lebendgeburt abhängt. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß es hier weder um subjektive Rechte noch um die Frage der (bedingten) Rechtsfähigkeit iSd 2. Satzes, sondern um den objektiven Schutz des nasciturus iSd 1. Satzes des § 22 geht. Gewiß hatte der historische Gesetzgeber des § 22 ABGB primär die Leibesfrucht in der lebenden Mutter vor Augen. Da das Schutzgut des § 22 ABGB aber eben nicht die Integrität der Schwangerschaft, sondern das ungeborene Leben ist, kann es aus teleologischen Gründen auch nicht darauf ankommen, ob die Schwangere noch lebt. Der Schutz des § 22 ABGB greift vielmehr solange ein, als das Ungeborene noch am Leben ist. Nach ganz herrschender Auffassung wird der Schutz des § 22 daher auch auf den Embryo *in vitro* bezogen²⁷), obwohl in diesem Fall von einer Schwangerschaft von vornherein nicht die Rede sein kann. Im übrigen sei daran erinnert, daß eine Entbindung von der toten Mutter zur Rettung des Kindes auch bisher nicht unbekannt war, wie das altbekannte Phänomen der „sectio in mortua“ zeigt²⁸). Nach Auffassung des BMJ wäre jeglicher Schutz des Ungeborenen hingegen auch dann erloschen, wenn die Mutter unmittelbar vor Einleitung der Geburt stirbt. Diese befremdliche Konsequenz hat bisher noch niemand gezogen. Festzuhalten ist daher, daß der Lebensschutz des nasciturus durch § 22 ABGB nicht mit dem Tod der Mutter endet.

3. Der Persönlichkeitsschutz der Mutter

Eine Einschränkung dieses in § 22 ABGB verankerten Schutzes könnte sich im vorliegenden Fall nun allerdings daraus ergeben, daß die Fortsetzung der Behandlungsmaßnahmen an rechtliche *Schranken* stößt, die eine Intervention zugunsten des nasciturus verbieten. Der beim Lebenden eingreifende Schutz der körperlichen Integrität und des Selbstbestimmungsrechts der Mutter scheidet dabei voraussetzungsgemäß aus. Als Quelle eines solchen Behandlungsverbotes sind jedoch die *postmortalen* Persönlichkeitsrechte der Mutter in Betracht zu ziehen.

Geht man davon aus, daß die Persönlichkeit eines Verstorbenen gem § 16 ABGB auch über dessen Tod hinaus geschützt ist²⁹), dann wendet sich dieser Schutz grundsätzlich auch gegen Eingriffe, die die Integrität und Würde des toten Körpers verletzen oder das organische Absterben hintanhaltend oder verlängern³⁰).

Diesem postmortalen Persönlichkeitsschutz steht im konkreten Fall aber der Lebensschutz des nasciturus

²⁷) Selb, Reproduktion 21, 50; ders, 10. ÖJT 1988, II/5, 37; Steiner, Rechtsfragen der „In-vitro-Fertilisation“, JBl 1984, 175 (178f); ders, ÖJZ 1987, 514; Posch, Rechtsprobleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie, 10. ÖJT 1988, II/5, 4 (74) mwN.

²⁸) MWN Hiersche, Kaiserschnitt an der Toten und Sterbenden, MedR 1985, 45.

²⁹) Aicher in Rummel § 16 Rz 28f mwN; Gschützler/Faistenberger/Barta, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts³ (1992) 191ff, 227; Schützler, Rechte des Toten? FS Mareš (1988) 383.

³⁰) Vgl Laufß, Arztrecht Rz 289; Coester-Waltjen, FS Gernhuber (1993) 852; Barta, Tiroler Tageszeitung 19. 5. 1994, 4.

gem § 22 ABGB gegenüber. In diesem Widerstreit der Interessen wiegt der postmortale Persönlichkeitsschutz geringer als der Lebensschutz des Ungeborenen³¹⁾: Das ergibt sich nicht nur aus der eher formalen Überlegung, daß der Schutz des § 22 vorbehaltlos formuliert ist, während jener des § 16 ABGB erst eine umfassende Interessenabwägung erfordert, die ihrerseits wieder auf § 22 Bedacht nehmen muß. Die gesetzliche Güterabwägung zugunsten des nasciturus wird auch durch jene gesetzlichen Regelungen vorgezeichnet, die das zeitlich vorangehende Spannungsverhältnis zwischen dem Leben des Ungeborenen und dem Selbstbestimmungsrecht der Frau zu ihren *Lebzeiten* regeln:

Dabei zeigt sich, daß nach den in §§ 96f StGB positivierten Wertungen das Selbstbestimmungsrecht der Mutter gegenüber dem Lebensschutz des Kindes hinsichtlich *aktiver* Eingriffe in die Schwangerschaft grundsätzlich nachrangig ist, sobald der dritte Schwangerschaftsmonat beendet ist. Dieser Vorrang des Schutzes des nasciturus wird nur durch die engen Indikationen des § 97 Abs 1 Z 2 und 3 StGB eingeschränkt³²⁾, welche nach Todeseintritt entweder überhaupt nicht (Lebensgefahr für die Schwangere) oder nur unter der Voraussetzung einer eugenischen Indikation (schwere körperliche oder geistige Schädigung des Kindes) zum Tragen kommen. Wenn aber schon das Selbstbestimmungsrecht der Lebenden und ihre Persönlichkeitsrechte hinter dem Lebensrecht des Kindes zurücktreten, dann ist kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, weshalb diese Abwägung *nach* dem Todeseintritt plötzlich zuungunsten des Kindes ausgehen sollte. Gerade jene spezifische Konfliktsituation zwischen den mütterlichen Interessen der Selbstbestimmung und des Lebensschutzes einerseits und dem Lebensrecht des Ungeborenen andererseits, um deren Ausgleich es in § 97 StGB für den Fall der lebenden Schwangeren geht, besteht hier wegen des bereits eingetretenen Todes der Mutter nicht mehr. Dem Schutz des nasciturus steht folglich auch kein ausreichend starkes Gegengewicht mehr gegenüber, das die Waagschale zu seinem Nachteil ausschlagen lassen könnte.

Einzuräumen ist freilich, daß sich das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren zu Lebzeiten zwar insofern nicht gegen das Kind durchsetzen kann, als ihr nach dem dritten Monat eine (aktive) Abtreibung außerhalb enger Indikationen verwehrt wird, daß sie aber nicht verpflichtet ist, medizinische Maßnahmen zugunsten des Kindes an ihrem *eigenen* Körper zu *dulden*³³⁾. Dieser – beim Lebenden insb in den §§ 90, 110 StGB verankerte und auch durch rechtfertigenden Notstand zugunsten des nasciturus nicht überspielbare – weitgehende Schutz der eigenen körperlichen Integrität besteht *nach* dem Tod aber nicht in gleicher Intensität weiter. Aus strafrechtlicher Sicht wird der dem Lebenden durch §§ 90, 110 StGB gewährte umfassende Schutz

vor fremdbestimmten Maßnahmen durch den zeitlich anschließenden Schutz der Totenruhe (§ 190 StGB) nicht uneingeschränkt über den Todeszeitpunkt hinaus erstreckt³⁴⁾. Doch auch außerhalb des Strafrechts ist der Persönlichkeitsschutz des Toten einschließlich seiner Würde in mannigfaltiger Hinsicht geringer ausgeprägt als jener der Lebenden und tritt gegenüber einer Vielzahl von Interessen in den Hintergrund: So darf etwa – ganz im Gegensatz zur deutschen Rechtslage – der Leichnam der in öffentlichen Krankenanstalten verstorbenen Patienten aus rein medizinisch-wissenschaftlichen Interessen oder zu Zwecken der Strafverfolgung obduziert werden, ohne daß dies durch Willenserklärungen des Verstorbenen oder der Angehörigen wirksam verhindert werden könnte³⁵⁾. Gem § 62a KAG dürfen dem Verstorbenen einzelne Organe im Interesse Dritter entnommen werden, sofern nicht eine ausdrückliche Widerspruchserklärung vorliegt. Gerade die Rechtslage auf dem Gebiet der Organexplantation zeigt deutlich, daß der (hirn)tote Körper unter bestimmten Voraussetzungen zum gesundheitlichen Nutzen Dritter „instrumentalisiert“ und der Kreislauf zum Schutz von Lebens- und Gesundheitsinteressen Dritter weiterhin aufrechterhalten werden darf³⁶⁾. Durch diese Regelungen wird der postmortale Schutz der Persönlichkeit und der Menschenwürde des § 16 ABGB ganz erheblich eingeschränkt und den Lebensinteressen anderer untergeordnet. Gewiß sind die damit legitimierten Eingriffe von anderer Art und die genannten Vorschriften hier nicht unmittelbar anwendbar. Die ihnen zugrundeliegenden Wertentscheidungen des Gesetzgebers müssen aber – man mag zu ihnen stehen, wie man will – in die Bestimmung des Schutzbereiches des § 16 ABGB einbezogen werden³⁷⁾. Vor diesem Hintergrund wäre es nicht überzeugend, die postmortalen Nachwirkungen der Persönlichkeitssphäre der Mutter gerade gegen den Lebensschutz des Ungeborenen in Anschlag zu bringen³⁸⁾. Die Vorstellung, daß Teile des Körpers einer toten Schwangeren – möglicherweise noch dazu zum Nachteil des noch lebenden nasciturus – zwar beliebigen Dritten, nicht jedoch ihrem eigenen Kind zur Verfügung gestellt werden dürfen, wäre im Licht des § 22 ABGB ein unerträglicher Wertungswiderspruch³⁹⁾.

4. Rechte der Angehörigen und des Kindesvaters

Steht nicht einmal die Rechtssphäre der verstorbenen Mutter einer Aufrechterhaltung der Schwangerschaft

³¹⁾ Zum eingeschränkten Schutz der Totenruhe gem § 190 StGB gleich unten IV.

³²⁾ § 25 KAG; §§ 127ff StPO.

³³⁾ Ähnlich *Coester-Waltjen*, FS Gernhuber (1993) 853ff.

³⁴⁾ Zu diesem Rahmencharakter des § 16 *Aicher* in *Rummel* § 16 Rz 14, 27: Das Rechtswidrigkeitsurteil kann erst aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung gefunden werden.

³⁵⁾ Medizinische Maßnahmen, die den Schutz des § 22 ABGB aktualisieren, verletzen daher grundsätzlich nicht die Menschenwürde der toten Mutter. In diesem Sinn auch *Birnbacher* in *Bockenheimer-Lucius/Seidler* 57; *Koch*, *ibid* 75; *Hilgendorf*, JuS 1993, 99.

³⁶⁾ Vgl schon *Laufs*, Die Entwicklung des Arztrechts 1984/85, NJW 1985, 1361 (1363); *Kopetzki*, Organgewinnung 206.

³¹⁾ *Laufs*, *Arztrecht* Rz 289; *Coester-Waltjen*, FS Gernhuber (1993) 852ff.

³²⁾ *Zipf* in *WK Vorbem* § 96 Rz 8.

³³⁾ Auch ärztliche Eingriffe an der Schwangeren bedürfen grundsätzlich ihrer Einwilligung (§ 16 ABGB, §§ 90, 110 StGB).

entgegen, dann kann für die Interessen der *Angehörigen* nichts anderes gelten. Denn während die Interessen der Mutter zu Lebzeiten unter den oben skizzierten Voraussetzungen gegenüber dem Lebensrecht des Ungeborenen prävalieren, trifft dies für Interessen Dritter zu keiner Zeit zu. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die rechtliche Position dieser Personen durch den Todesertritt der Mutter stärker werden sollte. Auch das aus § 16 ABGB abgeleitete *Totenfürsorgerecht* der Angehörigen⁴⁰⁾ verleiht diesen keine Befugnis, über die Fortsetzung der Schwangerschaft zu entscheiden: Aus dem Totenfürsorgerecht der Angehörigen ergibt sich nicht automatisch die Rechtswidrigkeit von konsenslosen Verfügungen über den Leichnam⁴¹⁾. Vielmehr bedarf es auch hier einer Güterabwägung anhand der positivrechtlich vorgegebenen Wertungen. Die rechtlichen Grenzen der Verfügungsmacht der Angehörigen folgen aber nicht nur aus den erwähnten öffentlichrechtlichen Eingriffsbefugnissen (Obduktion, Organentnahme), sondern eben auch aus § 22 ABGB. Eine Abwägung zwischen dem Lebensschutz des Kindes gem § 22 und den Rechten der Angehörigen kann nur zugunsten des (höherwertigen) Rechtsguts Leben ausfallen⁴²⁾. Einer ablehnenden Haltung der Angehörigen kommt daher keine rechtliche Erheblichkeit zu.

Umso weniger verfügt der *Kindesvater* über eine rechtlich geschützte Entscheidungsbefugnis, zumal er in seiner Eigenschaft als Erzeuger nicht einmal zum Kreis der Totenfürsorgeberechtigten gehört. Daß seine rechtlichen Interessen durch die Austragung der Schwangerschaft berührt werden können (Unterhaltspflicht etc), ändert daran nichts. Dies trifft auch auf jede „normale“ Schwangerschaft zu, ohne daß ihm deshalb irgendein rechtlicher Einfluß auf deren Bestand zukäme⁴³⁾.

5. Interessen des Kindes

Der gegen eine Fortsetzung der Schwangerschaft vorgebrachte Einwand, dem Kind fehle die für eine normale seelische Entwicklung notwendige vorgeburtliche Kommunikation mit der Mutter⁴⁴⁾, leidet nicht nur am Mangel gesicherten Wissens über die Bedeutung dieser pränatalen Beziehungen. Selbst wenn sich negative Auswirkungen des Abbruches der Kommunikation auf die psychische Entwicklung des Kindes objektivieren ließen, müßten diese vor dem Hintergrund der tödlichen Alternative verblassen. Die Antwort auf die mangelnde mütterliche Zuwendung und ihre *vielleicht* möglichen Folgen kann nicht der sichere Tod des Kindes sein⁴⁵⁾. Nicht einmal bei der ersten Gefahr psychischer oder psychischer Schädigungen läßt sich ein Behandlungsabbruch

⁴⁰⁾ Vgl. *Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen zu medizinischen Zwecken aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1965, 449 (452 ff); *Kopetzki*, Organgewinnung 107 f; *Schnitzer*, FS Maresch (1988) 385 ff.

⁴¹⁾ *Aicher* in *Rummel* § 16 Rz 29.

⁴²⁾ Vgl. *Coester-Waltjen*, FS Gernhuber (1993) 852 ff; *Kern*, NJW 1994, 755.

⁴³⁾ Zur mangelnden Berücksichtigung der Interessen des Erzeugers *Zipf* in *WK Vorbem* § 96 Rz 6.

⁴⁴⁾ ZB *Mitterauer*, Salzburger Nachrichten 28. 5. 1994, 32; *Petersen* in *Bockenheimer-Lucius/Seidler* 48 ff.

⁴⁵⁾ *Loewenich* in *Bockenheimer-Lucius/Seidler* 137 f.

ohne weiteres rechtfertigen, weil der Lebensschutz des nasciturus prinzipiell keine derartigen Differenzierungen nach dem qualitativen Lebenswert zuläßt⁴⁶⁾. Bei einigermaßen realistischen Befürchtungen wird man aus der eugenischen Indikation des § 97 Abs 1 Z 2 StGB allerdings ein vorsichtiges Argument gegen die Weiterbehandlung ableiten dürfen. Mutmaßungen aus dem Gebiet der Pränatalpsychologie reichen aber nicht aus, um dem Kind eine nachweislich vorhandene Überlebenschance vorzuenthalten, zumal man anderenfalls das Lebensrecht des nasciturus bei allerlei ungünstigen Schwangerschaftsbedingungen in Frage stellen müßte.

6. Sachwalterrecht

Ob für die tote Mutter ein einstweiliger Sachwalter für dringende Angelegenheiten gem § 238 Abs 2 AußStrG bestellt werden kann⁴⁷⁾, ist zweifelhaft, weil das Institut der Sachwalterschaft wohl einen lebenden Pfingling voraussetzt⁴⁸⁾. Anders hingegen, wenn man für die Zwecke des Sachwalterrechts auf den Herz-Kreislauf-Tod abstellen würde⁴⁹⁾. Auf der anderen Seite könnte zur Wahrung des Lebensrechts des nasciturus nach verbreiteter, wenngleich umstrittener Meinung auch ein Kurator für die Leibesfrucht gem § 274 ABGB bestellt werden⁵⁰⁾. Für die Entscheidungsfindung trägt dies aber nichts bei, weil die Sorgebefugnisse des Kurators nicht gegen die Interessen des Kindes ausgeübt werden dürften und dieser daher gar keine Befugnis hätte, sich gegen die Aufrechterhaltung der Schwangerschaft auszusprechen⁵¹⁾.

7. Behandlungspflichten

Die bisherigen Überlegungen haben ergeben, daß gem § 22 ABGB das Leben des nasciturus auch in der hirntoten Schwangeren gegenüber Verletzungen geschützt ist⁵²⁾. Ein zivilrechtliches Verbot, zu diesem

⁴⁶⁾ *Laufs*, Arztrecht Rz 289; *Beckmann*, MedR 1993, 125; *Coester-Waltjen*, FS Gernhuber (1993) 852.

⁴⁷⁾ Zur Bestellung eines Betreuers für die hirntote Mutter im „Erlanger Fall“ vgl. AG Hersbruck MedR 1993, 111 (*Kern*) = FamRZ 1992, 1471 (*Schwab*).

⁴⁸⁾ Vgl. *Kremzow*, Österreichisches Sachwalterrecht (1984) 137; ähnlich für die BRD *Schwab*, FamRZ 1992, 1471 f.

⁴⁹⁾ Für die BRD *Kern*, MedR 1993, 112. Im übrigen würde diese Vorgangsweise aber nur dazu führen, daß dem – die Persönlichkeitsrechte der toten Mutter ausübenden – Sachwalter ein – die Interessen des nasciturus wahrerender – Kurator der Leibesfrucht (§ 274 ABGB) gegenübergestellt werden müßte. Das für beide zuständige Pflegschaftsgericht hätte dann bei seiner Entscheidung (§ 216 Abs 2 ABGB) wieder das Spannungsverhältnis zwischen den § 16 und 22 ABGB zu bewältigen. Die Folge wäre also eine Verlagerung der Entscheidungsbefugnis zum Gericht. Ob dieses prozessuale Forum möglicherweise der im Rechtsstaat geeignetere Ort für diese Auseinandersetzung ist, sei hier dahingestellt.

⁵⁰⁾ ZB *Marschall*, 6. ÖJT 1976, 11/4, 74; *Steiner*, ÖJZ 1987, 515; aM *Pichler* in *Rummel* § 274 Rz 2.

⁵¹⁾ *Kern*, NJW 1994, 755; *Coester-Waltjen*, FS Gernhuber (1993) 855.

⁵²⁾ Zivilrechtliche Sanktionen bei Verletzung des § 22 ABGB gibt es in diesem Fall allerdings nicht, weil und sofern der abgestorbene nasciturus keine Rechtsfähigkeit erlangt und er daher aus seiner Tötung naturgemäß keine Ansprüche mehr ableiten kann.

Zweck den Kreislauf aufrechtzuerhalten, besteht nicht. Ein andere Frage ist nun, ob zu diesem *negatorischen* Eingriffsverbot auch eine korrespondierende (Be)handlungspflicht (der Ärzte) hinzutritt. Denn aus § 22 ABGB ergibt sich zwar eine absolute Enthaltungspflicht⁵³). Er verpflichtet aber für sich genommen niemanden dazu, zur Aktualisierung des in § 22 ABGB angesprochenen „Schutzes der Gesetze“ aktiv tätig zu werden. § 22 schafft keine jedermann treffende Populärpflicht, alles zu unternehmen, um dem Nasciturus die Geburt zu ermöglichen⁵⁴). Daher wäre zwar die Abtötung des nasciturus in der Hirntoten im Licht des § 22 ABGB rechtswidrig, nicht jedoch die Entscheidung, auf intensivmedizinische Maßnahmen zu verzichten und der Natur einfach ihren Lauf zu lassen.

Rechtsgrund und Umfang einer solchen rechtlichen Behandlungspflicht sind also nicht so offenkundig wie das aus § 22 ABGB abzuleitende Eingriffsverbot. In der Praxis verliert diese Frage freilich dadurch an Gewicht, als das Abstellen der – in aller Regel zunächst als Routinemaßnahme im Interesse der Mutter ohnehin bereits eingeleiteten – intensivmedizinischen Maßnahmen als *aktive Verletzungshandlung* zu deuten ist⁵⁵), deren Unzulässigkeit sich dann eben direkt aus § 22 ABGB ergibt. Abgesehen davon wird im Ergebnis wohl *Laufs* zu folgen sein, wonach die tatsächliche Fallübernahme im Krankenanstaltsverhältnis und/oder ein mit der Mutter abgeschlossener Behandlungsvertrag eine rechtliche Lebenserhaltungspflicht begründet, die im Fall der Schwangeren auch den aktiven Schutz der Leibesfrucht einschließt und die den Tod der Mutter *überdauert*⁵⁶). Eine solche Handlungspflicht endet aber spätestens dann, wenn die für eine erfolversprechende Aufrechterhaltung der Schwangerschaft nötigen medizinischen oder personellen Voraussetzungen fehlen. Soweit jedoch eine realistische Chance besteht, daß das Kind zur

Geburtsreife heranwachsen kann, wären die Ärzte demnach auch verpflichtet, ihm diese Chance zu geben⁵⁷).

IV. Strafrechtliche Aspekte

1. Strafbarkeit der Weiterbehandlung

a) Schutz von Leben und Gesundheit

a) Der strafrechtliche Schutz von Leben und Gesundheit der Schwangeren (§§ 75, 83 ff StGB) steht der Fortsetzung intensivmedizinischer Maßnahmen nach dem Todeseintritt nicht entgegen. Tatobjekt iSd der einschlägigen Straftatbestände ist immer nur der lebende Mensch⁵⁸). Für den Schutz vor eigenmächtigen Heilbehandlungen (§ 110 StGB) gilt nichts anderes.

b) Totenruhe

Nach § 190 StGB sind bestimmte Verhaltensweisen gegenüber dem Leichnam⁵⁹) als „Störung der Totenruhe“ mit Strafe bedroht. Von den alternativen Begehungsweisen des § 190 StGB verdienen nur die „Mißhandlung“ und die „Entziehung des Leichnams“ eine nähere Prüfung⁶⁰):

a) Strafbar ist nach § 190 StGB, wer „einen Leichnam mißhandelt“. Wie *Platzgummer* am Beispiel der Leichenoperationen nachgewiesen hat, fällt unter eine Mißhandlung der Leiche nicht jeder körperliche Eingriff am Toten⁶¹), sondern nur eine „üble, unangemessene Behandlung“, die eine Geringschätzung gegenüber dem Toten zum Ausdruck bringt und das Pietätsempfinden der Allgemeinheit verletzt⁶²). Die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des mütterlichen Körpers erfüllt diesen Tatbestand offenkundig nicht, zumal die dazu erforderlichen medizinischen Maßnahmen dem Schutz eines rechtlich anerkannten (§ 22 ABGB) Zwecks dienen⁶³).

b) Strafbar ist gem § 190 StGB überdies, wer „einen Leichnam [...] einem Verfügungsberechtigten entzieht“. Eine solche – nach anderen Rechtsvorschriften zu beurteilende – Verfügungsberechtigung kommt, wie erwähnt, im allgemeinen den nahen Angehörigen als Ausfluß ihres zivilrechtlichen Totenfürsorgerechts zu⁶⁴). Ein tatbildmäßiges „Entziehen“ setzt zwar nicht unbedingt die tatsächliche Verfügungsgewalt des Berechtigten, in jedem Fall aber den Eingriff in eine bestehende

⁵³) ME gilt für § 22 nicht anderes als für den Persönlichkeitsschutz des Lebenden: Zu dessen negatorischem Charakter zB *Bucher*, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in *Wiegand* (Hg), *Arzt und Recht* (1985) 39 (41); *Aicher* in *Rummel* § 16 Rz 9.

⁵⁴) So aber wohl *Steiner*, ÖJZ 1987, 515; aM *Schick*, 10. ÖJT 1988, II/5, 22 mwN.

⁵⁵) Hier eröffnen sich all jene Schwierigkeiten, die mit der Relativität von Handeln und Unterlassen in intensivmedizinischen Grenzsituationen zusammenhängen. Stellt man für die Qualifikation als positives Tun auf eine bestimmte, äußerlich erkennbare Körperbewegung ab (zB *Triffterer*, *Strafrecht AT* [1985] 324), dann kann etwa das Abschalten einer Beatmungsmaschine durchaus als aktive Handlung verstanden werden.

⁵⁶) *Laufs*, *Arztrecht* Rz 289; ähnlich *Beckmann*, *MedR* 1993, 124; *Hilgendorf*, *JuS* 1993, 99; *Laufs*, *NJW* 1993, 1498. Die dogmatische Begründung bleibt freilich gewissen Einwänden ausgesetzt: Die gesetzlichen Schutzpflichten des Arztes (zB § 22 Abs 1 ÄrzteG, §§ 2, 83 ff StGB) beziehen sich strenggenommen nur auf den lebenden Patienten; ein zivilrechtlicher Behandlungsvertrag wird idR fehlen; auch die (unechten) Unterlassungsdefekte des StGB begründen keine Handlungspflicht, sondern setzen eine solche voraus. Ein Ansatz könnte jedoch darin liegen, daß man die Schutzpflicht des § 22 Abs 1 ÄrzteG (Wohl der Kranken und Schutz der Gesunden) iVm § 22 I, Satz ABGB auf den nasciturus ausdehnt oder aber, daß man in der Aktualisierung des in § 22 ABGB verbürgten Schutzes iVm § 95 Abs 1 ÄrzteG ein standesrechtlich gebotenes Verhalten erblickt.

⁵⁷) *Beckmann*, *MedR* 1993, 124.

⁵⁸) *Kienapfel*, *Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil* I (1990) Vorbem § 75 Rz 11.

⁵⁹) Auch Hirntote fallen unter den Leichenbegriff des § 190 StGB; im Ergebnis *Rieder*, Die strafrechtliche Beurteilung von Organtransplantationen de lege lata et ferenda, ÖJZ 1978, 113 (116f); für die BRD zB *Beckmann*, *MedR* 1993, 122. Der Schutz des Toten beginnt, wo jener des Lebenden endet.

⁶⁰) Das BMJ verneinte die Anwendbarkeit des § 190 StGB insgesamt: Anfragebeantwortung II-8691 BlgNR 18. GP 4.

⁶¹) So aber *Foregger* in *WK* § 190 Rz 7.

⁶²) *Platzgummer*, Sind „Operationen an der Leiche“ eine „Mißhandlung“ iSd § 190 StGB? JAP 1991/92, 137 mwN. Durch den Mißhandlungstatbestand des § 190 StGB wird also nicht etwa der (dem Lebenden gewährte) umfassende Schutz der körperlichen Integrität über den Tod hinaus prolongiert.

⁶³) Ebenso zu § 168 Abs 1 dStGB *Beckmann*, *MedR* 1993, 122.

⁶⁴) *Eidlbacher*, ÖJZ 1965, 453; mwN *Kopetzki*, *Organgewinnung* 107 ff.

rechtliche Verfügungsbefugnis voraus. Stimmen die Angehörigen der Aufrechterhaltung der Schwangerschaft zu, so kann von einem „Entziehen“ jedenfalls nicht gesprochen werden. Wird ihre Zustimmung nicht eingeholt oder nicht erteilt, so wird durch eine dennoch stattfindende Behandlungsfortsetzung jede weitere Verfügung der Angehörigen (zB hinsichtlich der Bestattung) vorläufig vereitelt. Auf den ersten Blick könnte man darin einen Eingriff in die zivilrechtlichen Verfügungsrechte der Angehörigen und somit ein „Entziehen“ iSd § 190 StGB sehen. Dagegen ist allerdings einzuwenden, daß den Angehörigen in der speziellen Konstellation wegen des selbständigen Schutzes des Ungeborenen (§ 22 ABGB) eben kein Entscheidungsrecht gegen die Fortsetzung der Schwangerschaft zustehen kann. Insofern ist ihre Verfügungsberechtigung durch § 22 ABGB begrenzt. Mit der von den Angehörigen abgelehnten Fortsetzung intensivmedizinischer Maßnahmen im Interesse des nasciturus wird der Leichnam daher auch keinem konkret „Verfügungsberechtigten“ entzogen. Doch auch wenn man sich dieser Auffassung nicht anschließt, wäre spätestens die Rechtswidrigkeit des ärztlichen Verhaltens zu verneinen: Da das in der hirntoten Schwangeren weiterlebende Kind einen eigenständigen rechtlichen Schutz genießt (§ 22 ABGB), dieses Rechtsgut höherwertig ist als die (durch § 190 StGB geschützten) Pietätsinteressen der Angehörigen, und der dem Ungeborenen durch den Behandlungsabbruch drohende Nachteil auf andere Weise nicht abgewendet werden kann, läge der Rechtfertigungsgrund des rechtfertigenden Notstandes vor⁶⁵⁾.

2. Strafbarkeit des Behandlungsabbruches

a) Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte

Ein Körperverletzungs- oder Tötungsdelikt gegenüber dem Ungeborenen scheidet aus, weil die Leibesfrucht bis zum Geburtsbeginn nur durch die §§ 96 ff, nicht jedoch durch die §§ 75 ff, 83 ff StGB geschützt ist⁶⁶⁾. Das Ungeborene ist kein taugliches Objekt der Körperverletzung oder Tötung. Nichts anderes gilt gegenüber der hirntoten Mutter: Mit dem Hirntod endet nach völlig herrschender Auffassung sowohl der strafrechtliche Lebens- und Gesundheitsschutz⁶⁷⁾ als auch jede weitere ärztliche Behandlungspflicht⁶⁸⁾. Der Abbruch der medizinischen Maßnahmen erfüllt daher keinen Straftatbestand iSd §§ 75 ff StGB.

b) Unterlassung der Hilfeleistung

Aus § 95 StGB (Unterlassung der Hilfeleistung) ergibt sich zwar eine allgemeine Handlungspflicht. Diese

⁶⁵⁾ Im Ergebnis wie hier *Beckmann*, MedR 1993, 122. Am Kriterium der (sozialethischen) „Angemessenheit“ (zu diesem Element einer gerechtfertigten Notstandshandlung vgl. *Triffner* AT 233) kann eine solche Rechtfertigung – anders als etwa bei zwangsweisen Eingriffen an der lebenden Schwangeren – mE nicht scheitern, weil körperliche Integrität und Selbstbestimmung post mortem nicht denselben Schutz genießen wie beim Lebenden.

⁶⁶⁾ *Zipf* in WK § 96 Rz 6.

⁶⁷⁾ *Kienapfel* BT I Vorbem § 75 Rz 11 mwN.

⁶⁸⁾ *Laufs*, Arztrecht Rz 289.

bezieht sich aber nur auf die „Rettung eines Menschen“. Wie bei den strafbaren Handlungen gegen „Leib und Leben“ insgesamt⁶⁹⁾ beginnt die Anwendbarkeit des § 95 mit der *Geburt* und endet mit dem *Tod*. Der Abbruch der Behandlungsmaßnahmen ist daher im Licht des § 95 StGB weder gegenüber der Mutter noch gegenüber dem nasciturus strafbar.

c) Schwangerschaftsabbruch

Da der vorgeburtliche strafrechtliche Schutz des nasciturus nicht in den §§ 75 ff, sondern in den §§ 96 ff StGB verankert ist, stellt sich die Frage, ob durch den Abbruch der Behandlungsmaßnahmen und den dadurch bedingten Tod der Leibesfrucht auch im Fall einer hirntoten Schwangeren der Tatbestand des „Abbruchs der Schwangerschaft“ (§§ 96–98 StGB) – allenfalls in der Begehungsform der Unterlassung gem § 2 StGB – erfüllt wird⁷⁰⁾.

Nach Auffassung des BMJ kann ein Schwangerschaftsabbruch iSd §§ 96 ff StGB nur solange tatbestandsmäßig sein, als die Schwangere noch lebt. Ein „Abstellen der Maschinen“ könne daher keine strafrechtliche Verfolgung der Ärzte gem §§ 96 ff auslösen⁷¹⁾. Dies ist zwar unter teleologischen Aspekten nicht recht einzusehen, weil das eigentliche Schutzobjekt des § 96 nicht ein bestimmter körperlicher Zustand der Frau, sondern das werdende Leben⁷²⁾, die „lebendige Frucht“ im Mutterleib⁷³⁾ ist und eine „Schwangerschaft“ iSd StGB auch bei der hirntoten Frau vorliegen kann⁷⁴⁾. Im Ergebnis ist dem BMJ aber wohl zuzustimmen, und zwar nicht wegen einer vermeintlich unbedingten „Lebens- und Sterbegemeinschaft von Mutter und Kind“⁷⁵⁾, sondern weil die Tatbestandsmerkmale der §§ 96 ff bei der bereits toten Schwangeren nicht zur Gänze erfüllbar sind: Eine Strafbarkeit nach § 96 StGB scheidet nämlich schon deshalb aus, weil dieser nur den Schwan-

⁶⁹⁾ *Kienapfel* BT I Vorbem § 75 Rz 6.

⁷⁰⁾ So wohl *Lingens*, Der Standard 13. 5. 1994, 23. Für die BRD *Beckmann*, MedR 1993, 123; *Coester-Waljen*, FS Gernhuber (1993) 856; *Hilgendorf*, JuS 1993, 98 ff; aM *Koch* in *Bockenheimer-Lucius/Seidler* 76 ff.

⁷¹⁾ BMJ Anfragebeantwortung II-8691 BlgNR 18. GP 2.

⁷²⁾ *Platzgummer*, Der Ungeborene im österreichischen Strafrecht, in: Institut für medizinische Anthropologie und Bioethik (Hg), Der Status des Embryos (1989) 185.

⁷³⁾ *Zipf* in WK § 96 Rz 3.

⁷⁴⁾ Was eine Schwangerschaft iSd StGB ist, muß mangels gesetzlicher Definition einerseits nach den Erkenntnissen der Medizin, andererseits nach den zugrundeliegenden rechtspolitischen Wertungen beurteilt werden (*Zipf* in WK § 96 Rz 4). Weder unter medizinischen noch unter teleologischen Aspekten setzt jedoch eine Schwangerschaft notwendigerweise die Hirnfunktion der Mutter voraus, solange das Kind noch lebt. Das ganze Problem stellt sich ja überhaupt nur deshalb, weil eine intakte Schwangerschaft offenbar mit dem Hirntod der Mutter nicht unvereinbar ist und über einen längeren Zeitraum durch intensivmedizinische Maßnahmen aufrechterhalten werden kann.

⁷⁵⁾ So aber BMJ Anfragebeantwortung II-8691 BlgNR 18. GP 2, unter Berufung auf *Kienapfel* BT I § 96 Rz 8, der sich dabei aber ausschließlich auf den (trotz § 96 StGB straf-freien) Suizidversuch Schwangerer bezieht. Aus diesem Sonderproblem lassen sich wegen § 78 StGB keine allgemeinen Schlüsse ziehen.

gerschaftsabbruch „mit Einwilligung der Schwangeren“ pönalisiert. An der Toten käme daher von vornherein nur ein Schwangerschaftsabbruch „ohne Einwilligung der Schwangeren“ gem § 98 in Betracht. Auch der Tatbestand des § 98 scheint bei verbaler und systematischer Auslegung aber auf die Verstorbene nicht anwendbar, wie die qualifizierte Strafdrohung des § 98 Abs 1 für den Fall des „Todes der Schwangeren“ zeigt⁷⁶⁾. Das setzt voraus, daß sie im Tatzeitpunkt noch lebt. Dem entspricht auch der Schutzzweck des § 98, der sich von jenem des § 96 gerade durch die besondere Hervorhebung des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren unterscheidet⁷⁷⁾. Mit anderen Worten: Die Schwangerschaft in der hirntoten Mutter mag zwar – worauf es letztlich nicht ankommt – isoliert betrachtet vielleicht eine „Schwangerschaft“ iSd § 96ff StGB sein. Die tote Mutter ist aber keine „Schwangere“ iSd des einzig maßgeblichen § 98 StGB. Eine Strafbarkeit nach §§ 96ff ist daher mE insgesamt zu verneinen. Unter dem Blickwinkel eines umfassenden strafrechtlichen Schutzes des nasciturus erscheint dies unbefriedigend. Eine analoge Anwendung scheitert aber am strafrechtlichen Analogieverbot.

V. Verwaltungsrechtliche Aspekte

1. Krankenanstaltenrecht

a) Aus den Krankenanstaltengesetzen sind keine zusätzlichen inhaltlichen Beurteilungsmaßstäbe zu gewinnen. Das „Recht“ auf würdevolles Sterben gem § 5a Z 9 KAG schafft kein neues, über § 16 ABGB hinausgehendes Recht⁷⁸⁾ und ist wegen seines Charakters als Grundsatzbestimmung im übrigen nicht unmittelbar anwendbar. Im Einzelfall zu prüfen ist freilich, ob die Anstaltsordnung einschlägige Regelungen vorsieht. Wegen ihres untergesetzlichen Ranges wäre diese aber gesetzwidrig, wenn sie den Ärzten ein dem § 22 ABGB widersprechendes Verhalten vorschreibt.

Nach dem KAG liegt die Entscheidung über die Fortsetzung der Behandlung zunächst beim verantwortlichen Leiter der betreffenden Anstaltsabteilung gem § 7 Abs 4 KAG. Inwieweit er dabei an Anordnungen übergeordneter Stellen – etwa des ärztlichen Leiters oder des Anstaltsträgers – gebunden ist, hängt mit der strittigen und hier nicht neuerlich aufzurollenden Problematik der ärztlichen Weisungsbindung zusammen. Der Entscheidung des Anstaltsträgers, die notwendigen technischen Mittel nicht mehr bereitzustellen, könnte sich der Abteilungsleiter wohl in keinem Fall entziehen, obgleich sich auch diese Entscheidung an den skizzierten rechtlichen Maßstäben zu orientieren hätte und keinesfalls aus Willkür erfolgen dürfte⁷⁹⁾. Bejaht man eine grundsätzliche Lebenserhaltungspflicht, so könnte ein Behandlungsabbruch mE nur mit der Knappheit

⁷⁶⁾ Arg. „hat die Tat den Tod der Schwangeren zur Folge“.

⁷⁷⁾ Zipf in WK § 98 Rz 2.

⁷⁸⁾ § 5a Z 9 KAG schafft kein subjektives Recht, sondern zielt auf eine objektivrechtliche Sicherstellungspflicht der Anstaltsträger.

⁷⁹⁾ Mangels strafrechtlicher Relevanz wäre eine Weisungsbindung iSd Art 20 Abs 1 B-VG aber selbst bei rechtswidrigen Weisungen zu bejahen.

intensivmedizinischer Ressourcen – etwa der begrenzten Zahl von Intensivbetten bei anderweitigem Bedarf – begründet werden. Die damit angesprochene schwierige Triage-Problematik ist aber eine ganz allgemeine und nicht auf die spezifische Fallkonstellation beschränkt.

b) Nach § 8c Abs 1 KAG idF BGBl 1993/801 sind in Krankenanstalten *Ethikkommissionen* künftig auch „zur Beurteilung [...] der Anwendung neuer medizinischer Methoden“ einzurichten. Sobald die entsprechenden Ausführungsbestimmungen der Landes-KAG erlassen sind – wofür gem Art III Abs 1 BGBl 1993/801 eine einjährige Frist zur Verfügung steht – wäre in vergleichbaren künftigen Fällen zweifellos eine Beurteilung durch die Ethikkommission einzuholen. Eine rechtlich *verbindliche* Entscheidungskompetenz kommt der Ethikkommission allerdings nicht zu⁸⁰⁾. Sie hat – vergleichbar einem Beirat – lediglich beratende Funktionen. Ihre rechtliche Bedeutung liegt darin, die Entscheidungsbasis durch Einbeziehung unterschiedlicher (ethischer, medizinischer und juristischer) Gesichtspunkte zu verbreitern. Eine Orientierung des zuständigen Arztes an der „ethischen Beurteilung“ durch die Kommission kommt nur insoweit in Betracht, als die Rechtsordnung auf ethische Maßstäbe verweist oder eine bestimmte Entscheidung materiellrechtlich nicht eindeutig vorgezeichnet ist und daher ein Ermessensspielraum gegeben ist, dessen Ausfüllung *innerhalb* der rechtlich vorgegebenen Grenzen dann eben nach ethischen Gesichtspunkten erfolgen kann. Enthält die Rechtsordnung jedoch – was mE hier zutrifft – hinreichend bestimmbare Entscheidungsregeln, dann können diese auch durch ein abweichendes Votum einer Ethikkommission nicht überspielt werden. Der Arzt dürfte einen mit der Rechtsordnung nicht im Einklang stehenden Beschluß der Ethikkommission gar nicht befolgen, und zwar nicht deshalb, weil ihm eine von externen rechtlichen Maßstäben und Entscheidungsinstanzen undurchdringliche ärztliche „Therapiefreiheit“ zukommt, sondern weil die *de lege lata* bereits bestehenden materiellrechtlichen Determinanten auch durch die Ethikkommission nicht außer Kraft gesetzt werden können⁸¹⁾.

2. Leichen- und Bestattungsrecht

Aus den landesrechtlichen *Leichen- und Bestattungsgesetzen* ergibt sich mE kein Verbot, die Schwangerschaft nach dem Eintritt des Hirntodes weiter aufrechtzuerhalten. Die Leichengesetze enthalten zwar ausdrückliche Regelungen darüber, was mit einem Leich-

⁸⁰⁾ Hätte sie eine solche Entscheidungsbefugnis, dann müßten die materiellrechtlichen Entscheidungsgrundlagen, das Verfahren und der Rechtsschutz vor der Ethikkommission im Hinblick auf die allenfalls tangierten Rechte von Ärzten und Patienten aus rechtsstaatlichen Gründen wesentlich anders gestaltet sein.

⁸¹⁾ Richtigerweise wird anzunehmen sein, daß die „ethische Beurteilung“ eine rechtliche Beurteilung voraussetzt und eine rechtlich unzulässige Vorgangsweise auch nicht ethisch zulässig sein kann. (Umgekehrt gilt dies freilich nicht). Zum Ganzen *Toellner*, Entstehung der Ethikkommissionen, in: *Toellner* (Hg), Die Ethik-Kommission in der Medizin (1990) 3 (15).

nam nach dem Tod zu geschehen hat und sehen insb eine (idR fristgebundene) Bestattungspflicht vor. Doch erstens bestehen gute Gründe dafür, daß dem Leichen- und Bestattungsrecht ein abweichender, am Herz-Kreislaufstod anknüpfender Todesbegriff zugrundeliegt und eine Anwendbarkeit auf den Hirntoten daher überhaupt zu verneinen ist⁸²). Und zweitens wären auch Verstöße gegen das Leichen- und Bestattungsrecht im Hinblick auf den Schutz der Leibesfrucht einer Rechtfertigung durch rechtfertigenden Notstand zugänglich.

VI. Verfassungsrechtliche Aspekte

Von verfassungsrechtlichen Überlegungen sind keine zusätzlichen Lösungsansätze zu erwarten. Denn abgesehen von allen damit unweigerlich auftretenden Problemen der Grundrechtssubjektivität und der Drittwirkung sind die beiden Eckpfeiler des Interessenkonfliktes – der postmortale Persönlichkeitsschutz der Mutter und der Lebensschutz des nasciturus – gerade aus verfassungsrechtlicher Sicht derart umstritten, daß es naiv wäre, ausgerechnet auf dieser abstrakten Ebene eine Klärung zu erhoffen. Weder enthält die österreichische Bundesverfassung einen den Art 1 und 2 GG vergleichbaren expliziten Schutz der Menschenwürde oder der Persönlichkeitsentfaltung noch umfaßt das Recht auf Leben gem Art 2 MRK nach zutreffender Auffassung den Ungeborenen⁸³). Als einzige zweifelsfrei berührte Bestimmung verbleibt Art 8 MRK, die durch ihren weitgespannten Gesetzesvorbehalt aber Eingriffe zum Schutz der Rechte des nasciturus (§ 22 ABGB) durchaus zuläßt. Der Verlauf der deutschen Diskussion, wo

sich die Verfechter völlig konträrer Standpunkte in der einen oder anderen Weise auf die Garantien der Art 1, 2 GG berufen⁸⁴), macht hinreichend deutlich, daß der Rekurs auf solch unbestimmte Verbürgungen kaum konsensfähige Lösungen verspricht. Die Flucht in verfassungsrechtliche Fundamentalbegründungen hilft hier umso weniger, als die entgegenstehenden Rechte des Ungeborenen auf Leben und auf seine „Würde“ dann ebenso absolute Geltung beanspruchen könnten und weithin kein verfassungsrechtlicher Maßstab in Sicht ist, der die Abwägung zwischen beiden in nachvollziehbarer Weise steuern könnte.

VII. Zusammenfassende Thesen

1. Das Leben des Ungeborenen ist auch nach dem Hirntod der Mutter durch § 22 ABGB gegen Verletzungshandlungen geschützt. Ein rechtliches *Verbot*, die Schwangerschaft aufrechtzuerhalten, besteht grundsätzlich nicht. Auch die Angehörigen oder der Kindesvater können dies nicht wirksam verbieten. Insofern dürfen die Ärzte die entsprechenden intensivmedizinischen Maßnahmen zum Schutz des Ungeborenen vornehmen.
2. Ob die Ärzte überdies eine *Behandlungspflicht* trifft, ist fraglich, im Ergebnis aber wohl zu bejahen, wenn eine realistische Erfolgchance besteht.
3. Eine gerichtliche *Strafbarkeit* ist sowohl hinsichtlich der Behandlungsfortsetzung als auch hinsichtlich des Behandlungsabbruches zu verneinen.
4. Die Ärzte haben bei ihrer Entscheidung eine Beurteilung der *Ethikkommission* einzuholen. Deren Votum ist aber rechtlich nicht unmittelbar verbindlich.

⁸²) Dazu ausführlich *Kopetzki*, Organgewinnung 117 ff.

⁸³) Vgl mwN nur *Tretter*, Art 2 MRK, in *Ermacora/Nowak/Tretter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 83 ff (118 ff).

⁸⁴) Vgl nur die divergierenden Positionen von *Hochreuter*, Kritische Justiz 1994/1, 67 ff; *Coester-Waltjen*, FS Gernhuber (1993) 838 ff; *Heuermann*, JZ 1994, 133 ff.