

Göttinger Schriften zum Medizinrecht
Band 27



Gunnar Duttge und Alfred Simon (Hg.)
unter Mitarbeit von Hendrik Böhme

Moralische Pluralität und kulturelle
Vielfalt in der Gesundheitsversorgung
Medizinische, rechtliche und ethische
Perspektiven

Universitätsverlag Göttingen

Gunnar Duttge, Alfred Simon (Hg.)
unter Mitarbeit von Hendrik Böhme

Moralische Pluralität und kulturelle Vielfalt
in der Gesundheitsversorgung

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen
4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



erschieden als Band 27 der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“
in der Sparte „Universitätsverlag“

Gunnar Duttge,
Alfred Simon (Hg.)

unter Mitarbeit von Hendrik Böhme

Moralische Pluralität und kulturelle Vielfalt in der Gesundheitsversorgung

Medizinische, rechtliche und
ethische Perspektiven

Göttinger Schriften
zum Medizinrecht Band 27

Universitätsverlag Göttingen
2025

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Zentrum für Medizinrecht

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. iur. Gunnar Duttge

www.zfm.uni-goettingen.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Dieses Werk enthält entsprechend gekennzeichnete Inhalte mit abweichender Lizenz.

Satz und Layout: Hendrik Böhme

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp, Margo Bargheer



© 2025 Universitätsverlag Göttingen

<https://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-664-6

DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2025-2766>

ISSN: 1864-2144

eISSN: 2512-689X

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Vorwort | VII |
| Grußwort | IX |
| Thematische Einführung <i>Prof. Dr. Gunnar Dutge</i> | 11 |
| Kulturelle und moralische Diversität in der ethischen Reflexion <i>Prof. Dr. Michael Coors</i> | 19 |
| Korporative „Gewissensfreiheit“ von Gesundheitseinrichtungen? Am Beispiel der österreichischen Suizidhilferegelung <i>Dr. habil. Jürgen Wallner</i> | 31 |
| Gewissensentscheidungen im medizinischen Kontext – eine verfassungsrechtliche Einordnung <i>Dr. A. Katarina Weilert</i> | 57 |
| Die Indikation im Spannungsfeld von moralischer und kultureller Diversität <i>Dr. Gerald Neitzke</i> | 75 |
| Medizinische Versorgung von Menschen mit einer Behinderung – das Diskriminierungsverbot aus ethischer Sicht <i>Prof. Dr. Monika Bobbert</i> | 89 |
| Gesundheitsversorgung zwischen sinnhafter Leistung und Achtung der individuellen Selbstbestimmung <i>Hendrik Böhme</i> | 135 |
| Autorenverzeichnis | 145 |

Vorwort

Das Ideal der „therapeutischen Partnerschaft“ zeichnet sich durch einen Konsens der Bewertungen über die Sinnhaftigkeit therapeutischer Optionen im Arzt-Patienten-Verhältnis aus. Die gesellschaftliche Lebenswirklichkeit offenbart jedoch einen Pluralismus moralischer Richtigkeitsvorstellungen und Gewissensüberzeugungen, häufig durch unterschiedliche kulturelle bzw. soziale Prägungen bedingt, nicht allein auf Seiten der Patienten und ihrer Angehörigen, sondern ebenso auf Seiten der Behandelnden und der – unter Umständen konfessionell gebundenen – Einrichtungen. Das Recht steht dabei im explosiven Spannungsfeld zwischen der Forderung nach Standardisierung um der Versorgungssicherheit willen und der Anerkennung höchstpersönlicher Freiheit, gerade auch von Minderheiten.

Die Frage, wie mit den vielfältigen Herausforderungen von moralischer Pluralität und kultureller Vielfalt in der Gesundheitsversorgung angemessen umgegangen werden kann, war Gegenstand des 6. Göttinger Symposiums für Medizinrecht am 16. Februar 2024. Das Spektrum der Beiträge reichte von grundlegenden ethischen Fragen, über Fragen der individuellen und korporativen Gewissensfreiheit bis hin zur Bedeutung der Indikation und zur medizinischen Versorgung von Menschen mit einer Behinderung angesichts moralischer und kultureller Diversität in der Gesundheitsversorgung. Dem interdisziplinären Grundgedanken des Zentrums für Medizinrecht entsprechend, waren Expertinnen und Experten aus unterschiedlichen Bereichen, der Medizin, der (Medizin-)Ethik, der Theologie und des Rechts, eingeladen.

Im Rahmen des Symposiums wurde auch zweier überraschend verstorbener Kollegen gedacht.

Prof. Dr. theol. Christian Polke starb am 25. April 2023 im Alter von 42 Jahren. Prof. Dr. Martin Laube, Dekan der Theologischen Fakultät, bezeichnete ihn in seiner Gedenkrede als einen fachlich profilierten, religions- und kulturtheoretisch gebildeten, politisch wachen und interdisziplinär anschlussfähigen theologischen Denker und Ethiker, der bei Lehrenden, Studierenden und Mitarbeitenden in glei-

cher Weise beliebt und geschätzt gewesen war. Das umfangreiche Werk von Christian Polke erstreckte sich von philosophischen und religionssoziologischen, fundamentaltheologischen und dogmatischen Themen über das weite Feld der politischen Ethik, Rechtsethik, Medizinethik, Sozialethik und Gesellschaftstheorie. Auch das Thema des Medizinrechtssymposiums „Moralische Pluralität und kulturelle Vielfalt in der Gesundheitsversorgung“ verdankt sich einer Anregung von Christian Polke.

Prof. Dr. iur. Gerald Spindler verstarb am 11. September 2023 im Alter von 62 Jahren. Prof. Dr. Hans Michael Heinig würdigte als seinerzeitiger Dekan der juristischen Fakultät Gerald Spindler als Inbegriff akademischer Vitalität, der in seinem Feld maßgeblich die wissenschaftliche Agenda gesetzt habe. Spindler sei neugierig im Wortsinne und außerordentlich wissbegierig gewesen und hätte ein untrügliches Gespür für kommende Themen gehabt. Er habe es verstanden, guten Ehrgeiz mit freundlicher Kollegialität und heiterem Humor zu verbinden. Im Zentrum für Medizinrecht war er ein unverzichtbarer Aktivposten, wenn es um die Schnittfläche zum Recht der Digitalisierung ging.

Mit dem Tod von Christian Polke und Gerald Spindler hat das Göttinger Zentrum für Medizinrecht zwei überaus geschätzte Kollegen verloren, die das Profil des Zentrums durch ihr akademischen Wirken und ihre Persönlichkeit maßgeblich mitgeprägt haben.

Der vorliegende Sammelband enthält die verschriftlichten Beiträge des Symposiums, ergänzt durch eine thematische Einführung sowie einen Bericht zur abschließenden Podiumsdiskussion.

Wir möchten uns bei allen bedanken, die bei der Vorbereitung und Durchführung des 6. Göttinger Symposiums für Medizinrecht mitgeholfen haben, allen voran bei der Zentrumssekretärin Frau Lilliane Köckritz sowie bei den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Herrn Tom Becker, Herrn Hendrik Flindt, Herrn Julius Schütte sowie Frau Jennifer Stegmann. Ein besonderer Dank gilt Herrn Hendrik Böhme, der den Bericht der Podiumsdiskussion verfasst und die Erstellung dieses Sammelbandes organisatorisch und redaktionell maßgeblich begleitet hat.

Die Herausgeber

Göttingen, im November 2024

Grußwort

Liebe Teilnehmerinnen und Teilnehmer des sechsten Göttinger Symposiums zum
Medizinrecht,
lieber Herr Simon,
lieber Herr Duttge,
verehrte Damen und Herren,

ganz herzlich möchte ich mich für die Einladung zu Ihrem Symposium bedanken und am liebsten wäre ich natürlich jetzt persönlich bei Ihnen. Aber die Schockwellen, die uns nach der bitteren Enttäuschung, die die DFG uns Anfang des Monats mitgeteilt hat in der Exzellenzinitiative, sind noch nicht ganz verarbeitet, sodass ich heute leider unabhkömmlich bin. Daher muss ich auf dieses virtuelle Format zurückgreifen, um Ihnen mein Grußwort zu übermitteln.

Nichtsdestotrotz ein ganz herzliches Willkommen zu Ihrem Symposium unter dem Thema „Moralische Pluralität und kulturelle Vielfalt in der Gesundheitsversorgung“.

Das Göttinger Zentrum für Medizinrecht widmet sich der Erforschung und Diskussion von rechtlichen Fragestellungen im Gesundheitswesen und hat dieses Symposium in Zusammenarbeit mit herausragenden Expertinnen und Experten aus ganz unterschiedlichen Bereichen gestaltet.

Das Zentrum für Medizinrecht ist unsere Plattform, um aktuelle Entwicklungen interdisziplinär zu beleuchten und zu diskutieren, um neue Erkenntnisse und wertvolle Einblicke in die Zukunft des Medizinrechts zu gewinnen. Ich bin davon überzeugt, dass die Diskussion unter Kenntnissen, die Sie im Rahmen dieses Symposiums erlangen werden, dazu beitragen, das Verständnis für die Herausforderungen und Möglichkeiten im Bereich des Medizinrechts zu vertiefen und innovative Lösungsansätze zu entwickeln.

Sie als Teilnehmende dieser Veranstaltung stehen vor der großen Herausforderung, die ständig wachsenden rechtlichen und ethischen Aspekte im Gesundheits-

wesen nicht nur zu verstehen, sondern auch einen Beitrag für Konzepte zur Bewältigung zu leisten. Hierzu bedarf es interdisziplinärer Reflexion und da ist das Zentrum ein herausragendes Beispiel.

Über die Gesundheitsversorgung in einer zunehmend diversen Gesellschaft mit jeweils sehr heterogenen Gesundheitsvorstellungen auf Seiten der Patientinnen und Patienten, der Ärztinnen und Ärzte, der Pflegekräfte und des sonstigen medizinischen Personals hinweg, bedarf es geeigneter Lösungsansätze. Der Gesetzgeber scheint dabei eher auf konsensuale Lösungen zu setzen, während die sozialen Realitäten offenkundig immer dissonanter werden, so dass sich schon Fragen stellen: Wie ist die Wirkung des Medizinrechts insgesamt einzuordnen? Wie können Ärztinnen und Ärzte in Klinikeinrichtung damit umgehen, wie es mit den Besonderheiten von nicht nur vulnerablen, sondern auch zunehmend unterschiedlichen Patientengruppen bestellt ist und inwieweit lassen sich vielleicht besondere Bedürfnisse schützen, um die optimale Versorgung sicherzustellen?

Dies alles in einer Zeit, in der die Medizin zunehmend technologisiert wird und die ethischen Fragen an Komplexität gewinnen, sodass es Lösungen bedarf, die den Bedürfnissen der Patientinnen und Patienten gerecht werden müssen und die gleichzeitig die Integrität unseres Gesundheitssystems bewahren müssen. In einer globalisierten Welt bedarf es dazu internationaler und interdisziplinärer Forschung zu den moralischen und kulturellen Unterschieden der Gesundheitsversorgung.

Dieses Symposium ist daher die einzigartige Gelegenheit, um über die Herausforderung und die Chancen zu diskutieren, die sich aus der moralischen Pluralität und kulturellen Vielfalt in der Gesundheitsversorgung ergeben.

Ich möchte allen Rednerinnen und Rednern, Referentinnen und Referenten und dem Organisationsteam, stellvertretend Herr Duttge und Herr Simon, herzlich danken, da Sie durch Ihr Engagement und Ihre Expertise dieses Symposium zu einem wissenschaftlich exzellenten Erlebnis machen.

Zuletzt möchte ich Ihnen von ganzem Herzen auch dafür besonders danken, dass Sie diese Veranstaltung mit einem Gedenken an die Kollegen Christian Polke und Gerald Spindler eröffnet haben. Ich hoffe, der Austausch am Rande dieser Veranstaltung bietet Ihnen ebenfalls Raum für die Erinnerung an beider Wirken im Zentrum für Medizinrecht und darüber hinaus an der Georgia-Augusta, sodass die beiden auch in ihrer wissenschaftlichen Arbeit uns allen präsent bleiben.

Auch in Ihrem Sinne möchte ich Ihnen daher inspirierende Diskussion neuer Kenntnisse und wertvolle Einsichten wünschen, die das Verständnis für das Medizinrecht vertiefen und uns allen dabei helfen, die großen Herausforderungen, die für eine bessere Zukunft des Gesundheitswesens zu bewältigen sind, auch anzugehen.

Vielen herzlichen Dank! Eine gelungene Tagung möchte ich Ihnen wünschen!

Prof. Dr. Bernhard Brümmer

Vizepräsident für Forschung und Nachhaltigkeit

Thematische Einführung

Prof. Dr. Gunnar Dutte

I. Medizin zwischen fachlicher Expertise und individuellen Richtigkeitsvorstellungen

Man muss nur im Internet eine der Suchmaschinen danach befragen, um den deutlichen Eindruck zu gewinnen: Medizinische Kliniken und Arztpraxen beteuern öffentlichkeitswirksam überaus wortreich ihre besondere Sensibilität für „Vielfalt“ und „Diversität“, sei es auf der Behandler- oder auf der Patientenseite. Der Leitgedanke besteht kurz gesagt darin, „jeden Patienten in all' seinen Facetten zu sehen“ (und entsprechend zu respektieren); beklagt wird, dass gegenwärtig noch immer „fast alle Patienten nach demselben Schema F behandelt“ würden.¹ Ein offenbar im Aufbau befindliches „nationales Netzwerk für Diversität und Individualität in der Medizin“ kündigt daher nicht weniger als eine „Revolution der Gesundheitsversorgung“ an.²

Im Ausgangspunkt kann natürlich schlechterdings nicht bestritten werden, dass die kulturelle und in der Folge auch moralische Pluralität innerhalb der heutigen

¹ <https://acadim.de/>.

² <https://acadim.de/>.

Gesellschaft ein Faktum ist, das sich in *the long run* zwangsläufig auf beiden Seiten eines Arzt-Patienten-Verhältnisses manifestiert. Soweit sich dieser Effekt hinsichtlich der ärztlichen Behandlung in jüngeren Erhebungen noch nicht in demselben Ausmaß verifizieren ließ, wird dies dezidiert als Mangel im Sinne einer „mangelnden Repräsentanz“ innerhalb der gesamtgesellschaftlichen Heterogenität gesehen.³ Eine verbesserte Kommunikation „auf Augenhöhe“ mit denselben kulturellen Prägungen und Vorverständnissen soll insbesondere das Problem der „mangelnden Therapietreue“ und der defizitären Inanspruchnahme von Präventions- und Gesundheitsdiensten abmildern.⁴ Wie die jüngere Debatte um die in Zeiten einer intensivmedizinischen Ressourcenknappheit aufgeworfenen Allokationsfragen (sog. Triage bzw. Priorisierung) zeigte,⁵ steht aber in letzter Konsequenz nicht weniger als die Frage der Behandlungsgerechtigkeit, verstanden als Forderung nach Gleichbehandlung gerade in existentieller Bedürftigkeit jenseits diskriminierender Benachteiligung (bspw. von Menschen mit Behinderungen), in Frage.

Die hohe Qualität der Gesundheitsversorgung wird aber üblicherweise durch Standardisierung der Sorgfaltsanforderungen („leges artes“) und (Be-)Handlungspflichten gesichert, durch die willkürliche Schlechterstellungen (je nach Gusto des behandelnden Arztes) oder gar Diskriminierungen gerade verhindert werden sollen. Die ärztliche Therapiefreiheit findet also an den Leitmaximen des Patientenwohls und der Patientensicherheit ihre Grenze, ganz abgesehen von den Qualitäts- und Evidenzerfordernissen innerhalb des GKV-Systems (vgl. §§ 2, 12 SGB V: „allgemeiner Stand der medizinischen Erkenntnisse“). Seit längerem schon gelten Ablaufschemata, Checklisten und standardisierte Aufklärungsformulare als qualitäts- und effizienzsichernde Instrumente, um den „Faktor Mensch“ als mögliche Quelle von Irrtümern und Fehlleistungen nach Möglichkeit zu eliminieren. Der Raum für individuelle Besonderheiten und Bedürfnisse wird dadurch sukzessive immer kleiner. Der therapeutische „Konsens“ im jeweiligen Einzelfall rechtfertigt nicht für sich allein, sondern steht unter dem Vorbehalt des generell Akzeptierten.

II. Toleranz als Zauberformel?

Freilich zählt es in einer sich als freiheitlich begreifenden Rechts- und Gesellschaftsordnung zu den basalen Selbstverständlichkeiten, dass die individuellen Bewertungen etwa der jeweils betroffenen Patienten mit Rücksicht auf ihr Selbstbestimmungsrecht – ggf. verstärkt durch ihre Religionsfreiheit – hohes normatives Gewicht haben.

³ Siehe z. B. *Gröne/Emami* u. a., Deutsches Ärzteblatt 120 (2023), A-1726 ff.: „Die Stärken verschiedener soziokultureller Gruppen ... können zu einer besseren Gesundheitsversorgung beitragen“.

⁴ Ebd.

⁵ Vgl. BVerfGE 160, 79 ff. sowie § 5c IfSG.

Patienten dürfen sich daher – auf Grundlage ihrer generellen Urteilsfähigkeit – auch für solche Optionen entscheiden, die andere, die Mehrheit oder gar alle Anderen als „unvernünftig“ betrachten (bekannter Anwendungsfall: Ablehnung von Fremdblut durch „Zeugen Jehovas“)⁶. Denn schließlich sind sie es, die als Subjekte innerhalb der Gemeinschaft in eigener Verantwortung Zwecke setzen und über ihr höchstpersönliches Schicksal entscheiden dürfen, auch und gerade am Lebensende über das Maß des Ihnen noch Erträglichen.⁷ Selbst sonderbar erscheinende Vorstellungen wertschätzend zu akzeptieren (oder jedenfalls zu dulden)⁸ gilt in einer pluralistischen Gesellschaft als unausweichliche Grundlage für ein friedvolles Zusammenleben; um einer konfliktbehafteten Selbsterstörung vorzubeugen, bedarf es eines entsprechenden institutionellen (rechtlichen) Rahmens.

Die zentrale Paradoxie der liberalen Toleranzidee besteht freilich darin, dass sie auf Basis des Freiheitsprinzips auch die Möglichkeit zur kompromissfeindlichen Steigerung der jeweils individuellen weltanschaulichen Richtigkeitsvorstellungen zu einem pluralismusfeindlichen Absolutum (mit dahingehendem Befolgungsanspruch an andere) eröffnet: „Negative pluralism refers to any totalizing affiliation which results in the transformation of interests into principle and results in cleavage politics and increasingly differentiated societies: An example of such totalizing affiliations is race, another is religion“⁹. Ein sozialrelevantes Geschehen auf Basis der eigenen, für absolut erklärten Weltansicht determinieren zu wollen ist aber etwas gänzlich anderes, als sich bei einem Geschehen aus Gründen der eigenen Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit auf Abstand halten, d. h. *nicht* mitwirken zu wollen (z. B. § 12 SchKG). Im hiesigen Kontext der ärztlichen Versorgung mittels (regelmäßig)¹⁰ erprobter medizinischer Methoden und Hilfsmittel (Technik und Medikamente) ist stets ein Repräsentant der ärztlichen Vernunft (i. d. R. evidenzbasiert auf Basis der je aktuellen Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaften) involviert, und das muss irrationalen Wunschvorstellungen auf Patienten- und/oder Angehörigenseite notwendig Grenzen setzen. Medizinethischer wie -rechtlicher Pragmatismus empfiehlt in einzelfallbezogenen Dissens- und Konfliktfällen eine Lösung auf prozeduralem Wege in der Hoffnung auf einen am Ende vielleicht doch möglichen

⁶ Dazu insbes. EGMR, Urteil v. 10.06.2010 – 302/02 – NJOZ 2011, 1511 ff.; BVerfGE 32, 98 ff.; *Bender*, MedR 1999, 260 ff. und MedR 2003, 174 ff.

⁷ Vgl. BGHZ 221, 352 (357): „Das Urteil über seinen Wert [scil: des jeweiligen menschlichen Lebens] steht keinem Dritten zu“, sowie (360): „Abgesehen davon entzieht es sich menschlicher Erkenntnisfähigkeit, ob ein leidensbehaftetes Leben gegenüber dem Tod ein Nachteil ist“.

⁸ Zum (erheblichen) normativen Unterschied zwischen „wertschätzen“ und (bloßem) „dulden“ näher *Forst*, in: ders. (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, 2000, S. 119 ff.

⁹ *Apter*, *The Political Kingdom in Uganda*, 3. Aufl. 1997, Fn. 85 auf S. LXXV.

¹⁰ Heilversuche (eingeschlossen der off-label-use von Arzneimitteln) sind nicht ausgeschlossen, unterliegen aber nochmals erhöhten Sorgfalts- und Aufklärungsanforderungen.

Konsens. Ein solcher kann aber nicht den abstrakt-generellen Rahmen für individuelle schöpferische Gestaltungen ignorieren und den Regelungsgeber nicht von seiner Aufgabe befreien, den Zusammenprall divergierender (identitätsstiftender) Richtigkeitsvorstellungen generaliter in ein normatives Verhältnis zu bringen, ja letztendlich die Vorrangfrage abwägend-differenzierend zu entscheiden.

III. Ein aktuelles Anwendungsbeispiel

Wie unsicher der Gesetzgeber inzwischen bei der abstrakt-generellen Behandlung solchermaßen fundamentaler wertbezogener Spannungslagen ist, zeigt sich exemplarisch an der geltenden Triageregulung des § 5c IfSG:¹¹ Die (durchaus begründete) Sorge vor möglicher Diskriminierung von Patienten mit Behinderungen – hier: im Kontext des wahrlich existentiell bedeutsamen Zugangs zu lebensrettender Intensivmedizin – hat das BVerfG und schließlich auch den Normgeber dazu gebracht, die Intensivmedizin mit Regelungen am Rande der ärztlichen Vernunft vor den Kopf zu stoßen,¹² so dass ganz und gar unabsehbar ist, was sich im Falle einer künftigen Pandemie in Krankenhäusern und Intensivstationen eigentlich abspielen wird. Denn wo – bei aller grundsätzlicher Beachtenswürdigkeit – die Grenzen von Minderheitenrechten (im Verhältnis zur Gesamtaufgabe wie auch zu kollidierenden Wertbelangen anderer Grundrechtsträger) liegen bzw. generell liegen sollten, ist offenbar in ganz grundsätzlicher Weise unklar.

Zur Minderheit kann aber bei Lichte betrachtet auch eine jede Ärztin und eine jede Pflegekraft werden – und dies um so wahrscheinlicher, wenn dem Appell des großen Königsbergers (Kant) folgend nicht das Mitlaufen mit der großen Masse, sondern die Benutzung des je eigenen Verstandes¹³ das Handeln und Entscheiden leitet. Über einige Zeit hinweg dachte jedenfalls das Medizinrecht, dass individuell von der „Normalität“ abweichende Richtigkeitsvorstellungen und damit das Problem möglicher Wertekonflikte nur auf Patientenseite zu finden sind – weit gefehlt: Natürlich sind auch die „Behandler“ (vgl. § 630a Abs. 1 BGB) keine moral- und religionsfreien „Cyborgs“, die in ihrer professionellen Rolle stets homogene (ausschließlich professionsspezifische) Wertvorstellungen besitzen bzw. zum Ausdruck bringen. Sowohl die Ärzteschaft als auch – und hier sicherlich noch weit stärker – die Pflege¹⁴ kennt heute Behandler und Versorger mit ganz unterschiedlichen kulturellen Identitäten, was das sachorientierte arbeitsteilige Miteinander innerhalb der

¹¹ Infektionsschutzgesetz i. d. F. des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes (2. IfSGÄndG) vom 08.12.2022 (BGBl. I S. 2235 Nr. 49).

¹² Nähere Einblicke bei *Duttge/Weimer*, MedR 2024, 395 ff. (m. w. N.).

¹³ *Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? In: Berlinische Monatsschrift 1784, H. 12, 481.

¹⁴ Zum Tragen einer Halskette mit christlichem Kreuz durch eine Krankenschwester bemerkenswert intolerant: EGMR, Urteil vom 15.01.2013 – 48420/10 u. a. – BeckRS 2013, 80592.

Behandlungsteams, aber natürlich auch im Verhältnis zu den Patienten, wesentlich anspruchsvoller – mitunter zu einer riesigen Herausforderung – werden lässt.

An dieser Stelle begegnet in der einschlägigen Literatur zumeist der hehre Appell zu einem „kultursensiblen“ Umgang miteinander und zur „interkulturellen Verständigung“ auf Basis wechselseitigen Respekts:¹⁵ Doch für das Recht geht es am Ende stets um die Frage, welche Partei sich auf Basis welcher Rechte und Pflichten aus welchen guten (Rechts-)Gründen durchsetzt, sollte der Konflikt ungeachtet allen Bemühens um Konsensfindung und kultursensibler Kommunikation vor den Foren der Justiz ausgetragen werden müssen. Und die basale Bedingung hierfür ist selbstredend, dass dies nicht nach Maßgabe faktischer Machtpotentiale, sondern je nach normativem Gewicht der widerstreitenden Wertbelange abwägend und differenzierend erfolgt: von den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen ausgehend auf der Ebene der Gesetzgebung bis hin zur richterlichen Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls.

Wo dann jeweils die Grenzen verlaufen, lässt sich nicht für alle denkbaren Konfliktszenarien pauschal beantworten, sondern nur im Wege eines fortlaufenden „vernünftigen Diskurses“ (*Habermas*) behutsam reflektierend eruieren. Allgemein wird man aber dennoch konstatieren dürfen: „Der demokratische Rechtsstaat muss Sorge dafür tragen, dass [...] das Rechtsvertrauen der Bürger nicht zerstört wird durch unkluge Nachgiebigkeit und Laissez-faire. [...] Auf der anderen Seite verschafft jedoch die Achtung vor dem Grundrecht der Religions- und Gewissensfreiheit dem demokratischen Rechtsstaat Legitimität und damit innere Stabilität“ (*Isensee*).¹⁶

IV. Institutionelle Ausweitung

Aber selbst diese bislang allein betrachtete personenbezogene Dimension erschöpft das weite Themenfeld noch nicht: Denn es können auch die Krankenhauseinrichtungen selbst eine werthafte „corporate identity“ setzen, die mit den Richtigkeitsvorstellungen des (ärztlichen oder pflegerischen) Personals oder mit den Versorgungswünschen der Menschen kollidieren. Man denke zu ersterem nur an den ethischen Grenzkonflikt des Schwangerschaftsabbruchs (der innerhalb der Legalität zwingend einer ärztlichen Mitwirkung bedarf: §§ 218a Abs. 1-3, §§ 218b, c StGB), zu letzterem an den assistierten Suizid etwa in katholisch geprägten Krankenhäusern, die sich grundsätzlich auf die kirchlich-weltanschauliche Selbstbestimmungsfreiheit

¹⁵ Statt vieler z. B. *Ilkilić*, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2008, 857 ff. und *Zeitschrift für medizinische Ethik* 65 (2019), 425 ff.; *Peters/Grützmann* u. a., *Ethik in der Medizin* 26 (2014), 65 ff.; zur „transkulturellen Pflege“ bspw. der gleichnamige Band von *Schilder/Brandenburg* (Hrsg.), 2020.

¹⁶ In: Höver/Honnefelder (Hrsg.), *Der Streit um das Gewissen*, 1993, S. 41 (59).

(„Kirchenfreiheit“, vgl. Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV) berufen dürfen.¹⁷ Im Ganzen wird auf diese Weise die evaluative Konfliktlage nochmals potenziert – mit weithin unklaren Ergebnissen.

V. Die Beiträge dieses Bandes

Wesentliche Facetten vertiefen die folgenden Beiträge und verdeutlichen damit die fundamentale Tiefenstruktur der Konfliktlagen, für die es simple Lösungen schlechterdings nicht geben kann. Bereits die Frage, wie überhaupt eine identitätsstiftende kulturelle Prägung näher zu verstehen ist, ohne einem „kulturalistischen Fehlschluss“ zu unterfallen, ist mit dem Züricher Moraltheologen und Ethiker *Michael Coors* keine triviale. Er empfiehlt dort, wo ethische Konflikte als kulturelle Konflikte begegnen, eine „Dekulturalisierung des Konflikts“, um eine „gemeinsame Basis zu finden, von der aus moralische Differenzen besprochen und bestenfalls aufgelöst werden können“.

Soweit es die Ebene der Gesundheitseinrichtungen betrifft, bedarf es mit Blick auf die in Anspruch genommenen (religiös-), „kulturellen Prägungen“ einer Verge-
wisserung über die von Rechts wegen anzuerkennende Reichweite einer „korporativen Gewissensfreiheit“. Der Wiener Medizin- und Rechtsethiker *Jürgen Wallner* diskutiert diese Grundfrage ebenso wie die sich hieraus ergebenden Konfliktlagen am Beispiel der neuen österreichischen Gesetzeslage zum assistierten Suizid. Zugespißt ist die Konfliktlage, wenn sich die Frage einer eventuellen Duldungspflicht der Einrichtung für Handlungsweisen ihrer Mitarbeiter stellt, die der moralischen „corporate identity“ der Institution widersprechen.

Auf der personenbezogenen Ebene ist es aus Sicht der Heidelberger Gesundheitsrechtlerin *Katarina Weilert* die zentrale Frage der Gewissensfreiheit, wie sie auch in praktischen Konfliktlagen gleichsam als „Notknopf“ Anerkennung finden kann, ohne den Rechtsgebundenen einen „Freibrief“ über die Geltung der Rechtsordnung auszustellen. Beanstandet wird jedoch zugleich die „verfassungsrechtliche Engführung“ der Gewissensfreiheit mit der Folge, dass es hiernach eine erlaubte Mitwirkungsverweigerung auch unterhalb einer „Gewissensentscheidung“ geben kann.

Für den Hannoveraner Medizinethiker *Gerald Neitzke* steht außer Frage, dass die ärztliche Indikationsstellung im Vorfeld konkreter Therapieentscheidungen (i. w. S.) aufgrund ihrer rein fachlichen Grundlage keine soziale oder kulturelle Relativierung erfährt. Die Entscheidungsfindung auf Behandlerseite von eigenen Werturteilen abhängig zu machen, würde vielmehr den Verdacht einer „erheblichen Diskriminierung“ begründen. Allerdings verlangt dies nach einer klaren Trennung

¹⁷ Dazu wie zur Gesamtproblematik näher einerseits *Rixen*, GesR 2023, 69 ff., andererseits *Dittke/Gutmann*, GesR 2024, 69 ff.

der evaluativen Sinnstiftungen im Verhältnis von ärztlich-medizinischer Fachexpertise und patientenindividuellen Richtigkeitsvorstellungen.

Dass die effektive Abwehr von Erscheinungsformen diskriminierender Exklusion von Menschen mit Behinderungen letztendlich eine fundamentale Gerechtigkeitsfrage darstellt, wird eingehend von der Münsteraner Moraltheologin *Monika Bobbert* erläutert. In Rede steht der Begründungszusammenhang für die geltend gemachten Solidaritätsansprüche zwecks Sicherung von gleicher Teilhabe und gleichen Zugangschancen (auf Basis dahingehender Unterstützungsleistungen) als Bestandteil grundlegender moralischer Rechte. Wie dies die klinische Medizin sicherstellen kann und welche gemeinwohlorientierte Verantwortung dabei das Recht zu übernehmen hat, ist hinsichtlich der praktischen Realisierbarkeit die zentrale offene Frage.

Kulturelle und moralische Diversität in der ethischen Reflexion

Prof. Dr. Michael Coors

I. Moralische Diversität als Thema der Ethik

Der Umgang mit der Vielfalt moralischer Überzeugungen bildet den Ausgangspunkt der ethischen Problemstellung der Moderne, auf die unter anderem liberale Theorien der Moral wie auch des demokratischen Rechtsstaates Antworten formulieren. Das zeigt sich eindrücklich sowohl an der politischen Theorie des amerikanischen Gerechtigkeitstheoretikers John Rawls (Rawls 1999; 2005) als auch an der Diskurstheorie der Moral (und der politischen Theorie) von Jürgen Habermas (Habermas 1991; 1998; 1999). Für beide Theoretiker bildet die Wahrnehmung und theoretische Erfassung eines gesellschaftlichen Pluralismus den Ausgangspunkt der Problembeschreibung.

Rawls konzipiert den gesellschaftlichen Pluralismus als Pluralismus von „comprehensive doctrines“, also von „umfassenden Lehren“ (Rawls 2005, 58–66) – was sich der Sache nach m. E. als „umfassende Weltanschauungen“ verstehen lässt: Eine pluralistische Gesellschaft ist dadurch geprägt, dass es kein einheitliches Verständnis mehr darüber gibt, wie die Welt als Ganze umfassend zu deuten ist. Klassische Fragen der Metaphysik bzw. Ontologie, aber auch der Moral sind fortwährend umstritten und können nach Rawls aufgrund der Grenzen menschlicher Urteilsfähigkeit (Rawls 2005, 54–58) nie einvernehmlich beantwortet werden, sodass immer davon auszugehen ist, dass eine Gesellschaft es mit einer irreduziblen Pluralität von

Deutungen und moralischen Wertungen durch ihre Bürgerinnen und Bürger zu tun hat. Vor diesem Hintergrund besteht für Rawls die Aufgabe einer politischen Konzeption der Gerechtigkeit darin, sich auf Regeln zu verständigen, die vernünftigerweise von allen unabhängig und frei von der Begründung in einer der pluralen Weltanschauungen für alle Geltung beanspruchen können (Rawls 2005, 131–172). Diese Gerechtigkeitsregeln werden von Rawls unter Rückgriff auf die bekannte Fiktion eines Urzustandes hinter dem Schleier des Nichtwissens argumentativ rekonstruiert (Rawls 1999, 102–106 u. ders. 2005, 304–310).

Was bei Rawls als politische Theorie ausformuliert wird, begegnet in ähnlicher Form als ethische Theorie bei Jürgen Habermas.¹ Bei Habermas ist der Pluralismus im Kontext seiner Moralthorie von vornherein als moralischer Pluralismus unterschiedlicher evaluativer Vorstellungen des Guten gefasst (Habermas 1991, 103 f.). Angesichts der Pluralität von Vorstellungen des Guten, geht es nach Habermas darum, in einem praktisch-rationalen Diskurs diejenigen moralischen Regeln auszuhandeln, die von allen (potentiell) am Diskurs beteiligten Personen vernünftigerweise als gerechte Regeln anerkannt werden können. Das setzt eine reziproke Nachvollziehbarkeit der Begründung solcher moralischen Regeln voraus, und zwar möglichst universal (Habermas 1983, 103).

Das, was mich hier an diesen beiden prominenten Begründungsansätzen interessiert, ist die Tatsache, dass moralische Diversität hier den Ausgangspunkt der ethischen Reflexion darstellt. Sie wird dabei im Kontext dieser ethischen Begründungsprogramme als Problem konfiguriert: Diversität führt zu Konflikten und die Aufgabe ethischer Reflexion besteht im Auffinden möglichst universal begründbarer moralischer Normen oder Prinzipien, die angesichts der moralischen Diversität ein gemeinsames Leben ermöglichen.

Beide Theorien unterscheiden damit grundlegend zwischen einer Pluralität von Vorstellungen des Guten und allgemeinen normativen Regeln, die gerade angesichts der Pluralität von Vorstellungen des Guten für alle normative Geltung beanspruchen können: Moralische Prinzipien, die etwas über das richtige oder falsche Handeln aussagen. Dem moralischen Prinzip des Respekts vor der Freiheit des Individuums – oder in der Medizinethik eben des Respekts vor der Selbstbestimmung (Beauchamp/Childress 2019, 99–154) – kommt dabei eine zentrale Bedeutung zu, weil Freiheit als Freiheit zur Orientierung an der je eigenen Vorstellung des Guten verstanden wird. Der Pluralität der Vorstellungen des Guten entspricht das seinem Anspruch nach universale Prinzip der Autonomie, gemäß dem jede*r das Recht hat, das eigene Leben an der ihr oder ihm jeweils einleuchtenden Vorstellung des Guten

¹ In meiner Darstellung der Position von Habermas verwende ich die Begriffe „Ethik“ und „Moral“ nicht so wie Habermas selbst sie verwendet, sondern gehe von der in der Medizinethik üblichen Unterscheidung aus, nach der Ethik als Reflexion auf Moral zu verstehen ist, während bei Habermas der Begriff Ethik auf Urteile über das gute Leben, und der Begriff der Moral auf Gerechtigkeitsurteile bzw. Urteile über das richtige Handeln verweist (Habermas, Erläuterungen, 101–108).

zu orientieren – solange dies nicht die Freiheit anderer einschränkt² (Rawls 1999, 53).

II. Kulturelle und moralische Diversität

Das, was Menschen für das erstrebenswerte moralische Gute halten, denken sie sich wiederum nicht selbst aus, sondern es ist immer auch Ergebnis sozialer und kultureller Prägung. Das beginnt, wie Johannes Fischer argumentiert, bereits auf der Ebene der Wahrnehmung einer Situation als moralisch relevanter Situation: Wir haben von anderen gelernt auf bestimmte Situationen intuitiv in einer bestimmten Art und Weise zu reagieren (Fischer 2000, 247–268; Fischer 2002, 124–127). Normalerweise denken wir nicht lange nach, wie wir z. B. reagieren sollen, wenn wir einen Menschen sehen, der Schmerzen leidet, sondern reagieren spontan auf eine bestimmte Art und Weise, die selbst wiederum Ausdruck sozialer Prägung ist. Zu diesem Verhalten können wir uns außerhalb der konkreten Handlungssituation rational verhalten und können dann nach Argumenten dafür fragen, ob dieses Verhalten richtig oder angemessen war.

Aber auch diese Praxis des rationalen Argumentierens und Begründens moralischer Urteile ist wiederum eine soziale Praxis, wie Hannah Arendt zu Recht betont hat. Denn wenn das Urteil, das wir in einer konkreten Situation begründet fällen, nicht für andere nachvollziehbar ist, dann erfüllt es nicht seinen grundlegenden Zweck, die eigene Handlung für andere als gut begründete Handlungsweise auszuweisen. Weil Urteile mitteilbar sein müssen gilt: „Wenn man urteilt, so urteilt man als Mitglied einer Gemeinschaft.“ (Arendt 1985, 97). Das betont in ähnlicher Art und Weise auch Alasdair MacIntyre: „Practical Reasoning is by its nature [...] reasoning together with others, generally within some determinate set of social relationships“ (MacIntyre 1999, 107). Menschen, so betont MacIntyre, können nicht für sich alleine nach dem moralisch Gutem streben, weil das Gute, das man für sich selbst erstrebt, immer in einem Zusammenhang steht mit dem, was andere als Gutes erstreben. Darum können Menschen das moralisch Gute nur erstreben, indem sie sich auch auf andere Menschen verlassen, die mit zur Realisierung des Guten beitragen. Das Gute können Menschen nur erstreben, indem sie in Beziehungen des Empfangens und Gebens leben (MacIntyre 1999, 108).

Insofern nun aber gleichzeitig gilt, dass man die individuelle Selbstbestimmung von Personen respektieren soll, wird damit ein Prozess der moralischen Diversifizierung in Gang gesetzt, in dem sich Menschen auch dadurch in unterschiedliche Gruppierungen unterteilen lassen, dass sie jeweils unterschiedliche gemeinsame moralische Güter verfolgen. Nicht nur erstreben unterschiedliche Individuen unterschiedliche moralische Güter, sondern auch unterschiedliche Gruppen von Menschen streben jeweils gemeinsam nach der Realisierung unterschiedlicher Güter.

² So ließe sich das erste Gerechtigkeitsprinzip nach Rawls m. E. etwas verkürzt paraphrasieren.

Sich durch ein gemeinsam erstrebtes Gut verbunden zu wissen, ist konstitutiv für zahlreiche Vereinigungen, Gemeinschaften, Verbände, aber auch für religiöse Gemeinschaften. Das individuelle Streben nach dem Guten beruht darauf, dass Individuen in sozialen Gemeinschaften lernen, bestimmte Güter zu erstreben. Von daher liegt es zunächst nahe, darauf zu schließen, dass sich unterschiedliche „Kulturen“ dadurch voneinander unterscheiden lassen, dass sie jeweils unterschiedliche moralische Güter realisieren: Unterschiedliche Kulturen gehen einher mit unterschiedlichen Sitten (was nur ein älterer deutscher Begriff für das Wort *Moral* ist).

Der dabei vorausgesetzte, essentialistische Begriff von Kultur erweist sich zwar bei näherer Betrachtung als hoch problematisch (vgl. dazu unten Abschnitt IV), aber angesichts dieser Deutung wird moralische Diversität häufig als unmittelbare Folge kultureller Diversität verstanden, und das Programm einer Begründung universaler moralischer Normen, die auch jenseits einer Pluralität von moralischen Gütern für alle Geltung beanspruchen können, lässt sich dann als das Programm einer Begründung von transkultureller normativer Geltung interpretieren. Die in der Medizinethik etablierten vier Prinzipien des *Principlism* – Respekt vor der Selbstbestimmung, Nicht-Schaden, Wohltun, Gerechtigkeit (Beauchamp/Childress 2019, 99–326) – erheben in diesem Sinne einen transkulturellen Geltungsanspruch, und gleiches gilt auch für das Prinzip des Respekts vor der Menschenwürde.

Zu einer entscheidenden Frage innerhalb der Ethik wird angesichts dieser argumentativen Konstellation zum einen die Frage, ob die Begründung transkulturell geltender moralischer Normen überhaupt realisierbar ist (Abschnitt III), und zum anderen inwieweit kulturell bedingte moralische Diversität im Kontext der medizinischen Versorgung eigens zu respektieren ist, und ob aus der kulturellen Identität einer Person auf ihre jeweiligen moralischen Überzeugungen geschlossen werden kann (Abschnitt 4). Um diese Fragen geht es auch in den seit einiger Zeit intensiver geführten gesamtgesellschaftlichen Diskussionen zu Postkolonialismus, Identitätspolitik und kultureller Aneignung.

III. Grenzen transkultureller normativer Geltung

Insofern es keinen Menschen gibt, der außerhalb kultureller Prägung steht, muss die Begründung transkulturell geltender moralischer Prinzipien immer im Kontext einer bestimmten kulturellen Tradition ihren Anfang nehmen. Die Idee eines moralischen Universalismus, der davon ausgeht, dass transkulturell gültige moralische Normen ihre universale normative Geltung aus ihrer rationalen Form gewinnen, ist ein Produkt der Aufklärungsphilosophie und hat seinen prägendsten Ausdruck in der Moralphilosophie Immanuel Kants gefunden (Kant 1996). Diese universalistische Konzeption von *Moral* liegt auch den oben dargestellten Theorien von John Rawls und Jürgen Habermas zu Grunde. Dabei ist der Anspruch, dass unter dem Rekurs auf die Universalität der Vernunft, die partikulare Herkunft dieser Moralth-

orie keinen Einfluss auf ihren normativen Gehalt hat, dass also die universale Geltung unabhängig sei von der partikularen Genese. Dieses Programm einer universalistischen Moraltheorie hat angesichts der postkolonialen Kritik jüngst Omri Böhm (2022) durchaus eindrucksvoll verteidigt.

Allerdings scheint mir Böhms Repristination des Kantianismus nur begrenzt der nun schon seit einiger Zeit formulierten Kritik postkolonialer Theorie gerecht zu werden.³ Exemplarisch verweise ich dafür auf die Kritik des jamaikanischen Philosophen Charles Wade Mills an John Rawls kontraktualistischer Theorie der Gerechtigkeit. Mills kritisiert, dass der Gesellschaftsvertrag nach Rawls kein Vertrag sei, der alle einschließe, sondern dass durch diesen Vertrag bestimmte Gruppen immer schon ausgeschlossen werden:

[T]he 'contract' is an exclusionary one among a subset of the population rather than a universal and inclusive one. As such, it acknowledges what we all know to be true, that real-life societies are structured through and through by hierarchies of privilege and power.
(Mills 2017, 37)

Faktisch sei der Diskurs über das, was als rational anerkannte Norm im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages gelte, immer schon durch die Machtstrukturen derjenigen gesellschaftlichen Wirklichkeit geprägt, in der die Idee des Gesellschaftsvertrages zur Legitimation politischer Macht entwickelt wird. Diejenigen Personen, die die neuzeitlichen Theorien der Moral und einer liberalen Gesellschaftsordnung entwickelt haben, waren aber durchweg weiße Männer aus gehobenen gesellschaftlichen Schichten. Zur Zeit der Ausformulierung der klassischen Theorien des Gesellschaftsvertrages war Europa nach Mills durch einen faktischen „racial contract“ geprägt (Mills 1997), der Menschen anderer Hautfarbe aus dem öffentlichen Diskurs exkludierte. Infolgedessen haben die entwickelten Theorien, die bis heute den Diskurs prägen, damit faktisch den Rassismus dieser Gesellschaften stabilisiert und bis in die Gegenwart verlängert. Der Gesellschaftsvertrag „relegated nonwhites to an inferior category, so that its schedule of rights and prescriptions for justice were all color-coded“ (Mills 2017, 31).

In der Perspektive eines rationalen Universalismus scheint das zunächst aber nur ein kontingentes Problem. Denn der Anspruch ist ja, dass die Argumente, auch wenn sie von konkreten historischen Personen unter bestimmten sozio-kulturellen Umständen formuliert wurden, als rationale Argumente grundsätzlich für jeden nachvollziehbar sein müssen – unabhängig von sozialem Status, Hautfarbe und Geschlecht. Rationale Argumente stehen, so das zentrale Argument, jenseits der Identität der rational argumentierenden Person: menschliche Vernunft ermöglicht es,

³ Als Grundtext postkolonialer Theorie kann man nach wie vor verweisen auf Said 2003 und Spivak 2008. Zu den folgenden Ausführungen vgl. bereits Coors 2023.

die konkrete Situiertheit der Identität einer Person zu transzendieren und so den universalen Anspruch von moralischer Geltung zu begründen.

Betrachtet man aber die Universalisierungsmaxime des rationalistischen Universalismus näher, dann fällt auf, dass sie die Fähigkeit voraussetzt, die Perspektiven anderer in die jeweils eigene Argumentation mit einzubeziehen.⁴ Diejenigen Argumente, die einem selbst jeweils einleuchten, sind daraufhin zu überprüfen, ob sie anderen Personen auch als rational einleuchten können. Ein rationales moralisches Urteil beruht damit aber auf dem Vermögen der *Vorstellungskraft* der urteilenden Personen. Der Versuch, allein durch die Vorstellungskraft in einem rationalen Diskurs alle möglichen relevanten Perspektiven anderer in den Diskurs mit einzubeziehen, dürfte allerdings recht offensichtlich an die Grenzen der menschlichen Vorstellungskraft führen. Damit ist jedoch alles das, was jenseits der Grenzen der Vorstellungskraft der faktischen Teilnehmer*innen eines Begründungsdiskurses liegt, immer schon aus diesem Begründungsdiskurs exkludiert. Infolgedessen wird die Frage, *wer* jeweils an den Diskursen zur Begründung moralischer Geltung teilnimmt, zu einer Schlüsselfrage, weil die Grenzen der Vorstellungskraft der am faktischen Begründungsdiskurs beteiligten Personen die Grenzen der Reichweite der Begründung bestimmen. Ein rationales Urteil, das die Perspektive anderer mit einbezieht, kann darum am Ende nur aus einem realen diskursiven Prozess hervorgehen, in dem andere ihre Perspektiven auch wirklich einbringen.

Das bedeutet allerdings nicht, dass mit dieser Kritik am Universalismus der Begründung moralischer Geltung das Ziel einer universalen Moral aufgegeben würde. Vielmehr ist die These, dass der kategorische Geltungsanspruch moralischer Sätze zwar nach einer universal nachvollziehbaren Begründung verlangt, dass diese aber nicht allein aus der Kraft der Vernunft hervorgebracht werden kann. Der Zweifel zielt allein auf die Fähigkeit menschlicher Vernunft und nicht auf den kategorischen Geltungsanspruch moralischer Prinzipien. Allerdings lassen sich die unterschiedlichen kulturellen Prägungen der Moral nicht allein kraft der Vernunft abschließend überwinden. Vielmehr geht es darum, den vernünftigen Diskurs auszuweiten und inklusiver zu gestalten, sodass auch diejenigen Perspektiven im Begründungsdiskurs vorkommen, die bisher exkludiert werden. Die Vision einer universalen Moral, die alle inkludiert, bleibt ein moralisch erstrebenswertes Gut. Dieses moralische Gut verlangt aber die Einbeziehung möglichst vieler Perspektiven in die realen ethischen und politischen Diskurse⁵ (v. Coors 2019, 42 f.; Taylor 1982; Taylor 2016; Ricœur 2005)

⁴ Vgl. Habermas 1983, 75: „Unparteiliche Urteilsbildung drückt sich mithin in einem Prinzip aus, das jeden im Kreise der Betroffenen zwingt, bei der Interessenabwägung die Perspektiven aller anderen einzunehmen.“

⁵ Damit wird zugleich auch behauptet, dass ethische Fragen nach dem erstrebenswertem Guten Vorrang haben vor den Fragen nach dem, was für alle moralisch richtig zu tun ist.

IV. Kulturelle Identitäten und moralische Normativität

Eine Falle wäre es nun aber, aus der Infragestellung des universalistischen Begründungsanspruchs, auf eine Pluralität kultureller Moralitäten zu schließen, die ethisch gar nicht mehr transzendiert und damit auch nicht mehr kritisiert werden können.⁶ So richtig es ist, dass Individuen das Recht haben, jeweils für sich moralisch abzuwägen, welchen moralischen Gütern sie in einer konkreten Situation den Vorrang vor anderen geben, und so sehr diese Abwägungsentscheidung immer auch Ergebnis sozialer und kultureller Prägung ist, so wenig kann man daraus auf die Existenz einander gegenüberstehender Gruppierungen schließen, die sich durch unterschiedliche Moralvorstellungen klar voneinander abgrenzen ließen. Schon die Überlegung, dass auch innerhalb eines solchen vermeintlichen „Kulturkreises“ die Personen jeweils individuell abwägen, macht deutlich, dass die Grenzen zwischen den unterschiedlichen kulturell geprägten Moralvorstellungen am Ende immer fließend sind. Der in der Vorstellung von klar voneinander abzugrenzenden Kulturen vorausgesetzte Kulturbegriff erweist sich so als problematisch.

Für solch einen essentialistischen Kulturbegriff „umfasst die Kultur von den Sitten und Bräuchen über Religion, Kunst und soziale Organisation bis hin zu grundlegenden moralischen Orientierungen und ‚typischen‘ Persönlichkeitsmerkmalen (Mentalität) all jene Aspekte, die einen Menschen als Mitglied einer spezifischen Gesellschaft auszeichnen“ (Knipper/Bilgin 2009, 21). Dieser Begriff unterschiedlicher Kulturkreise beruht auf der Vorstellung, dass sich Kulturen durch ein Bündel unterschiedlicher Eigenschaften klar voneinander abgrenzen lassen, und dass die kulturelle Identität immer auch eine moralische, also sittliche Identität bedingt, weil moralische Orientierung an Gütern immer davon mitbestimmt ist, was man sozio-kulturell als Orientierung im Guten erlernt hat. Die Beobachtung, dass moralische Orientierung durch kulturelle Identität geprägt ist, lässt sich – wie oben gezeigt – durchaus plausibilisieren: Moralische Güter werden immer als gemeinsame Güter erstrebt und sind darum auch durch den kulturellen Kontext geprägt. Daraus aber nun im Umkehrschluss zu folgern, dass unterschiedliche *kulturelle* Identitäten mit unterschiedlichen *moralischen* Identitäten und Überzeugungen gleichzusetzen seien, sodass Menschen unterschiedlicher kultureller Prägung sich nicht mehr über moralische Fragen verständigen könnten, würde bedeuten, den universalen Horizont von Moral generell aufzugeben. Nicht nur würde dann behauptet, dass es faktisch keine universal akzeptierte Begründung moralischer Geltung gäbe, sondern auch, dass moralische Geltung überhaupt nie einen kategorischen Geltungsanspruch erheben könnte, da ihre Geltung immer vom kulturellen Kontext abhänge. Damit würde also auch das moralische Gut der Universalität aufgegeben

⁶ Das würde bedeuten auf eine Position interner Kritik zurückzufallen, für die Rationalität nur innerhalb konkreter Lebensformen funktionieren kann und damit auch nur eine begrenzt transformative Kraft hat (Jaeggi 2014, 263–276).

– sie erscheint nicht einmal mehr erstrebenswert, weil sie als Bedrohung der je eigenen kulturellen Identität aufgefasst wird. Letztlich wird damit auch die Vorstellung einer Einheit und Zusammengehörigkeit der Menschheit aufgegeben.

Das Problem des essentialistischen Kulturbegriffs sind die vermeintlich eindeutigen Grenzziehungen, die jeweils um Kulturkreise gezogen werden. Dass die Grenzen jeweils sehr unterschiedlich verlaufen, je nachdem welches der vielen Merkmale, die im Kulturbegriff zusammengefasst werden (Moral, Religion, Mentalität, Kunst, Habitus, Nationalität, Ethnie, soziale Institution), man beachtet, wird dabei nicht bedacht (Wimmer 2008). Der essentialistische Kulturbegriff akkumuliert eine Fülle von Distinktionsmerkmalen, die in ihrer Abgrenzungsfunktion allzu oft nicht kongruieren. Damit stellt sich dann aber die Frage, welches „kulturelle“ Distinktionsmerkmal in einer konkreten Situation jeweils von den beteiligten Akteuren in den Vordergrund gerückt wird. Ein kultureller Konflikt kann so als Konflikt unterschiedlicher Nationalitäten (z. B. deutsche vs. türkische Kultur), als Konflikt unterschiedlicher religiöser Überzeugungen (z. B. christliche vs. muslimische Kultur) oder aber auch als Konflikt unterschiedlicher Professionskulturen (z. B. ärztliche vs. pflegerische Kultur) interpretiert werden. Charakteristisch für Stereotypisierungen ist es, diese Distinktionsmerkmale in ein kongruentes Bild zu zwingen: Dann steht da ein deutscher, christlicher Arzt gegen eine muslimische, türkische Pflegekraft. Dass solche überaus wirkmächtigen Vorurteile in die Irre führen zeigt sich spätestens dann, wenn der deutsche, muslimische Pfleger auf einen türkischen, christlichen Arzt trifft und die gängigen Klischees irritiert werden. Hier zeigt sich, dass die vermeintliche Kongruenz der Grenzziehungen, die durch den Kulturbegriff insinuiert wird, eine falsche Eindeutigkeit unterstellt.

Eine Person konstituiert sich immer an der Schnittstelle einer Vielzahl von Identitäten und man kann die kulturelle Identität einer Person als die Summe dieser vielfältigen Identitätszuschreibungen begreifen. In diesem Sinne geht ein konstruktivistischer Kulturbegriff davon aus, dass „kulturell identifizierte Grenzen und Kategorien [...] nicht naturegegeben [sind], sondern das stets zeit- und situationsgebundene (Zwischen-)Ergebnis sozialer Beziehungen“ (Knipper 2014, 57). Auszugehen ist damit davon, „dass ‚Kultur‘ aus diskursiven Praktiken mit eigenen Realitätseffekten hervorgeht und nicht als festes Gefüge von Normen und Werten zu interpretieren ist“ (Wimmer 1996, 418).

Die Identität einer Person konstituiert sich durch vielfältige und verschiedene Gruppenzugehörigkeiten, teils frei gewählte (z. B. Professionszugehörigkeit), aber mehr und oft viel prägender noch die nicht frei gewählten Zugehörigkeiten (z. B. Ethnie, Nation). Diese Identitäten prägen auch moralische Vorstellungen der Person, sodass moralische und kulturelle Identität sich in der Tat beeinflussen, aber eben nie so, dass sich aus der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Kulturkreis etwas über die moralische Überzeugung einer Person ableiten ließe. Das wäre eben das, was man mit Ilhan Ilkiliç als einen kulturalistischen Fehlschluss bezeichnen muss (Ilkiliç 2014, 109): Aus der kulturellen Identität kann man nicht auf die moralische

Überzeugung einer Person schließen, auch wenn die kulturelle Identität ohne Frage moralische Überzeugungen beeinflusst.

V. (De-)Kulturalisierung ethischer Konflikte

Einerseits ist also die Position eines starken, radikalen Universalismus problematisch, weil sie die partikulare, kulturell geprägte Herkunft ihrer eigenen Theorie verschleiert und damit Gefahr läuft bestehende Machtasymmetrien zu stabilisieren (s. Abschnitt III). Andererseits lassen sich Kulturen gar nicht als klar voneinander abzugrenzende Größen voneinander unterscheiden, sodass wir es mit „einer Landschaft der kontinuierlichen Übergänge“ (Wimmer 1996, 418) zu tun haben (s. Abschnitt IV). Geht man angesichts dessen davon aus, dass eine universale Moral zumindest ein erstrebenswertes moralische Gut darstellt und dass rationale Argumente es ermöglichen, partikulare, lebensweltlich und kulturell geprägte moralische Differenzen zumindest partiell zu überwinden, dann stellt sich Ethik als der ständig fortzuführende Prozess des ethischen Aushandelns neuer Begründungen angesichts moralischer Differenzen dar – seien diese Differenzen kulturell, sozial, ethnisch, national, professionell oder anders begründet.

Damit lassen sich interkulturelle ethische Konflikte nicht kategorisch von anderen ethischen Konflikten unterscheiden und die Frage der kulturellen Identität trägt damit eigentlich nichts zur normativen Lösung eines moralischen Konfliktes bei. Faktisch begegnen in der klinischen Praxis jedoch immer wieder ethische Konflikte, die als kulturelle ethische Konflikte gedeutet werden. Welche Rolle spielt also die Zuschreibung kultureller Differenz für den Umgang mit solchen Konflikten? Ausgehend von einem konkreten Fall, den der Arzt und Ethnologe Michael Knipper schildert, will ich im Folgenden erörtern, in welcher Art und Weise Kultursensibilität dennoch relevant für die Bearbeitung ethischer Konflikte ist:

„M. war ein 16 Jahre alter Jugendlicher aus einer türkisch-muslimischen Familie. Aufgrund einer Tumorerkrankung mit infauster Prognose hatte er nach ärztlichem Ermessen nur noch wenige Monate Lebenszeit vor sich. Seine Eltern verweigerten den behandelnden Ärzten jedoch das Recht, den Jungen über seine Erkrankung und die schlechte Prognose aufzuklären. Zur Begründung verwiesen sie auf den Islam und ihre Traditionen, wonach ein Patient nicht direkt aufgeklärt werden dürfe. Für die behandelnden Ärzte und das Pflegepersonal war diese Situation kaum zu ertragen.“ (Knipper 2014, 58)

Dieser Fall lässt sich auf den ersten Blick als ein Konflikt zwischen unterschiedlichen kulturellen Wertvorstellungen interpretieren, als Konflikt zwischen einer autonomiezentrierten ärztlichen Moral und einer mit dieser Moral konkurrierenden Moral der islamischen Tradition. Die am Konflikt beteiligten Person selbst, interpretieren ihn als einen Wertekonflikt zwischen den Kulturen. Betrachtet man diesen Fall von seiner Auflösung her, dann wird allerdings schnell deutlich, dass dieses Framing des Konfliktes als eines Wertekonfliktes „zwischen den Kulturen“ teil des

Problems ist. Denn nach längeren Gesprächen eines kultursensiblen Ethikberaters mit den Beteiligten zeigte sich das Folgende:

„Die Familie hatte vor allem Angst vor einer direkten, den Jungen möglicherweise schwer belastenden Form der Übermittlung der medizinischen Fakten. Aufgrund von eigenen und aus dem Umfeld kolportierten Vorerfahrungen mit der ärztlichen Aufklärung von schwerkranken Menschen bestand Angst und Misstrauen gegenüber den Kinderonkologen [...]. Das intensive Bemühen, die Eltern von der Notwendigkeit einer Aufklärung zu überzeugen, verstärkte die Ängste der Familie und damit ihr Misstrauen und ihre Abwehrhaltung. Eine grundsätzliche Ablehnung der Informationsübermittlung an den Jungen bestand hingegen nicht.“ (Knipper 2014, 64)

Durch eine Gesprächsführung, die die Deutung des Konfliktes als eines solchen zwischen unterschiedlichen Kulturen gerade nicht hingenommen hat, sondern diese kritisch hinterfragt hat, wurde hier also deutlich, dass der Konflikt durch die beteiligten Personen selbst „kulturalisiert“ wurden (Knipper 2014, 65). Ein Vorgehen, das allen am Konflikt beteiligten Personen plausibel erschien und das einerseits von der Familie selbst ausgeht, die für ihre Entscheidung auf ihre eigene religiöse Identität verweist und die Gleichzeitig von erfahrungsbasierten Stereotypen über das ärztliche Handeln in der deutschen Kultur ausgeht. Erst die Dekulturalisierung des Konfliktes konnte dann dazu beitragen, die vermeintliche moralische Differenz aufzulösen: Nicht die Frage, ob der Junge über die infauste Prognose aufgeklärt werden soll, sondern die Frage, wie das zu geschehen habe, war eigentlich kontrovers. Diese Frage konnte aber nicht thematisiert werden, solange der ethische Konflikt von den Beteiligten als ein Konflikt zwischen unterschiedlichen Kulturen gedeutet wurde. Erst nachdem der Konflikt dekulturalisiert wurde, konnte die zugrundeliegende ethische Frage bearbeitet und gelöst werden (Knipper 2014, 65).

Dort, wo ethische Konflikte als kulturelle Konflikte begegnen, geht es also in aller Regel darum, die vorausgesetzten Wahrnehmungsmuster zu hinterfragen und die Kulturalisierung des Konfliktes gerade nicht hinzunehmen.⁷ Ziel ist die Dekulturalisierung des Konfliktes, um eine gemeinsame Basis zu finden, von der aus moralische Differenzen besprochen und bestenfalls aufgelöst werden können.

Literatur

Arendt, Hannah: Das Urteilen. Texte zu Kants Politischer Philosophie. München: Pieper 1985.

Beauchamp, Tom L./Childress, James F.: Principles of Biomedical Ethics, Oxford: Oxford University Press, 8. Aufl. 2019.

⁷ Einige Strategien für eine kultursensible Ethikberatung werden erörtert in Grützmann 2014.

- Böhm, Omri: Radikaler Universalismus. Jenseits von Identität, Berlin: Propyläen 2022.
- Coors, Michael: Moralische Diversität. Grenzen und Notwendigkeit moralischer Vielfalt im Gesundheitswesen, in: Florian Steger (Hg.): Diversität im Gesundheitswesen, Freiburg i. Br./München: Alber 2019, 29–45.
- : Macht und Moral. Zur Einbeziehung der Machtfrage in die theologische Sozialethik, in: Neue Zeitschrift für Systematische Theologie und Religionsphilosophie 65 (2023), 76–93.
- Fischer, Johannes: Sittliche Intuition und reflexives Gleichgewicht, in: Zeitschrift für Evangelische Ethik 44 (2000), 247–268.
- : Theologische Ethik. Grundwissen und Orientierung, Stuttgart: Kohlhammer 2002.
- Grützmann, Tatjana: Strukturen und Modelle kultursensibler Ethikberatung, in: Michael Coors/Tatjana Grützmann/Tim Peters (Hg.): Interkulturalität und Ethik. Der Umgang mit Fremdheit in Medizin und Pflege, Göttingen: Edition Ruprecht 2014, 112–124.
- Habermas, Jürgen: Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1983.
- : Erläuterungen zur Diskursethik, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1991.
- : Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1999.
- : Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1998.
- Ilkiliç, Ilhan: Interkulturalität in der Ethikberatung, in: Michael Coors/Tatjana Grützmann/Tim Peters (Hg.): Interkulturalität und Ethik. Der Umgang mit Fremdheit in Medizin und Pflege, Göttingen: Edition Ruprecht 2014, 101–111.
- Jaeggi, Rahel: Kritik von Lebensformen, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2. Aufl. 2014.
- Kant, Immanuel: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Immanuel Kant Werkausgabe Bd. VII, hg. v. Wilhelm Weischedel, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 13. Aufl. 1996, 7–102.
- Knipper, Michael/Bilgin, Yasar: Migration und Gesundheit, St. Augustin/Berlin: KAS 2009.
- Knipper, Michael: Vorsicht Kultur! Ethnologische Perspektiven auf Medizin, Migration und ethnisch-kulturelle Vielfalt, in: Michael Coors/Tatjana Grützmann/Tim Peters (Hg.): Interkulturalität und Ethik. Der Umgang mit Fremdheit in Medizin und Pflege, Göttingen: Edition Ruprecht 2014, 52–69.
- MacIntyre, Alasdair: Dependent Rational Animals. Why Human Beings Need the Virtues, Chicago/La Salle: Open Court Publishing 1999.

- Mills, Charles W.: *Black Rights/White Wrongs: The critique of racial liberalism*, New York: Oxford University Press 2017.
- : *The Racial Contract*, Ithaca: Cornell University Press 1997.
- Rawls, John: *A Theory of Justice*. Revised Edition, Cambridge: Cambridge University Press 1999.
- : *Political Liberalism*. Expanded Edition, New York: Columbia University Press 2005.
- Ricœur, Paul: Ethik und Moral, in: ders., *Vom Text zur Person*, übers. und hg. v. Peter Welsen, Hamburg: Meiner 2005, 251–267.
- Said, Edward W.: *Orientalism*, London: Penguin 2003.
- Spivak, Gayatri Chakravorty: *Can the subaltern speak? Postkolonialität und subalterne Artikulation*, Wien/Berlin: Turia + Kant 2008.
- Taylor, Charles: *The diversity of goods*, in: Amrtya Sen/Bernard Williams (Hg.): *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, 129–144.
- : *Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität*, übers. v. Joachim Schulte, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 9. Aufl. 2016.
- Wimmer, Andreas: *Kultur. Zur Reformulierung eines sozialanthropologischen Grundbegriffs*, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie* 48 (1996), 401–425.
- : *Ethnische Grenzziehungen in der Immigrationsgesellschaft. Jenseits des Herder'schen Commonsense*, in: Frank Kalter (Hg.): *Migration und Integration*. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft Nr. 48, Opladen: Westdeutscher Verlag 2008, 57–80.

Korporative „Gewissensfreiheit“ von Gesundheitseinrichtungen? Am Beispiel der österreichischen Suizidhilfe­regelung

Dr. habil. Jürgen Wallner

I. Einleitung

Die Frage, wie seitens der Rechtsordnung mit Gewissensentscheidungen im Zusammenhang mit medizinischen Handlungen bzw. im Gesundheitswesen umzugehen ist, beschäftigt akademische Diskussionen, rechtspolitische Debatten und klinische Praxis international seit geraumer Zeit.¹ Im Kern geht es dabei um Sachverhalte, in denen sich Akteure weigern, Handlungen auszuführen, weil dies ihr Gewissen verletzen würde. Die Berufung auf das Gewissen stellt für den liberalen Rechtsstaat eine Argumentation dar, die er in seinem Selbstverständnis nicht ignorieren kann. Er ist in gewisser Weise eine Antwort auf die pluralistischen Gewissensentscheidungen seiner Bürger*innen.² Konkret drückt sich diese Antwort in der Gewissensfreiheit aus, die rechtsstaatlich als Grundrecht verfasst ist. Dieses jeder Person gewährleistete Recht gilt in wohlgeordneten Gesellschaften heute als unhin­tergebar und spielt auch in der Gesundheitsversorgung eine Rolle.

¹ Vgl. *Frewer/Bergemann/Jäger* (Hrsg.), *Interessen und Gewissen*, Würzburg: Königshausen & Neumann (2016); *Wicclair*, *Conscientious Objection in Health Care: An Ethical Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press (2011).

² Vgl. *Ramls*, *Gerechtigkeit als Fairness*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (2003) 20.

Das Thema der Gewissensentscheidungen im Gesundheitswesen ist allerdings um eine Facette erweitert worden. Nicht mehr nur für Individuen als natürliche Personen wird dabei die Gewissensfreiheit von manchen in Anspruch genommen, sondern auch für Korporationen, also überindividuelle Verbände, die in der Rechtsordnung üblicherweise juristische Personen genannt werden.³ Diese erweiterte Facette der Debatte wirft mehrere Fragen auf, darunter insbesondere: Inwieweit kann eine Korporation ein „Gewissen“ haben, und worin würde es sich ausdrücken? Welche Anknüpfungspunkte hätte ein solches korporatives Gewissen in der positiven Rechtsordnung? In welcher Beziehung stünden individuelles und korporatives Gewissen zueinander? Welche Konsequenzen müsste die Rechtsordnung für die von korporativen Gewissensentscheidungen betroffenen Sachverhalte bedenken?

Diese Fragen haben einen konkreten, praktischen Anwendungsfall erhalten, als in Österreich die Suizidhilfe (assistierter Suizid, Mitwirkung an der Selbsttötung) rechtlich neu geregelt wurde. Dieser Anwendungsfall wird im Folgenden den Kontext der Überlegungen zur korporativen „Gewissensfreiheit“ von Gesundheitseinrichtungen bilden. Damit sind auch Fokus und Grenzen der Abhandlung bestimmt: Die Darstellung erfolgt, erstens, auf Grundlage der österreichischen Rechtsordnung.⁴ Parallelen der Debatte und Ähnlichkeiten der Konzepte zur deutschen Rechtsordnung mag es geben, aber der Beitrag erhebt nicht den Anspruch, daraus Schlussfolgerungen für Deutschland zu formulieren.

Die Abhandlung ist, zweitens, eine rechtsethische. Dies festzuhalten ist deshalb wichtig, weil Gewissen und Gewissensfreiheit in verschiedenen Zusammenhängen auftauchen, die einerseits in der realen Lebenswelt miteinander zusammenhängen, andererseits aber ihren je eigenen methodischen Logiken folgen. So ist das Gewissen seit langer Zeit Thema der philosophischen und theologischen Ethik⁵ und wird der Gedanke einer korporativen Gewissensfreiheit in der Organisations- und Unternehmensethik⁶ diskutiert. Das Gewissen und die Gewissensfreiheit, um die es in diesem Beitrag geht, sind allerdings rechtlich verfasst. Hier mag es mitunter eine Deckungsgleichheit oder zumindest große Überschneidungen mit den Diskursen nach anderen methodischen Logiken geben, aber eben auch Unterschiede, die in den folgenden Ausführungen im Detail immer wieder deutlich werden.⁷

Eine letzte Vorbemerkung zum Anwendungsfall des Beitrags betrifft den Gegenstand, die Suizidhilfe. Hierzu könnte man argumentieren, dass die Suizidhilfe gar

³ Vgl. *White/Jeanneret/Close/Willmott*, The Impact on Patients of Objections by Institutions to Assisted Dying, *BMC Medical Ethics* 2023, 22; *Shadd/Shadd*, Institutional Non-Participation in Assisted Dying, *Bioethics* 2019, 207.

⁴ Um in diesem Beitrag zitierte, zentrale Gesetzes- und Verordnungstexte, Gerichtsentscheidungen und parlamentarische Dokumenten auch für Personen, die in der österreichischen Rechtsliteratur nicht beheimatet sind, leichter auffindbar zu machen, wurde in der Fußnote zusätzlich zur üblichen Quellenangabe eine URL eingefügt.

⁵ Vgl. *Bormann & Wetzstein* (Hrsg.), *Gewissen*, Berlin: De Gruyter (2014).

⁶ Vgl. *Goodpaster*, *Conscience and Corporate Culture*, Malden, MA: Blackwell (2007).

⁷ Vgl. *Schilling*, Das Recht auf Befolgung von Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensgeboten – eine normative Betrachtung, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2023, 341.

keine Angelegenheit von Gesundheitseinrichtungen sei und keine medizinische Versorgungshandlung darstelle. Diese Debatte wird hier nicht aufgegriffen, wohl aber ihre praktischen Konsequenzen, wonach die Suizidhilfe Berührungspunkte zu unbestrittenen Aufgaben, Handlungen und Rahmenbedingungen des Gesundheits- und Sozialwesens hat und dort zu Gewissensfragen führen kann.

Der Beitrag stellt zunächst die gesetzliche Regelung der Suizidhilfe in Österreich dar und geht dabei insbesondere auf die enthaltene Gewissensklausel ein. Er setzt dann mit der rechtsethischen Einordnung dieser Klausel fort, indem er die Begriffe „Gewissen“, „Gewissensfreiheit“ und „Gewissensklausel“ im Allgemeinen erläutert und anhand der gesetzlichen Suizidhilfeverordnung konkretisiert. Der Beitrag stellt schließlich praktische Konsequenzen der Gewissensklausel dar. Insbesondere geht er der Frage nach, wie mit Gewissenskonflikten umzugehen ist, in die juristische Personen, also Korporationen, involviert sind.⁸

II. Gesetzliche Regelung

Die Suizidhilfe war in Österreich vor der nun geltenden Neuregelung strafrechtlich ausnahmslos verboten. Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) beurteilte dieses Verbot am 11. Dezember 2020 als grundrechtswidrig und gab dem Parlament bis 31. Dezember 2021 die Möglichkeit einer Neuregelung.⁹ Mit 1. Jänner 2022 wurde diese durch das Sterbeverfügungsgesetz (StVfG¹⁰) und Novellen des Strafgesetzbuchs (StGB¹¹) sowie des Suchtmittelgesetzes (SMG¹²) in Kraft gesetzt. Ersteres normiert ein Verfahren, das einer sterbewilligen Person einen legalen Zugang zu einem tödlichen Präparat eröffnet, mit dem sie ihr Leben beenden kann. Zweitere steckt die weiterhin strafbewehrten Grenzen der legalen Suizidhilfe ab. Die Tötung auf Verlangen ist in Österreich weiterhin strafrechtlich ausnahmslos verboten. Letztere regelt die Abgabe tödlicher Präparate in Apotheken.

Bereits im Erkenntnis des VfGH und in der Ausarbeitung des StVfG wurde ein Augenmerk auf die Freiwilligkeit der Handlungen im Zusammenhang mit einem Suizid gelegt. Die Freiwilligkeit betrifft einerseits die sterbewillige Person, die ihr

⁸ Teile des vorliegenden Beitrags wurden veröffentlicht als: *J. Wallner*, Die Gewissensklausel des Sterbeverfügungsgesetzes, *Recht der Medizin* 2024; im Druck.

⁹ VfGH 11.12.2020, G139/2019, VfSlg. 20433, http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_20201211_19G00139_00 (abgerufen 5.4.2024).

¹⁰ Bundesgesetz, mit dem ein Sterbeverfügungsgesetz erlassen wird sowie das Suchtmittelgesetz und das Strafgesetzbuch geändert werden, BGBl. I 2021/242, <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2021/242> (abgerufen 5.4.2024).

¹¹ Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB), BGBl. 1974/60 i. d. F. BGBl. I 2023/135.

¹² Bundesgesetz über Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Drogenausgangsstoffe (Suchtmittelgesetz – SMG), BGBl. I 1997/112 i. d. F. BGBl. I 2023/191.

Leben in freier Selbstbestimmung beenden möchte. Sie wurde andererseits für jene Personen als essenziell angesehen, die an der Selbsttötung der sterbewilligen Person mitwirken. Mit anderen Worten war dadurch die Gewissensfreiheit der Beteiligten im Blickfeld. Die Gewissensklausel des StVfG, um die es im Folgenden geht, stellt die legistische Umsetzung dieser Grundüberlegungen dar.

Das StVfG statuiert in § 2¹³ ein Freiwilligkeitsgebot und ein Benachteiligungsverbot, was zusammen eine sogenannte Gewissensklausel¹⁴ ergibt:

Freiwilligkeit der Mitwirkung, Benachteiligungsverbot

§ 2. (1) *Keine natürliche oder juristische Person ist verpflichtet, eine Hilfeleistung (§ 3 Z 4), wie etwa die Abgabe des Präparats (§ 3 Z 9) durch eine Apothekerin bzw. einen Apotheker, zu erbringen, eine ärztliche Aufklärung (§ 7) durchzuführen oder an der Errichtung einer Sterbeverfügung mitzuwirken. Ein darauf gerichtetes vertragliches Leistungsversprechen kann nicht gerichtlich geltend gemacht werden.*

(2) *Keine natürliche oder juristische Person darf wegen einer solchen Hilfeleistung, einer ärztlichen Aufklärung oder der Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung oder der Weigerung, eine Hilfeleistung zu erbringen, eine ärztliche Aufklärung durchzuführen oder an der Errichtung einer Sterbeverfügung mitzuwirken, in welcher Art immer benachteiligt werden.*

Um die rechtsethische Einordnung und Ableitung praktischer Konsequenzen vornehmen zu können, ist zunächst eine genaue Analyse des Inhalts und der Begünstigten von § 2 nötig.

1. Freiwilligkeit der Mitwirkung

Abs. 1 verlangt die Freiwilligkeit¹⁵ folgender Handlungen der Mitwirkung¹⁶ an einem Suizid¹⁷:

¹³ Soweit nicht anderslautend beziehen sich die Gesetzesstellen auf das StVfG.

¹⁴ Das Attribut „sogenannt“ wird verwendet, da der Begriff „Gewissensklausel“ zwar nicht im positiven Recht, wohl aber in Gesetzesmaterialien und Literatur gebräuchlich ist.

¹⁵ Der Freiwilligkeitsgrundsatz geht im Zusammenhang mit der Suizidhilfe auch allfälligen Beistandspflichten im Familien- oder Berufsrecht vor, *Kathrein in Dokalik* (Hrsg.), StVfG: Sterbeverfügungsgesetz Kurzkommentar, Wien: Linde (2022) § 2 Rz. 12.

¹⁶ „Mitwirkung“ umfasst die Hilfeleistung (§ 3 Z. 4), die ärztliche Aufklärung (§ 7) und die Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung (§ 8). In jedem Fall ist nur eine physische Mitwirkung gemeint, nicht eine bloß psychische Unterstützung; *Dokalik in Dokalik* (Fn. 15) § 3 Rz. 11.

¹⁷ Ein Suizid im Rechtssinn liegt nur dann vor, wenn sich jemand vorsätzlich unmittelbar selbst tötet und dies selbstverantwortlich tut, wofür die Person auch zu Beginn der Selbsttötungshandlung entscheidungsfähig sein muss; *Birkelbauer in Höpfel/Ratz* (Hrsg.), Wiener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., Wien: Manz (2022) § 78 Rz. 3 und 13.

1. *Erbringen einer Hilfeleistung*, das ist „die physische Unterstützung der sterbewilligen Person¹⁸ bei der Durchführung lebensbeendender Maßnahmen“ (§ 3 Z. 4)¹⁹, wie vor allem

- die Abgabe des Präparats²⁰ in einer Apotheke²¹,
- das stellvertretende Abholen des Präparats durch eine in der Sterbeverfügung nominierte Person,²²
- die physische Vorbereitung des Präparats samt Begleitmedikation²³ oder der sterbewilligen Person für eine orale Einnahme²⁴ oder das Legen eines venösen²⁵ oder enteralen²⁶ Zugangs für die Applikation des Präparats durch die sterbewillige Person;

¹⁸ „Sterbewillige Person“ ist in diesem Zusammenhang ein Rechtsbegriff, der nicht gleichzusetzen ist mit dem in medizinischen, pflegerischen, psychologischen oder ethischen Diskursen verwendeten Begriffen einer Person mit Sterbewunsch oder Suizidgedanke; *Dokalik* in *Dokalik* (Fn. 15) § 3 Rz. 6.

¹⁹ *Dokalik* in *Dokalik* (Fn. 15) § 3 Rz. 10.

²⁰ Als „Präparat“ gilt eine tödliche Dosis (15 g) Natrium-Pentobarbital; § 3 Z. 9; §§ 2, 4 Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend die Festlegung von Präparaten im Sinne des Sterbeverfügungsgesetzes (Sterbeverfügungs-Präparate-V – StVf-Präp-V), BGBl. II 2022/16, <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/II/2022/16> (abgerufen 5.4.2024).

²¹ Das Präparat darf nur von einer öffentlichen Apotheke (§ 11 Abs. 1) und einer Apotheker*in (§ 11 Abs. 2) abgegeben werden.

²² In einer Sterbeverfügung kann die sterbewillige Person eine oder mehrere Hilfe leistende Personen nominieren (§ 5 Abs. 2). Eine solche Person darf das Präparat in einer Apotheke abholen (§ 11 Abs. 1). Die stellvertretende Abholung gilt als Hilfeleistung im Sinne des § 3 Z. 3; ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 9 = Erläuterungen zur Regierungsvorlage, <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/I/1177> (abgerufen 5.4.2024).

²³ Unter „Begleitmedikation“ werden Arzneimittel verstanden, welche für die Verträglichkeit des Präparats notwendig sind (§ 5 StVf-Präp-V).

²⁴ Die orale Rezeptur des Präparats besteht aus einer Trinklösung als Fertigprodukt in einem versiegelten Abgabegefäß (*Österreichische Apothekerkammer*, Abgabe von letalen Präparaten, März 2022). Eine Hilfeleistung im Sinne des § 3 Z. 4 könnte darin bestehen, die sterbewillige Person aufrecht im Bett sitzend zu positionieren oder die Trinklösung aus dem Abgabegefäß in ein für die sterbewillige Person leichter zu haltendes Trinkgefäß umzuleeren. Die Grenze der straffreien Hilfeleistung wäre etwa überschritten, wenn der sterbewilligen Person das Präparat durch Dritte oral eingegeben würde (ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 8).

²⁵ Das Präparat kann als Infusion zubereitet und abgegeben werden (§ 3 Z. 2 StVf-Präp-V). Diesfalls könnte eine Hilfeleistung bei der Durchführung der Selbsttötung darin bestehen, dass eine Hilfe leistende Person der sterbewilligen Person einen peripheren Venenzugang legt oder die Infusionslösung an einen (unter Umständen bereits vorhandenen) zentralen Venenzugang anschließt. Der Start der Infusion muss von der sterbewilligen Person ausgelöst werden, um als Selbsttötung zu gelten (vgl. ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 8).

²⁶ Das Präparat kann in seiner oralen Zubereitungsform mittels eines enteralen Zugangs (z. B. PEG-Sonde) appliziert werden (§ 3 Z. 1 StVf-Präp-V). Hier könnte einer Hilfeleistung bei der Durchführung der Selbsttötung darin bestehen, dass eine Hilfe leistende Person der sterbewilligen Person das Präparat an den enteralen Zugang anschließt, wobei die Zufuhr selbst durch die sterbewillige Person

- der Gesetzgeber versteht darunter auch die „Bereitstellung von Räumlichkeiten“²⁷, wobei hier wohl an die Organisation eines Raums speziell für die Selbsttötung zu denken ist²⁸, nicht an einen Raum, der aus einem anderen Grund zur Verfügung gestellt wird oder gar werden muss (z. B. zur medizinischen Behandlung²⁹ oder zu Pflegezwecken³⁰).

2. *Durchführen einer ärztlichen Aufklärung*, als Voraussetzung für eine straffreie Suizidhilfe³¹, mit folgenden Elementen:

- Beurteilung, ob die sterbewillige Person entscheidungsfähig³² ist und einen freien und selbstbestimmten Entschluss³³ zur Lebensbeendigung geäußert hat (§ 7 Abs. 1),
- die fachliche Beratung der sterbewilligen Person zu „im konkreten Fall möglichen Behandlungs- und Handlungsalternativen“ (§ 7 Abs. 2 Z. 1), zum Umgang mit dem Präparat (§ 7 Abs. 2 Z. 2 und 3) und zu anderen Beratungsangeboten (§ 7 Abs. 2 Z. 4 und 5),
- die Bestätigung, ob bei der sterbewilligen Person eine Krankheit im Sinne des § 6 Abs. 3 und ein nicht anders abzuwendender Leidenszustand vorliegt (§ 7 Abs. 3) sowie

gestartet werden muss, um nicht die Grenze zur Fremdtötung zu überschreiten (vgl. ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 8).

²⁷ ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 9.

²⁸ In diesem Sinn *Stöger*, Korrespondenz zum Thema „Assistierter Suizid in privaten Gesundheitseinrichtungen“, Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht 2022, 8.

²⁹ Etwa, wenn ein Zimmer in einem Krankenhaus zur Verfügung gestellt wird, weil die betreffende Person krankenanstaltenrechtlich zur medizinischen Behandlung aufzunehmen ist (vgl. §§ 22 f. Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG), BGBl. 1957/1 i. d. F. BGBl. I 2023/191).

³⁰ Etwa, wenn ein Zimmer in einem Pflegewohnhaus zur Verfügung gestellt wird, weil die betreffende Person sozialrechtlich zur stationären Pflege und Betreuung aufzunehmen ist (vgl. § 15 Gesetz über die Regelung der Sozialhilfe (Wiener Sozialhilfegesetz – WSHG), LGBl. 1973/11 i. d. F. LGBl. 2018/49).

³¹ Die physische Hilfeleistung zur Selbsttötung ist nach § 78 Abs. 2 Z. 3 Var. 2 StGB strafbar, wenn die Person, die sich selbst tötet, nicht gemäß § 7 aufgeklärt wurde.

³² „Entscheidungsfähig ist, wer die Bedeutung und die Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann“ (§ 24 Abs. 2 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS 1811/946 i. d. F. BGBl. I 2023/182). Im Unterschied zur allgemeinen Vermutung, dass eine volljährige Person entscheidungsfähig ist (§ 24 Abs. 2 ABGB, letzter Satz), verlangt der Gesetzgeber für die Selbsttötung, dass die Entscheidungsfähigkeit der sterbewilligen Person für die sie zu dokumentierenden Personen „zweifelsfrei vorliegen“ müsse (ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 3).

³³ Der Entschluss der sterbewilligen Person muss „insbesondere frei von Irrtum, List, Täuschung, physischem oder psychischem Zwang und Beeinflussung durch Dritte gefasst werden“ (§ 6 Abs. 2).

- eine genaue Dosierungsanordnung für das Präparat und Anordnungen für eine notwendige Begleitmedikation (§ 7 Abs. 3).
- Die wesentlichen Inhalte der ärztlichen Aufklärung sind in einem Dokument festzuhalten (§ 7 Abs. 3).
- Überdies wird auch die allenfalls notwendige Abklärung einer krankheitswertigen psychischen Störung der sterbewilligen Person durch eine Fachärzt*in für Psychiatrie oder Psychotherapeutische Medizin oder eine klinische Psycholog*in vom Gesetzgeber unter die Aufklärung des § 7 subsumiert (Abs. 4), sodass auch diese Handlungen von § 2 umfasst sind.

3. *Mitwirken an der Errichtung*³⁴ einer Sterbeverfügung, das ist

- die mündliche Wiedergabe der Dokumentation der ärztlichen Aufklärung und die mündliche Belehrung über rechtliche Aspekte der Suizidhilfe durch eine dokumentierende Person³⁵ (§ 8 Abs. 2)³⁶,
- die Überprüfung, ob bereits eine Sterbeverfügung errichtet wurde (§ 8 Abs. 2)³⁷,
- die schriftliche Dokumentation der Personalien und des freien und selbstbestimmten Sterbeentschlusses (§ 8 Abs. 3 Z. 1), der ärztlichen Bestätigung der Entscheidungsfähigkeit und deren Vorliegen im Errichtungszeitpunkt (§ 8 Abs. 3 Z. 2), des Vorhandenseins der ärztlichen Aufklärung (§ 8 Abs. 3 Z. 3) sowie der Dosierungsanordnung aus der ärztlichen Aufklärung.

2. Benachteiligungsverbot

In § 2 Abs. 2 wird sodann normiert, dass die Person, welche frei ist, eine Handlung im Sinne des Abs. 1 vorzunehmen oder sie zu verweigern, für ihre Entscheidung in

³⁴ Da die Errichtung (§ 8) von der Dokumentation im Sterbeverfügungsregister (§ 9) unterschieden wird, kann sich § 2 nicht darauf erstrecken, dass es einer dokumentierenden Person (§ 3 Z. 6) freistünde, ob sie eine bereits errichtete Sterbeverfügung im Sterbeverfügungsregister meldet (§ 9 Abs. 3).

³⁵ Als „dokumentierende Person“ gilt eine Notar*in oder rechtskundige Mitarbeiter*in der Patient*innenvertretung nach § 11e KAKuG, vor der eine Sterbeverfügung errichtet wird (§ 3 Z. 6).

³⁶ Gegen die Einordnung dieser Handlungen unter den von § 2 umfassten Begriff der „Errichtung“ einer Sterbeverfügung spricht, dass der Wortlaut von § 8 Abs. 2 davon spricht, dass die Errichtung zu erfolgen hat, „nachdem“ die dokumentierende Person die Dokumentation der ärztlichen Aufklärung mündlich wiedergegeben und über die rechtlichen Aspekte mündlich belehrt hat. Für eine Einordnung dieser Handlungen unter § 2 spricht, dass die Gewissenklausel nicht nur die Errichtung selbst, sondern auch die „Mitwirkung“ daran freistellt, wofür die vorangehenden Handlungsstritte obligatorisch sind.

³⁷ Für die Überprüfung im Sterbeverfügungsregister gelten die in Fn. 36 angestellten Überlegungen analog („Die dokumentierende Person hat *vor der Errichtung*...“, § 8 Abs. 2, Hervorhebung durch Autor).

keiner Weise benachteiligt werden darf.³⁸ Der Gesetzgeber verweist auf analoge Bestimmungen in § 6 FMedG³⁹ und § 97 Abs. 2 und 3 StGB⁴⁰.

Beispiele für Benachteiligungen sind: arbeitsrechtliche Nachteile (z. B. Verwarnung, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Versagen einer Nebenbeschäftigung), organisationsrechtliche Nachteile (z. B. Verweigerung oder Entzug einer Leitungsfunktion, Änderung einer Stellenbeschreibung, Versetzung), finanzielle Nachteile (z. B. Kürzung von Leistungsansprüchen), berufsrechtliche Nachteile (z. B. Disziplinarstrafen), vertragsrechtliche Nachteile (z. B. Kündigung eines Dienstleistungs- oder Kooperationsvertrags), öffentlichrechtliche Nachteile (z. B. Entzug eines Öffentlichkeitsrechts), steuer- oder abgabenrechtliche Nachteile (z. B. Entzug des Gemeinnützigkeitsstatus).

Das Benachteiligungsverbot von § 2 Abs. 2 setzt voraus, dass die Benachteiligung „wegen“ einer Entscheidung im Sinne des Abs. 1 erfolgt, somit eine Diskriminierung vorliegt, die es im Streitfall glaubhaft zu machen gilt.⁴¹

3. Begünstigte

Der Freiwilligkeitsgrundsatz und das Benachteiligungsverbot gelten für natürliche und juristische Personen, also z. B.

- für eine individuelle Apotheker*in (sowohl als Konzessionsinhaber*in, Pächter*in oder Leiter*in als auch als angestellte Pharmazeut*in) und eine Apotheke (als Unternehmen⁴²);

³⁸ *Kathrein in Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 17.

³⁹ Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizinengesetz – FMedG), BGBl. 1992/275 i. d. F. BGBl. I 2018/58.

⁴⁰ ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 8.

⁴¹ *Kathrein in Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 18.

⁴² Apotheken können als Einzelunternehmen der Konzessionsinhaber*in oder als Personengesellschaft geführt werden (vgl. § 12 Gesetz vom 18. Dezember 1906, betreffend die Regelung des Apothekenwesens (Apothekengesetz), RGBl. 1907/5 i. d. F. BGBl. I 2023/191).

- für eine Ärzt*in (sowohl als selbstständige wie auch als angestellte Mediziner*in) und eine medizinische Organisation (z. B. eine Krankenanstalt⁴³, Gruppenpraxis⁴⁴, Primärversorgungseinheit⁴⁵ oder ein Hospiz⁴⁶);
- für eine dokumentierende Person (d. h. eine Notar*in oder rechtskundige Mitarbeiter*in der Patient*innenvertretung) und ihre jeweilige Organisation (d. h. das Notariat oder die Patient*innenvertretung).

Zu den von § 2 umfassten Personen zählen weitere Personen, die vor der Frage stehen, ob sie bei der Durchführung der Selbsttötung Hilfe leisten. Das können berufliche oder ehrenamtliche Pflege- und Betreuungspersonen in Langzeitsorgeeinrichtungen, in mobilen Pflegediensten oder in der sogenannten 24-Stunden-Betreuung⁴⁷ sein, aber auch Angehörige der sterbewilligen Person ohne spezifische berufliche bzw. fachliche Rolle. Während bei Letzteren ein Bezug zu einer juristischen Person fehlt, kann ein solcher bei Pflege- und Betreuungsfachpersonen vorliegen (z. B. im Rahmen einer Anstellung in einem Pflegewohnhaus oder bei einem Verein für mobile Dienste).

Insgesamt ergibt sich dadurch ein komplexes Geflecht an möglichen sozialen und rechtlichen Beziehungen, die im Kontext des StVfG eines gemeinsam haben: den Grundsatz der Freiwilligkeit der Mitwirkung und das Verbot jeder Benachteiligung in Hinblick auf die freiwillig getroffene Entscheidung.

Obwohl nicht explizit in § 2 genannt, ergibt sich aus der Zielsetzung und Systematik des Gesetzes, dass diese Prinzipien auch für die sterbewillige Person selbst gelten.⁴⁸ Deren Freiwilligkeit ist an mehreren Stellen des StVfG normiert, da sie eine der wesentlichen Bedingungen für die Straffreiheit der Suizidhilfe darstellt.⁴⁹ Das

⁴³ Die österreichischen Krankenanstalten (§ 1 KAKuG) „weisen eine vielfältige Trägerstruktur auf“ (BMSGPK, Klassifikation der österreichischen Krankenanstalten (2024) 10), fallen aber allesamt unter den Begriff der juristischen Person des § 2.

⁴⁴ Gruppenpraxen können als offene Gesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung geführt werden (§ 52a Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (Ärztegesetz 1998 – ÄrzteG 1998), BGBl. I 1998/169 i. d. F. BGBl. I 2023/195).

⁴⁵ Primärversorgungseinheiten können als Gruppenpraxis oder selbstständiges Ambulatorium geführt werden (§ 2 Abs. 5 Z. 1 Bundesgesetz über die Primärversorgung in Primärversorgungseinheiten (Primärversorgungsgesetz – PrimVG), BGBl. I 2017/131 i. d. F. BGBl. I 2023/191). Zusätzlich können Primärversorgungsnetzwerke auch als Verein oder Genossenschaft geführt werden (§ 2 Abs. 5 Z. 2 PrimVG).

⁴⁶ Hospize sind Einrichtungen, die auf eine Betreuung von Palliativpatient*innen spezialisiert sind (vgl. § 2 Z. 11 Bundesgesetz über die Einrichtung eines Hospiz- und Palliativfonds und über die Gewährung von Zweckzuschüssen an die Länder zur finanziellen Unterstützung der Hospiz- und Palliativversorgung ab dem Jahr 2022 (Hospiz- und Palliativfondsgesetz – HosPalFG), BGBl. I 2022/29) und deren Träger unterschiedlich organisiert sein können (z. B. als Verein oder GmbH).

⁴⁷ Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über die Betreuung von Personen in privaten Haushalten erlassen werden (Hausbetreuungsgesetz – HBeG), BGBl. I 2007/33 i. d. F. BGBl. I 2008/57.

⁴⁸ *Stöger* (Fn. 28) 9 begründet dies mit einem verfassungsrechtlichen Größenschluss.

⁴⁹ Vgl. § 1 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 3 Z. 1.

Benachteiligungsverbot bedeutet für die sterbewillige Person insbesondere, dass sie wegen ihrer Entscheidungen im Zusammenhang mit den ihr im StVfG verbrieften Rechten nicht benachteiligt werden darf.⁵⁰ Den praktischen Konsequenzen hieraus wird weiter unten nachgegangen.

III. Rechtsethische Einordnung

Auf Basis des positivrechtlichen Befundes zu § 2 kann nun eine rechtsethische Einordnung vorgenommen werden. Eine solche ist hilfreich, um die Intention der Regelung zu verstehen und einen dementsprechenden Umgang mit ihr zu begründen.

1. Grundlagen

a) *Gewissen*

Das Gewissen ist ein Begriff mit langer und vielschichtiger Tradition, die in Philosophie, Theologie, Rechtswissenschaften und anderen Disziplinen reflektiert wird.⁵¹ Eine bis heute im rechtsethischen Diskurs regelmäßig angeführte Definition des Gewissens lieferte 1960 das BVerfG:

„Gewissen“ [...] ist als ein (wie immer begründbares, jedenfalls aber) real erfahrbares seelisches Phänomen zu verstehen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind.⁵²

Die durch das Gewissen getroffene Entscheidung wird definiert als:

[...] jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von "Gut" und „Böse" orientierte Entscheidung anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.⁵³

Die hier angeführte „Gewissensnot“ verweist auf die integritätssichernde Funktion des Gewissens. Ein Handeln gegen das Gewissen würde die moralische Integrität und Identität der Person gefährden. Diese ist aber nötig, um als autonomes Subjekt wahrgenommen zu werden. Worin die integrierenden Gewissensentscheidungen inhaltlich bestehen, muss in der pluralistischen Gesellschaft vom Staat weitgehend

⁵⁰ Vgl. ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 8, wonach die sterbewillige Person einen Anspruch auf Unterlassung von Maßnahmen hat, „die im Ergebnis ihr Recht auf Beendigung ihres Lebens beschneiden“.

⁵¹ Siehe dazu etwa den II. Teil von *Bormann & Wetzelstein* (Fn. 5).

⁵² BVerfGE 12, 45 (hier: 54).

⁵³ BVerfGE 12, 45 (hier: 55).

offengelassen werden. Damit kann „[a]lles Verhalten, sofern es die Integrität und Identität der Persönlichkeit kritisch betrifft, [...] gewissensrelevant werden.“⁵⁴

Gewissenskonflikte treten auf, wenn die „Gewissensnorm“ mit einer „Gemeinschaftsnorm“ kollidiert, sodass die handelnde Person nicht beiden gerecht werden kann.⁵⁵ Der Umgang der Rechtsgemeinschaft mit Gewissenskonflikten Einzelner offenbart eine Dialektik von Nichteinholbarkeit des Gewissens durch das Recht einerseits und notwendiger geschichtlich-institutioneller, rechtlicher Vermittlung des Gewissens andererseits,⁵⁶ die folgendermaßen charakterisiert werden kann:

Die Achtung des Gewissens durch den Staat, die Anerkennung seiner Unverletzlichkeit, der Verzicht, im Konfliktfall das Gewissen zu ‚kränken‘, ein sacrificium conscientiae zu verlangen, bedeutet so nicht die Auflösung des Staates und seiner verbindlichen Entscheidungsgewalt, sondern eher deren Voraussetzung und Legitimation. Indem der Staat hier einerseits bis zur äußersten Grenze – scheinbarer Schwäche – geht, gewinnt er andererseits seine volle Wirkung und Überlegenheit.⁵⁷

b) Gewissensfreiheit

Die Aufhebung der Dialektik von Gewissensnorm und Gemeinschaftsnorm gewinnt konkrete Konturen im positivierten Grundrecht auf Gewissensfreiheit.⁵⁸ Es verpflichtet den Staat, entsprechende rechtliche Institutionen vorzusehen, um die Grundrechtsträger*innen in ihren „vielfältigen Rollenbeziehungen gegen Gewissenskrisen zu schützen“⁵⁹ und dabei einen schonenden Ausgleich berechtigter Interessen zu erzielen. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit kennt daher rechtliche Grenzen „in gewichtigen gegenläufigen Interessen, insbesondere in den rechtlich geschützten Positionen anderer Personen“⁶⁰.

⁵⁴ Böckenförde, Das Grundrecht auf Gewissensfreiheit, in: *Ders.*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt am Main: Suhrkamp (1976) 253 (hier: 275).

⁵⁵ Mocke, Gewissen und Gewissensfreiheit: Zur Theorie der Normativität im demokratischen Verfassungsstaat. Berlin: Duncker & Humblot (1983) 15.

⁵⁶ Luf, Gewissen und Recht: Erwägungen zu strukturellen Gemeinsamkeiten im staatlichen und im kirchlichen Recht, Österreichisches Archiv für Recht und Religion 1989, 18 (hier: 22).

⁵⁷ Böckenförde (Fn. 54) 268.

⁵⁸ Art. 14 Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder (Staatsgrundgesetz 1867 – StGG 1867), RGBl. 1867/142 i. d. F. BGBl. 1988/684, Art. 63 Abs. 2 Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919 (Staatsvertrag von St. Germain – StV St Germain), StGBL. 1920/303 i. d. F. BGBl. III 2002/179, Art. 9 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK), BGBl. 1958/210 i. d. F. BGBl. III 2023/171), Art. 10 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), ABl. C 364/11.

⁵⁹ Lubmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, Archiv für öffentliches Recht 1965, 257 (hier: 281). In diesem Sinn auch VfGH 16.5.1927, B392/26, VfSlg. 802.

⁶⁰ Kopetzki, Ärztliche Gewissensentscheidungen – ein Rechtfertigungsgrund?, in: Resch (Hrsg.), Liber Amicorum Felix Wallner, Wien: Manz (2022) 85 (hier: 94).

Die bloße Berufung auf die Gewissensfreiheit reicht aber nicht aus, um Gewissensentscheidungen allgemeingültig rechtlich zu legitimieren und jeden Gewissenskonflikt aufzulösen, denn die Gewissensfreiheit „will nicht das Gewissen zur obersten Rechtsnorm erklären und alles Verhalten bis zum Rechtsbruch daran legitimieren.“⁶¹ Eine allgemeingültige Lösung von Gewissenskonflikten erfordert eine Konkretisierung der Gewissensfreiheit in einer spezifischen Gewissensklausel.

c) Gewissensklausel

Gewissensklauseln⁶² sind ein rechtliches Instrument, um Gewissenskonflikte zu vermeiden oder abzuschwächen. Sie antizipieren einen Sachverhalt, bei dem der Gesetzgeber das Auftreten solcher Konflikte aufgrund eines in der Gesellschaft vorhandenen moralischen Pluralismus annehmen muss. Die Gewissensklausel lässt eine Rechtspflicht entfallen oder mildert sie ab. Sie muss explizit⁶³ oder zumindest implizit⁶⁴ positivrechtlich statuiert sein, da sich in der österreichischen Rechtsordnung keine generelle Berücksichtigungsklausel für Gewissensentscheidungen findet.⁶⁵

Eine Gewissensklausel stellt denjenigen, der sich auf sie beruft, nicht von allen staatsbürgerlichen Pflichten frei.⁶⁶ Überdies können mit der rechtlich verbürgten Freiheit, eine Handlung gewissensbedingt abzulehnen, Pflichten verbunden sein, z. B. die Person, welche die Handlung nachfragt, vorab transparent über die eigene Position in Kenntnis zu setzen, allgemein über ihre Optionen zu informieren⁶⁷ und sie an eine Stelle zu verweisen, die für ihre Anliegen offen ist.⁶⁸

⁶¹ *Luhmann* (Fn. 59) 281.

⁶² Vgl. zur rechtsethischen Bedeutung des Gewissensbegriffs *Walter* in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG: Konkordanzkommentar, 3. Aufl., Tübingen: Mohr-Siebeck (2022) Kap. 17 Rz. 22; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München: Beck (2021) § 22 Rz. 115; *Berka/Binder/Kneibls*, Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich, 2. Aufl., Wien: Verlag Österreich (2019) 411; *Luhmann* (Fn. 59) 264.

⁶³ Wie z. B. in § 2 (Suizidhilfe), § 97 Abs. 2 und 3 StGB und § 6 Abs. 2 KAKuG (Schwangerschaftsabbruch), § 6 FMedG (medizinisch-assistierte Fortpflanzung).

⁶⁴ Etwa als „Zumutbarkeitsklausel“, vgl. § 95 Abs. 2 StGB, wonach eine Hilfeleistung insbesondere dann nicht zuzumuten ist, „wenn sie nur unter Gefahr für Leib und Leben oder unter Verletzung anderer ins Gewicht fallender Interessen möglich wäre“.

⁶⁵ *Kopetzki* (Fn. 60) 91.

⁶⁶ *Bethge*, Gewissensfreiheit, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl., Heidelberg: Müller (2009) § 158 Rz. 56.

⁶⁷ In diesem Sinn führen die ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 16 zu § 12 Abs. 2 aus, dass die Aufklärung über die rechtlichen Möglichkeiten das Ziel verfolgt, das Gespräch mit einer sterbewilligen Person zu enttabuisieren. Dies kann, so wäre weiterzudenken, als vertrauensbildende Maßnahmen auch suizidpräventiv wirken.

⁶⁸ *J. Wallner*, Gewissensfreiheit in der Apotheke, *Ethik in der Medizin* 2010, 117 (hier 125 f.).

Die Pflicht des Staates, die gleiche Gewissensfreiheit aller zu schützen und Gewissenskonflikte zu minimieren bzw. schonend auszugleichen⁶⁹, führt zur Frage, inwieweit er für den Fall eines Gewissenskonflikts auf Verhaltensalternativen der Betroffenen Bedacht nehmen muss.⁷⁰ Zum einen muss der Staat ermöglichen, dass die gewissensbedingte Ablehnung einer Person durch das Tun einer anderen Person, unter Umständen staatlicher Organe selbst, ersetzt werden kann.

*Die Ersetzungsbefugnis, die unter Umständen sogar eine Ersetzungspflicht darstellt, macht die Gewissensentscheidung und die damit verbundene Entpflichtung für den Staat leichter erträglich, weil sie den von der Rechtsordnung letztlich geforderten Enderfolg [...] sicherstellt.*⁷¹

Der Einwand der gewissensbedingt ablehnenden Person, eine solche Ersetzung verletze ebenfalls ihre moralische Integrität, da ein aus ihrer Perspektive moralisches Übel ermöglicht werde, verfährt nicht, da die Gewissensentscheidung nur das höchstpersönliche Handeln umfasst, nicht das fremdverantwortliche. Die Gewissensfreiheit ist im rechtsethischen Sinn daher eine klassische „Freiheit von“ (staatlichem Zwang, etwas gegen das eigene Gewissen tun zu müssen) und keine „Freiheit zu“ (einer Handlung, welche die moralische Integrität anderer verletzt).⁷²

Zusammenfassend ist eine Gewissensklausel somit ein Instrument, um das in einem liberalen Rechtsstaat hohe Gut der Gewissensfreiheit in Fragen, in denen es in einer pluralistischen Gesellschaft vernünftige Meinungsverschiedenheiten⁷³ geben kann, zu schützen. Sie entpflichtet jedoch nicht pauschal vom Recht, sondern unterliegt selbst wiederum rechtlichen Kriterien, die einen schonenden Ausgleich der gleichen Gewissensfreiheit aller Rechtsunterworfenen ermöglichen sollen.⁷⁴

2. Gewissensklausel des StVfG

Die Regelung von § 2 lässt sich in den Kontext der rechtsethischen Überlegungen zu Gewissensklauseln im Allgemeinen einordnen. Dies fängt schon damit an, dass die Suizidhilfe seit Jahrzehnten international ein notorisch umstrittenes Themenfeld

⁶⁹ Berka/Binder/Kneib, Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich, 2. Aufl., Wien: Verlag Österreich (2019) 413.

⁷⁰ Bethge (Fn. 66) § 158 Rz. 54.

⁷¹ Bethge (Fn. 66) § 158 Rz. 55.

⁷² Diese Differenzierung wird mitunter dort aufgelöst, wo pauschalierend von einer „Gewissenstat“ gesprochen wird und damit Tun und Unterlassen gleichgestellt wird. Eine solche Beurteilung mag in moralphilosophischer Hinsicht diskutabel sein, in rechtsphilosophischer Hinsicht ist sie jedoch nicht mit dem Konzept der staatlich gewährleisteten Gewissensfreiheit gleichzusetzen.

⁷³ Rawls, Politischer Liberalismus, Frankfurt am Main: Suhrkamp (1998) 2. Vorlesung § 2.2.

⁷⁴ Handlungsurteile, die sich auf einen „Gewissensabsolutismus“ (Wicclair (Fn. 1) 34) stützen, müssten hingegen als unvernünftige Meinungsverschiedenheiten rechtlich nicht toleriert werden.

des ethischen Fachdiskurses und öffentlicher Debatten ist, in dem es widerstreitende, aus Perspektive des weltanschaulich neutralen Staats aber gleichwohl vernünftige Argumente gibt.

Der VfGH hält in seinem das StVfG auslösenden Erkenntnis fest, dass das Recht auf freie Selbstbestimmung nicht nur die Entscheidung und das Handeln des Suizidwilligen selbst erfasse, „sondern auch das Recht des Suizidwilligen auf Inanspruchnahme der Hilfe eines (*dazu bereiten*) Dritten“⁷⁵, wodurch die Freiwilligkeit der Mitwirkung bereits vorgezeichnet wurde.

Im „Dialogforum“, welches das Bundesministerium für Justiz (BMJ) für die Gesetzzerdung einberief, bestand dahingehend Einigkeit der Beteiligten, dass die Mitwirkung am Suizid freiwillig erfolgen müsse.⁷⁶ Der Ministerialentwurf (ME)⁷⁷ des Gesetzes formulierte daraufhin eine Regelung, die weitgehend jener des nun geltenden StVfG entspricht. Die Erläuterungen zum Ministerialentwurf (ErläutME) führen aus, dass auch Einrichtungen nicht dazu verpflichtet werden können, eine Hilfeleistung zum Suizid bereitzustellen oder in ihren Leistungskatalog aufzunehmen.⁷⁸ In der Regierungsvorlage (RV)⁷⁹ des Gesetzes wurde dies dadurch in den Gesetzestext übernommen, dass sich Freiwilligkeitsgebot und Benachteiligungsverbot auf natürliche und juristische Personen beziehen.⁸⁰ Im Nationalrat wurde schließlich noch die Abgabe des Präparats als Beispiel für eine Hilfeleistung ergänzt.⁸¹ Tabelle 1 bietet einen Vergleich der drei Entwicklungsschritte (durch Unterstreichung hervorgehoben) in der Formulierung der Gewissensklausel.

Tabelle 1: Die Gewissensklausel des StVfG in den Fassungen des Ministerialentwurfs (ME), der Regierungsvorlage (RV) und des BGBl.

| ME, § 2 | RV, § 2 | BGBl., § 2 |
|---|---|---|
| (1) Niemand ist verpflichtet, eine Hilfeleistung (§ 3 Z 4) zu erbringen, eine ärztliche Aufklärung (§ 7) durchzuführen oder an der Errichtung einer Sterbeverfügung mitzuwirken. Ein darauf gerichtetes vertragliches Leistungsversprechen kann nicht | (1) <u>Keine natürliche oder juristische Person</u> ist verpflichtet, eine Hilfeleistung (§ 3 Z 4) zu erbringen, eine ärztliche Aufklärung (§ 7) durchzuführen oder an der Errichtung einer Sterbeverfügung mitzuwirken. Ein darauf ge- | (1) Keine natürliche oder juristische Person ist verpflichtet, eine Hilfeleistung (§ 3 Z 4), <u>wie etwa die Abgabe des Präparats (§ 3 Z 9) durch eine Apothekerin bzw. einen Apotheker</u> , zu erbringen, eine ärztliche Aufklärung (§ 7) durchzuführen oder an |

⁷⁵ VfGH 11.12.2020, G139/2019, VfSlg. 20433, Rz. 74 (Hervorhebung durch den Autor).

⁷⁶ BMJ, Schlussbericht des Dialogforums Sterbehilfe (2021) 25 ff., <https://www.bmj.gv.at/service/publikationen/Dialogforum-Sterbehilfe.html> (abgerufen 5.4.2024).

⁷⁷ 150/ME 27. GP, <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/ME/150> (abgerufen 5.4.2024).

⁷⁸ ErläutME 150/ME 27. GP, 8.

⁷⁹ 1177 BlgNR 27. GP, <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/I/1177> (abgerufen 5.4.2024).

⁸⁰ 1170 BlgNR 27. GP, Art. 1, § 2.

⁸¹ AA-204 27. GP, <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/AA/204> (abgerufen 5.4.2024).

| | | |
|---|---|---|
| <p>gerichtlich geltend gemacht werden.</p> <p>(2) Niemand darf wegen einer Hilfeleistung, einer ärztlichen Aufklärung oder der Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung oder der Weigerung, eine Hilfeleistung zu erbringen, eine ärztliche Aufklärung durchzuführen oder an der Errichtung einer Sterbeverfügung mitzuwirken, in welcher Art immer benachteiligt werden.</p> | <p>richtetes vertragliches Leistungsversprechen kann nicht gerichtlich geltend gemacht werden.</p> <p>(2) <u>Keine natürliche oder juristische Person</u> darf wegen einer Hilfeleistung, einer ärztlichen Aufklärung oder der Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung oder der Weigerung, eine Hilfeleistung zu erbringen, eine ärztliche Aufklärung durchzuführen oder an der Errichtung einer Sterbeverfügung mitzuwirken, in welcher Art immer benachteiligt werden.</p> | <p>der Errichtung einer Sterbeverfügung mitzuwirken. Ein darauf gerichtetes vertragliches Leistungsversprechen kann nicht gerichtlich geltend gemacht werden.</p> <p>(2) Keine natürliche oder juristische Person darf wegen einer Hilfeleistung, einer ärztlichen Aufklärung oder der Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung oder der Weigerung, eine Hilfeleistung zu erbringen, eine ärztliche Aufklärung durchzuführen oder an der Errichtung einer Sterbeverfügung mitzuwirken, in welcher Art immer benachteiligt werden.</p> |
|---|---|---|

Die Gewissensklausel des StVfG weist zwei Besonderheiten auf: Erstens erstreckt sie sich (im ME noch implizit, in der RV und im BGBI explizit) auf natürliche und juristische Personen.⁸² Dies macht sie zu einer „Gewissensklausel“ unter Anführungszeichen, da der Gewissensbegriff und die Gewissensfreiheit nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre im Recht nur auf natürliche Personen anzuwenden ist.⁸³ Zugleich greift § 2 damit aber eine Diskussion um ein „korporatives Gewissen“ auf, die seit längerer Zeit einen festen Platz in der Organisations- und Unternehmensethik hat.⁸⁴ Diese Debatte geht von der Annahme aus, dass es sich bei Organisationen um moralische Akteure handelt. Als solche können sie auch einer moralischen Verantwortlichkeit unterliegen, die in Analogie zur natürlichen Person über die Instanz des korporativen „Gewissens“ prozessiert wird. Dieses drückt sich in den institutionellen Strukturen der Organisation aus, welche nicht vollständig auf die Gewissensentscheidungen ihrer natürlichen Akteure zurückgeführt werden können.⁸⁵ Rechtlich aufgegriffen wird diese Diskussion u. a. im Gedanken der

⁸² Vgl. *Kathrein* in *Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 2.

⁸³ Vgl. VfGH 27.9.1993, B1122/92, VfSlg. 13513; *Berka/Binder/Kneibs*, Die Grundrechte: Grund- und Menschenrechte in Österreich, 2. Aufl., Wien: Verlag Österreich (2019) 119.

⁸⁴ Vgl. *Goodpaster*, Can a Corporation Have a Conscience? *Harvard Business Review* 1982, 132; *List & Pettit*, Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents, New York, NY: Oxford University Press (2011); *Tollefsen*, Groups as Agents, Cambridge: Polity Press (2015).

⁸⁵ Vgl. *French*, The Corporation as a Moral Person, *American Philosophical Quarterly* 1979, 207.

Verbandsverantwortlichkeit.⁸⁶ In der Medizinethik spielt die Annahme eines „korporativen Gewissen“ vor allem für die Frage eine Rolle, ob und inwieweit Gesundheitseinrichtungen bestimmte Leistungen aus moralischen Gründen verweigern dürfen.⁸⁷

Da es sich bei § 2 aber ohnehin um eine gesetzliche Regel handelt, welche auf konkrete Freiwilligkeitsgebote und Benachteiligungsverbote abstellt, kann die Frage, ob es sich um eine im rechtsethischen Sinn korporative „Gewissensklausel“ handelt, offengelassen werden. Die Subsumtion von juristischen Personen unter § 2 führt allerdings zu zwei praktisch relevanten Fragen: Welche Art von korporativen Handlungen sind hiervon erfasst, und wie ist das Verhältnis von individueller und korporativer „Gewissensfreiheit“ zu beurteilen? Beide Fragen stehen im Mittelpunkt des letzten Abschnitts dieses Beitrags.

Eine zweite Besonderheit der Regelung von § 2 ist darin zu sehen, dass nicht nur die Suizidhilfe im engeren Sinn, also die „Hilfeleistung“ im Sinne des § 3 Z. 4, erfasst wird, sondern auch die Durchführung der ärztlichen Aufklärung und die Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung, obwohl diese Handlungen gesetzlich keine Suizidhilfe darstellen (§ 3 Z. 4 letzter Halbsatz).⁸⁸ Der Grund für die Aufnahme in § 2 könnte rechtsethisch darin gesehen werden, dass diese Handlungen, obgleich rechtlich keine Suizidhilfe, von Betroffenen unter moralischen Gesichtspunkten als vorbereitende, ermöglichende und rechtlich nötige Mitwirkung an einer Handlung (Suizid), die mit dem eigenen Gewissen nicht vereinbart werden kann, beurteilt wird und dadurch eine Gewissensnot auslöst.⁸⁹ Insofern entspricht die Freistellung der Durchführung einer ärztlichen Dokumentation und der Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung dem allgemeinen Grundsatz, Gewissensnöte zu mindern.

⁸⁶ Vgl. *Gross/Kucharz*, Organisationsverschulden in Krankenhäusern, *Medizinrecht* 2018, 143; *Enfinger*, Handlungspflichten des Krankenhausträgers zur Wahrung des Patientenwohles, *Medizinrecht* 2018, 218; *Pilz*, Zur strafrechtlichen Verantwortung von Krankenanstalten nach dem neuen Unternehmensstrafrecht, *Recht der Medizin* 2006, 102; *Steiner*, Krankenhausmanagement und Verbandsverantwortlichkeit, *Recht der Medizin* 2007, 180; *Sautner*, Grundlagen und Herausforderungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in Österreich, *Österreichische Juristinnenzeitung* 2012, 546.

⁸⁷ Vgl. *J. Wallner*, Die „Gewissensentscheidung“ katholischer Gesundheitseinrichtungen angesichts eines allgemeinen Versorgungsauftrags, in *Bormann/Wetzstein* (Fn. 5) 653.

⁸⁸ Vgl. *Dokalik* in *Dokalik* (Fn. 15) § 3 Rz. 10.

⁸⁹ Vgl. *Bormann*, Ärztliche Mitwirkung an Suizidhandlungen nach dem StVfG, *Imago Hominis* 2022, 75 (hier: 84 ff.).

IV. Praktische Konsequenzen

Im Zuge der Implementierung des StVfG wurden mitunter Bedenken geäußert, wonach nicht nur die Verfahrensanforderungen für die legale Suizidhilfe prohibitiv hoch seien, sondern im Speziellen auch die Gewissensklausel die Suizidhilfe schwer zugänglich mache.⁹⁰ Die vorliegenden Zahlen zeigen zwar, dass die Anforderungen des StVfG Suizidhilfe in der Praxis durchaus ermöglichen.⁹¹ Gleichwohl ist es – auch unter suizidpräventiven Gesichtspunkten – notwendig, den Umgang mit der Gewissensklausel rechtsethisch zu reflektieren, um sie nicht misszuverstehen.

1. Für Beziehungen zwischen natürlichen Personen

Der dauerhafte, freie und selbstbestimmte Entschluss zur Selbsttötung der sterbewilligen Person trifft auf Gewissensentscheidungen anderer Personen, die für die Umsetzung ihres Entschlusses rechtlich oder faktisch notwendig sind. Dazu zählen jedenfalls zwei Ärzt*innen (für die Aufklärung), eine dokumentierende Person (für die Sterbeverfügung) und eine Apotheker*in (für die Präparatabgabe). Allenfalls treten weitere Personen hinzu, die der sterbewilligen Person Hilfe leisten, z. B. jemand, der das Präparat stellvertretend abholt oder jemand, der bei der Durchführung der Selbsttötung hilft.

Jede Interaktion muss im Sinne der Gewissensfreiheit freiwillig erfolgen und darf keine Nachteile für die Handelnden nach sich ziehen. Die Freiwilligkeit wird in Hinblick auf die in § 2 genannten Personen etwa dadurch deutlich, dass sich Ärzt*innen, dokumentierende Personen und Apotheker*innen selbstbestimmt für das entsprechende Leistungsangebot melden und dies z. B. über ihre Standesvertretung oder öffentlich deklarieren.

Der Gesetzgeber hat das Verfahren des StVfG mit der Intention entworfen, die Anzahl der Personen, die beim eigentlichen Sterbeprozess Hilfe leisten, so weit wie möglich einzuschränken.⁹² Damit sollen auch Gewissenskonflikte geringgehalten werden. Formal geschieht dies, indem nur die das Präparat abgebende und damit

⁹⁰ Vgl. *Österreichische Gesellschaft für ein Humanes Lebensende*, ÖGHL stellt Individualantrag beim VfGH, <https://www.oeghl.at/news/oeghl-stellt-individualantrag-beim-vfgh> (abgerufen 5.4.2024).

⁹¹ Laut einer parlamentarischen Anfragebeantwortung haben bis 1.2.2023 69 Personen ein erstes ärztliches Aufklärungsgespräch wahrgenommen, 136 Personen eine Sterbeverfügung errichtet und 112 Personen das Präparat in einer Apotheke abgeholt; 13385/AB 27. GP, <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/AB/13385> (abgerufen 5.4.2024). Per 1.6.2023 wurden 198 Sterbeverfügungen errichtet und 160 Präparate abgegeben; *BMSGPK*, Gz 2023-0.486.862, <https://www.aekooc.at/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=12445&token=0cc263bb994b88e64a830c8305db2ccadd55c25d> (abgerufen 5.4.2024). Auf die Problematik, dass das StVfG kein umfassendes statistisches Berichtswesen vorsieht, sei hier nur am Rande hingewiesen.

⁹² ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 5.

Suizidhilfe im Sinne des § 3 Z. 4 leistende Apotheker*in im Verfahren zwingend vorgesehen ist und für sie § 2 gilt.

Der Gesetzgeber sieht den „Hauptanwendungsfall“⁹³ darin, dass die sterbewillige Person ihren Suizid ohne weitere Hilfe leistende Personen durchführt. Demgegenüber wird es in der Praxis regelmäßig Fälle geben, in denen Personen vor der Anfrage der sterbewilligen Person und damit der Gewissensfrage stehen, ob und in welcher Weise sie im Zuge der Durchführung des Suizids (auch im rechtlichen Sinn) Hilfe leisten können. Diese Personengruppe scheint vom StVfG insgesamt zu wenig berücksichtigt worden zu sein, obwohl sie nicht nur moralisch, sondern auch strafrechtlich die schwerwiegendsten Entscheidungen zu treffen hat.⁹⁴ Dies kann zu einer viel massiveren Gewissensnot als bei aufklärenden, dokumentierenden und abgebenden Personen führen. Die bei der Durchführung der Selbsttötung Helfenden sind zwar von der Gewissensklausel erfasst, § 2 wird bei Gewissensnöten aber nur teilweise Abhilfe schaffen. Er ermöglicht die selbstbestimmte Zustimmung oder Ablehnung, kann jedoch moralischen Stress⁹⁵ und Rechenschaftspflichten (z. B. im Umgang mit Komplikationen) nicht auflösen.

2. Für Beziehungen zwischen natürlichen und juristischen Personen

Ärztlich aufklärende, die Sterbeverfügung dokumentierende, das Präparat abgebende und gegebenenfalls bei der Durchführung des Suizids helfende Personen sind regelmäßig in institutionellen Zusammenhängen tätig. Dieser Umstand erhöht die Komplexität der Problemstellungen.⁹⁶

Der Gesetzgeber verfolgt zwar die Intention, eine „Institutionalisierung der Suizidassistenten in Form von staatlichen Einrichtungen oder ‚Suizidstationen‘“ ebenso zu vermeiden wie die „Überwälzung dieser Aufgaben ausschließlich an die Ärzteschaft“ oder die „Einrichtung eines Berufsbildes von professionellen Suizidassistentinnen und Suizidassistenten oder einer Suizidorganisation.“⁹⁷ Dies verhindert aber nicht, dass Entscheidungen der Suizidhilfe vielfach im institutionellen Kontext

⁹³ ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 5.

⁹⁴ Insbesondere aufgrund der strafrechtlich relevanten Abgrenzung von Suizidhilfe und Fremdtötung, die auch durch Unterlassen einer Garantenpflicht zur Erfolgsabwehr relevant wird (z. B., wenn der sterbewilligen Person die für einen Suizid nötige Entscheidungsfähigkeit fehlt); vgl. *Birkelbauer*, Ärztliche Unterstützung beim Suizid, in *Resch* (Hrsg.), *Liber Amicorum Felix Wallner*, Wien: Manz (2022) 11 (hier: 24, 26); *Birkelbauer*, Die Neuregelung des assistierten Suizids, in *Dietrich/Kert/Tipold* (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Brandstetter*, Wien: Jan Sramek Verlag (2022) 85 (hier: 93).

⁹⁵ Vgl. *Gamondi/Pott/Preston/Payne*, Family caregivers' reflections on experiences of assisted suicide in Switzerland, *Journal of Pain and Symptom Management* 2018, 1085.

⁹⁶ Vgl. *Luhmann* (Fn. 59) 272.

⁹⁷ ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 5.

erfolgen⁹⁸ (dürfen⁹⁹). Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden einige typische Situationen beschrieben, die organisationales Verantwortungsbewusstsein erfordern.

a) *Allseitige Zustimmung*

Im ersten Fall möchte die sterbewillige Person die einzelnen Schritte gemäß StVfG durchführen. Die dafür notwendigen natürlichen Personen (Ärzt*in, Notar*in, Apotheker*in) entscheiden sich freiwillig, ihre Handlungen gemäß StVfG vorzunehmen.¹⁰⁰ Die juristischen Personen, in deren Organisationen die natürlichen Personen tätig sind (z. B. Gruppenpraxis, Notariat, Apotheke) haben sich freiwillig entschieden, die Leistungen institutionell (d. h. im Namen der juristischen Person) anzubieten¹⁰¹ oder haben dazu keinen institutionellen Entschluss gefasst.¹⁰² Die Konsequenz ist, dass es zu einem Zusammenwirken der Beteiligten im Sinne des § 2 kommt. Innerhalb juristischer Personen, die keinen institutionellen Entschluss gefasst haben, können aber unklare Verantwortlichkeiten eher zu (z. B. haftungsrechtlichen¹⁰³) Komplikationen führen als bei juristischen Personen, die dies schon getan haben.

b) *Persönliche Ablehnung*

Im zweiten Fall möchte die sterbewillige Person die einzelnen Schritte gemäß StVfG durchführen. Die juristischen Personen, mit denen sie hierfür in Kontakt tritt, haben sich freiwillig entschieden, die Leistungen institutionell anzubieten. Jede in Frage kommende natürliche Person innerhalb der kontaktierten Organisation entscheidet sich aber gewissensbestimmt, eine Handlung gemäß StVfG abzulehnen. Die Konsequenz ist, dass es unmittelbar zu keinem Zusammenwirken der Beteiligten kommt, da jede natürliche Person nach § 2 das Recht auf Ablehnung hat. Die juristische Person, welche die Leistung institutionell anbieten möchte, darf die ablehnenden Mitarbeiter*innen deshalb nicht benachteiligen.¹⁰⁴ Wenn sie die Leistung

⁹⁸ Vgl. *May*, Sterbebegleitung und Assistierter Suizid, *Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht* 2021, 187 (hier: 190).

⁹⁹ *Bernat*, Strafbarkeit der Mitwirkung am freiverantwortlich begangenen Suizid? *Kriminalpolitische Zeitschrift* 2022, 466 (hier: 472); *Huber*, Ausgewählte Aspekte der Suizidassistenz unter besonderer Berücksichtigung von Krankenanstalten sowie Alten- und Pflegeheimen, in *Garber* (Hrsg.), *Festschrift Matthias Neumayr*, Wien: Manz (2023) 2233 (hier: 2243).

¹⁰⁰ Dabei können sich die handelnden Personen jedoch nicht auf § 2 berufen, wenn sie ihre Handlungen von zusätzlichen Bedingungen abhängig machen, die nicht vom StVfG erforderlich sind (z. B. der Entscheidung einer „Ethikkommission“); vgl. *Kathrein in Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 8.

¹⁰¹ In diesem Sinn können sich im Rahmen des StVfG auch dezidierte „Suizidhilfeorganisationen“ bilden; vgl. *Ganner*, Neues Sterbeverfügungsgesetz, *Österreichische Zeitschrift für Pflegerecht* 2021, 180 (hier: 184).

¹⁰² Unter „institutioneller Entschluss“ wird die dem Organisationsrecht der jeweiligen juristischen Person konforme Beschlussfassung ihrer organschaftlichen Vertreter*innen verstanden.

¹⁰³ *Walkner*, Die zivilrechtliche Haftung des Suizidassistenten, Wien: Manz (2024) 101 ff.

¹⁰⁴ Vgl. *Kathrein in Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 3.

als Organisation faktisch erbringen möchte, muss sie sich um natürliche Personen bemühen, welche die Leistung freiwillig zu erbringen bereit sind (z. B. durch gezielte Personalsuche oder Kooperationsverträge mit Dritten).

c) Institutionelle Ablehnung

Im dritten Fall möchte die sterbewillige Person die einzelnen Schritte gemäß StVfG durchführen. Die juristischen Personen, mit denen sie hierfür in Kontakt tritt, haben sich entschieden, die Leistungen nicht institutionell anzubieten. In dieser Situation stellt sich die Frage, was vom Recht der juristischen Person, eine Mitwirkung am Suizid abzulehnen, umfasst sein kann, und wo es Grenzen findet. In Literatur und Praxis gibt es hierzu teils widerstreitende Auffassungen, gerichtliche Entscheidungen fehlen bislang. Die folgenden Überlegungen verstehen sich als Beitrag zu dieser Debatte.

1. Wenn es um die *Beziehung der Organisation zur sterbewilligen Person* geht, so besteht Einigkeit, dass eine Organisation ärztliche Aufklärung, Mitwirkung an der Errichtung von Sterbeverfügungen, Abgabe von Präparaten und andere Hilfeleistungen zum Suizid nicht in ihr institutionelles Leistungsangebot aufnehmen muss.¹⁰⁵ Eine institutionelle Ablehnung bedeutet, dass solche Leistungen nicht im Namen der juristischen Person erbracht und keine organisationalen Ressourcen für diese Zwecke zur Verfügung gestellt werden dürfen.¹⁰⁶

Widersprüchlicher wird hingegen die Frage diskutiert, ob die ablehnende juristische Person es dulden muss, wenn eine sterbewillige Person ihre Rechte gemäß StVfG in einer Einrichtung der juristischen Person ausüben möchte, bzw. inwieweit die von § 2 umfasste institutionelle Freiheit es erlaubt, die sterbewillige Person daran zu hindern.¹⁰⁷

Bereits im „Dialogforum“ des BMJ deklarierten einige Teilnehmende den Wunsch, dass es im Sinne der Gewissensfreiheit keine Verpflichtung zur Duldung des assistierten Suizids im eigenen Wirkungskreis (z. B. einer Gesundheits- oder Sozialeinrichtung) geben dürfe, wohingegen andere eine Nichtduldung als grundrechtswidrig beurteilten.¹⁰⁸ Im Anschluss an die RV bzw. das StVfG setzte sich die Kontroverse fort. Während *May* dahingehend unterscheidet, ob die Einrichtung (hier: Krankenanstalt) in öffentlicher Trägerschaft (zur Duldung verpflichtet) oder in privater Trägerschaft (nicht zur Duldung verpflichtet) steht,¹⁰⁹ sehen es

¹⁰⁵ ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 8; *Kathrein* in *Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 6; *Ganner* (Fn. 101) 183; *Stöger* (Fn. 28) 8; *Neumayr/Resch* in *Neumayr/Resch/Wallner* (Hrsg.) Gmundner Kommentar zum Medizinrecht, 2. Aufl., Wien: Manz (2022) § 2 StVfG Rz. 2; *Huber* (Fn. 99) 2245 f.

¹⁰⁶ Dazu zählen insbesondere Personal, Material oder Infrastruktur (Räumlichkeiten, Informationstechnologie- oder Logistiksysteme).

¹⁰⁷ Vgl. *Kathrein* in *Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 7.

¹⁰⁸ *BMJ* (Fn. 76) 27 f.

¹⁰⁹ *May* (Fn. 98) 191.

Neumayr/Resch von § 2 Abs. 1 gedeckt, wenn Einrichtungen (hier: Pflegeheime) jeglicher Trägerschaft mit ihren Bewohner*innen „vereinbaren“, dass diese auf Handlungen im Sinne des StVfG verzichten.¹¹⁰ Leider fallen die Begründungen für diese Ansichten spärlich aus. *Ganner* argumentiert hingegen unter Hinweis auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErläutRV) und das Heimvertragsrecht, dass Einrichtungen es nicht untersagen oder verhindern können, wenn Bewohner*innen eigenständig (d. h. ohne Zutun der Einrichtung) Handlungen im Sinne des StVfG vornehmen.¹¹¹ Ein vertragliches Abbedingen wäre nach *Ganner* gesetzes- und sittenwidrig.¹¹² *Stöger* sieht auch private Träger aufgrund einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in Hinblick auf die Sittenwidrigkeitsklausel in einer Duldungspflicht.¹¹³ *Katbrein* geht ebenso von einer Duldungspflicht aus.¹¹⁴ In dieselbe Richtung argumentiert *Huber*, und zwar auch speziell unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Position von Kirchen und Religionsgesellschaften.¹¹⁵ Jene, die eine Duldungspflicht annehmen, verweisen dabei regelmäßig auf das vom VfGH in seinem Erkenntnis zur Suizidhilfe begründungszentrale Recht zur freien Selbstbestimmung,¹¹⁶ welches in die Waagschale zur Abwägung mit anderen grundrechtlichen Interessen geworfen wurde. Praktisch relevant wurde die Frage, als die Volksanwaltschaft bei der Überprüfung von Pflegeheimen Fälle fand, in denen die Träger eine Suizidhilfe nicht dulden wollten.¹¹⁷ Vor diesem Hintergrund sollten folgende Aspekte bedacht werden.

Personen, die in einer Sorgebeziehung zu einer Gesundheits- oder Sozialeinrichtung stehen, werden in ihren bürgerlichen Rechten¹¹⁸ mehrfach gesetzlich abgesichert. Dazu zählen Patient*innenrechte,¹¹⁹ wie z. B. auf Information über die ihnen zustehenden Rechte und auf Einsicht in die Krankengeschichte, auf Besuchs- und Kontaktmöglichkeiten, auf eine Wahrung der Intimsphäre oder auf ein würdevolles

¹¹⁰ *Neumayr/Resch* in *Neumayr/Resch/Wallner* (Fn. 105) § 2 StVfG Rz. 3.

¹¹¹ *Ganner* (Fn. 99) 183.

¹¹² Ebd.; vgl. *Ganner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), Großkommentar zum ABGB: Klang-Kommentar, 3. Aufl., Wien: Verlag Österreich (2006) § 28 KSchG Rz. 8.

¹¹³ *Stöger* (Fn. 28) 9.

¹¹⁴ *Katbrein* in *Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 3, 7.

¹¹⁵ *Huber* (Fn. 99) 2244.

¹¹⁶ VfGH 11. 12. 2020, G139/2019, VfSlg. 20433, Rz. 73.

¹¹⁷ *Winter*, Stirb später, profil 5/2024, 22; *Menschenrechtsbeirat der Volksanwaltschaft*, Stellungnahme des Menschenrechtsbeirats zur Reichweite der Freiwilligkeit, möglichen Duldungsverpflichtungen von Alten- und Pflegeheimbetreibern sowie erforderlichen Begleitmaßnahmen zum Thema „Assistierter Suizid“ (StVfG), 2023, https://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/e1r6/Stellungnahme_MRB_Assistierter_Suizid_bf_14.02.2024.02 (abgerufen 5.4.2024).

¹¹⁸ § 16 ABGB, *Katbrein* in *Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 4.

¹¹⁹ *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, Wien: Manz (2023) I.2.1.2.2 und I.2.2.

Sterben.¹²⁰ Für Langzeitsorgeeinrichtungen gelten Bewohner*innenrechte,¹²¹ wie z. B. auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Selbstbestimmung und Achtung der Privat- und Intimsphäre, auf Verkehr mit der Außenwelt, Besuch durch Angehörige und Bekannte oder auf freie Arztwahl.¹²² Da weder die Patient*innen- und Bewohner*innenrechte noch das StVfG einschlägige Ausnahmetatbestände oder Beschränkungen vorsehen, muss davon ausgegangen werden, dass Patient*innen und Bewohner*innen ihre allgemeinen Rechte grundsätzlich auch ausüben dürfen, um selbstständig und eigenverantwortlich Handlungen im Sinne des StVfG auszuführen.¹²³

Die eine Suizidhilfe ablehnende Einrichtung kann allerdings dort einschreiten, wo Patient*innen oder Bewohner*innen Ressourcen der Einrichtung (z. B. Medizinprodukte) zu einer Suizidhilfe verwenden, den der Einrichtung zurechenbaren öffentlichen Raum (z. B. Veranstaltungssäle, Foyer¹²⁴) im Zusammenhang mit Suizidhilfe nutzen oder die berechtigten Interessen anderer Patient*innen und Bewohner*innen durch Handlungen im Sinne des StVfG beeinträchtigt werden (z. B. bei Missachtung allgemeiner Besuchszeiten, Störung oder Verängstigung Dritter¹²⁵). Das Nichtduldenmüssen solcher Handlungen begründet sich aus dem Hausrecht.¹²⁶ Die Einrichtung muss sogar aufgrund ihrer Garantenstellung (gegenüber Patient*innen, Bewohner*innen) und Fürsorgepflicht (gegenüber Mitarbeiter*innen) dort einschreiten, wo eine Fremd- oder gegebenenfalls Selbstgefährdung¹²⁷ vorliegt.

Somit hat die sterbewillige Person zwar keinen Anspruch auf die institutionelle Leistungserbringung im Sinne ihres Suizidwunsches, wohl aber einen Anspruch auf

¹²⁰ § 5a Abs. 1 Z. 1, 4, 7 und 9 KAKuG.

¹²¹ *Ganner in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Fn. 119) IV.4.9; z. B. § 4 Wiener Wohn- und Pflegeheimgesetz (WWPG), LGBl. 2005/15 i. d. F. LGBl. 2020/30.

¹²² § 27d Abs. 3 Z. 1, 4 und 6 Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG), BGBl. 1979/140 i. d. F. BGBl. I 2022/109.

¹²³ Beispielsweise Besuch einer aufklärenden Ärzt*in, einer die Sterbeverfügung dokumentierenden Person oder einer bei der Durchführung des Suizids helfenden Person zu empfangen; die Abschrift der Krankengeschichte zu erhalten, um damit eine ärztliche Aufklärung nach § 7 in Anspruch zu nehmen; das legal besorgte tödliche Präparat als Privateigentum eigenverantwortliche in der Privatsphäre aufzubewahren (vgl. § 11 Abs. 4).

¹²⁴ So wird eine Organisation aufgrund ihres Hausrechts auch nicht dulden müssen, dass Dritte in ihren öffentlich zugänglichen Räumen Informationsmaterial zur Suizidhilfe auflegen oder diese Räume zu entsprechenden Informationsveranstaltungen nutzen.

¹²⁵ In diesem Sinn sieht *Huber*, (Fn. 99) 2244 f., auch ein Nichtduldenmüssen gerechtfertigt, wo eine sterbewillige Bewohner*in ihre Selbsttötung „coram publico und demonstrativ“ vorbereiten und vollziehen würde.

¹²⁶ Art. 9 StGG 1867.

¹²⁷ Vgl. § 21 Abs. 1 ABGB.

„Unterlassung von Maßnahmen, die *im Ergebnis* ihr Recht auf Beendigung ihres Lebens beschneiden.“¹²⁸ Eine Berufung der Organisation auf § 2 Abs. 1 verfängt hier nicht, da die Duldung einer Suizidhilfe keine Mitwirkung und damit nicht von der Gewissensklausel erfasst ist.¹²⁹ Ebenso wären Benachteiligungen der sterbewilligen Person, weil sie ihre Rechte im Sinne des StVfG ausübt, nicht legitimiert.

Über die rechtlichen Aspekte hinaus sollten bei der Diskussion um Duldungspflichten auch ethische und praktische Überlegungen bedacht werden. Das betrifft zum einen die Frage, welche Handlungen mit einem Nichtdulden verbunden wären. Rechtliche Maßnahmen (z. B. Kündigung des Behandlungs- oder Heimvertrags) kennen, wenn überhaupt erlaubt, enge Grenzen (z. B. Aufnahmepflichten¹³⁰ und Entlassungsbedingungen¹³¹ in Krankenanstalten, Kündigungsschutz bei Heimverträgen¹³², fachliche¹³³ und sozialrechtliche¹³⁴ Regelungen für die Aufnahme in einem stationären Hospiz). Vor diesem Hintergrund könnte die Ankündigung rechtlicher Sanktionen, wenngleich nicht durchsetzbar, institutionelle Machtasymmetrien ausnützen, sodass Patient*innen und Bewohner*innen auf ihre Rechte verzichten. Praktische Nichtduldungshandlungen wie Zugangskontrollen zur Motiverforschung der Besucher*in oder das Durchsuchen der Privatsphäre nach einem möglicherweise vorhandenen Präparat wären nicht nur rechtswidrig, sondern auch nicht umsetzbar. Viel mehr noch wiegt aber die Frage, welche Auswirkungen ein wie auch immer geartetes Nichtdulden auf die Sorgebeziehung haben kann. Wenn ein konsequentes Nichtdulden zu einer Tabuisierung oder Moralisierung von Sterbe- und Suizidfragen von Patient*innen und Bewohner*innen führen sollte, dann wäre dies wohl für die nötige Vertrauensbeziehung belastend und nicht suizidpräventiv. Stattdessen kann eine klar deklarierte¹³⁵ institutionelle Ablehnung der Mitwirkung am Suizid, kombiniert mit der gemeinsamen Suche nach Alternativen und mit einer

¹²⁸ ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 8 (Hervorhebung durch den Autor). Die Wortwahl „im Ergebnis“ weist darauf hin, dass es dem Gesetzgeber nicht um die abstrakte Versagung des Rechts, sondern um die reale Konsequenz der Handlungen, die in die Rechtsposition der sterbewilligen Person eingreifen, ankommt.

¹²⁹ *Stöger* (Fn. 28) 9.

¹³⁰ §§ 22, 23, 40 Abs. 1 lit. a KAKuG. Aus den Regelungen für die Aufnahme in Krankenanstalten ergibt sich, dass eine sterbewillige Person, die bloß wegen des Wunsches nach Suizidhilfe in einem Spital aufgenommen werden möchte (d. h. ohne Vorliegen eines medizinischen Aufnahmegrundes im Sinne des KAKuG), nicht aufgenommen werden darf.

¹³¹ § 24 KAKuG, *Stöger* in *Neumayr/Resch/Wallner* (Fn. 105) § 24 KAKuG Rz. 2; *Graziani-Weiss* in *Graziani-Weiss/Kuhn* (Hrsg.) *Praxiskommentar Krankenanstaltenrecht*, Bd. 1, Linz: Trauner (2023) § 24 KAKuG Rz. 9.

¹³² § 27i KSchG.

¹³³ *Gesundheit Österreich*, *Prozesshandbuch Hospiz- und Palliativeinrichtungen* (2012).

¹³⁴ Richtlinien für die Förderung von stationärem Hospiz (gemäß § 43b NÖ Sozialhilfegesetz 2000).

¹³⁵ Vgl. *Kathrein* in *Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 6.

toleranten Haltung gegenüber einer Patient*in oder Bewohner*in auch dazu führen, dass diese letztlich selbstbestimmt auf einen Suizid verzichtet.¹³⁶

Es sprechen somit mehr rechtliche, ethische und praktische Argumente dafür, von einer Duldungspflicht der (juristischen wie natürlichen) Person, welche die Mitwirkung am Suizid gewissensbestimmt selbst ablehnt, gegenüber der sterbewilligen Person, auszugehen.

2. Es kann auch der Fall eintreten, dass sich innerhalb einer Organisation, welche die Leistungen institutionell rechtskonform ablehnt, zumindest eine in Frage kommende natürliche Person freiwillig entscheidet, eine Handlung gemäß StVfG vorzunehmen. Wenn es in diesem Fall um die *Beziehung der Organisation zu einer ihrer Mitarbeiter*innen* geht, ist dahingehend zu differenzieren, ob es sich bei der Organisation um einen sogenannten Tendenzbetrieb¹³⁷ handelt oder nicht.

a) Wenn es sich um *keinen Tendenzbetrieb* handelt, kann die Organisation arbeitsrechtlich anordnen, dass Leistungen im Sinne des StVfG nicht im institutionellen Namen und Rahmen erbracht werden dürfen.¹³⁸ Entschließt sich die betreffende Mitarbeiter*in aber, die Leistung außerhalb ihres Arbeitsverhältnisses („privat“) zu erbringen, so steht ihr dies gemäß § 2 zu. Aufgrund der arbeitsrechtlichen Treuepflicht wird man von der Mitarbeiter*in aber eine transparente, klare und durchgängige Trennung ihrer Mitwirkung vom Leistungsangebot der Organisation verlangen können.¹³⁹ Ob die Trennung auch inkludiert, die Mitwirkung räumlich und zeitlich möglichst unabhängig von der Organisation zu tätigen, wird von den konkreten Umständen des Einzelfalls, auch der gesundheitlichen Lage der sterbewilligen Person, abhängen müssen.

b) Wenn es sich hingegen um *einen Tendenzbetrieb* handelt, kommt der Organisation ein größerer Ermessensspielraum zu, in dem sie ihre Mitarbeiter*innen zu einer Loyalität verpflichten kann, die über das Arbeitsverhältnis hinausgeht. Im Falle der für das Gesundheits- und Sozialwesen zahlenmäßig bedeutsamen Trägerschaft durch gesetzlich anerkannte Kirchen- und Religionsgesellschaften¹⁴⁰ begründet sich der erweiterte Tendenzschutz¹⁴¹ aus dem korporativen Selbstbestimmungsrecht.¹⁴² Dieses umfasst nach herrschender Lehre die Formulierung eines korporativen

¹³⁶ Vgl. AWMF, Erweiterte S3-Leitlinie Palliativmedizin für Patienten mit einer nicht-heilbaren Krebserkrankung, AWMF-Registernummer 128/001 OL (2020) 428.

¹³⁷ § 132 Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG), BGBl. 1974/22 i. d. F. BGBl. I 2023/60.

¹³⁸ In diesem Sinn *Kathrein in Dokalik* (Fn. 15) § 2 Rz. 6, der aber nicht zwischen einer Mitwirkung im Rahmen der arbeitsvertraglichen Pflichten und einer solchen außerhalb („privat“) differenziert.

¹³⁹ Etwas, indem sie den Umstand, dass sie die Leistung nicht im institutionellen Rahmen erbringt, gegenüber der sterbewilligen Person klarstellt und kein Material verwendet, das dem Corporate Design der Organisation entspricht.

¹⁴⁰ *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg.), ArbVG, Wien: Manz (2003) § 132 Rz. 86.

¹⁴¹ § 132 Abs. 4 ArbVG, vgl. *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch* (Fn. 140) § 132 Rz. 5.

¹⁴² Art. 15 StGG 1867, vgl. *Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch* (Fn. 140) § 132 Rz. 36, 81.

Ethos, z. B. die ablehnende Haltung gegenüber der Suizidhilfe. Die besonderen Loyalitätsobliegenheiten der Mitarbeiter*innen können sich grundsätzlich auf außerberufliche Handlungskontexte erstrecken. Insofern ist es nicht ausgeschlossen, dass das Angebot einer in einem Tendenzbetrieb beschäftigten Ärzt*in, in ihrer extramuralen Ordination ärztliche Aufklärung im Sinne des § 7 durchzuführen, zu arbeitsrechtlichen negativen Konsequenzen für sie führen kann.¹⁴³ Bei der Beurteilung, inwieweit der Tendenzbetrieb seinen Ermessensspielraum bei der Inpflichtnahme seiner Mitarbeiter*innen ausreizen darf, ist gleichwohl in den letzten Jahren, auch bedingt durch die Judikatur von Gerichtshof der Europäischen Union¹⁴⁴ und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte¹⁴⁵, eine differenzierte Vorgehensweise zu beobachten. Voraussetzung für eine erweiterte Loyalität ist zum einen, dass die betroffene Person eine Tendenzträger*in ist, d. h. die korporative „Gewissensentscheidung“ des Tendenzbetriebs idealtypisch repräsentiert.¹⁴⁶ Dies wird nicht auf alle Mitarbeiter*innen der Organisation pauschal zutreffen, sondern von ihren Rollen abhängen.¹⁴⁷ Zum anderen steht auch bei Tendenzträger*innen der sich aus dem korporativen Selbstbestimmungsrecht ergebende Tendenzschutz unter einer Grundrechtsschranke *sui generis*, der Bindung an die „allgemeinen Staatsgesetze“¹⁴⁸. In diesem Sinn könnte in § 2 ein solches Staatsgesetz mit dem Ziel des schonenden Ausgleichs der Grundrechtsansprüche von Tendenzbetrieb und -träger*in gesehen werden. Der Instanz, die über Konflikte wie im vorliegenden Fall zu entscheiden hat, „kommt dann in der konkret individualisierenden Fallkonstellation ein letzter Rest an Abwägung und damit wertender Tätigkeit zu“¹⁴⁹. Dies könnte z. B. dazu führen, dass die Gewissensentscheidung einer Pflegefachkraft, der sterbewilligen Person, die sie schon lange betreut, bei der Vorbereitung der Einnahme des Präparats privat¹⁵⁰ zu helfen, obwohl sie in einem Tendenzbetrieb arbeitet, toleriert werden muss, weil der Tendenzbetrieb umgekehrt die in § 2 zugesi-

¹⁴³ Huber (Fn. 99) 2247.

¹⁴⁴ EuGH 11.9.2018, C-68/17 (IR v. JQ); 17.4.2018, C-414/16 (Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V.).

¹⁴⁵ EGMR 20. 9. 2010, 425/03 (Obst v. Deutschland); 23.9.2010, 1620/03 (Schüth v. Deutschland); 3.2.2011, 18136/02 (Siebenhaar v. Deutschland); vgl. Schinkele, Kirchliches Arbeitsrecht in der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Österreichisches Archiv für Recht und Religion 2012, 155.

¹⁴⁶ Kalb/Potz/Schinkele, Religionsrecht, Wien: Facultas (2003) 274.

¹⁴⁷ So wird etwa die Angehörige eines Gesundheits- oder Sozialberufs diese Rolle eher erfüllen als eine Mitarbeiter*in im technischen Dienst; vgl. Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch (Fn. 140) § 132 Rz. 92.

¹⁴⁸ Mittels der „allgemeinen Staatsgesetze“ (Art. 15 StGG 1867) bringt der Staat sein Selbstverständnis ein; Kalb/Potz/Schinkele (Fn. 146) 67; Neumayr in Strasser/Jabornegg/Resch (Fn. 140) § 132 Rz. 98.

¹⁴⁹ Kalb/Potz/Schinkele (Fn. 146) 68.

¹⁵⁰ Das heißt explizit nicht im Namen der Organisation und ohne Inanspruchnahme organisationaler Ressourcen.

cherte korporative „Gewissensfreiheit“ hat, derartige Leistungen nicht selbst anbieten zu müssen. Anders wäre vielleicht der Fall zu beurteilen, wenn die Pflegefachkraft die beschriebene Leistung privat, aber regelmäßig für einen erweiterten Kreis sterbewilliger Personen anböte.

V. Schlussfolgerung

Die Regelung des § 2 stellt den Versuch dar, die Grundrechtspositionen der involvierten Personen allseitig zu optimieren¹⁵¹ und schonend auszugleichen¹⁵², um so integritätswahrende Freiheitsräume (moralische Autonomie) abzusichern. Diese Intention sollte auch allen, die sich auf die Gewissensklausel berufen, eine rechtsethische Richtschnur sein.

¹⁵¹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg: Müller (1999) Rz. 72.

¹⁵² Lerche, Übermaß und Verfassungsstaat: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 2. Aufl., Goldbach: Keip Verlag (1999) 153.

Gewissensentscheidungen im medizinischen Kontext – eine verfassungsrechtliche Einordnung

Dr. A. Katarina Weilert

I. Die verschiedenen Konnotationen einer „Gewissensentscheidung“

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Gewissen und Gewissensfreiheit

Das BVerfG hat das Gewissen definiert als

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

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

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

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

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

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

2. Subjektiver Gewissensbegriff

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

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

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

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

⁸ BAGE 62, 59 (68 juris Rn. 45).

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

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

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

3. Gewissensentscheidung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²³ BVerwGE 127, 302 (332 ff.).

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ BVerwGE 81, 239 (241).

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

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

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

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

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

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

1. Unterschied zwischen Recht und Moral

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

²⁸ BVerwGE 27, 303 ff. juris Rn. 20.

2. Patientenwille vs. ärztliche Ethik

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

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

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

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

³¹ § 12 SchKG.

³² § 10 ESchG.

3. „Gewissen“ im ärztlichen Standesrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Ärztliche Gewissensentscheidung nur bei Unterlassen?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Bloße Gewissensvereinbarung

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

2. Handeln „nach bestem Wissen und Gewissen“

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

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

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

3. Die ethische Ermessensentscheidung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Fazit

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Indikation im Spannungsfeld von moralischer und kultureller Diversität

Dr. Gerald Neitzke

Gegenstand dieser Analyse ist die Klärung der Frage, ob und inwiefern die Indikation in Medizin und Gesundheitswesen einer sozialen oder kulturellen Relativierung unterliegt. Kann oder darf sich die Indikationsstellung an die vielfältigen, kulturell und sozial geprägten Grundhaltungen und Überzeugungen von Patientinnen und Patienten anpassen? Muss sie dies möglicherweise in einer zunehmend sich diversifizierenden Gesellschaft tun? Hinzu kommt die Diversität innerhalb der Gruppe der Menschen, die professionell im Gesundheitswesen tätig sind. Auch hier gilt zu klären, ob deren soziale, moralische und kulturelle Verschiedenheit eine Anpassung und Angleichung der Indikationen rechtfertigt oder diese sogar zwingend erfordert.

Zur Beantwortung der Frage wird zunächst eine Definition der Indikation und umfassende Beschreibung des Prozesses der Indikationsstellung vorgenommen (vgl. Neitzke 2014; Lipp 2015; Bundesärztekammer 2015). Die normative Bedeutung der Indikation für das Zustandekommen einer Behandlungsentscheidung wird beleuchtet. Dabei wird geprüft, wer jeweils für die einzelnen Elemente einer Behandlungsentscheidung (kurz gesagt: Indikation und Patientenwille) zuständig ist, und welche dieser beiden Elemente einer moralischen, sozialen oder kulturellen Prägung unterliegen.

I. Indikation

Die Indikation in Medizin und Gesundheitswesen ist die fachlich begründete Annahme oder Einschätzung, dass eine Gesundheitsmaßnahme zum Nutzen einer Patientin oder eines Patienten eingesetzt werden kann. Aus dieser noch etwas vagen Definition lässt sich bereits ableiten, dass alle Berufsgruppen im Gesundheitswesen Indikationen stellen: Ärztinnen und Ärzte genauso wie etwa Pflegende oder Angehörige anderer therapeutischer Professionen. Es ist in der Gesundheitsversorgung nicht möglich, dass eine Maßnahme angeboten oder gar durchgeführt wird, ohne dass die fachliche Eignung dieser Maßnahme im Rahmen professioneller Tätigkeit gewährleistet ist. Nur Maßnahmen, die das „Gütesiegel der Indikation“ tragen, werden den Patientinnen und Patienten angeboten. Auf dieser Grundvoraussetzung beruht das Vertrauen, das kranke und pflegebedürftige Menschen in das Gesundheitswesen benötigen (Bundesärztekammer 2015).

Aus der vorläufigen Definition lässt sich ebenfalls schließen, dass die Indikation im ärztlichen Bereich sowohl für therapeutische als auch für diagnostische Maßnahmen gestellt werden muss. Bereits bei der Diagnostik ist eine Einschätzung erforderlich, dass dieser individuelle Patient einen möglichen Nutzen durch die erhobenen diagnostischen Befunde erlangt. Die Diagnostik – sei es eine Gewebegewinnung, ein bildgebendes Verfahren oder eine bloße Blutuntersuchung – ist nur zulässig, wenn die daraus gewonnenen Informationen hilfreich sind, um Behandlungsentscheidungen treffen zu können (so genannte „therapeutische Konsequenz“). In dem Fall ist die Diagnostik indiziert und wird dem Patienten angeboten.

Bereits frühe Definitionen der Indikation beschreiben deren erkenntnis- und handlungstheoretischen Stellenwert für die Ärztin oder den Arzt. Gmelin schreibt 1820 in der „Allgemeinen Encyclopädie der Wissenschaften und Künste“: Die Indikation sei „das durch den Verstand aufgefundene Vermittelungsglied zwischen der Krankheit und dem ihrer Heilung entsprechenden Verfahren des Arztes. Die Symptome der Krankheit sind das Anzeigende, die Heilmittel das Angezeigte, die Anzeige selbst steht zwischen den beiden in der Mitte“ (Gmelin 1820). Die Indikationsstellung besteht also aus einem intellektuellen Akt, durch den eine Verbindung hergestellt wird zwischen dem Zustand, den Patientinnen oder Patienten darbieten, und dem großen Arsenal diagnostisch-therapeutischer Verfahren der Behandelnden. Die gedankliche Brücke zwischen dem, was beim Patienten vorliegt, und dem, was zur Linderung vorgenommen werden kann, beschreibt und begrenzt die fachlich sinnvollen und dadurch gerechtfertigten Maßnahmen. Für diese – und nur für diese – ist eine Indikation zu stellen.

II. Woran orientiert sich die Indikationsstellung?

Es gibt drei notwendige Bedingungen, die geprüft und gegeben sein müssen, um eine Indikation zu stellen: die empirische, die finale und die kausale Begründung der

Indikation. Alle drei Begründungskategorien rekurrieren auf fachliches Wissen und Können und sind daher der Ärztin oder dem Arzt (bzw. in Bezug auf andere Gesundheits- und Pflegemaßnahmen entsprechend der Therapeutin/dem Therapeuten oder der/dem Pflegenden) vorbehalten.

Die *empirische Begründung* ist erfüllt, wenn sich die geplante Maßnahme an der realen Beschreibung des Zustandes des Patienten orientiert. Rechtfertigen die im Anamnesegespräch geklagten Beschwerden und die erhobenen Befunde (z. B. aus körperlicher Untersuchung, Labordiagnostik, bildgebenden Verfahren) die Annahme, dass die Maßnahme zum Nutzen des Patienten eingesetzt werden kann? Dann ist der erste Prüfschritt der Indikation erfüllt. Wenn eine Patientin etwa über Knieschmerzen klagt, sind nur diejenigen Untersuchungen zulässig, die auf das Vorliegen einer Erkrankung, die mit Kniebeschwerden einhergeht, hinweisen oder diese ausschließen können.

Die *finale Begründung* ist erfüllt, wenn die Maßnahme nach fachlicher Einschätzung geeignet ist, ein konkretes Therapieziel zu erreichen. Ist es überhaupt denkbar, dass durch die diagnostische oder therapeutische Maßnahme ein auf die Gesundheit dieses Patienten bezogene Verbesserung erreicht werden kann? An dieser Stelle ist es wichtig zu unterscheiden, dass damit noch nicht behauptet werden kann, dass das angestrebte Therapieziel auch aus Sicht des Patienten erstrebenswert und damit sinnvoll ist. Es geht zunächst lediglich darum, dass die Ärztinnen und Ärzte eine Indikation nur dann stellen dürfen, wenn (irgend) ein Gesundheitsziel erreicht werden kann. Selbstverständlich kann die Patientin oder der Patient die indizierte und angebotene Maßnahme ablehnen, falls das Therapieziel nicht ihren oder seinen Präferenzen entspricht.

Das weitreichendste Therapieziel ist die vollständige Wiederherstellung der Gesundheit, also die Heilung im engeren Sinne. Wenn eine Heilung nicht möglich erscheint, kann sich das Therapieziel z. B. auf die Verlängerung des Lebens oder den Erhalt der Lebensqualität erstrecken. Nur der Gesundheits-Profi ist in der Lage einzuschätzen, welches Therapieziel faktisch erreicht werden kann. Dabei kann das angestrebte Therapieziel in den meisten Fällen nicht mit 100 %iger Sicherheit erreicht werden, sondern mit einer Wahrscheinlichkeit kleiner als eins (diese Erfolgswahrscheinlichkeit wird als Prognose bezeichnet). Um eine Indikation zu stellen, muss der angestrebte Erfolg realistisch sein. Eine Operation wird zum Beispiel nur dann angeboten und als indiziert erachtet, wenn die Überlebenschance perioperativ deutlich von null verschieden ist.

Da die unterschiedlichen Therapieziele (z. B. kurativ oder palliativ) aus Sicht der Patientin oder des Patienten unterschiedlich erstrebenswert sind, und da die Risikobereitschaft der meisten Menschen von der Größe des erwarteten Behandlungserfolgs abhängt, sollten Ärztinnen und Ärzten in der Aufklärung darlegen, welche medizinischen Maßnahmen jeweils in Abhängigkeit vom Therapieziel erforderlich und also indiziert sind. So kann bei einer Krebsdiagnose zur Erreichung einer Heilung eine Kombination aus Operation, Chemotherapie und Bestrahlung indiziert

sein, für ein palliatives Therapieziel mit dem bestmöglichen Erhalt von Lebensqualität jedoch ein auf Symptomkontrolle beschränktes Vorgehen. Das hier skizzierte Vorgehen, bei dem darauf hingewiesen wird, dass je nach angestrebtem Therapieziel unterschiedliche Maßnahmenpakete indiziert sind, kann als „Differentialindikation“ bezeichnet werden (Neitzke 2014, S. 9). Es soll noch einmal betont werden, dass die Auswahl und Festlegung eines sinnvollen Therapieziels ausschließlich der Patientin oder dem Patienten obliegt. Von ärztlicher Seite darf im Rahmen der Indikationsstellung lediglich benannt werden, welche Therapieziele (noch) erreicht werden können.

Der dritte und letzte Begründungsschritt, der erforderlich ist, um eine Indikation zu stellen, ist die *kausale Begründung*. Lassen sich empirisch belastbare Hinweise finden, dass die geplante Maßnahme ursächlich für die angestrebte gesundheitliche Verbesserung ist? Kann also nach fachlichen Standards angenommen werden, dass die Maßnahme einen kausalen Beitrag zum Behandlungsziel leistet? Auch diese Begründung ist ausschließlich den Fachexpertinnen und -experten zugänglich. Liegt eine Evidenz vor, dass der erwartete Erfolg durch die Maßnahme eintreten kann? An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass bevorzugt das Wissen mit hohem Evidenzgrad, also die Erkenntnisse aus großen, randomisierten Studien, herangezogen werden sollte. In machen klinischen Situationen liegen aber keine entsprechenden Studien vor, so dass auch die individuelle ärztliche Erfahrung – also Wissen auf niedrigem Evidenzniveau – zur Begründung einer Indikation herangezogen werden kann, wenn keine gegenteiligen Informationen mit höherem Evidenzgrad verfügbar sind.

III. Welche Schritte sind zur Indikationsstellung erforderlich?

Die im letzten Absatz erläuterten drei Begründungskategorien müssen im professionellen Team geprüft werden, damit ein möglichst breiter Konsens über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Indikation besteht. Obwohl sich alle Prüfschritte im Bereich medizinischer Fachlichkeit bewegen („Bezieht sich die Indikation auf die befundete Situation des Patienten?“, „Tragen die indizierten Maßnahmen faktisch zum Erreichen eines Therapieziels bei?“, „Liegen ausreichend wissenschaftliche Hinweise vor, dass das indizierte Vorgehen einen Gesundheitsvorteil für Patientinnen und Patienten erbringen kann?“), kommt die Indikation schon in diesem Schritt nicht ohne Einschätzungen aus. Ab wann ist *ausreichend* empirische Evidenz vorhanden, um die Indikation zu stellen? Reicht ein einzelner Erfahrungsbericht in der wissenschaftlichen Literatur aus, um das Verfahren auf den eigenen Patienten anzuwenden? Die ärztliche-therapeutische Verantwortung, das Schadensverbot und die professionelle Wahrnehmung von Fürsorge lassen bereits an dieser Stelle einen Ermessensspielraum zu. Wie bereits erläutert, kann dieser Ermessensspielraum nur von Gesundheits-Profis verantwortungsvoll gehandhabt werden. Einerseits besteht

die Sorge, dem Patienten bei enger Indikationsstellung eine Behandlungschance vorzuenthalten, andererseits ist es unverantwortlich, einen Patienten durch eine zu großzügige Indikationsstellung für ein letztlich nicht zielführendes Verfahren wesentlich zu schädigen.

Die bisher genannten Elemente/Kategorien der Indikationsstellung beziehen sich ausschließlich auf medizinisch-wissenschaftliche Fakten. Deshalb kann dieser erste Schritt als *medizinische Indikation* zusammengefasst werden. Davon abzugrenzen ist für jede zu stellende Indikation ein notwendiger zweiter Schritt, durch den die allgemeine Behauptung „Maßnahme A ist für Menschen mit der Erkrankung X grundsätzlich sinnvoll“ auf den jeweils vorliegenden Einzelfall heruntergebrochen wird: „Auch bei Frau Schmidt (oder Herrn Schulz), die (der) an X leidet, kann die Maßnahme A nutzbringend eingesetzt/angewendet werden.“ Da dieser zweite Schritt die (ärztliche) Einschätzung eines Einzelfalls erfordert, kann dieser Schritt auch als die *ärztliche Indikation* bezeichnet werden (bzw. die *pflegerische oder therapeutische Indikation* für pflegerische Maßnahmen oder die Behandlung durch andere Therapeutinnen und Therapeuten) (vgl. Neitzke 2014).

Da in der juristischen Literatur die Indikation insgesamt häufig als „medizinische Indikation“ bezeichnet wird, sei hier vor Missverständnissen gewarnt: In dem vorliegenden Beitrag wird die Indikation dann als gegeben angesehen, wenn sie sowohl die medizinische Indikation (1. Schritt) *als auch* die ärztliche Indikation (2. Schritt) umfasst. Welche Gründe könnte es aber geben, dass eine medizinisch indizierte Maßnahme nicht auch ärztlich indiziert ist? Dies liegt an den Gegebenheiten des Einzelfalls: Frau Schmidt (oder Herr Schulz) leidet möglicherweise nicht nur an Krankheit X, sondern an weiteren Krankheiten, so genannten Komorbiditäten. Dies kann dazu führen, dass die Maßnahmen, die normalerweise (und gemäß Therapieleitlinien) bei X hilfreich sind, bei Frau Schmidt keine positive Auswirkung auf deren Gesundheit mehr erwarten lassen. In dem Fall wäre es unzulässig und unärztlich, die Indikation dennoch zu stellen: Frau Schmidt ist schlicht zu krank, oder ihre Lebenserwartung aufgrund ihrer Gesamtsituation so gering, dass sie den Behandlungserfolg nicht oder nicht mehr erfahren kann.

Da sich die Einschätzungen, denen der zweite Schritt der Indikationsstellung unterliegt, nicht in einem positivistischen Sinne objektivieren lässt (es kann aus epistemischen Gründen keine prognostische Gewissheit/Sicherheit in Bezug auf den Einzelfall geben), kann darüber nur ein Einvernehmen im Behandlungsteam hergestellt werden. Dieser zweite Schritt der Indikationsstellung ist in der Praxis viel häufiger umstritten als der erste Schritt: Halten wir *diesen* Patienten für ausreichend stabil, um von der (risikobehafteten) Behandlung zu profitieren? Ist es zulässig, die Indikation auch für *diesen* Patienten zu stellen? Da diese Bewertung auf teilweise subjektiven Einschätzungen (der Erfolgchancen) beruht – die z. B. zwischen Ärztinnen/Ärzten und Pflegenden unterschiedlich getroffen werden können – liegt der bestmögliche Schutz des Patienten in einer im breiten Konsens getroffenen, multi-professionellen und überindividuellen Einschätzung.

Durch den ersten Schritt der Indikationsstellung wird also eine objektive Tatsachenbeschreibung angestrebt, während der zweite Schritt nicht mehr, aber auch nicht weniger als eine *intersubjektive professionelle Tatsachenbeschreibung* darstellt. Auf diese Weise soll ausgeschlossen werden, dass mögliche individuelle moralische, kulturelle oder soziale Bewertungen von einzelnen Mitgliedern des Behandlungsteams die Bedeutung und den Wert der Indikation insgesamt verfälschen.

IV. Kommunikation der Indikation

Eine Behandlung darf nur begonnen und durchgeführt werden, wenn die Indikation gestellt wurde *und* zusätzlich eine Zustimmung vom Patienten selbst oder in seinem Namen vorliegt (Lipp 2015; Neitzke 2019; Dutzmann et al. 2023). Diese juristische und ethische Voraussetzung jeglicher Behandlung wird als das „Zwei-Säulen-Modell“ der Medizin(ethik) bezeichnet (Janssens et al. 2013). Entfällt nur eine der beiden Säulen, darf die Behandlung nicht durchgeführt werden. Es ist also von entscheidender Bedeutung, *wie* das Vorliegen einer Indikation kommuniziert wird, damit die Patientin oder der Patient eine autonome Entscheidung treffen kann, ob er oder sie der Behandlung zustimmt oder diese ablehnt. Es wird ebenfalls deutlich, dass nicht indizierte Maßnahmen nicht angeboten werden dürfen und deshalb nicht einer eigenen Entscheidung der Patientin oder des Patienten bedürfen. „Für eine Einwilligung des Betreuers und eine Zustimmung des Vormundschaftsgerichts [heute: Betreuungsgericht] ist kein Raum, wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung oder Weiterbehandlung nicht angeboten wird – sei es daß sie von vornherein medizinisch nicht indiziert, nicht mehr sinnvoll oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist“ (Bundesgerichtshof 2003).

Deshalb erscheint der Versuch von Franziska Huber nicht zielführend, Ärztinnen und Ärzte zu verpflichten, „alle möglichen Behandlungsziele – unabhängig von der medizinischen Indikation – mit den Patienten [zu] erörtern“ (Huber 2020, S. 212). Anders als Huber in ihrer Dissertation suggeriert, ist die Indikation eben kein Äquivalent zum informed consent, sondern geht diesem (dem Entscheidungsprozess) aus wissenschaftstheoretischen und professionsethischen Gründen voraus bzw. liegt diesem zugrunde. Medizinische Maßnahmen sind ja u. a. genau deshalb nicht indiziert, weil das Behandlungsziel nicht erreicht werden kann. Daher ist das von Huber propagierte Vorgehen aus professionsethischer Sicht sinnlos und kann nicht konstruktiv zum Aufklärungsgespräch beitragen. Die Indikation ist eben nicht die Behandlungsaufklärung, und deshalb darf der Prozess der Indikationsstellung nicht mit dem Prozess des informed consent oder shared-decision-making verwechselt werden. Die Indikation „ist sozusagen der erste Filter“ (Bundesärztekammer 2015, S. 3), der das Behandlungsangebot an die Patientin oder den Patienten rechtfertigt. Die Behandlung erfolgt dann jedoch nur, wenn auch der zweite Filter, die Zustimmung durch Patientin oder Patient nach adäquater Aufklärung, erfolgt ist.

Im Gespräch mit Patientinnen und Patienten werden folglich nur die indizierten Maßnahmen erwähnt. Ein nicht indiziertes Vorgehen kann nicht eingefordert werden, da es bereits als medizinisch-therapeutisch nicht gerechtfertigt verworfen wurde. Eine Kontraindikation ist eine besonders strenge Form der Nicht-Indikation, bei der der erwartete Schaden von vornherein als größer als der erreichbare Nutzen angesehen wird. Eine vorsätzliche Schädigung von Patientinnen und Patienten scheidet aus juristischen und aus ethischen Gründen auch dann aus, wenn diese darauf bestehen und sich das kontraindizierte Vorgehen wünschen (Bundesärztekammer 2015).

Über die indizierten Maßnahmen jedoch wird der Patient informiert und über die Vor- und Nachteile der Behandlung aufgeklärt. Dabei kommt es in der medizinisch-pflegerischen Praxis immer wieder zu einem grundlegenden Missverständnis. Aus Sicht vieler Patientinnen und Patienten erscheint die benannte Indikation wie eine ärztliche Empfehlung oder ein wohlmeinender Ratschlag. Dies ist nicht (immer) der Fall. Die Indikation bezeichnet lediglich ein Vorgehen, das fachlich gerechtfertigt erscheint. Darunter befinden sich viele Maßnahmen, zu denen ein Arzt tatsächlich raten würde, aber darunter befinden sich ebenfalls Behandlungen, die er persönlich möglicherweise als wenig hilfreich oder von zweifelhaftem Nutzen ansieht. Aus großen Studien ist bekannt, dass Ärztinnen und Ärzte die Mehrzahl der indizierten Maßnahmen bei sich selbst nicht durchführen lassen würde – weil sie sie als überflüssig, als zu wenig hilfreich oder als nicht zielführend ansehen. Hier wird bereits deutlich, dass ein individuell-persönliches Werturteil (der Ärztin oder des Arztes) nicht mit dem Stellen der Indikation verwechselt werden darf! Die Indikation ist unabhängig von moralischen oder kulturellen Werturteilen des Behandelnden.

Nur das individuell-persönliche Werturteil des betreffenden Patienten oder der betreffenden Patientin kann klären, ob er oder sie diese Behandlung auch in der eigenen individuellen Lebens- und Gesundheitslage als sinnvoll erachtet. Dieses Werturteil ist stark von sozialen, psychologischen, kulturellen und weltanschaulich-religiösen Aspekten abhängig. Die Indikation ist hingegen davon unbeeinträchtigt. Dennoch empfinden viele Menschen die Indikation als eine (implizite) Aufforderung, bei der indizierten Maßnahme mitzumachen und ihr zuzustimmen. Wer dabei übersieht, dass tatsächlich eine eigene Beurteilung durch Patientin oder Patient zwingend erforderlich ist, sitzt bereits in der „Indikationsfalle“: „Die Ärztin hat mir mitgeteilt, dass man da noch etwas tun kann, also soll/muss ich da wohl mitmachen.“

Es hat daher Vorschläge gegeben, wie diese Indikationsfalle vermieden werden kann. Dies gilt für Maßnahmen, bei denen Ärztinnen und Ärzte von vornherein Zweifel haben, ob dies Vorgehen wirklich zum Wohl des Patienten beitragen kann. Von der Sektion Ethik der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) wurde daher vorgeschlagen, zumindest in diesen Fällen von einer „fraglichen“, „zweifelhaften“ oder „grenzwertigen Indikation“ zu sprechen (Janssens et al. 2013, Neitzke et al. 2016). Das bedeutet, dass Ärztinnen und

Ärzte zwar die Indikation stellen, aber von vornherein im Aufklärungsgespräch deutlich machen möchten, dass die indizierte Maßnahme eben nicht einen schnellen und umfassenden Erfolg für die Gesundheit erreichen kann.

Dieser Vorbehalt wird durch die Formulierung einer „grenzwertigen Indikation“ ausgedrückt. Situationen, in denen dieses Vorgehen relevant werden kann, sind z. B. Behandlungsmaßnahmen mit einer sehr geringen Erfolgsaussicht, mit einem geringen Zusatznutzen oder mit einer nicht sicher nachgewiesenen Wirksamkeit (geringe Evidenz). Der Begriff „grenzwertig“ deutet darauf hin, dass es erforderlich ist, anhand der Werte des individuellen Patienten eine Grenze zu ziehen und dann zu prüfen, ob die (gerade noch) indizierte Maßnahme auf der Seite der akzeptierten (diesseits der Grenze) oder auf der Seite der abzulehnenden Behandlungsmaßnahmen (jenseits der Grenze des individuelle für sinnvoll Gehaltenen) befindet.

Erst wenn die Erfolgswahrscheinlichkeit so gering ist, dass das gewünschte Ereignis „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ nicht mehr erreicht werden kann, erlischt die Indikation. Die Maßnahme wird, da sie aller Voraussicht nach erfolglos bleibt, als unwirksam verworfen. „Fehlt die Indikation zu weiteren Behandlungsmaßnahmen, sind diese ärztlicherseits nicht geschuldet und können weder vom Patienten noch von den Berechtigten, die anstelle des Patienten zur Entscheidung berufen sind, verlangt werden“ (Schumann & Wiege 2022, S. 160). Eine Entscheidung des Patienten ist daher in diesen Fällen unerheblich, da die Maßnahme außerhalb professioneller Medizin oder Pflege liegt und nicht angeboten wird. Hier wird bereits deutlich, dass sich auch in dem Fall, in dem die Indikation negiert wird, die Patientin oder der Patient zu hundert Prozent darauf verlassen können muss, dass die Negierung der Indikation nicht auf sozio-kulturellen Faktoren beruht, sondern auf einer nüchternen Einschätzung auf der Grundlage des gesamten Fachwissens.

Die Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer hat darüber hinaus eine Handlungsempfehlung erarbeitet für Maßnahmen mit einem „sehr ungünstigen Nutzen-Schaden-Verhältnis“ (ZEKO 2022, S. 3ff). Diese sollen in der Regel nicht angeboten werden. Ausnahmen sieht die ZEKO jedoch, wenn darüber innerhalb der behandelnden Ärzteschaft divergierende Einschätzung vorliegen, oder wenn Patientin/Patient einen Wunsch nach Maximaltherapie äußert, um bestimmte realistische Ziele erreichen zu können. Es ist unstrittig, dass diese Maßnahmen allenfalls noch grenzwertig indiziert sind, jedoch kann die Indikation nach Ansicht der ZEKO nicht generell negiert werden.

Das konstatierte Fehlen der Indikation hat jedoch erhebliche normative Konsequenzen: Ohne eine Indikation stellt die Durchführung eines ärztlichen Eingriffs oder einer therapeutischen Maßnahme eine (möglicherweise strafbare) Körperverletzung dar. Außerdem erfolgt für nicht indizierte Maßnahmen keine Kostenübernahme durch die Krankenversicherung. Das Sozialrecht in Deutschland lässt nicht zu, dass die Versichertengemeinschaft Kosten tragen soll für Maßnahmen, die fachlich nicht gerechtfertigt sind. Es erscheint straf-, zivil- und sozialrechtlich unerläss-

lich, dass die Indikation durch nachvollziehbare, objektivierbare Faktoren begründet ist. Dieser Anspruch an die Qualität in Medizin und Pflege ist eine Voraussetzung für das Vertrauen, das sowohl einzelne Menschen als auch die Gesellschaft insgesamt in die Gesundheitsversorgung haben müssen.

V. Indikation und kulturelle Diversität

Nachdem Rolle und Bedeutung der Indikation dargestellt wurden, soll nun wieder die Ausgangsfrage in den Blick genommen werden, ob und – wenn ja – auf welche Weise die Indikation einem sozio-kulturellen Pluralismus unterliegt. Es ist deutlich geworden, wie eine Indikation zustande kommt. Die drei Begründungsschritte (empirische, finale und kausale Begründung) sind kulturell invariant. Zunächst sei die empirische Begründung geprüft: Es wäre in höchstem Maße unglaubwürdig und unprofessionell, wenn die objektive oder zumindest objektivierbare Beschreibung des Gesundheitszustands (subjektiv geklagte Beschwerden und objektiv erhobene Befunde) variieren würden, je nach kulturellem Verständnis des jeweiligen Landes, moralischem Grundverständnis der behandelnden Ärztin oder der sozialen Situation des Patienten. Die nüchterne Beschreibung des Krankheitsbildes stellt eine Tatsache dar, die keiner kulturellen oder moralischen Bewertung unterliegen darf. Medizin wäre vollständig unwissenschaftlich, wenn die Befundung in Kanada andere Ergebnisse erbrächte als in Ägypten oder Vietnam.

Es darf an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass die faktische Beschreibung einer Erkrankung selbstverständlich bestimmten Grenzen unterliegt: Es gibt fehlerhafte Analysen oder Grenzen der Genauigkeit einer (Labor-)Diagnostik. Dies sind aber erkenntnistheoretische Probleme, die nicht auf sozio-kulturelle Diversität oder moralische Pluralität zurückgeführt werden können. Auch werden bestimmte Beschwerden und Symptome (z. B. Schmerz) je nach kultureller Prägung und sozialer Akzeptanz möglicherweise unterschiedlich wahrgenommen und geklagt. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Indikation gestellt werden muss, wenn bestimmte Symptome, so wie sie von der Patientin oder dem Patienten angegeben werden, vorliegen – solange sie nicht durch objektive Befunderhebung ausgeschlossen werden können.

Die finale Begründung der Indikation beschreibt nüchtern, dass die indizierte Behandlung *überhaupt* ein Behandlungsziel zu erreichen geeignet ist. Es wird weder moralisch noch kulturell über den Wert oder die Bedeutung dieses Ziels geurteilt. Es obliegt ausschließlich den (kulturell, sozial, moralisch oder religiös-weltanschaulich) geprägten Bewertungen durch den individuellen Patienten oder die individuelle Patientin, die Bedeutung des Therapieziels für den eigenen Lebensplan festzulegen. Daraus folgt, dass ein bestimmtes Behandlungsziel (z. B. Heilung, Lebensverlängerung oder Palliation) in allen Ländern der Welt eine Indikation rechtfertigt, es aber vermutlich landestypisch erhebliche Unterschiede geben dürfte, wie häufig die indizierte Therapie auch von Betroffenen angenommen wird. Als Beispiel kann die

Amyotrophe Lateralsklerose (ALS) dienen: Je nach Land variiert der Anteil der Betroffenen, die sich intubiert und beatmet am Leben erhalten lassen (mit dem Therapieziel einer erheblichen Lebensverlängerung) deutlich. In Japan ist diese Rate etwa wesentlich höher als in anderen westlichen Ländern (Conolly et al. 2015; Rabkin et al. 2013; Erdmann et al. 2021). Es wäre fatal, wenn die Entscheidungsfreiheit der Betroffenen dadurch eingeschränkt würde, dass in manchen Ländern die Indikation negiert würde aufgrund von kulturellen Vorbehalten. Der Anspruch auf die Behandlung besteht wegen der Tatsache, dass sie fachlich gerechtfertigt ist.

Auch hier wird eine Einschränkung sichtbar, die allerdings nicht auf eine kulturelle Prägung der Indikation rückschließen lässt. Nicht jede indizierte Behandlung ist in jedem Land auch verfügbar. Es bleibt einem Gesundheitssystem vorbehalten, die Anwendung einer Behandlungsform dadurch einzuschränken, dass deren Kosten (von der Krankenversicherung oder dem staatlichen Gesundheitsdienst) nicht übernommen werden. Dabei handelt es sich aber um eine politische und nicht um eine medizinisch-pflegerische Entscheidung. Der sozio-kulturell invariante Charakter der Indikation stärkt dadurch gerade den Anspruch von Betroffenen: Es wird deutlich, dass die Begrenzung der Behandlung nicht fachlich, sondern ausschließlich ökonomisch begründet wurde. Wenn es in einem Gesundheitssystem zu einer Rationierung kommt, sollte klar sein, dass die Indikation für diese Behandlung nach wie vor besteht. Die Behandlung wird durch eine gesundheitsökonomische Entscheidung ja nicht fachlich inkorrekt.

Dieses Argument lässt sich auch auf die Situation eines absoluten Mangels an medizinischen Ressourcen angesichts einer pandemiebedingten Notlage übertragen. Eine Zuteilungs- oder Allokationsentscheidung muss anhand definierter Kriterien getroffen werden, gerade *weil* bei allen betroffenen Patientinnen und Patienten die Indikation zur Beatmung besteht (Marckmann et al. 2020). Es würde die Bedeutung der Indikation als objektivierbarer, fachlicher Einschätzung eines erreichbaren Behandlungserfolgs (im Fall der Covid-19-Pandemie nämlich das Überleben der Infektion) konterkarieren und dadurch entwerten, wenn die Indikation aufgrund einer Mangellage schlicht negiert werden könnte.

Es bedarf eines – gesellschaftlich möglichst breit akzeptierten – zusätzlichen Auswahlkriteriums im Sinne einer Priorisierung (z. B. aufgrund der Überlebenschance oder des Lebensalters), einer Losentscheidung oder einer First-come-first-served-Regelung (zu den Kriterien vgl. Emanuel et al. 2020). Die fachliche Beurteilung der Indikation für eine Beatmung wird durch die soziale Entscheidung über die *Zuteilung* des Beatmungsgeräts nicht berührt. Auch die moralische Bevorzugung eines bestimmten Zuteilungskriteriums ändert nichts an dem Bestehen der Indikation. Die Bundesärztekammer konstatiert auch für den Fall eines pandemiebedingten Ressourcenmangels: „Die Indikation zu medizinischen Maßnahmen richtet sich nach dem üblichen klinischen Vorgehen“ (Bundesärztekammer 2020, S. 2).

Der dritte Begründungsschritt einer Indikation ist die kausale Begründung. Indizierte Behandlungsmaßnahmen sind nach fachlichem Wissen auch *faktisch geeignet*,

das angestrebte Behandlungsziel zu erreichen. Bei diesem Aspekt wird besonders deutlich, dass eine kulturelle oder moralische Diversität den Wert der Indikation nicht relativieren kann: Kausalität kann nicht aufgrund von sozialen oder moralischen Werten oder aufgrund einer kulturellen Prägung aufgehoben oder eingeschränkt werden.

Es bleibt abschließend zu prüfen, ob die zwei Schritte der Indikationsstellung einer kulturellen Diversität unterliegen könnten. Der erste Schritt ist bereits vollständig durch die drei Begründungsdimensionen abgehandelt. Könnte im zweiten Schritt der Indikationsstellung, also dem Herunterbrechen einer allgemeinen Behauptung der Sinnhaftigkeit von Behandlungsmaßnahmen auf den jeweiligen Einzelfall, eine Relativierung durch Moral oder Kultur erfolgen? Auch die individuelle Zuordnung der Indikation sollte kultur- und länderübergreifend einheitlich erfolgen. Ob ein Behandlungserfolg im Einzelfall möglich erscheint, ist zwar evtl. von den Gegebenheiten des Gesundheitssystems abhängig, darf aber nicht von den sozialen, moralischen oder kulturellen Überzeugungen des Fachpersonals abhängen. Eine Relativierung der Indikation aufgrund sozialer, moralischer oder kultureller Faktoren würde eine erhebliche Diskriminierung der betroffenen Patientinnen und Patienten darstellen. Dies widerspricht klar dem Genfer Gelöbnis des Weltärztebundes (World Medical Association 2017) und ist daher mit ärztlichen, aber auch pflegerischen oder anderen therapeutischen Grundüberzeugungen unvereinbar. Die (tatsächlich in den meisten Ländern nachweisbare) gesundheitliche Benachteiligung bestimmter Bevölkerungsgruppen ist ausschließlich auf sozio-kulturelle oder psychologische Faktoren zurückzuführen und darf nicht der Indikation angelastet werden.

Fazit: Die Indikation stellt ein fachliches Werturteil von Ärztinnen, Ärzten, anderen Therapeutinnen und Therapeuten, bzw. Pflegenden dar. Dieses Werturteil ist invariant hinsichtlich sozio-kultureller oder moralischer Kriterien. Die Indikation stellt die Behauptung dar, dass eine geplante Maßnahme fachlich gerechtfertigt ist, weil sie auf nachvollziehbare Weise geeignet erscheint, ein Gesundheitsziel für den individuellen Patienten zu erreichen. Dadurch wird die indizierte Maßnahme medizinisch-pflegerisch sinnvoll (Neitzke et al. 2017). Dies darf nicht verwechselt werden mit der Entscheidung, ob die betreffende Patientin oder der betreffende Patient diese indizierte Maßnahme *für sich selbst als sinnvoll* bewertet oder nicht. Dies hängt von der individuellen Lebenssituation, den sozio-kulturellen und moralischen Prägungen, sowie zahlreichen andere Faktoren ab, die letztlich zu einer autonomen Entscheidung führen.

Literatur

- Bundesärztekammer (2015): Stellungnahme der Bundesärztekammer „Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung“. https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/Stn_Medizinische_Indikationsstellung_und_OEkonomisierung.pdf; letzter Zugriff: 14.10.2024.
- Bundesärztekammer (2020): Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels. https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/BAEK_Allokationspapier_05052020.pdf; letzter Zugriff: 14.10.2024.
- Bundesgerichtshof 2003: BGH Az. XII ZB 2/03. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=25809&pos=0&anz=1>; letzter Zugriff: 14.10.2024.
- Connolly S., Galvin M. & Hardiman O. (2015): End-of-life management in patients with amyotrophic lateral sclerosis. *Lancet Neurol* 14: 435–42.
- Dutzmann J., Michalsen A., Duttge G., Jöbges S., Michels G., Gretenkort P. & Janssens U. (2023): Ehegattennotvertretungsrecht. Eine Handreichung der Sektion Ethik der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin e. V. (DIVI). *Dtsch Med Wochenschr* 148: 499–502.
- Emanuel EJ., Persad G., Upshur R., Thome B., Parker M., Glickman A., Zhang C., Boyle C., Smith M. & Phillips JP. (2020): Fair allocation of scarce medical resources in the time of Covid-19. *N Engl J Med* 382: 2049–2055.
- Erdmann A., Spoden C., Hirschberg I. & Neitzke G. (2021): The wish to die and hastening death in amyotrophic lateral sclerosis: A scoping review. *BMJ Support & Palliat Care*, DOI: <https://doi.org/10.1136/bmjspcare-2020-002640>.
- Gmelin (1820): Anzeige, indicatio (Med.). In: Ersch JS., Gruber JG. (Hrsg.) *Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaften und Künste*, Sect. 1 (A-G), Theil 4. JF. Gleditsch, Leipzig, 365–366.
- Huber F.: Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem. Zum informed consent als Indikationsäquivalent. *Nomos*, Baden-Baden: 2020.
- Janssens U., Burchardi H., Duttge G., Erchinger R., Gretenkort P., Mohr M., Nauck F., Rothärmel S., Salomon F., Schmucker P., Simon A., Stopfkuchen H., Valentin A., Weiler N. & Neitzke G. (2013): Therapiezieländerung und Therapiebegrenzung in der Intensivmedizin. *Anaesthesist* 62: 47–52.
- Lipp V. (2015): Die medizinische Indikation – ein „Kernstück ärztlicher Legitimation“? *MedR* 33: 762–766.

- Marckmann G., Neitzke G., Schildmann J., Michalsen A., Dutzmann J., Hartog C., Jöbges S., Knochel K., Michels G., Pin M., Riessen R., Rogge A., Taupitz J. & Janssens U. (2020): Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie. *Med Klin Intensivmed Notfmed* 115 (6): 477–485.
- Neitzke G. (2014): Indikation: Fachliche und ethische Basis ärztlichen Handelns. *Med Klin Intensivmed Notfmed* 109: 8–12.
- Neitzke G. (2019): Ermittlung des Patientenwillens. *Anästhesiol Intensivmed Notfallmed Schmerzther* 54 (7/8): 474–483.
- Neitzke G., Burchardi H., Duttge G., Hartog C., Erchinger R., Gretenkort P., Michalsen A., Mohr M., Nauck F., Salomon F., Stopfkuchen H., Weiler N. & Janssens U. (2016): Grenzen der Sinnhaftigkeit von Intensivmedizin. Positionspapier der Sektion Ethik der DIVI. *Med Klin Intensivmed Notfmed* 111: 486–492.
- Neitzke G, Burchardi H., Duttge G., Hartog C., Erchinger R., Gretenkort P., Michalsen A., Mohr M., Nauck F., Salomon F., Stopfkuchen H., Weiler N. & Janssens U. (2017): Grenzen der Sinnhaftigkeit von Intensivmedizin. Positionspapier der Sektion Ethik der DIVI. *MedR* 35 (5): 364–369.
- Rabkin J., Ogino M., Goetz R., McElhiney M., Marziliano A., Imai T., Atsuta N., Morita M., Tateishi T., Matsumura T. & Mitsumoto H. (2013): Tracheostomy with invasive ventilation for ALS patients: neurologists' roles in the US and Japan. *Amyotroph Lateral Scler Frontotemporal Degener* 14: 116–123.
- Schumann C. & Wiege S. (2022): Indikation, Einwilligung und Therapielimitierung in der Akutmedizin. *Anaesthesist* 71: 159–167.
- World Medical Association (2017): Declaration of Geneva.
<https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva>; letzter Zugriff: 14.10.2024.
- Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer (ZEKO) (2022): Stellungnahme: Ärztliche Verantwortung an den Grenzen der Sinnhaftigkeit medizinischer Maßnahmen. Zum Umgang mit ‚futility‘. DOI:
https://doi.org/10.3238/arztebl.zeko_sn_futility_2022.

Medizinische Versorgung von Menschen mit einer Behinderung – das Diskriminierungsverbot aus ethischer Sicht

Prof. Dr. Monika Bobbert

I. Einführung

Eine im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes durchgeführte Betroffenenbefragung belegt, dass Menschen mit einer Behinderung, Beeinträchtigung oder chronischen Erkrankung im Gesundheitswesen in vergleichsweise hohem Ausmaß Erfahrungen von Diskriminierung machen (Beigang u. a. 2017, 229). So haben in Deutschland Menschen mit einer Behinderung¹ nach wie vor Schwierigkeiten, eine Praxis zu finden, die auf diese Gruppe eingestellt ist (u. a. Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Bartig u. a. 2021, 41–43). Im Arzt-Patienten-Kontakt fehlen vielfach praktische Erfahrungen im Umgang mit Menschen mit Behinderung und Fach-

¹ Im Folgenden wird meist der Begriff „Mensch mit einer Behinderung“ verwendet, obwohl mittlerweile auch neuere Begriffe wie „Mensch mit Beeinträchtigungen“ angesichts des Anliegens, möglichst wenig negativ konnotierte Begriffe zu finden, als vorzugswürdig erachtet werden. Den jeweiligen Begriffen wird in unterschiedlichen Diskursen, Ländern und Zeitfenstern mehr oder weniger Diskriminierungspotential beigemessen. Doch gesellschaftliche Wertungsunterschiede und die Schwierigkeit, möglichst nicht-diskriminierende Bezeichnungen zu finden, lassen sich leider nicht auflösen. Im vorliegenden Beitrag wird eine „mittlere“ Variante gewählt, die zumindest in mehreren Diskursen verwendet wird, und die außerdem den Umweltaspekt des Behindert-Werdens mitführt.

kenntnisse über spezifische Gesundheitskonstellationen (Wellkamp 2023). Während und nach der Covid-19-Pandemie wurde das Problem der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung bei Triageentscheidungen diskutiert (aus ethischer Sicht nach der Pandemie z. B. Dufner 2023, Dietrich 2023, aus rechtlicher Sicht u. a. Duttge/Weimar 2024, bes. 396; speziell Wolf 2024; während der Pandemie z. B. Gärditz 2020; Kersten/Rixen 2020, bes. 200–226). Menschen mit Behinderung laufen im Hinblick auf ihre ärztliche Versorgung offensichtlich Gefahr, dass ihre gesundheitlichen Probleme nicht gut behandelt und sie sogar diskriminiert werden. Wo liegen Gefahren der Diskriminierung im Einzelnen und inwiefern muss die Medizin besondere Maßnahmen ergreifen, um ihren Beitrag zur Teilhabe in der Gesellschaft zu gewährleisten?

Im Folgenden werden das Diskriminierungsverbot, das Recht auf Teilhabe sowie einforderbare Maßnahmen im Sinne „positiver Diskriminierung“ in Bezug auf die medizinische Versorgung von Menschen mit einer Behinderung diskutiert. Die dem Beitrag zugrundeliegende ethische Argumentationsrichtung, die von grundlegenden moralischen Rechten und Pflichten ausgeht, folgt der kantischen Tradition und deckt sich, was das deutsche Recht und das Völkerrecht anbelangt, größtenteils mit juristischen Rechten und Pflichten, vermag aber an einigen Stellen auch zusätzliche Begründungsarbeit zu leisten, was moralische Forderungen von Menschen mit einer Behinderung anbelangt.

II. Behinderung und Krankheit, Teilhabe und Inklusion

1. Was ist Behinderung?

a) Behinderung als Wechselwirkung individueller Beeinträchtigung und gesellschaftlicher Barrieren

Heute ist es üblich, Behinderung als Ergebnis der Wechselwirkung individueller Beeinträchtigungen und gesellschaftlicher Barrieren zu verstehen und damit dem Verständnis der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) von 2006 zu folgen, die Deutschland im Jahr 2009 unterzeichnet hat. Die UN-BRK stellt heraus, dass Barrieren im Umfeld die Teilhabe von Menschen mit einer Beeinträchtigung einschränken, und definiert: Zu Menschen mit Behinderungen zählen „Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“ (UN-BRK 2006, Art. 1). Die UN-BRK verzichtet auf eine abschließende Definition von „Behinderung“, denn welche und wie viele Menschen in einer Gesellschaft als behindert gelten, hängt gemäß der UN-BRK entscheidend von den gesellschaftlichen Bedingungen ab (ausführlicher dazu Graumann 2019, 23).

b) Zu Institutionen als Rahmen individuellen Handelns und zum Vorrang einer Institutionen- bzw. Sozialethik

Eine ethische Perspektive, die das Handeln von Individuen ebenso wie die Gesellschaft mit ihren Praktiken und Institutionen kritisch reflektiert, muss sich diesem Verständnis von Behinderung anschließen. Weil dieses Verständnis impliziert, dass Menschen mit Beeinträchtigungen zu Recht den Abbau von Barrieren und Maßnahmen fordern, muss eine ethische Perspektive die Frage berechtigter Ansprüche und Grenzen aufgreifen. Allerdings muss diese Frage mit der ethischen Reflexion gesellschaftlicher und institutioneller Rahmenbedingungen beginnen, da sich nur dann individuelle Notlagen und moralischer Heroismus Einzelner ersparen lassen, wenn die vorgefundenen Rahmenbedingungen, innerhalb derer Menschen handeln, im Wesentlichen gerecht sind.

Auch die UN-BRK gibt der institutionenethischen Perspektive Vorrang: Sie fordert aus völkerrechtlicher Sicht „die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung [...]“ (UN-BRK 2006, Art. 4) und fährt institutionenethisch fort: „Zu diesem Zweck verpflichten sich die Vertragsstaaten, a) alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Umsetzung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte zu treffen; b) alle geeigneten Maßnahmen einschließlich gesetzgeberischer Maßnahmen zur Änderung oder Aufhebung bestehender Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten und Praktiken zu treffen, die eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen [...]“ (UN-BRK 2006, Art. 4).

Die UN-Behindertenrechtskonvention will die Allgemeinen Menschenrechte aus den Lebenslagen und Erfahrungsperspektiven von Menschen mit Behinderung heraus neu durchdeklinieren und konkretisieren, da das Subjekt der Menschenrechte zuvor nur als nicht-behinderter Mensch gedacht worden sei (Bielefeld 2012). Die Weiterentwicklung der Allgemeinen Menschenrechte stelle ähnlich wie die UN-Frauenrechtskonvention (1979) oder die UN-Kinderrechtskonvention (1990) eine Antwort auf öffentlich artikulierte Unrechtserfahrungen einer marginalisierten Gruppe dar.

c) Zur Kontroverse zwischen medizinischem und sozialem Modell von Behinderung

Bis heute währt allerdings auch die Kontroverse zwischen dem medizinischen und dem sozialen Modell von Behinderung (vgl. hierzu ausführlicher Hirschberg 2020, Schramme 2023). Das medizinische Modell von Behinderung geht von dem in der Medizin üblichen Krankheitsbegriff aus (vgl. dazu und zu weiteren Krankheitsmodellen in der Medizin Bobbert 2000; 2005). Dieses Modell hat der Medizintheoretiker Christopher Boorse (1975) auf den Punkt gebracht: Als Krankheit gilt die Abweichung vom speziestypischen Funktionieren, das durch die Ziele Leben und Fortpflanzung geprägt ist. Das Funktionieren des Organismus wird dabei noch nach Geschlecht und Alter differenziert: Wir sind also krank, sobald eine biologische

Funktion oder anatomische Struktur vom alters- und geschlechtsbezogenen Mittelwert abweicht. In Fortschreibung dieses Krankheitsmodells wird beim medizinischen Modell eine Behinderung als Abweichung gesehen. Aber selbst wenn man die Funktionsfähigkeit nicht nur biologisch, sondern psychisch und sozial erweitert, wird ein Normalitätswert als Maßstab gesetzt. Zwar lassen sich so Behandlungs- und Unterstützungsbedarf feststellen (dazu ausführlicher Bobbert 2005), doch zugleich wird ein Mensch mit einer Behinderung als defizitär erachtet und zumeist dessen Anpassung an die „nicht-behinderte“ Gesellschaft angestrebt. Anders das soziale Modell von Behinderung, dem die UN-Behindertenrechtskonvention Ausdruck verleiht: Es hebt die Kontextfaktoren, insbesondere die Umweltfaktoren (als Barrieren oder Unterstützungsformen) hervor, die eine Besonderheit eines Menschen erst zur Behinderung machen.

Die Kontroverse zwischen dem medizinischen und dem sozialen Modell ist ethisch hochrelevant: Es impliziert, welche Seite sich ändern soll. Zudem liegt bei einem medizinischen Modell eine Diskriminierung näher, da der betreffende Mensch durch ein defizitäres Merkmal charakterisiert wird, das als negatives Merkmal und zumal als Merkmal einer Minderheit gesellschaftliche Ausgrenzung oder Diskriminierung wahrscheinlicher macht. Marianne Hirschberg (2020), die sich schon sehr lange mit Definitionen und Klassifikationen von Behinderung befasst, weist darauf hin, dass in Gesellschaften Definitionsmacht ausgehandelt wird und die mit einer Definition verbundenen Problembereiche und Ziele entscheidend sind. Definitionen sind kein Selbstzweck, sondern müssen in ihrem Ziel und Geltungsbereich transparent und damit auch diskutierbar gemacht werden (Hirschberg 2020, 17; Bobbert 2005, bes. 154–156). Es ist daher kein Zufall, dass die UN-Behindertenrechtskonvention nach ihrer Definition von Behinderung unmittelbar vom Ziel ihrer Definition spricht (s. o.): der gleichberechtigten gesellschaftlichen Teilhabe aller Menschen (UN-BRK 2006, Art. 1; ausführlicher dazu Degener 2009).

2. Krankheit und Behinderung

In der ärztlichen Versorgung wird Krankheit üblicherweise als Abweichung vom biologischen Funktionieren eines typischen Mitglieds der Spezies verstanden. In diesem Sinne zieht man für Diagnosen in der ambulanten und stationären Versorgung in Deutschland meist die Internationale Klassifikation von Krankheiten und verwandten Gesundheitsprobleme (ICD-10-GM, 2024) heran. Sie klassifiziert die Funktionsfähigkeit und Behinderungen, die mit einem Gesundheitsproblem verbunden sind, und spricht von „funktionaler Gesundheit“: Eine Person ist funktional gesund, wenn – vor dem Hintergrund ihrer Umgebungsfaktoren – ihre körperlichen Funktionen (einschließlich der mentalen Fähigkeiten) denen eines nicht eingeschränkten Menschen entsprechen. Menschen mit Beeinträchtigungen sind demnach funktional gesund, wenn dies ihrer subjektiven Einschätzung entspricht und wenn sie den Anforderungen der Alltagsbewältigung entsprechen (Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2021, 412).

a) Überschneidungen und fließende Übergänge zwischen Krankheit und Behinderung

Wo verlaufen nun die Grenzen zwischen Krankheit und Behinderung bzw. besser gefragt: Wo gibt es fließende Übergänge? So ist etwa eine chronische Krankheit kein vorübergehender Krankheitszustand, da er sich nur begrenzt therapieren lässt; vielmehr kann sie ab einem bestimmten Punkt in eine Behinderung münden. Zudem kann eine Behinderung auch Folge einer Krankheit sein, selbst Krankheitswert haben oder mit Begleiterkrankungen einhergehen. In beiden Fällen gewinnen dann allerdings neben medizinischen Interventionen zunehmend psychologische und soziale Hilfen zur Bewältigung der Einschränkungen und zur Neuausrichtung des Lebens an Bedeutung.

Ähnlich wird auch im Recht abgegrenzt: Verfassungsrechtlich fallen in Bezug auf Artikel 3 des Grundgesetzes unter den Begriff „Behinderung“ angeborene Beeinträchtigungen und solche, die unfallbedingt oder durch Krankheit entstanden sind (Langenfeld 2024, Rn. 112): Krankheiten fallen dann unter den Behinderungsbegriff, wenn sie chronifiziert sind, keine Aussicht auf zeitnahe Genesung und demzufolge eine längerfristige Teilhabe einschränkung besteht. Das ist der Fall, wenn die Krankheit eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer sind.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2021, 412) schreibt in seinem Dritten Teilhabebericht: „Gesundheit und Teilhabe sind eng miteinander verknüpft. Der individuelle Gesundheitszustand einer Person beeinflusst die wahrgenommene Lebensqualität und hat Auswirkungen auf die Teilhabechancen in verschiedenen Lebensbereichen.“

b) Relevanz der medizinischen Versorgung für Menschen mit einer Behinderung

Für die medizinische Versorgung heißt dies, dass die medizinische Behandlung von Menschen mit Behinderung in einem besonderen Übergangsbereich zwischen medizinischen Therapiemöglichkeiten und anderen Formen der Therapie und Unterstützung verläuft: Eine Behinderung lässt sich nicht mit medizinischen Mitteln heilen, kann in ihren Auswirkungen jedoch mit medizinischen Mitteln gemildert werden. Zwar ist der Bereich der Förderung kein rein medizinisches Betätigungsfeld, wohl aber können Ärzt*innen die Betroffenen mit medizinischen Mitteln unterstützen, indem sie eine Verschlechterung oder Folgeschäden verhindern. Wenn ein Mensch z. B. im Fall von Schwerhörigkeit medizinisch-technisch nicht gut versorgt ist, hört er Geräusche schlechter, ist also im Straßenverkehr gefährdet und wird vielleicht unsicher, weil er sich von seiner Umgebung oft überrascht fühlt. Im Kontakt mit anderen Menschen kommen Missverständnisse und Konflikte auf, die mit

emotionalem Stress und Ausgrenzung einhergehen, zumal dann, wenn der Betroffene selbst oder das Umfeld die Ursache der Konflikte nicht einzuordnen vermögen.

3. Inklusion und Teilhabe

Die Forderungen nach Inklusion und Teilhabe prägen seit Jahrzehnten die Behindertenhilfe und -politik (Kulke 2020). Große Dynamik entfalteten diese Zielkonzepte durch die UN-BRK (2006) in Bezug auf unabhängige Lebensführung (BRK 2006, Kap. 21), Bildung (BRK 2006, Kap. 7), Arbeit (BRK 2006, Kap. 8), angemessenen Lebensstandard und Teilhabe am politischen und öffentlichen wie kulturellen Leben (BRK 2006, Kap. 19-30).

In der Diskussion um Partizipation wird zwischen Teilhabe als Chance und Teilnahme als Umsetzung unterschieden und dann Teilhabe zum einen eng in Beziehung mit dem Recht auf Selbstbestimmung und zum anderen eng in Beziehung mit sozialer Ungleichheit und Diskriminierung gesetzt (Kulke 2020, 89f). Das deutsche Sozialgesetzbuch fordert entsprechend, Teilhabebedarfe zu ermitteln und Teilhabeleistungen zu planen und zu erbringen (u. a. Sozialgesetzbuch IX).

Auch die medizinische Versorgung von Menschen mit einer Behinderung muss diese Ziele in den Blick nehmen – und damit innerdisziplinär und interdisziplinär umsichtiger als mit „lediglich“ kranken Patient*innen umgehen. Es gilt, die Teilhabe in der Gesellschaft mit medizinischen Mitteln zu unterstützen und Diskriminierung zu vermeiden. Diese Ziele, die in der Medizin nicht per se angestrebt werden, zumal diese in erster Linie dem medizinischen Krankheitsverständnis folgt, sind stärker als bislang politisch hervorzuheben und im Selbstverständnis und den Strukturen der Medizin zu verankern.

III. Diskriminierung: soziologische, ethische und rechtliche Perspektiven

1. Diskriminierung als soziales Phänomen

Im Alltag wird unter Diskriminierung ein benachteiligendes Handeln und abwertendes Sprechen verstanden, dem eine vermeintliche Andersartigkeit eines Menschen zugrunde liegt. Wie der Soziologe Heitmeyer in seiner Langzeitstudie zur gruppenbezogenen Menschenfeindlichkeit darlegt, hängt die Diskriminierungsbereitschaft mit bestimmten Persönlichkeitsstrukturen wie Autoritarismus und sozialer Dominanzorientierung sowie mit vorherrschenden Stereotypen und Vorurteilen in sozialen Milieus und der Gesamtgesellschaft zusammen (u. a. Heitmeyer u. a. 2012, 10f).

Diskriminierung wird in der Regel als gesellschaftliche Benachteiligung, Ablehnung oder Ausgrenzung aufgrund von Merkmalen wie z. B. Religion, ethnische oder

soziale Herkunft, Geburt, Geschlecht, Sprache, sexuelle Orientierung oder Behinderung verstanden (Scherr 2016, 1). Den Menschen, die einer Gruppe zugerechnet werden, der eine von der Mehrheitsgesellschaft abweichende kollektive Identität mit Eigenschaften zugeschrieben wird – wie z. B. Menschen mit einer psychischen Erkrankung oder Menschen mit einer Körperbehinderung – wird im Vergleich zu anderen Gruppen weniger Achtung entgegengebracht. Sozialwissenschaftliche Studien zeigen, dass Diskriminierung nicht nur als Folge individueller Einstellungen oder kollektiver Mentalitäten verstanden werden muss, sondern als komplexes System sozialer Beziehungen, in dem benachteiligende Unterscheidungen und Zuordnungen entstehen und wirken (u. a. Scherr 2016, Hirschberg 2020).

Der Begriff Diskriminierung ist zudem eng mit Regionen und vor allem auch historischen Kontexten verbunden, sodass je nach Region und Zeit unterschiedliche diskriminierende Unterscheidungen entstehen und wirksam werden. Bereits die Konstruktion einer Gruppe ist keine neutrale Voraussetzung von Diskriminierung, sondern selbst schon wichtiges Element des Prozesses, der zur Diskriminierung führt. Denn mit der Zuordnung zu diskriminierten Gruppen werden Menschen nicht mehr als eigenverantwortliche und selbstbestimmungsfähige Individuen, sondern als Gruppenwesen wahrgenommen, die durch die Zugehörigkeit bzw. Zuordnung charakterisiert werden (Scherr 2000; Brubaker 2007).

2. Diskriminierungsverbot bzw. negative Diskriminierung

Das Gebot der Gleichbehandlung aller Menschen ist zentral für die Achtung der Würde des Menschen und für Gerechtigkeit zwischen Menschen. Eine ungleiche Behandlung eines Menschen, der sich in der gleichen Situation befindet, aber als Person oder als Mitglied einer Gruppe eine im Vergleich zu anderen schlechtere Behandlung erfährt, für die es keine nachvollziehbaren und gerechtfertigten Gründe gibt, ist ungerecht. Die Beurteilung, was als gleich und was als ungleich eingestuft werden soll, ist jedoch oft strittig. Zudem kann es Ungleichbehandlungen geben, die lediglich in bestimmten Lebenssituationen und -bereichen als gerechtfertigt gelten, etwa Arbeitsschutzvorkehrungen für schwangere Frauen.

Diskriminierungsverbote beziehen sich auf personengebundene Merkmale, denen eigen ist, dass sie dem Menschen unveränderlich anhaften oder sich nur unter Schwierigkeiten ändern lassen; d. h. ein Mensch kann auf ihr Vorhandensein oder Fehlen keinen oder nur begrenzten Einfluss nehmen. Unter anderem zählen zu diesen Merkmalen angeborene oder erworbene Behinderungen oder Beeinträchtigungen. Diskriminierungsverbote knüpfen außerdem an historische Erfahrungen von Ausgrenzung und Herabsetzung bestimmter Gruppen an (z. B. Frauen, Jüdinnen und Juden, Menschen mit Behinderung, People of Colour, Homosexuelle) und bekräftigen die Schutzwürdigkeit dieser Gruppen (Scherr 2016, bes. 1–2). Die historische Sicht auf Diskriminierung führt dazu, dass das Diskriminierungsverbot in erster Linie traditionell benachteiligte Gruppen schützt – also z. B. Frauen und nicht Männer, People of Colour und nicht Weiße.

Für eine demokratisch verfasste und den Allgemeinen Menschenrechten verpflichtete Gesellschaft ist der Anspruch leitend, dass alle Individuen über gleiche Rechte und Chancen verfügen. Wann jedoch Ungleichbehandlung, etwa von Frauen – auch in Europa lange ohne Wahlrecht – als ungerechte Benachteiligung oder aber als gerechtfertigte Ungleichbehandlung gilt, hängt entscheidend auch von der historisch veränderlichen Annahme ab, wer im vollen Wortsinn als „Mittensch“ gilt, der einen Anspruch auf die Erkennung als Individuum mit gleichen Rechten und Freiheiten hat. Das Recht von Menschen mit Behinderung auf Schulbildung, Arbeit und andere Formen der Teilhabe an der Gesellschaft hat sich in Westeuropa erst in der Nachkriegszeit herausgebildet.

3. Zum Verbot der Diskriminierung im Recht

Obwohl der vorliegende Beitrag ethische und diesbezüglich relevante sozialwissenschaftliche Fragen behandelt, soll kurz auf das Diskriminierungsverbot im Recht eingegangen werden, weil das Recht für das individuelle Handeln und für institutionelle Regelungen und Praktiken einen wichtigen Rahmen darstellt. Angesichts von Diskriminierungsphänomenen stellt sich zudem jeweils die Frage, ob es sich um eine rechtlich sanktionierbare Diskriminierung handelt.

Das Diskriminierungsverbot ist auf unterschiedlichen rechtlichen Ebenen normiert: im Völkerrecht, im Unionsrecht und im nationalen Recht. Internationale und europäische Rechtsnormen wirken auf die Gestaltung des deutschen Rechts ein: Teils sind die rechtlichen Vorgaben im deutschen Recht anzuwenden, teils sind sie noch umzusetzen, teils sind die Rechtsnormen bei der Auslegung und Anwendung deutschen Rechts zu beachten. Außerdem bieten die im Völker- und Unionsrecht verankerten Rechte zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeiten.

Die UN-BRK versteht unter Diskriminierung nicht nur das willkürliche Vorenthalten gleicher Rechte, sondern „jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung auf Grund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen“ (UN-BRK, Art. 2).

In Deutschland besteht, was die Gesundheitsversorgung von Menschen mit einer Behinderung anbelangt, angesichts des allgemeinen Gleichheitsgrundrechts (Art. 3 Abs. 1 GG: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“) und insbesondere aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG der Auftrag, Menschen wirksam vor einer Benachteiligung aufgrund von Behinderung zu schützen. Darüber hinaus sind vor allem die Sozialgesetzbücher sowie das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2021 (Beschluss vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20), das Diskriminierung von Menschen mit einer Behinderung im Fall von Triage während einer Pandemie verbietet, ein-

schlägig. Zudem enthält § 5c Abs. 1 des Infektionsschutzgesetzes (IfGS) mittlerweile ein Diskriminierungsverbot für den Fall, dass aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten vorhanden sind (20. Juli 2000 – BGBl. I S. 1045, zuletzt geändert durch Art. 8v des Gesetzes vom 12. Dezember 2023 – BGBl. 2023 I Nr. 359). Darüber hinaus gilt seit 2009 die von Deutschland unterzeichnete UN-BRK (2006), die insbesondere in Art. 25 Fragen der Gesundheit und Gesundheitsversorgung behandelt. Zahlreiche nationale und weitere völkerrechtliche Regelungen fordern gesellschaftliche Bewusstseinsprozesse und politische Maßnahmen, um Diskriminierungen von Menschen mit einer Behinderung abzubauen und sie zu befähigen, ihre Rechte und Chancen auch faktisch wahrzunehmen.

Auf das Problem, dass in Deutschland Menschen mit einer Behinderung der Gefährdung von Diskriminierung in erhöhtem Maß ausgesetzt sind, machte jüngst noch die Rechtswissenschaftlerin Anna-Lea Wolf im Zusammenhang mit der Diskussion über das Infektionsschutzgesetz aufmerksam: Es gerate dabei leicht aus dem Blick, dass sich die Behindertendiskriminierung keinesfalls auf besondere Notlagen oder sonstige Ausnahmestände beschränke. Und sie fährt fort: Die Gefahr einer Diskriminierung sei ein ganz alltägliches Problem – und zwar in jedem erdenklichen Lebensbereich. Für den Sektor der Gesundheitsvorsorge und -pflege lasse sich die Gefahr der Diskriminierung allerdings recht leicht reduzieren. Denn zumeist ergebe sich die Diskriminierungsgefahr insbesondere dadurch, dass selbst medizinisch voll ausgebildetes Personal die Lebenssituation und -qualität behinderter Patienten sachlich falsch beurteile (Wolf 2024, 249).

4. Unterschiedliche Formen von Diskriminierung

Diskriminierung kommt in unterschiedlichen Formen vor (u. a. Altman 2020, Scheer 2016). Derzeit gängige und einige spezifische Unterscheidungen, die für den Bereich der Medizin und Gesundheitsversorgung relevant sind, werden im Folgenden vorgestellt.

a) Direkte bzw. unmittelbare Diskriminierung

Richtet sich eine konkrete Diskriminierung gegen eine Einzelperson, lässt sich diese einfacher als Diskriminierung wahrnehmen und kritisieren als andere Formen von Diskriminierung. Eine direkte bzw. unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Maßnahme, Routine oder Regelung explizit eine diskriminierende Ungleichbehandlung vorsieht, die eine Person mit einem verpönten Merkmal und damit ggf.

einhergehende spezifische Begleitmerkmale betrifft (u. a. Scheer 2016, 1, Dietrich 415f und rechtlich u. a. Langenfeld 2024, Art. 3 GG Rn. 34-36).²

b) Indirekte bzw. mittelbare Diskriminierung

Eine indirekte bzw. mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Maßnahme, Routine oder Regelung zwar keine offensichtliche Benachteiligung bestimmter Gruppen enthält, sich in ihrer konkreten Anwendung jedoch so auswirkt, dass Mitglieder einer bestimmten Gruppe benachteiligt werden (u. a. Scheer 2016, 1, Dietrich 2023, 416f). Im Unterschied zur direkten Diskriminierung beruht die Entscheidungsfindung bei einer indirekten Diskriminierung auf scheinbar neutralen – nicht auf die Gruppenzugehörigkeit abstellenden – Kriterien. Eine indirekte Diskriminierung kann intentional oder nicht-intentional erfolgen. So ist in manchen Fällen die Auswahl eines vermeintlich neutralen Kriteriums gerade durch die Absicht motiviert, ein ungleiches Ergebnis zu erzielen, das die Angehörigen einer Gruppe benachteiligt.³ In einem Bewerbungsverfahren kann z. B. die Anforderung eines hohen Bildungsabschlusses, der in der Regelstudienzeit erworben wurde, beabsichtigt oder unbeabsichtigt dazu führen, dass Menschen mit einer chronischen psychischen Erkrankung kaum eine Chance auf Einstellung haben.

Indirekte Diskriminierungen lassen sich häufig nicht leicht aufdecken, weil sie sich auf die faktischen Auswirkungen einer bestimmten Praxis beziehen. Wenn jedoch mithilfe empirischer qualitativer oder quantitativer Methoden oder in erster Näherung auch mit Erfahrungsberichten plausibel dargelegt werden kann, dass eine weit verbreitete Praxis oder Maßnahme eine spezifische Gruppe von Menschen, der in der Gesellschaft ein „verpöntes“ Merkmal zugeschrieben wird, häufiger benachteiligt und die Benachteiligung eine gewisse Intensität erreicht, kann von einer mittelbaren Diskriminierung gesprochen werden.

Zur Vermeidung oder Beseitigung einer mittelbaren Diskriminierung muss der Effekt jedoch erst einmal erkannt werden, und es muss Alternativen geben, bei denen die benachteiligenden Auswirkungen nicht auftreten. Wenn z. B. eine körperliche Mindestgröße die Einstellungsvoraussetzung für das Arbeiten an einem Montageband ist und dadurch Frauen gegenüber Männern benachteiligt sind, muss das Unternehmen prüfen, ob es den Produktionsprozess abwandeln kann. Anhand dieses Beispiels wird deutlich, dass es auch um die Frage geht, welche Änderungsforderungen zugemutet werden können (Thüsing 2021, Rn. 41). Vergleichbares gilt auch für Vorgaben, die Menschen mit einer Körperbehinderung regelhaft ausschließen.

² Im Recht zählen dazu Geschlecht und Behinderung, aber in der Regel auch weitere Merkmale, die in Abhängigkeit von der jeweiligen rechtlichen Regelung variieren können. Die Ethik bezieht sich auf eine offene Liste von Merkmalen, deren Träger*innen gesellschaftlich von Diskriminierung betroffen oder bedroht sind.

³ Aus rechtlicher Sicht kommt die Einbeziehung der mittelbaren Diskriminierung offenbar nur für die Merkmale des Geschlechts und der Behinderung in Betracht (Langenfeld 2024, Rn 38).

c) Strukturelle Diskriminierung und institutionelle Diskriminierung

Strukturelle Diskriminierung liegt vor, wenn die Benachteiligung einzelner Gruppen in den Strukturen der Gesellschaft begründet ist (Scheer 2016). Die über lange Zeit gewachsene Art des Zusammenlebens in Bezug auf das Bildungswesen, die Arbeitsteilung, die Verteilung von Entscheidungsbefugnissen geht immer auch mit patriarchalen, behindertenfeindlichen, postkolonialen, homophoben oder religiösen Konventionen und Traditionen einher, welche die Privilegierung von Gruppen und die Schlechterstellung anderer Gruppen als „normal“ erscheinen lassen. Da vorgegebene, vertraute Strukturen oft nicht hinterfragt und von den Betroffenen oder anderen Beteiligten selbst nicht als diskriminierend erkannt werden, lässt sich strukturelle Diskriminierung nicht auf den ersten Blick erkennen. Strukturelle Diskriminierungen beinhalten direkte oder indirekte Diskriminierung, die sich in gesellschaftlichen Formen des Zusammenlebens abbilden.

Als institutionelle Diskriminierungen, die nicht auf individuell zurechenbare Handlungen oder Überzeugungen zurückgeführt werden können (Scheer 2016, 2), gelten solche Konstellationen, bei denen interne Routinen, Regeln oder Abläufe in einer Institution dazu führen, dass Mitglieder einer bestimmten Minderheit bzw. Gruppe regelmäßig benachteiligt werden. Strukturen und Verfahrensweisen von Institutionen können also diskriminierende Auswirkungen haben, obwohl die handelnden Personen in der Institution weder stereotype Vorstellungen über Eigenschaften von Gruppen noch benachteiligenden Absichten haben. So kann eine institutionelle Diskriminierung von Menschen mit Behinderung z. B. erfolgen, wenn Ausbildungs- und Arbeitsstellen bevorzugt an solche Bewerber*innen vergeben werden, von denen angenommen wird, dass sie sich problemlos in die Betriebskultur einfügen und von Kolleg*innen und Patient*innen akzeptiert werden. Bewerber*innen hingegen, bei denen angenommen wird, dass ihre Behinderung zu Schwierigkeiten im Betrieb führt, werden angesichts solcher Voreinstellungen weniger Chancen auf eine Arbeitsstelle haben.

d) Diskriminierung durch Algorithmen

Neben klassischer Statistik verzeichnen in den letzten Jahren Verfahren aus dem Bereich der Künstlichen Intelligenz große Fortschritte, hier insbesondere das Deep Learning, das in künstlichen neuronalen Netzen komplexe Daten verarbeitet. Statistische Verfahren und Techniken der künstlichen Intelligenz bzw. des maschinellen Lernens beinhalten Risiken direkter oder indirekter Diskriminierung, die es zu entdecken bzw. zu vermeiden gilt.

Bei der Generierung von Behandlungsentscheidungen für Einzelfälle durch elektronische Verfahren, um beispielsweise den Zeitaufwand bei der Analyse eines einzelnen Falls zu reduzieren oder besondere Expertise zum Tragen kommen zu lassen, werden häufig Merkmale wie Hautfarbe und Geschlecht, aber auch Behinderung oder Alter als Daten erhoben. Es werden aber auch Datenmengen, die „zufällig“ bereits mit diesen Merkmalen verhaftet sind, verarbeitet. Potentiell enthalten

alle Analysen von Daten und die algorithmische oder automatisierte Entscheidungsfindung „Vorurteile“ (biases) in dem Sinn, dass die lernenden Verfahren stark von ihren Trainingsdaten abhängig sind (Lenzen 2023, 886; Orwat 2019). Trainiert man etwa einen Algorithmus, der Vögel erkennen soll, ohne ihm jemals einen flugunfähigen Vogel zu zeigen, wird er Pinguine und Strauße nicht zu den Vögeln rechnen. Trainiert man einen Algorithmus zur Gesichtserkennung vor allem an weißen Gesichtern, wird er People of Colour schlechter erkennen.

Insofern bedarf sowohl die Konzeption eines elektronischen Verfahrens als auch die Frage, welche Informationen herangezogen und welche Ergebnisse gewonnen werden können, einer kritischen Untersuchung, ob in Bezug auf diskriminierungsgefährdete Gruppen Korrekturen vorzunehmen sind. Denn wer Algorithmen entwickelt und einsetzt, muss nicht nur Verständnis für die Auswirkungen ihres Einsatzes haben (Rohde 2018), sondern außerdem prüfen, ob ein System bekannte, aus ethischer oder rechtlicher Sicht unzulässige Diskriminierungen mit sich bringt.

e) Diskriminierung in Form epistemischer Ungerechtigkeit

Epistemische Ungerechtigkeit bezeichnet eine Form der Ungerechtigkeit oder Unfairness zwischen Menschen, die sich auf Wissen, Verstehen und die Art der Kommunikation bezieht, wenn man z. B. von Wissen ausgeschlossen, zum Schweigen gebracht oder falsch dargestellt wird. Die britische Philosophin Miranda Fricker (2007 bzw. 2023), die den Begriff „epistemische Ungerechtigkeit“ geprägt hat, arbeitet in ihrer Theorie spezifische Ungerechtigkeiten heraus, unter der Individuen und Gruppen aufgrund ihres Status als Wissende leiden.⁴

Hermeneutische Ungerechtigkeit tritt ein, wenn ein bedeutender Bereich der eigenen sozialen Erfahrung in den kollektiven hermeneutischen Ressourcen – als dem gemeinsamen Werkzeug der sozialen Interpretation – nicht vorkommt (Fricker 2007, 155). Eine Reihe von Erfahrungen sind nicht vertreten und können daher nicht gut wahrgenommen und mitgeteilt werden.

Testimoniale Ungerechtigkeit tritt ein, wenn Vorurteile dazu führen, dass ein Adressat dem Wort eines Sprechers geringere Glaubwürdigkeit beimisst. Denn einige Menschen gelten aufgrund ihrer sozialen Position oder ihrer Zugehörigkeit zu einer gesellschaftlichen Gruppe als glaubwürdiger als andere. Aber auch Menschen mit einer Behinderung sind von solcher Diskriminierung bedroht und haben als Mitglieder einer stigmatisierten soziale Gruppe unter Umständen Glaubwürdigkeitsprobleme.

⁴ Für einen Überblick über Ausdifferenzierungen und Fortentwicklungen der vergangenen Dekaden vgl. Haenle (2023).

f) Mehrfachdiskriminierung und intersektionale Diskriminierung

Intersektionalität beschreibt die Überschneidung verschiedener Formen von Diskriminierung gegenüber einer Person in der Gesellschaft. Nicht selten vereint eine Person mehrere Merkmale auf sich, die sie in mehrfacher Hinsicht für eine Diskriminierung besonders anfällig machen, so z. B. Menschen mit einer geistigen Behinderung, die zudem durch die Merkmale „Frau“ und/oder „Migrationshintergrund“ gekennzeichnet sind. Sie laufen Gefahr, dass die verschiedenen diskriminierungsgefährdenden Merkmale häufigere und stärkere Diskriminierungen mit sich bringen.

Intersektionalität zeigt auf, dass es wechselseitige Verstärkungen zwischen verschiedenen Formen der Ungleichbehandlung und Diskriminierung gibt (Kaufmann 2020, Bereswill 2020). Im Hinblick auf Disability Studies haben sich als intersektionale Perspektiven vor allem die Feminist Disability Studies, die Queer Studies und die Racism Studies herausgebildet (Kaufmann 2020, 257). Den kritischen Positionen geht es nicht nur um die Analyse von Ungleichverhältnissen, sondern vor allem um deren Aufhebung durch soziale, rechtliche und politisch-ökonomische Praxen.

g) Maßnahmen zur Vermeidung von Diskriminierung bzw. „positive Diskriminierung“

Angesichts von negativer Diskriminierung können positive Maßnahmen, die Diskriminierungen verursachen oder befördern, zulässig oder sogar geboten sein (aus verfassungsrechtlicher Perspektive u. a. Langenfeld 2024, Rn. 29-33). Strukturelle Maßnahmen zugunsten diskriminierter oder von Diskriminierung bedrohter Merkmalsträger*innen sollen Benachteiligungen abbauen bzw. kompensieren, um das Ziel faktischer Gleichheit zu verwirklichen. Die positiven Maßnahmen können nicht allein mit dem Diskriminierungsverbot, sondern mit dem Recht auf Chancengleichheit und faktische Gleichheit gerechtfertigt werden. Das Unterlassen von Maßnahmen, die Menschen faktisch gleiche Rechte und gesellschaftliche Teilhabe ermöglichen, würde eine Diskriminierung darstellen (Graumann 2012).

Der Soziologe und Sozialarbeitswissenschaftler Albert Scherr (2016), aber auch andere Autoren wie der Soziologe Kulke (2020) arbeiteten zudem heraus, dass Diskriminierung und soziale Ungleichheit häufig ineinander verschränkt und somit schwer zu unterscheiden sind, etwa was in der Lebenswirklichkeit Betroffener Folge von Diskriminierung und was Folge von Einkommens- oder Bildungsarmut ist. Scherr (2016, 3f) hebt in Bezug auf positive Maßnahmen gegen Diskriminierung hervor, dass die Gesellschaftspolitik nicht aufgespalten werden solle in eine Antidiskriminierungspolitik einerseits und in den Abbau sozialer Ungleichheit und die Herstellung sozialer Gerechtigkeit andererseits. Außerdem reiche es nicht aus, lediglich wirksame rechtliche Sanktionen gegen Diskriminierung zu verankern. Vielmehr müsse Antidiskriminierung als gesellschaftspolitische Programmatik auf drei Ebenen ansetzen:

Erstens müsse das gesellschaftliche Problembewusstsein gestärkt werden – etwa dadurch, dass in Ausbildung und Studium die Thematik behandelt werde, damit bestimmte Berufsgruppen wie Lehrer*innen speziell auf Diskriminierungsfragen

achteten. Zweitens müssten Organisationen verbindliche und überprüfbare Antidiskriminierungskonzepte verankern, etwa in Form von Trainings und Qualifizierungsmaßnahmen für Mitarbeiter*innen, der Einrichtung von Beschwerdestellen für Betroffene, anonymisierten Verfahren der Bewerber*innenauswahl, Formen des Monitorings von Gleichstellungsmaßnahmen sowie der Implementierung von Diversity-Konzepten.

Anhaltend kontrovers werden in Bezug auf positive Maßnahmen zur Verbesserung der Position diskriminierter Gruppen die Wirksamkeit der Maßnahmen, die Begründung der Auswahlkriterien und die Folgen der Festschreibung von Gruppen, die als besonders förderungswürdig erachtet werden, diskutiert (Scherr 2016, 5). Da Menschen mit Behinderung zweifelsohne eine diskriminierte Gruppe darstellen, stehen die letztgenannten Fragen hier nicht mehr zur Debatte, sieht man einmal von den Ein- und Ausschlusskriterien in Bezug auf „Behinderung“ ab.

IV. Grundlegende moralische Abwehr- und Anspruchsrechte in Bezug auf medizinische Behandlung

Mit dem Verbot der Diskriminierung von Menschen mit einer Behinderung und dem Ziel gleichberechtigter Teilhabe an der Gesellschaft sind vom Recht und im politischen Diskurs Gleichbehandlung und Unterstützung gefordert. Im Folgenden soll dies aus ethischer Sicht begründet werden – nicht zuletzt um zu zeigen, dass sich die Forderungen der UN-BRK nicht nur sozialpolitisch und völkerrechtlich, sondern auch aus ethischer Sicht mit guten Gründen ausweisen lassen.

1. Grundlegende moralische Rechte auf die allgemein notwendigen Bedingungen der Handlungsfähigkeit

In dem deontologischen Ansatz des US-amerikanischen Moralphilosophen Alan Gewirth bildet das menschliche Handeln den Ausgangspunkt für eine Reihe von Schritten, die in eine Art kategorischen Imperativ münden, um grundlegende moralische Rechte jedes Menschen zu begründen (grundlegend Gewirth 1978; 1989 sowie Steigleder 1999): Jeder Mensch handelt freiwillig und zielgerichtet und kann seinem Handeln nicht entgehen. Wenn er sein Tun reflektiert, sieht er ein, dass sein Handeln auf allgemein notwendigen Voraussetzungen basiert, die er nicht für sich fordern muss, sondern die für alle Menschen gleichermaßen erforderlich und daher zu garantieren sind. Dazu zählen Elementargüter wie Leben, physische Integrität, Bewegungsfreiheit, geistiges Gleichgewicht, Mittel wie Nahrung, Kleidung und Unterkunft und individuumsübergreifende Voraussetzungen wie ein gewisses Maß an Frieden und Ordnung und eine in ökologischer Hinsicht bewohnbare Umwelt. Des Weiteren braucht jeder Handlungsfähige sogenannte Nichtverminderungsgüter, die zur Aufrechterhaltung des Niveaus der Erfüllung eigener Ziele dienen, so u. a. für

die Zukunft planen zu können, Wissen über für das eigene Handeln relevante Fakten zu haben und nicht belogen oder bestohlen zu werden. Schließlich sind Wachstumsgüter zur Erhöhung des Niveaus der Erfüllung eigener Ziele erforderlich – so u. a. Selbstwertschätzung und Selbstvertrauen auf Seiten des Handelnden, die Achtung durch andere, ein soziales Klima, das die Entwicklung dieser Voraussetzungen fördert und außerdem die Möglichkeit, Bildung und Vermögen zu erwerben.

In Anbetracht dieser allgemein notwendigen Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit, d. h. den oben angeführten „Gütern“, muss jeder Handelnde aus logisch zwingenden Gründen anerkennen, dass er stets in Übereinstimmung mit den konstitutiven Rechten der Adressaten seiner Handlungen handeln soll. Denn jeder Mensch, der über sich als Handelnden reflektiert, sieht ein, dass er zum einen darauf angewiesen ist, dass andere seine Freiheit und die weiteren allgemein notwendigen Güter der allgemeinen Handlungsfähigkeit nicht beeinträchtigen oder zerstören. Zum anderen muss er mit Situationen und Lebensumständen rechnen, in denen er die allgemein notwendigen Güter nicht durch eigene Anstrengung erreichen oder wiedererlangen kann. Angesichts der Abhängigkeit eines Handelnden von den Handlungen anderer Individuen lassen sich auch Anspruchsrechte bzw. Pflichten gegenüber anderen begründen: „Wir haben Pflichten, Individuen bei der Erfüllung ihrer konstitutiven Rechte der Handlungsfähigkeit zu helfen, wenn sie dies nicht durch eigene Anstrengung schaffen. Dadurch werden Individuen befähigt zu handeln, mit allgemeinen Chancen auf Erfolg, d. h. befähigt zur Verfolgung ihrer eigenen Zwecke, welche auch immer es sein mögen., so lange wie sie nicht die konstitutiven Rechte anderer verletzen.“ (Gewirth, 1996; Übers. M. B.)

Jeder Handelnde hat also, vorausgesetzt, er schafft es nicht aus eigener Kraft, ein Recht auf Hilfe zur Erlangung, zum Erhalt oder zur Wiederherstellung von „Gütern“, die allgemein notwendig für jedwedes Handeln sind. Menschen schulden sich untereinander Unterstützung, sofern sie von der Beeinträchtigung der Rechte anderer wissen und „zu nicht vergleichbaren Kosten“ (Gewirth 1978, Übers. M. B.) Abhilfe schaffen können. Die Erfüllung berechtigter moralischer Ansprüche kann jedoch Einzelne über Gebühr belasten. So werden Menschen des nahen Umfelds z. B. spezifische Kompetenzen, etwa medizinisches Wissen und medizinisch-technische Behandlungsmöglichkeiten, fehlen. Um die allgemein notwendigen Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit für jeden Menschen zuverlässig gewährleisten zu können, muss es daher einen Sozialstaat mit entsprechenden Institutionen geben (ausführlich begründend Gewirth 1996).

Für Menschen mit einer Behinderung gilt daher: Wenn die allgemein notwendigen Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit nicht oder nicht mehr gegeben sind, haben andere die Pflicht, ihnen bei der Verbesserung oder Wiederherstellung der eingeschränkten Voraussetzungen zu helfen. Bei Menschen mit einer Lähmung beispielsweise wird häufig das Elementargut „Bewegungsfreiheit“ beeinträchtigt sein – und in einer Gesellschaft, in der Menschen mit einer Behinderung selten auf dem ersten Arbeitsmarkt eine lukrative Beschäftigung finden, auch die „Fähigkeit, Vermögen zu erwerben“ – ein Wachstumsgut. In einer Gesellschaft, in der Menschen mit

einer Behinderung durchgängig mit direkter oder indirekter Diskriminierung rechnen müssen, wäre auch das Nichtverminderungsgut, für die Zukunft planen und seine Ziele verwirklichen zu können, beeinträchtigt.

Auf diese Weise, d. h. durch das Aufzeigen, wo grundlegende individuelle Rechte in Bezug auf die allgemein notwendigen Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit bzw. „Güter“ nicht gewährleistet sind, lassen sich für alle Formen von Behinderung berechnete individuelle Rechte auf Assistenz ebenso ausweisen wie auf struktureller Ebene Maßnahmen, die sicherstellen, dass Menschen mit einer Behinderung ihre grundlegenden Rechte wahrnehmen können (ähnlich zur Frage der Versorgung im Krankheitsfall Bobbert 2000, bes. 426–438).

2. Zur Bestimmbarkeit von Grenzen der Unterstützung

Mit Hilfe des Ansatzes von Gewirth lassen sich außerdem die Grenzen der Hilfspflichten von Individuen und unterstützenden gesellschaftlichen Strukturen bestimmen: Wenn sich bei einem Anspruch eines Menschen oder einer Gruppe von Menschen mit einer Behinderung keine Beeinträchtigung einer allgemein notwendigen Voraussetzung der Handlungsfähigkeit darlegen lässt, sind die Ansprüche zumindest aus ethisch-normativer Sicht nicht gerechtfertigt.

Hinsichtlich der Begründung moralischer Rechte und Pflichten durch Alan Gewirth stellt sich die Frage der Begrenzung darüber hinaus nochmals in zweifacher Hinsicht, wenn es um die faktischen Verhältnisse geht: Ab wann ist faktisch Gleichheit in Bezug auf das Wahrnehmen der grundlegenden individuellen Rechte gegeben? Und: Ab wann sind die moralischen Rechte und Pflichten von Menschen ohne eine Behinderung beeinträchtigt, weil die „Kosten“ im Sinne von Aufwand und Ressourceneinsatz unverhältnismäßig werden? Allerdings ist dies zunächst einmal mit Blick auf die grundlegenden Rechte einzelner Menschen zu denken. Darüber hinaus müssen staatliche Institutionen dafür sorgen, dass die Rechte jedes Menschen gewährleistet sind. Ein Staat muss den grundlegenden moralischen Rechten Einzelner Genüge tun und wird hier viel leisten müssen, bevor die „Kosten“ hierfür an Grenzen stoßen.

Auch die UN-Behindertenrechtskonvention spricht die Frage der Begrenzung an – allerdings ohne ethisch-normative Kriterien zu nennen, an denen gemessen werden soll: Es gelte „angemessene Vorkehrungen“, d. h. notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen zu treffen, „die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen“ (UN-BRK 2006, Art. 2). Unter anderem seien Kostengesichtspunkte und gesellschaftlichen Ressourcen zu berücksichtigen.

3. Ethische Diskriminierungstheorien bedürfen eines ethisch-normativen Bezugs

Teilweise werden sogenannte ethische Diskriminierungstheorien herangezogen, um zu diskutieren, ob eine ethisch problematische Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung vorliegt – etwa eine indirekte Diskriminierung durch die jüngste Ergänzung

des Infektionsschutzgesetzes (Art. 8v vom 12. Dezember 2023). Die Medizinethikerin Dufner unterscheidet in ihrer Darstellung der angelsächsischen Debatte zwischen einem Irrelevanzansatz, einem schadensbasierten Ansatz und einem Herabwürdigungsansatz (Dufner 2023, bes. 392–297) und zieht diese heran, um festzustellen, worin im Infektionsschutzgesetz in Bezug auf Menschen mit einer Behinderung genau das Übel bestehe (Dufner 2023, für einen Überblick über diese Theorien vgl. bes. 393–397; Altman 2020, Lippert-Rasmussen 2018). Unter Bezugnahme auf diese Diskriminierungstheorien im geänderten Infektionsschutzgesetz könne sie keine indirekte Diskriminierung im ethisch verwerflichen Sinne ausmachen.

Die aus dem angelsächsischen Raum stammenden Diskriminierungstheorien verlaufen jedoch größtenteils quer zu allgemeinen ethischen Ansätzen, die ethische Normen generell begründen. Denn die eng aufgestellten Diskriminierungstheorien stellen aus analytischer Sicht lediglich Theorieelemente im Sinne von Ideen vor, was sich als negative Folge von Ungleichbehandlung werten ließe. Allerdings bieten sie keine ausgewiesenen ethischen Kriterien im Allgemeinen, sondern beziehen sich auf plausible Vorstellungen darüber, was ein Übel darstellen könnte. Damit wird die Frage, ob eine aus ethischer Sicht nicht akzeptable Diskriminierung vorliegt, jedoch in gewisser Weise beliebig bzw. hängt davon ab, welche Diskriminierungstheorie man heranzuziehen geneigt ist, was als Übel erachtet wird und ob sich im konkreten Fall negative soziale Folgen nachweisen lassen. Davon abgesehen reichen Diskriminierungstheorien nicht weit, falls im Anschluss daran das Urteil gefällt würde, dass eine direkte oder indirekte Diskriminierung und in diesem Sinne eine Ungerechtigkeit vorliegt. Denn sie vermögen nicht dazulegen, welche Änderungen aus ethischer Sicht geschuldet wären.

Die genannten speziellen Diskriminierungstheorien, die irrtümlicherweise signalisieren, dass gerade sie bei Diskriminierungsfragen heranzuziehen sind, stehen auch quer zu deontologischen und damit ethisch-normativen Ansätzen wie dem von Alan Gewirth. Dieser allgemeine moralphilosophische Ansatz korrespondiert, was die materialen normativen Forderungen anbelangt, mit der UN-BRK (2006), die eine Ausdifferenzierung der Allgemeinen Menschenrechte darstellt. Die Frage, ob die Ungleichbehandlung ein ethisch relevanter „Schaden“ ist, wird hier vom Maßstab gerechtfertigter moralischer bzw. juridischer Individualrechte aus bestimmt und damit nicht lediglich plausiblen Vorstellungen eines „Übels“ überlassen. Auch aus rechtlicher Perspektive ist dies relevant, da das Grundgesetz eine Werteordnung abbildet und auch deshalb Überlegungen der analytischen Philosophie nicht ausreichen.

V. Völkerrechtliche Normen der UN-Behindertenrechtskonvention von 2006 in Bezug auf medizinische Behandlung

In Bezug auf die medizinische Behandlung von Menschen mit einer Behinderung ist aus völkerrechtlicher Sicht die UN-BRK einschlägig, die die Allgemeinen Menschenrechte vor dem Hintergrund der Erfahrungen von Menschen mit einer Behinderung interpretiert. Sie sichert Menschen mit Behinderung alle Menschenrechte und Grundfreiheiten zu (UN-BRK 2006, Art. 1), verbietet Diskriminierung und fordert geeignete Maßnahmen zur Änderung oder Aufhebung bestehender Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten oder Praktiken, die eine Diskriminierung darstellen (UN-BRK 2006, Art. 4). In Gefahrensituationen und humanitären Notlagen muss ein Vertragsstaat alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um den Schutz und die Sicherheit von Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten (UN-BRK 2006, Art. 11).

Die UN-Behindertenrechtskonvention gibt damit Antwort auf die systematische Frage, wann eine Ungleichbehandlung eine aus rechtlicher Sicht inakzeptable Diskriminierung darstellt und welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um Diskriminierungen gegenüber Menschen mit einer Behinderung zu beseitigen oder vorzubeugen. Philosophische oder medizinethische Reflexionen zu Gleichheit, Ungleichheit und Diskriminierung im Allgemeinen (z. B. Dufner 2023, Dietrich 2023) bleiben, sofern sie sich nicht auf die völkerrechtliche Entwicklung oder auf einen deontologischen ethischen Ansatz beziehen, hinter dem rechtlichen Stand der Debatte zurück, was insbesondere dann, wenn sie sich auf rechtliche Neuerungen in Deutschland beziehen, problematisch ist und zu rechtlich nicht akzeptablen Ergebnissen führen kann.

Art. 25 der UN-BRK (2006) präzisiert für den Bereich der Gesundheitsversorgung, welche Formen der Gleichbehandlung zu gewährleisten sind und dass ansonsten eine nicht vertretbare Diskriminierung vorliegt: Menschen mit Behinderungen haben ein Recht auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, Menschen mit Behinderungen eine unentgeltliche oder erschwingliche Gesundheitsversorgung derselben Bandbreite, Qualität und auf Basis desselben Standards zur Verfügung zu stellen wie anderen Menschen. Außerdem sind die diskriminierende Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung und -leistungen oder von Nahrungsmitteln und Flüssigkeiten zu verhindern.

Zudem muss Zugang zu geschlechtsspezifischen Gesundheitsdiensten und gesundheitlicher Rehabilitation gewährleistet sein (UN-BRK 2006, Art. 26). Um „ein Höchstmaß an Unabhängigkeit, umfassende körperliche, geistige, soziale und berufliche Fähigkeiten [...] und die volle Teilhabe an allen Aspekten des Lebens zu erreichen und zu bewahren, [...] organisieren, stärken und erweitern die Vertrags-

staaten umfassende Habilitations- und Rehabilitationsdienste und -programme, insbesondere auf dem Gebiet der Gesundheit [...], und zwar so, dass sie Menschen mit Behinderungen so gemeindenah wie möglich zur Verfügung stehen, [...] auch in ländlichen Gebieten“ (Art. 26, UN-BRK 2006 bzw. dt. Übers. 2009).

Laut Art. 35 der UN-BRK (2006) haben die Vertragsstaaten die Pflicht, dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, der aus unabhängigen gewählten Sachverständigen besteht, nach zwei Jahren und dann alle vier Jahre einen umfassenden Bericht über die Maßnahmen vorzulegen, die zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen ergriffen wurden. Die dabei erzielten Fortschritte werden geprüft und mit Vorschlägen und allgemeinen Empfehlungen versehen (Art. 36).

VI. Medizin: Problemanzeigen aus ethischer Sicht

Menschen mit Beeinträchtigungen haben oft einen schlechteren Gesundheitszustand als der Rest der Bevölkerung in Deutschland und außerdem ein erhöhtes Risiko für Begleit- und Folgeerkrankungen (Wetzel u. a. 2020, 332; Wellkamp u. a. 2023, 184, Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2021, 417f). Der Dritte Teilhabebericht des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales aus dem Jahr 2021 stellt zudem fest, dass Menschen mit Beeinträchtigung ihren Gesundheitszustand deutlich negativer einschätzen als Menschen ohne Beeinträchtigungen und dass objektive Indikatoren diese Selbsteinschätzung stützen (2021, 410; 418–421). Sie suchen Allgemeinmediziner*innen durchschnittlich 7,7 Mal pro Jahr auf, Menschen ohne Beeinträchtigungen 3,6 Mal (Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2021, 410).

Insgesamt gibt es jedoch nur wenige empirische Studien zu den speziellen Problemen von Menschen mit einer Behinderung in der medizinischen Versorgung. Der aktuelle Forschungsstand zur Gesundheitsversorgung von Menschen mit Behinderung ist sehr eingeschränkt (Wetzel u. a. 2020, 336). Laut Wetzel u. a. kann die Versorgungssituation von Menschen mit Behinderung bislang kaum angemessen bewertet werden. Zudem beziehen sich vorhandene Studien oft auf eine spezifische Behinderungsart und unterscheiden nicht zwischen Art, Ursache und Schwere der Behinderung. Unstrittig ist jedoch, dass ein spezifischer Bedarf an Gesundheitsförderungs- und Präventionsansätzen für diese Bevölkerungsgruppe besteht (Wetzel u. a. 2020, 336).

1. Ausgewählte Problemanzeigen in Bezug auf direkte bzw. unmittelbare Diskriminierung

a) Erwachsene mit kognitiven Beeinträchtigungen in der Allgemeinmedizin

Eine qualitative Studie zu den Erfahrungen von Mitarbeiter*innen ambulanter und stationärer Wohneinrichtungen, die nach der Gesundheitsversorgung der Bewohner*innen mit einer geistigen oder mehrfachen Behinderung befragt wurden, weist darauf hin, dass im niedergelassenen Bereich ein Mangel an Zeit, verordneten Leistungen und durchgeführten medizinischen Maßnahmen besteht: „Systemische, strukturelle, qualifikatorische und finanzielle Grenzen erschweren eine qualitativ hochwertige Versorgung der Zielgruppe“ (Hasseler 2015, 369). So wurden z. B. Maßnahmen zur Schmerztherapie nicht durchgeführt oder längere Zeit keine Sehhilfe verordnet. Es müsse viel Beziehungsarbeit mit Ärzt*innen geleistet werden, um Verordnungen zu erhalten. Bestimmte Leistungen wie Logopädie, Ergotherapie oder Physiotherapie würden mit dem Hinweis auf das „Budget“ oder mit der Behauptung, der Mensch mit Behinderung sei „nicht rehabilitationsfähig“, nicht verordnet. Es lässt sich also ein Mangel an verordneten Leistungen feststellen (auch Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Bartig u. a. 2021, 46).

Außerdem erschwerten physische Barrieren den Zugang zur Arztpraxis für Menschen im Rollstuhl oder mit einer Gehbehinderung. Dies gilt in noch stärkerem Maße für ländliche Regionen, variiert aber auch zwischen den Bundesländern (Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Bartig u. a. 2021, 41–43). Aufgrund dieser Zugangsbarriere verzögern sich bei Menschen mit Behinderungen Untersuchungen und Behandlungen (Wetzel/Rathmann 2020). Außerdem besteht seitens niedergelassener Haus- und Fachärzt*innen eine geringe Bereitschaft zur Aufnahme von Menschen mit einer geistigen Behinderung (Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Bartwig u. a. 2021, 43f), und es seien längere Wartezeiten auf einen Termin zu verzeichnen (Wetzel/Rathmann 2020). Lange Wartezeiten stellen eine Barriere im Zugang zur Gesundheitsversorgung bzw. eine Form der Rationierung von Leistungen dar.

Insgesamt beginnt die Frage der Barrierefreiheit bzw. der Diskriminierung bereits mit einer offenen und wertschätzenden Einstellung gegenüber Menschen mit Behinderung, die angesichts dieser Befunde häufig nicht gegeben zu sein scheint.

b) Zugang zur Organtransplantation für Menschen mit einer kognitiven Beeinträchtigung

Menschen mit einer kognitiven Beeinträchtigung⁵ sind beim Zugang zu einer Organtransplantation bisweilen der Gefahr einer verdeckten direkten Diskriminierung

⁵ Teils spricht die Referenzliteratur von Menschen mit einer kognitiven Beeinträchtigung, teils von Menschen mit einer geistigen Behinderung. Diesen Begriffen folgt der vorliegende Beitrag in dem

ausgesetzt (Princ 2016). Im Unterschied zu anderen Patient*innen mit einer schweren Organschädigung erhalten sie teilweise nicht die Chance zu einer lebensrettenden (Leber, Herz) oder lebenserleichternden (Niere) Organtransplantation, weil sie nicht an ein Transplantationszentrum überwiesen werden. Dies entspricht nicht dem in Deutschland seit 1997 geltenden Transplantationsgesetz: Danach hat der behandelnde Arzt „Patienten, bei denen die Übertragung vermittlungspflichtiger Organe medizinisch angezeigt ist, [...] unverzüglich an das Transplantationszentrum zu melden“ (§ 13 Abs. 3 TPG).

Eine weitere Weichenstellung für den Zugang zu einer Organtransplantation besteht in Deutschland darin, in einem Transplantationszentrum auf die Warteliste gesetzt zu werden. Menschen mit einer kognitiven Beeinträchtigung, dies zeigen zumindest einige Publikationen aus anderen Ländern, laufen Gefahr, nicht oder erst spät auf die Warteliste gesetzt zu werden, obwohl sie ein Transplantat benötigen. Für Menschen mit Trisomie 21 lässt sich diese Problematik etwas verdeutlichen: In rund 40 Prozent der Fälle werden sie mit einem Herzfehler geboren. Je nach Schwere der Erkrankung kann bei ihnen eine Herztransplantation oder sogar eine Herz-Lungen-Transplantation indiziert sein (Leonhard u. a. 2000, 816). Menschen mit Trisomie 21 müssten statistisch gesehen eigentlich recht häufig transplantiert werden.

In den USA wurde der Fall einer Diskriminierung 1996 öffentlich, als die 34-jährige Sandra Jensen als weltweit erste Patienten eine kombinierte Herz-Lungen-Transplantation erhielt, nachdem ihr jedoch in Kalifornien zwei Transplantationszentren die Aufnahme auf die Warteliste verweigert hatten – mit der Begründung, sie sei weder in der Lage, das Vorgehen bei einer Transplantation zu verstehen, noch die postoperativen Therapieanweisungen einzuhalten (Ross 2021, 1). Obwohl eine Umfrage bei Transplantationszentren in den USA nahelegt, dass Menschen mit einer angeborenen genetischen Erkrankung gut von einer Organtransplantation profitieren könnten, ist die Zahl der transplantierten Patient*innen mit einer kognitiven Beeinträchtigung und/oder einer angeborenen genetischen Erkrankung vergleichsweise gering. Ein größerer Teil der Transplantationszentren erachtet kognitive Beeinträchtigungen als Kontraindikation für eine Organtransplantation. Allerdings scheinen pädiatrische Zentren bei Kindern mit einer kognitiven Beeinträchtigung weniger Unterschiede zu machen als Transplantationszentren, die Erwachsene behandeln (Wall 2020, 8).

Die amerikanische Ärztin Ross zeigt nicht nur auf, dass kognitive Beeinträchtigungen sich auf einem breiten Spektrum bewegen und viele dieser Menschen mit etwas Unterstützung ihr Leben selbständig führen können, sondern auch, dass in

Wissen, dass diese Menschen faktisch oft diskriminiert werden. Um sprachlicher Diskriminierung entgegenzuwirken, hat sich im angelsächsischen Sprachraum der Begriff „intellectual developmental disorder“ etabliert. Im deutschen Sprachraum finden sich seit jüngerem Begriffe wie „Menschen mit anderen Lernmöglichkeiten“ oder „Menschen mit Lernschwierigkeiten“. Mangels eines eindeutigen neuen Begriffs folgt der vorliegende Beitrag dem üblichen Sprachgebrauch – in dem Wissen, dass eine Zuschreibung einer Diskriminierung Vorschub leisten kann.

den USA trotz zahlreicher Antidiskriminierungsprogramme kognitive Beeinträchtigungen immer noch ein relativer oder sogar absoluter Grund sind, einen Patienten nicht auf die Warteliste zu setzen (Ross 2020). Als Gründe würden oft genannt: erstens die potentielle Unfähigkeit des Patienten, den komplexen Behandlungsanweisungen nach der Transplantation Folge zu leisten, zweitens eine angenommene geringere Lebensqualität und damit weniger „Erfolg“ für ein Organ, drittens die angenommene kürzere Lebenserwartung wegen Begleiterkrankungen, was auch wiederum den „Erfolg des knappen Gutes Spenderorgan“ schmälere (Ross, 2021, 7).

Der Einwand des fehlenden Verständnisses, dass also Patient*innen mit einer kognitiven Beeinträchtigung nicht in der Lage seien, den Eingriff einer Organtransplantation zu erfassen, kann aus ethischer Sicht nicht als Ausschlussgrund für eine Transplantation gelten. Ansonsten müsste man auch Kindern Organtransplantationen vorenthalten (Pannochia u. a. 2010, 729). Außerdem haben Menschen mit einer kognitiven Beeinträchtigung das Recht auf Assistenz in dieser Hinsicht. Auch der Einwand einer mangelnden postoperativen Compliance (Befolgung von Therapieanweisungen durch die Patient*innen), die sich im Übrigen auch bei nicht-behinderten Patient*innen schlecht voraussagen lässt (Bobbert 2012, 175), dürfte nicht zum Ausschluss führen, da bei Menschen mit einer kognitiven Beeinträchtigung das soziale Umfeld bzw. die Betreuenden in die zu erwartende Compliance einzubeziehen sind.

Die angeführten Studien aus anderen Ländern sind zwar schon allein deshalb nicht eins zu eins übertragbar, weil das Gesundheitsversorgungssystem und das Recht in Deutschland teils anders gestaltet sind. Doch der Kontext der Problemanzeigen – vor allem die Vorurteile von Ärzt*innen bzw. epistemische Ungerechtigkeiten (s. u.) gegenüber Menschen mit einer geistigen Behinderung legen nahe, dass auch in Deutschland Menschen mit einer geistigen Behinderung, die ein Ersatzorgan benötigen, diskriminiert werden. Wie hoch die Zahl derer ist, denen in Deutschland aufgrund einer geistigen Behinderung der Zugang zu einer Organtransplantation verwehrt wird, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen. Um feststellen zu können, wie viele Patient*innen mit geistiger Beeinträchtigung überwiesen werden und wie viele Zugang zu einer Organtransplantation erhalten, müsste die zusätzliche Kategorie „Behinderung“ in die Tätigkeitsberichte der Deutschen Stiftung für Organtransplantation eingeführt werden. Dann ließe sich zumindest vergleichen, ob die Proportion zwischen der Anzahl der organerkrankten Menschen mit einer (geistigen) Behinderung in Näherung der Zahl an Patient*innen mit einer Behinderung entspräche, die auf die Warteliste gesetzt wurden.

Eine Diskriminierung von Menschen mit einer Behinderung beim Zugang zu einer Organtransplantation wiegt aus ethischer Sicht besonders schwer, weil es sich um den Zugang zu einer lebenserhaltenden Ressource handelt, d. h. um die Zuteilung von Lebenschancen.

*c) Gefahr der Diskriminierung: Behandlungsbegrenzung bei nicht (mehr) entscheidungsfähigen schwerstkranken Patient*innen*

Entscheidungsfähige Patient*innen mit einer unheilbaren, fortschreitenden Erkrankung müssen ihre informierte Zustimmung zu Diagnostik und Therapie geben.⁶ Durch Aufklärung befähigt können sie sich zu Verlaufsprognosen, die selbst bei schlechten Aussichten noch durch Unsicherheit und die Offenheit des Sterbezeitpunkts geprägt sind, verhalten. Aus ethischer Sicht schwierig sind jedoch Fragen der Behandlungsbegrenzung bei nicht mehr entscheidungsfähigen, schwerstkranken Patient*innen (ausführlich dazu Bobbert 2012). Haben diese zudem eine Behinderung, können problematische Lebensqualitätsbewertungen in die „gemischten“ Urteile der Ärzt*innen (Diagnose, Prognose, Indikation), d. h. solche Urteile, die Sach- und Werturteile beinhalten, einfließen. Aber auch bei zuvor gesunden Menschen, die durch einen Unfall (z. B. Verbrennungen, durch Sport- und Verkehrsunfälle Paraplegie oder kognitive Einschränkungen) eine Behinderung „erworben“ haben und nicht mehr oder akut nicht entscheidungsfähig sind, können Lebensqualitätsurteile Außenstehender dazu führen, dass (lebensrettende) Behandlungen nicht ergriffen oder nicht fortgeführt werden.⁷

Weiter oben wurde in Bezug auf Diskriminierungsphänomene bei der Organtransplantation bereits das Problem angesprochen, dass Menschen mit einer Behinderung eine geringe Lebensqualität zugeschrieben wird. Den Sozialwissenschaftlern Albrecht und Devlieger (1999) kommt das Verdienst zu, das „Behinderungsparadox“, das auf Unterschiede in der Selbst- und Fremdeinschätzung aufmerksam macht, beschrieben zu haben. Die meisten Menschen mit einer Behinderung berichten von subjektiv guter Lebensqualität, vergleichbar mit den Werten von Menschen ohne Behinderung. Demgegenüber nehmen die Allgemeinbevölkerung, Ärzt*innen und andere Mitarbeitende des Gesundheitswesens irrtümlich an, dass Menschen mit einer Behinderung keine zufriedenstellende Lebensqualität haben. Das „Behinderungs-Paradox“ lässt sich dadurch erklären, dass Kranke bzw. Menschen mit einer Behinderung offenbar bestimmte Lebensqualitätsaspekte anders gewichten, also nicht nur medizinische Probleme und der Grad der Einschränkung relevant sind. Dies wiederum lässt sich u. a. darauf zurückführen, dass chronisch Kranke und Menschen mit einer (erworbenen) Behinderung Anpassungs- und Bewältigungsprozesse durchlaufen (Lude 2015).

Ist ein Patient bzw. eine Patientin in der Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigt oder nicht mehr urteilsfähig, müssen sich Ärzt*innen in Notfallsituationen daher weitestgehend auf die medizinische Sachlage – in Form von Diagnose und Prognose – stützen, da dann, wenn die Chance zur Lebensrettung, Lebensverlängerung oder Heilung besteht, jeder kranke oder behinderte Mensch zunächst einmal maximal behandelt werden muss – in der Annahme, dass er gerettet werden möchte.

⁶ Vgl. für dieses Unterkapitel Bobbert 2020, 111f.

⁷ Vgl. zu Lebensqualitätskonzepten in der Medizin und entsprechenden ethischen Fragen Bobbert 2012, 325–386.

Angesichts des Lebensschutzes gelten die Vorsichtsregel und die Pflicht, die Prognose bestmöglich abzusichern. Eine Behandlungsbegrenzung im Sinne passiver Sterbehilfe lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn große Sicherheit hinsichtlich Diagnose und Prognose im Zusammenhang mit einer unheilbaren, zum Tode führenden weit fortgeschrittenen Erkrankung besteht. Andernfalls müssen Schritte zur weiteren Absicherung der Prognose unternommen werden, etwa das Hinzuziehen von Kolleg*innen mit langjähriger klinischer Erfahrung oder weitere fachärztliche Abklärungen. Außerdem kann auch ein gezieltes und zeitlich umrissenes „Zuwarten“ unter fortgesetzter Therapie zu einer höheren prognostischen Sicherheit führen. Dementsprechend wäre bei Formen langanhaltender Bewusstlosigkeit ein Behandlungsabbruch nur dann gerechtfertigt, wenn die Irreversibilität der Bewusstlosigkeit mit großer Sicherheit angenommen werden kann (näher dazu Bobbert 2012).

Wenn ein Mensch mit einer Behinderung schwer erkrankt und nicht mehr ansprechbar ist, dürfen also keine anderen Kriterien der Behandlungsbegrenzung in Anschlag gebracht werden als sonst auch. Ein Gedankenexperiment, in dem das Fallszenario ohne Behinderung durchdacht und aus medizinischer Sicht beurteilt wird, kann helfen zu überprüfen, ob eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung vorliegt, sobald eine Behandlungsbegrenzung erwogen wird.

d) Formale Möglichkeiten zur Verhinderung direkter Diskriminierung

Die im Jahr 2023 vom Deutschen Bundestag beschlossene Ergänzung des Infektionsschutzgesetzes (§ 5c IfSG), die Menschen mit einer Behinderung vor direkter Diskriminierung schützen soll, besteht aus verschiedenen Verfahrensregelungen. So muss laut § 5c Abs. 3 IfSG jede Zuteilungsentscheidung einvernehmlich von zwei Fachärzt*innen (Vier-Augen-Prinzip) getroffen werden, die über mehrjährige Berufserfahrung in der Intensivmedizin verfügen. Zur Beurteilung der kurzfristigen Überlebenschancen von Patient*innen, die eine Behinderung oder Komorbidität aufweisen, muss eine Person mit Fachexpertise für die betreffende Beeinträchtigung konsultiert werden. Die in § 5c Abs. 4 IfSG verankerte Dokumentationspflicht verlangt, alle Umstände darzulegen, die in eine Zuteilungsentscheidung eingeflossen sind. Zu nennen sind außerdem alle an der Beschlussfassung mitwirkenden Personen mitsamt ihrem Votum oder ihrer beratenden Stellungnahme.

Diese und weitere Verfahrensregeln lassen sich auch auf andere Bereiche der medizinischen Behandlung übertragen, um direkter Diskriminierung vorzubeugen. Allerdings würden für den Fall, dass alle Beteiligten Vorurteile gegenüber Menschen mit einer Behinderung haben oder dem „Behinderungsparadox“ erliegen sollten, formale Maßnahmen nicht ausreichen. Es müssten daher auch strukturelle Maßnahmen, die Vorurteilen entgegenwirken, ergriffen werden. So sollten im Medizinstudium und später in Fortbildungen Erfahrungen und Kenntnisse in Bezug auf Menschen mit einer Behinderung und eine Sensibilität für individuelle, gesellschaftliche und epistemische Fallstricke der Diskriminierung vermittelt werden. Um ärztliche Entscheidungen auf eine mögliche Diskriminierung hin zu prüfen, eignet sich ein

bereits weiter oben angeführtes Gedankenexperiment: Sobald ein Patient oder eine Patientin eine Behinderung hat, sollte der Fall bzw. sollten die offenen Diagnose- und Behandlungsfragen für fiktive Patient*innen „ohne Behinderung“ durchdacht werden.

2. Ausgewählte Problemanzeigen in Bezug auf indirekte bzw. mittelbare Diskriminierung als institutionelle und strukturelle Diskriminierung

Indirekte Diskriminierungen können Folge von Regeln, rechtlichen Vorgaben, vor allem aber auch von institutionellen Praktiken und Regeln sowie gesellschaftlichen Strukturen sein. Nachstehend werden ausgewählte Probleme der Medizin, die eine indirekte Diskriminierung darstellen, behandelt.

Allgemein gesprochen kann die systematische Unterversorgung einer Gruppe in eine indirekte Diskriminierung münden, wenn die Unterversorgung als Problem bereits bekannt ist. Wenn folglich eine Gruppe bereits durch ein verpöntes Merkmal gekennzeichnet ist, so etwa Menschen mit einer Behinderung, liegt angesichts einer Unterversorgung dieser Gruppe eine indirekte Diskriminierung vor, sobald man um die Versorgungsprobleme von Menschen mit Behinderung in der Medizin weiß. Da Formen der Unterversorgung bzw. indirekten Diskriminierung, die in Institutionen und gesellschaftlichen Strukturen der Gesundheitsversorgung vorkommen, mittlerweile zur Genüge bekannt sein sollten, ist im Folgenden von indirekter Diskriminierung, die hauptsächlich in Form institutioneller und struktureller Diskriminierung vorkommt, die Rede. Eine Form diskriminierender Unterversorgung entsteht beispielsweise, wenn bekannt ist, dass Menschen mit einer Behinderung auf dem Land zum einen Barrieren vorfinden, wenn sie auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen sind, um zu einer weit entfernten Hausarzt- oder Facharztpraxis zu kommen, oder wenn die nächstgelegene Praxis nicht barrierefrei zugänglich ist. Der Dritte Teilhaberbericht des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (2021, 411) problematisiert: „Arztpraxen, die nach eigenen Angaben für mobilitätsbeeinträchtigte Menschen bedeutsame Merkmale der Barrierefreiheit und zugleich über barrierefreie Sanitäreinrichtungen verfügen, machen einen Anteil von 10% an allen vertragsärztlichen Praxen aus.“

*a) Krebskranke Patient*innen mit einer geistigen Behinderung*

Nach der Definition der Weltgesundheitsorganisation ist eine geistige Behinderung eine „signifikant verringerte Fähigkeit, neue oder komplexe Informationen zu verstehen und neue Fähigkeiten zu erlernen und anzuwenden [...]“ (WHO, ICD 10, F 70-F 79). Daraus ergeben sich besondere Kommunikations- und Assistenzanforderungen. Allerdings handelt es sich um eine sehr heterogene Personengruppe mit unterschiedlichen und häufig unbekanntem Bedarf und Bedürfnissen. Daten aus dem Ausland legen nahe, dass Krebserkrankungen bei Menschen mit einer geistigen Behinderung ebenso häufig vorkommen wie in der Allgemeinbevölkerung (Mensah u. a. 2021, 1024):

Allerdings würden Frühsymptome häufiger übersehen als bei Menschen ohne Behinderung. Neben einer mutmaßlich eingeschränkten Möglichkeit zur Artikulation von Beschwerden im Anfangsstadium einer Krebserkrankung bestehe unter Umständen auch eine geringere Symptomaufmerksamkeit. Allerdings fehle es seitens der Ärzt*innen an Wissen über atypische Symptome bei Menschen mit einer geistigen Behinderung. Zudem nähmen Menschen mit einer geistigen Behinderung weniger häufig an Vorsorgeuntersuchungen teil – unter Umständen wegen der Notwendigkeit der Begleitung. Die Ärzt*innen müssten sich auf die individuellen Besonderheiten eines Menschen mit einer geistigen Behinderung einstellen und für die Untersuchung und Kommunikation mehr Zeit einplanen. Der zeitliche Mehraufwand und die fehlenden Refinanzierungsmöglichkeiten könnten mit ein Grund dafür sein, dass bei Menschen mit einer Behinderung weniger Vorsorgeuntersuchungen durchgeführt werden als bei Menschen ohne Behinderung.

Menschen mit einer geistigen Behinderung stellen in der allgemeinen Versorgung, aber auch in der Krebsversorgung eine besonders vulnerable Patient*innen-gruppe dar, die besonderen Versorgungsbedarf hat, was Diagnostik, Therapie und Begleitung angeht (Mensah u. a. 2021, 1022). Ein System, das auf Menschen ohne geistige Behinderung ausgelegt sei, komme bei eingeschränkten Patient*innen rasch an seine Grenzen. Schon die Diagnosestellung könne schwieriger sein, da zu einer eingeschränkten Selbstbeobachtung und -wahrnehmung Kommunikations-schwierigkeiten zwischen Patient*innen und Behandler*innen und Abwehrreaktionen hinzukämen. Zudem seien die Patient*innen teils weniger belastbar und könnten u. U. nicht wie sonst in üblicher Weise mitwirken.

Ärzt*innen und Pflegende seien weder im Studium oder in der Ausbildung noch durch Fortbildungen hierauf vorbereitet. Eigene Erfahrungen lägen aufgrund des geringen Vorkommens geistiger Behinderung und aufgrund der sehr hohen Varianz der Formen und Ausprägungen eher selten vor. Ethische Abwägungen, was Behandlungsmöglichkeiten angeht, erforderten eine Aufklärung, die von den Betroffenen verstanden werden müsse. Auf eine solche Situation seien die Behandelnden nur unzureichend vorbereitet. Hinzu komme, dass bei Menschen mit einer geistigen Behinderung aufgrund ihrer insgesamt oft höheren Morbidität mit einer veränderten Symptomatik von Krankheiten im Vergleich zu Menschen ohne geistige Behinderung zu rechnen sei.

Defizite stellen Onkolog*innen auch bei der Behandlung onkologischer Erkrankungen fest: Viele Behandelnde seien unsicher bei Therapieentscheidungen sowie bei der Einschätzung der Zumutbarkeit von Eingriffen oder einem gut begründeten Verzicht. Allerdings besteht gerade an dieser Stelle des Entscheidens unter Umständen auch die Gefahr direkter Diskriminierung: So beschreibt zumindest eine retrospektive Auswertung des US-amerikanischen Krebsregisterprogramms signifikant geringere Operationsraten für 1016 Patient*innen mit geistigen Behinderungen, die in einem frühen Stadium am nicht-kleinzelligen Bronchialkarzinom erkrankt waren, obwohl die Operation als „Goldstandard“ der Behandlung galt (Iezzoni u. a. 2008).

Das Ärztekollektiv Mensah u. a. aus der Onkologie fordert eine bessere Erfassung von Menschen mit geistiger Behinderung zur Abbildung epidemiologischer Kennzahlen, bessere Früherkennungsroutinen zur Vermeidung verspäteter Diagnosen, Kommunikationsschulungen für Behandelnde und die Integration spezialisierter Krebsversorgung mit bestehenden Angeboten spezialisierter Versorgung für Menschen mit geistiger Behinderung (Mensah u. a. 2021, 1023). Informationen in leichter Sprache sollten zur Verfügung stehen. Außerdem sollten in das Verzeichnis abrechenbarer Leistungen im ambulanten Bereich (§ 87 Sozialgesetzbuch V) Zusatzcodes bzw. Entgelte für die Betreuung von Menschen mit einer Behinderung eingeführt werden (Mensah u. a. 2021, 1024). Schließlich sieht das onkologische Autorenkollektiv die Notwendigkeit systematischer Erhebungen.

Insgesamt ist zu beobachten, so das Ergebnis einer Befragung von Geraedts u. a. (2017), dass Menschen mit einer geistigen Behinderung weniger Therapie erhalten, obwohl sie häufiger Kontakt mit dem Gesundheitswesen hatten als Menschen ohne geistige Behinderung. Als Gründe gaben Angehörige und andere Begleitpersonen fehlende Kostenübernahmen durch die Krankenkassen (31%), geringes Interesse der betreuenden Person (23%), eine fehlende Begleitperson (21%) und einen mangelnden Überblick über bestehende Angebote (19%) an (Geraedts u. a. 2017, 44).⁸

b) Besonderheiten in der unfallchirurgischen Versorgung von Menschen mit schwerer geistiger und körperlicher Behinderung

Ärzt*innen von Kliniken in Bethel und Bielefeld, die auf eine lange Tradition der Behandlung von Menschen mit Behinderungen zurückblicken können, berichten von den speziellen Herausforderungen unfallchirurgischer Versorgung.

Zum ersten sei das Patientenkollektiv neben der Behinderung oder Mehrfachbehinderung oft durch internistische Begleiterkrankungen oder Verhaltensauffälligkeiten charakterisiert. Daher müssten die medizinische und pflegerische Versorgung in allen Schritten abgewogen und individuell angepasst werden. Häufig könne z. B. die Behandlung von Brüchen nicht nach etablierten Konzepten erfolgen, sondern es müssten Abwandlungen oder suboptimale Wege beschritten werden. Aufgrund einer hohen postoperativen Komplikationsrate, so z. B. Wundheilungsstörungen, Infektionen oder Implantatversagen, komme außerdem der konservativen Therapie von Knochen- und Gelenkbrüchen eine wichtige Rolle zu. Allerdings seien auch hier Ruhigstellungen oder das Achten auf Belastungs- und Bewegungseinschränkungen nicht leicht zu vermitteln. Teilweise könnten Vorgaben für eine Teilbelastung nicht eingehalten werden. In Fällen akuter Agitiertheit sei zu prüfen, ob die Osteosynthese durch zusätzliche Schienung oder Gips geschützt werden müsse. Ein interdisziplinär zusammengesetztes Team entscheide unter Berücksichtigung sämtlicher individuell relevanter Faktoren.

⁸ Ähnliche Probleme und Häufigkeitsangaben legt der Dritte Teilhabebericht des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales 2021, 512, dar.

Bei Menschen mit geistigen Behinderungen unterschieden sich beispielsweise im Hinblick auf ihre kommunikative Zugewandtheit, die Fähigkeit, Krankheits- und Schmerzzustände zu verbalisieren, das Auftreten von Teilnahmslosigkeit oder gar Aggressivität. Dementsprechend sei die Aussagekraft der Anamnese als zentralem Instrument der Informationsgewinnung und Therapiesteuerung häufig eingeschränkt, weil die Betroffenen über den Zeitpunkt und Art der Verletzung, über Mobilität, Erwartungen und Möglichkeiten der Mitarbeit (Compliance) nur bedingt Auskunft geben könnten. Außerdem müssten Betreuer*innen, Pflegende und Angehörige zur Durchführung bildgebender Diagnoseverfahren und zur Ermittlung des Versorgungsbedarfs hinzugezogen werden (Grüneweller u. a. 2022, 166f). Auch postoperativ ist es unter Umständen aufgrund einer antizipierten reduzierten Compliance erforderlich, z. B. einen Verband mehrere Tage zu belassen und dementsprechend Material und Technik zu wählen.

Körperliche Behinderungen bestehen aus Lähmungen und Kontrakturen mit eingeschränkter Gelenkbeweglichkeit und können mit einem chronischen Risiko chronischer Luxationen („Auskugeln“) von Gelenken und einem dysproportionalen Knochenwachstum einhergehen (Grüneweller u. a. 2022, 166). Bei Menschen mit körperlichen Behinderungen treten daher im Zusammenhang mit unfallchirurgischen Eingriffen unübliche Komplikationen etwa durch ein erhöhtes Risiko für Frakturen, Sturzneigung, verminderte Knochen- oder Muskelqualität auf.

Bei Menschen mit Beeinträchtigungen seien die Ziele der Arbeitsgemeinschaft für Osteosynthesefragen (AO) nicht immer vollständig zu erreichen. Vielmehr müssen für jeden Patienten und jede Patientin individuell Ziele festgelegt werden. Die Ärzt*innen der Unfallchirurgie und Mitarbeitende aus der Behindertenhilfe resümieren für die Praxis: „Die Behandlung von Verletzungen bei Menschen mit schweren geistigen Behinderungen stellt eine große Herausforderung dar und kann nur im interdisziplinären Ansatz erfolgreich durchgeführt werden. Die Ansprüche an die konservative wie auch operative Unfallchirurgie ergeben sich in diesem Patientenkollektiv aus den individuellen Ansprüchen der Patient*innen, aus der Abwägung zu erwartender Komplikationen und Risiken und der Anwendung auch im Spiegel der geltenden AO-Standards oft unkonventioneller Therapiekombinationen. Dabei ist die Behandlung im stationären Aufenthalt langwierig, personalintensiv und kann häufig nur in spezialisierten Einrichtungen mit speziell ausgebildeten Pflegenden und Therapeuten ermöglicht werden“ (Grüneweller 2021, 172).

Darüber hinaus machen die Ausführungen zum speziellen Feld der Unfallchirurgie deutlich, dass es ähnlicher fachärztlicher und pflegerischer Analysen zur Versorgung von Menschen mit einer Beeinträchtigung sowie Forschungsstudien bedarf, um differenziertere Kenntnisse über die Lage der Zielgruppe zu erhalten und deren Gesundheitsversorgung zu optimieren.

c) Mundgesundheit und Zahnversorgung bei Menschen mit einer Behinderung

Nach wie vor ist die Mundgesundheit bei Menschen mit einer Behinderung in Deutschland schlechter als in der Allgemeinbevölkerung. Zu diesem Schluss kommt eine Literaturübersicht, die Studien in Bezug auf Karies und Parodontitis auswertete (vgl. für den gesamten Abschnitt Schulte/Schmidt 2021). Arten von Behinderungen, mit denen eine schlechtere Mundgesundheit einhergeht, sind: geistige Behinderung, psychische Behinderung, kognitive Beeinträchtigungen infolge von Schlaganfall, Hirnhautentzündung oder Schädelhirntrauma, Mehrfachbehinderung (kognitive Behinderung in Kombination mit Körperbehinderung), Blindheit oder schwere Sehstörung, Gehörlosigkeit oder schwere Hörbehinderung, Körperbehinderung mit Angewiesenheit auf einen Rollstuhl und fehlende oder gelähmte Hände oder Arme. Kinder mit Behinderung haben häufiger Karieserfahrungen, und Erwachsenen mit geistiger Behinderung werden infolge von Karies mehr Zähne gezogen als in der Allgemeinbevölkerung (Schulte/Schmidt 2021, 796). Teils haben Kinder mit einer Behinderung die kariösen Zähne bereits vor der Einschulung erworben. Bei Kindern und Jugendlichen mit psychoemotionalen Störungen sei das Kariesrisiko ähnlich hoch wie bei Kindern mit einer geistigen Behinderung.

Die beiden Zahnmediziner Andreas Schulte und Peter Schmidt empfehlen, in mehrjährigen Abständen bei Menschen mit den genannten Arten von Behinderung in allen Altersstufen oralepidemiologische Untersuchungen durchzuführen, etwa in Kindergärten, Schulen und Werkstätten für Menschen mit einer Behinderung oder Wohnheimen. Außerdem sollten Zahnarztpraxen bei Kindern mit einer Behinderung die Zähne viermal statt nur zweimal pro Jahr fluoridieren. Schulen und Gesundheitsämter sollten zur Mundpflege beraten und anleiten. Zudem sei es ratsam, bei einem Kind mit einer geistigen Behinderung einen Pflegegrad zu beantragen, um Anspruch auf Beratung und Unterweisungen zur Mundpflege zu haben.

Die überwiegende Mehrzahl der Zahnärzt*innen sind laut Schulte und Schmidt nur unzureichend auf die zahnmedizinische Versorgung von Patient*innen mit einer Behinderung vorbereitet. Schwierig gestaltet sich die Zahnversorgung bei Menschen mit einer Behinderung unter Umständen deswegen, weil eine Therapie unter Allgemeinanästhesie, die nicht alle Zahnärzt*innen anbieten, erforderlich werden kann – teils wegen eines hohen allgemeinmedizinischen Risikos sogar stationär. Auf Patient*innen mit einer geistigen Behinderung sind Medizin und Pflege in den meisten Krankenhäusern jedoch nicht eingestellt. Andere Studien attestieren insbesondere Mängel in der pflegerischen Versorgung während eines Krankenhausaufenthaltes (Bundesvereinigung Lebenshilfe e. V. 2020; Habermann-Horstmeier 2019).

Insgesamt ist der Mehrbedarf an Betreuung in der stationären Versorgung von Menschen mit Behinderungen nur unzureichend abrechenbar – woraus wiederum spezifische institutionelle Diskriminierungen resultieren (Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Bartig u. a. 2021, 48f). Für die ambulante Zahnversorgung tritt zum administrativen und personellen Mehraufwand auch das Risiko eines ersatzlosen

Behandlungsausfalls, bei dem sich derzeit gegenüber den Krankenkassen keine Fallpauschale geltend machen lässt (Schumny u. a. 2023).

In Deutschland gibt es einzig an der Universität Witten/Herdecke einen Lehrstuhl für Behindertenorientierte Zahnmedizin (Knuffmann 2018). Hier wird deutlich, dass die behandelnden Zahnärzt*innen über spezielle Kommunikationskompetenzen und vertrauensbildende Maßnahmen verfügen müssen, dass Zeit für ein langsames Vorgehen vorhanden sein muss, um Unverständnis und weitere Erklärungen oder spontane Weigerungen mit einzukalkulieren. Davon abgesehen sind an staatlichen medizinischen Fakultäten und in der neuen Approbationsordnung Unterrichtsveranstaltungen zu diesem Thema nach wie vor nicht vorgesehen.

d) Kriterien einer Triage bei Behandlungen in einer Pandemie

Viel diskutiert wurde angesichts von Empfehlungen medizinischer Fachgesellschaften im In- und Ausland die Problematik der direkten Diskriminierung von Menschen mit Behinderung im Fall einer Triage bei der Behandlung von COVID-19-Erkrankten. Eine Verfassungsbeschwerde zielte auf den wirksamen Schutz vor Benachteiligung von Menschen mit einer Behinderung bei der Entscheidung über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen (BVerfG 2021). Zwar lautete ein erstes Ergebnis der Triage-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dass Menschen mit einer Behinderung nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligt werden dürfen. Ein zweites Ergebnis besagt jedoch, dass die Orientierung an der klinischen Erfolgsaussicht im Rahmen der Triage verfassungsrechtlich zulässig ist. Rechtswissenschaftler*innen, u. a. Huster (2022, 2021), sahen bereits das Verfassungsurteil kritisch, weil gerade das Abstellen auf die Erfolgsaussichten Menschen mit einer Behinderung in besonderer Weise treffe und dies der Absicht der Verhinderung von Diskriminierung zuwiderlaufe.

Der Philosoph Frank Dietrich (2023) arbeitet heraus, dass sich bei der im Dezember 2022 in Kraft getretenen Erweiterung des Infektionsschutzgesetzes, das knappe überlebenswichtige intensivmedizinische Ressourcen nach dem Kriterium der Überlebenswahrscheinlichkeit priorisiert sehen will (§ 5c Abs. 2 IfSG), vor allem die Frage der indirekten Diskriminierung stellt. Allerdings würden alle schwer Erkrankten gleichbehandelt, wenn die kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit als Entscheidungskriterium herangezogen werde – und unter diesem Gesichtspunkt kommt Dietrich zu dem Schluss, dass keine indirekte Diskriminierung vorliege.

Dietrich sieht zwar durchaus, dass z. B. Menschen mit Down-Syndrom aufgrund ihrer Behinderung schlechtere Überlebenschancen haben können. Er akzeptiert im Hinblick auf die klinische Erfolgsaussicht jedoch den Vergleich über Individuen hinweg, was einer auf grundlegenden moralischen Rechten basierenden Ethik zuwiderläuft: Lediglich in Bezug auf ein Individuum, bei dem „intern“ zwischen individuellem Nutzen und Schaden abgewogen wird, darf die klinische Erfolgsaussicht herangezogen werden. In Bezug auf diesen wesentlichen Punkt bleibt Dietrich damit undifferenziert. Es ist außerdem nicht klar, was er damit meint, wenn

er abschließend schreibt, dass die „Orientierung an der klinischen Erfolgsaussicht eine ethische etablierte Position“ (Dietrich, 2023, 424f) darstelle. Wollte er damit z. B. die Berufsmoral der in der Organtransplantation tätigen Ärzt*innen beschreiben, so wäre ihm aus sozialwissenschaftlicher Sicht beizupflichten. Denn unter Transplanteur*innen ist die Vorstellung weit verbreitet, dass ein Organ am besten demjenigen transplantiert werden sollte, der am meisten Lebensjahre gewinnen kann, d. h. Patient*innen in noch guter Verfassung (kritisch dazu Bobbert/Ganten 2013). Das deutsche Recht und das über EURO-Transplant streng geregelte Vergabeverfahren sollen jedoch gerade unterbinden, dass Ärzt*innen die knappen Organtransplantate gemäß ihren Moralvorstellungen, die z. B. auf die Maximierung von Lebensjahren oder die Rettung angesehenen Gesellschaftsmitglieder ausgerichtet sind, zuteilen.

Das Problem des Entscheidens über Menschen mit einer Behinderung unter Bedingungen einer Triage liegt anders als die ethischen Fragen der Verteilung knapper Transplantationsorgane. Im Fall einer Triage wäre vor der vermeintlich unproblematischen Gleichbehandlung bei denjenigen Fallgruppen abzuweichen, bei denen bestimmte Erkrankungen Teil der Behinderung sind bzw. mehr oder weniger regelhaft mit einer bestimmten Behinderung einhergehen. In diesen Fällen sollte Ungleiches auch ungleich behandelt werden (Denn warum sonst sollte man z. B. schwangere Frauen am Arbeitsplatz anders behandeln als nicht-schwangere Frauen oder anders als Männer?). In Distanz zu Dietrich erachtet die Autorin des vorliegenden Beitrags das Abstellen auf die Erfolgsaussichten im Fall einer Triage als indirekte Benachteiligung von Menschen mit einer Behinderung. Denn in der Gruppe der Menschen mit einer Behinderung gibt es zahlreiche Untergruppen, deren Ausgangsgesundheitszustand generell schlechter ist als der von Menschen ohne Behinderung. Es handelt sich also nicht um zufällige Einzelkonstellationen. So zählen beispielsweise Menschen mit der genetisch bedingten chronischen Erkrankung Mukoviszidose zum Kreis von Menschen mit einer Behinderung, aber ebenso Menschen mit einer schweren Mobilitätseinschränkung, die mit Herz-Kreislauf-Problemen einhergehen kann.

Im Unterschied zu Dietrich (2023), der letztlich keine disproportionalen Nachteile sieht, argumentiert die Autorin des vorliegenden Beitrags, dass nur dann, wenn die mit einer Behinderung einhergehenden Gesundheitseinschränkungen aus der Überlebenswahrscheinlichkeit „herausgerechnet“ werden, keine indirekte Diskriminierung vorliegt. Ärzt*innen dürfte dies aber nur möglich sein, wenn ihnen die mit einer speziellen Behinderung einhergehenden typischen Gesundheitseinschränkungen bekannt sind. Obwohl die theoretische Forderung des „Herausrechnens“ auf Gruppenbildungen innerhalb der Menschen mit einer Behinderung angewiesen ist und letztlich mit vielen fließenden Übergängen zu tun hat, stellt sie eine andere Herangehensweise dar – nämlich die, dass Menschen mit einer Behinderung unter Triagebedingungen ungeachtet ihrer Behinderung zu betrachten sind. Wenn etwa ein Patient mit Down-Syndrom einen, was häufiger im Zusammenhang mit dieser Behinderung vorkommt, angeborenen Herzfehler oder wenn ein chronisch kranker

Mukoviszidose-Patient eine eingeschränkte Lungenfunktion hat, dann müssten diese beiden Erkrankungen im Sinne des Diskriminierungsverbots aus einem Score für das kurzfristige Überleben ausgeblendet werden, weil sie mit der jeweiligen Behinderung korrelieren (Strittig könnte das Gedankenexperiment allerdings werden, wenn eine chronische Erkrankung vorliegt, die als Behinderung gewertet wird, weil sie mit langfristigen Beeinträchtigungen einhergeht).

Würde ein solches Gedankenexperiment, das, soweit möglich, auch zu operationalisieren wäre, regelhaft durchgeführt, könnte damit einer indirekten Diskriminierung begegnet werden, weil Menschen mit einer Behinderung unzweifelhaft eine von Stigmatisierung und Diskriminierung betroffene Gruppe bilden.⁹ Der Schaden der Diskriminierung wäre – entgegen Dufners (2023) aufwändigen Ausführungen zu ethischen Diskriminierungsansätzen, bei denen jeweils unbegründet bleibt, warum sie herangezogen werden sollten – klar: Ein Unterlassen oder Hintanstellen medizinischer Behandlung im Pandemiefall würde das Leben von Menschen mit einer Behinderung gefährden.

3. Epistemische Ungerechtigkeit in der Medizin

Kranke Personen sind besonders anfällig für testimoniale Ungerechtigkeit im Sinne der Philosophin Miranda Fricker (Fricker 2023; ausführlicher zu Krankheit Kidd/Carel 2019; 2014; Haenel 2023, bes. 96f), da ihnen kognitive Unzuverlässigkeit und emotionale Instabilität zugeschrieben werden, was die Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen herabsetzt. Zudem herrscht unter Ärzt*innen und Institutionen des Gesundheitswesens, so Kidd und Carel, aufgrund von Ausbildung, Fachwissen und Nicht-Betroffenheit ein bestimmter Artikulations- und empirischer Beweisstil vor, der bestimmte Gruppen von Patient*innen marginalisiert. So wurden z. B. Herzinfarkte bei Frauen lange nicht zuverlässig erkannt, weil die medizinische Forschung sich fast ausschließlich auf den männlichen Körper beschränkt hatte (Haenel 2023, 102f). Ebenso liegt hermeneutische Ungerechtigkeit nahe, da Krankheitserfahrungen teils schwer in Worte zu fassen und zu verstehen sind, weil Lücken in den „gemeinsamen hermeneutischen Ressourcen“ (Fricker 2023, 202) bestehen.

Überträgt man die genannten Ausführungen auf die Gruppe der Menschen mit einer Behinderung, so lässt sich vermuten, dass diesem Personenkreis tendenziell weniger geglaubt wird, weil den Ärzt*innen spezifisches Wissen über typische Beschwerden und spezifische Ausprägungen von Symptomen fehlt und weil Menschen mit einer Behinderung ihre Erfahrungen für sich und für andere erst einmal

⁹ Wenn Begriffsanalysen wie die Dufners (2023, u. a. 397) generell beinhalten, dass für jede Gruppe, also auch für Menschen mit einer Behinderung, erst einmal der Nachweis geführt werden müsste, dass es sich um eine sozial hervorgetretene Gruppe handelt oder dass historische gewachsene soziale Gepflogenheiten schaden, wird die Diskussionen bei möglichen Schadensdefinitionen und Forderungen nach sozialwissenschaftlichen Nachweisen verweilen. Eine solche Diskussion bleibt hinter einer deontologischen ethischen Debatte zurück und kann auch mit dem deutschen Verfassungsrecht nicht in Einklang gebracht werden.

ins Wort bringen müssen. Entsprechend einer von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes in Auftrag gegebene Studie der Sozialwissenschaftler*innen Beigang u. a. (2017, 234f) berichten Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen, dass ihre körperlichen Beschwerden vom medizinischen und pflegerischen Personal nicht ernst genommen wurden. Bei Menschen mit körperlichen Behinderungen hätten die professionellen Helfer*innen zugleich eine kognitive Beeinträchtigung angenommen.

Menschen mit einer kognitiven Einschränkung dürften noch stärker von testimonialer und hermeneutischer Ungerechtigkeit betroffen sein, weil man ihnen weniger zutraut und teils vielleicht weniger Glauben schenkt, wenn sie Beschwerden artikulieren. Zudem kann es – aus intersektionaler Perspektive betrachtet – sein, dass Frauen mit einer geistigen Behinderung oder Kinder mit einer muskulären Erkrankung, etwa einer Spastik, in doppelter Hinsicht von testimonialer und hermeneutischer Ungerechtigkeit betroffen sind.

Von Diskriminierung spricht die Rechtswissenschaftlerin Wolf, wenn sie einige aktuelle Berichte über die Versorgung von Menschen mit einer Behinderung im Gesundheitswesen wie folgt zusammenfasst und damit im Grunde das Phänomen hermeneutischer Ungerechtigkeit beschreibt: „Während häufig bereits die Grundpflege nicht ausreichend ist, werden auch aufgrund der Vorerkrankung die eigentlichen Symptome fehlinterpretiert oder gar nicht erst erkannt. Dies folgt regelmäßig aus der Nichtberücksichtigung der konkreten persönlichen Lebenssituation des Patienten, die auch auf (ausbildungsbedingt) defizitärem Fachwissen und Erfahrungswerten des medizinischen Fachpersonals hinsichtlich des richtigen Umgangs und den spezifischen Besonderheiten behinderter Patienten beruht“ (Wolf 2024, 248f).

4. Diskriminierung in der Medizin durch Algorithmen

In der Medizin können Scores eingesetzt werden, um die Indiziertheit einer Behandlung genauer zu bestimmen oder den Behandlungserfolg besser vorherzusagen zu können. Wenn jedoch eine Studie oder ein bereits evaluierter Score z. B. zur Frage des Erfolgs von Organtransplantationen medizinische Negativ-Parameter abfragen würde, die auf körperbehinderte Menschen, die auf einen Rollstuhl angewiesen sind, verstärkt zutreffen, etwa zusätzliche behandlungsbedürftige Erkrankungen wie Druckgeschwüre oder außermedizinische Faktoren wie etwa Arbeitslosigkeit, dann würden Menschen im Rollstuhl systematisch schlechtere Erfolgsquoten bei Organtransplantationen aufweisen.

Caruana von Microsoft Research und die Mediziner*innen Lou und Gehrke der Cornell Universität in den USA berichteten 2015, dass ein auf einem neuronalen Netz basierendes System Entscheidungen, ob Patient*innen ambulant oder stationär behandelt werden können, unterstützen sollte. In dem System des maschinellen Lernens, das das Risiko der Sterblichkeit für Patient*innen mit Lungenentzündung vorherzusagen sollte, wurden verzerrte Trainingsdaten festgestellt, weil Patient*innen

mit Lungenentzündung und einem langfristigen Asthmaleiden direkt auf Intensivstationen gebracht worden waren. Diese Kontextinformationen wurden jedoch nicht in das Entscheidungsunterstützungssystem einbezogen. Daher ermittelte das System eine dem medizinischen Erfahrungswissen widersprechende höhere Überlebenschance für Patient*innen mit Asthma. Dies ist aber nur ein Beispiel für Probleme, die laut Cabitza u. a. (2017) entstehen können, weil relevante, aber nicht in Datensätzen repräsentierte Kontextfaktoren bei Entscheidungen unbeachtet bleiben.

Ähnliche verzerrende Effekte, die unter Umständen sogar gerade aus einer Mangelbehandlung oder indirekten Diskriminierung von Menschen mit einer Beeinträchtigung resultieren, deutet eine Gruppe von Onkolog*innen für Deutschland an: Dadurch, dass bei Menschen mit einer geistigen Beeinträchtigung onkologische Erkrankungen vergleichsweise spät entdeckt werden, kann eine Langzeituntersuchung, innerhalb derer Menschen mit Beeinträchtigungen kürzere Zeit überleben, dazu führen, dass das Risiko einer Krebserkrankung für diese Kohorte unterschätzt wird (Mensah u. a. 2021, 1024).

5. Intersektionalität von Diskriminierungen in der Medizin

In der Medizin sind vor allem Frauen mit Beeinträchtigungen in einer besonders benachteiligten Lage, da sich hier Diskriminierungsformen überschneiden (Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2021, 456f). Ihnen müsste besondere Aufmerksamkeit zukommen, weil sie einen schlechteren Gesundheitszustand als Männer mit einer Beeinträchtigung haben und weil sie als Frauen der Gefahr der Diskriminierung ausgesetzt sind.

So ist es beispielsweise in Einrichtungen der Behindertenhilfe, der Gesellschaft und in der Medizin als ihrem Spiegel nach wie vor nicht selbstverständlich, dass Frauen mit Beeinträchtigungen das Recht auf Entfaltung ihrer Sexualität, auf Verhütung und Reproduktion haben. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen des Nationalsozialismus in Deutschland, damaligen Sterilisationsprogrammen auch in Japan und Dänemark sowie individuellen Sterilisationen in der Nachkriegszeit bis heute in vielen anderen Ländern der Welt adressiert die Behindertenrechtskonvention diesen Problembereich wie folgt: In Fragen von Ehe, Familie, Elternschaft und Partnerschaften ist zu gewährleisten, dass „das Recht von Menschen mit Behinderungen auf freie und verantwortungsbewusste Entscheidung über die Anzahl ihrer Kinder und die Geburtenabstände sowie auf Zugang zu altersgemäßer Information sowie Aufklärung über Fortpflanzung und Familienplanung anerkannt wird und ihnen die notwendigen Mittel zur Ausübung dieser Rechte zur Verfügung gestellt werden“ (UN-BRK 2006, Art. 23 Abs. b).

In der Gesundheitsversorgung dürften in Deutschland Frauen mit einer Behinderung z. B. im Bereich der Schwangerschaftsverhütung und Reproduktionsmedizin verschränkten Diskriminierungen ausgesetzt sein. Denn nach wie vor ist es nicht selbstverständlich, dass Frauen mit einer geistigen oder körperlichen Behinderung

Kinder bekommen. Zudem kritisierte der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen im ersten Staatenbericht für Deutschland Barrieren beim Zugang zur Gesundheitsversorgung für Asylsuchende und Flüchtlinge mit Behinderungen (Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2021, 416) und verweist damit auf Diskriminierungen dieser Personengruppen.

VII. Maßnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung auf struktureller und institutioneller Ebene (positive Diskriminierung)

Um Benachteiligungen zu vermeiden oder auszugleichen, sind positive Maßnahmen und Vorkehrungen zu treffen, um faktisch gleiche grundlegende Rechte und gesellschaftliche Teilhabe zu gewährleisten. Das Gesundheitswesen und speziell die medizinische Versorgung muss Maßnahmen bieten, die Menschen mit einer Behinderung das Wahrnehmen ihrer Versorgungsansprüche und ihres Selbstbestimmungsrechts ermöglichen.

Die oben genannten ausgewählten Problembereiche haben bestehende Diskriminierungen deutlich vor Augen geführt. Zwar ist die Studienlage für Deutschland bislang begrenzt, doch schon die vorliegenden Daten und Studien lassen keinen Zweifel daran, dass Änderungen aus ethischer und rechtlicher Sicht zwingend erforderlich und geboten sind.

1. Menschen mit einer geistigen Behinderung als besonders vulnerable Gruppe

Die vorhandenen Studien und Problemanzeigen machen deutlich, dass Menschen mit einer geistigen Behinderung bzw. kognitiven Beeinträchtigung in besonderer Weise von direkter und indirekter Diskriminierung betroffen sind. Bei direkter Diskriminierung kommt zum Tragen, dass das Merkmal geistiger Behinderung in der Medizin zu nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung führen kann – und dies insbesondere in Bereichen, in denen es um Überlebenschancen geht. Bei Formen indirekter Diskriminierung spielen Verständnis- und Kommunikationsprobleme eine wichtige Rolle, aber auch die Tatsache, dass Diagnose, Aufklärung, Therapieentscheidung und Therapiedurchführung mehr Zeit und teils auch spezifisches Fachwissen erfordern.

2. Übergreifende Maßnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung für Menschen mit einer Behinderung

Missstände und entsprechende Forderungen in Bezug auf die Gesundheitsversorgung werden seit Jahren von den Behindertenverbänden (Bundesvereinigung Lebenshilfe e. V. 2020), im Teilhabebericht des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (2021), vom Deutschen Institut für Menschenrechte (2023, bes. 40–41) und in den Länderberichten (Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2023, bes. 45–50) und Stellungnahmen (United Nations, Committee on the Rights of Persons with Disabilities 2023, bes. 12f) zur UN-BRK vorgebracht. Die Ausführungen zu Maßnahmen auf unterschiedlichen Ebenen können im Rahmen des vorliegenden Beitrags nicht umfassend nachgezeichnet werden. Stattdessen soll lediglich auf strukturelle und institutionelle Maßnahmen eingegangen werden, die sich auf die ausgewählten Problembereiche beziehen. Es soll jedoch nicht unerwähnt bleiben, dass die ausgewählten Problemanzeigen ebenso wie die ausgewählten Maßnahmen zur Beseitigung von Diskriminierung zu Recht als *pars pro toto* gelten können.

a) Abbau von Barrieren

Von Ausnahmen abgesehen sind die ambulanten und stationären Strukturen der Medizin und Gesundheitsversorgung generell nicht auf Menschen mit Behinderung eingerichtet. Nur 10% der Arztpraxen in Deutschland sind barrierefrei (Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2021, 411). Es bleibt zu hoffen, dass die „Eckpunkte für die Bundesinitiative Barrierefreiheit – Deutschland wird barrierefrei“ vom 06.12.2022 wirklich zu Fortschritten bei der Barrierefreiheit von Gesundheitseinrichtungen führen werden (Deutscher Bundestag 2022). Neben baulicher Zugänglichkeit müssen aber auch barrierefreie Dokumente und gebärdensprachliche Übersetzungen für den Zugang zu Informationen und Kommunikation verfügbar sein (BRK 2006, Art. 2; Art. 9). Um dieser Forderung nachzukommen, sollten sämtliche Aufklärungen und Informationen in einer Klinik oder Praxis „übersetzt“ werden. Was Texte leicht oder schwierig macht und was Patient*innen mit unterschiedlichen körperlichen oder kognitiven Einschränkungen an Vermittlungsarbeit benötigen (Rosebrock 2020, bes. 95–97), lässt sich vermutlich nur von Fachpersonal der Behindertenhilfe klären.

b) Verbesserung der Fachlichkeit und Interaktionskompetenzen der Ärzteschaft

Ärzt*innen werden weder im Studium noch in Weiterbildungen auf die Behandlung von Menschen mit einer Behinderung vorbereitet. Ihnen fehlt nicht nur spezifisches Wissen über Formen von körperlicher und geistiger Behinderung und über häufige Krankheitsbilder, die mit bestimmten Behinderungen einhergehen. Sie berücksichtigen außerdem oft kaum, dass das Lebensumfeld von Menschen mit einer Behinderung ungleich bedeutsamer für die medizinische Behandlung ist. Auch gilt es, auf

schwierige Untersuchungssituationen vorbereitet zu sein. Die besonderen Fähigkeiten und Grenzen von Menschen mit langfristigen körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesbeeinträchtigungen müssen erkannt werden, um Aufklärung, Diagnose und Therapie darauf einstellen zu können. Ansonsten ergeben sich viele indirekte Diskriminierungen und damit Belastungen und Benachteiligungen von Menschen mit einer Behinderung, was deren medizinische Versorgung anbelangt.

Die speziell mit einer Behinderung verbundenen Probleme, Bedarfe und Verletzbarkeiten sollten Gegenstand von Unterrichtseinheiten für angehende Ärzt*innen, Pflegekräfte und andere Fachkräfte der Gesundheitsversorgung sein. Sensibilität, Fachwissen und Flexibilität für die Behandlung von Menschen mit einer Behinderung sollten selbstverständlich werden. Zugleich sollte das Gesundheitssystem behindertenspezifische Kompetenzen von Ärzt*innen und Pflegekräften im Zusammenhang mit Qualitätsansprüchen einfordern. Darauf aufbauend müsste dann allerdings auch der Mehraufwand refinanziert werden.

Im Jahr 2020 hat die Bundesärztekammer (2020; geändert 2022) ein Curriculum „Medizin für Menschen mit intellektueller Beeinträchtigung oder mehrfacher Behinderung“ vorgelegt. Es wäre wünschenswert, wenn dieses Curriculum vielerorts nachgefragt und in die Tat umgesetzt würde.

c) Forschung zur Versorgungssituation und zur Verbesserung medizinischer Therapien

In den wissenschaftlichen Beiträgen zur Frage der Gesundheitsversorgung von Menschen mit einer Behinderung in Deutschland wird fast durchgängig beklagt, dass zu wenig wissenschaftliche Studien vorliegen. Die Beiträge von Schulte und Schmidt (2021) zur Zahnmedizin, von Grüneweller (2022) zur Unfallchirurgie und von Mensah u. a. (2021) zur Onkologie zeigen zum einen, dass die Erkenntnisse in diesen Fachbereichen noch am Anfang stehen, zum anderen, dass für viele andere medizinische Fachbereiche – am besten in Kooperation mit anderen Gesundheitsberufen – entsprechende Forschungsbemühungen unternommen werden müssen. Zunächst könnte sicherlich noch mehr klinische Erfahrung zusammengetragen und publiziert werden. Gleichwohl beruht eine qualitativ gute medizinische Versorgung immer auf Forschung. Keine Forschung in Bezug auf die Gesundheitsversorgung von Menschen mit einer Behinderung zu betreiben, stellt bereits eine indirekte Diskriminierung dar.

d) Finanzierung von Begleitpersonen für Arzttermine und Krankenhausaufenthalte

Arztbesuche und Krankenhausaufenthalte sind insbesondere für Menschen mit einer geistigen Behinderung oder einer Mehrfachbehinderung allein nicht möglich und zudem oft angsteinflößend, da zu den Krankheitsbeschwerden der Weg in eine fremde Umgebung hinzukommt. Die Organisation und die Abläufe in einer Praxis oder einem Krankenhaus sind zudem nicht an Menschen mit einer Behinderung ausgerichtet.

Zum einen sollten deshalb die Organisationsstrukturen und Behandlungen offener für Patient*innen mit besonderen Bedarfen werden, zum anderen sollten aber auch Begleitpersonen vom Gesundheitswesen finanziert werden, damit Menschen mit einer Behinderung regelmäßig für Vorsorge- und Kontrolluntersuchungen zum Arzt gehen und im Krankheitsfall zuverlässig und gut behandelt werden können.

e) Strukturen intra- und interdisziplinärer Versorgung

Für die Fachbereiche Onkologie und Unfallchirurgie wurde weiter oben nachgezeichnet, dass bei Menschen mit einer Behinderung, insbesondere bei Menschen mit einer geistigen oder einer Mehrfachbehinderung, bei der Diagnostik, Therapieentscheidung und Durchführung der Therapie vielfältige Abwägungen zu treffen sind, die zum einen nicht unbedingt den üblichen Behandlungsstandards entsprechen, gleichwohl aber fachlich gut begründet sein müssen. Zum anderen kann eine an die individuelle Situation des Betroffenen angepasste, so genannte ganzheitliche Behandlung und Pflege nur durch vielfältige professionelle Kompetenzen aus Pflege, Heil- und Sonderpädagogik, Physiotherapie, Ergo- und Logopädie u. a. m. erfolgen. Medizinische Behandlungszentren für Menschen mit Behinderungen (vgl. u. a. Bundesvereinigung Lebenshilfe e. V. 2020, 7f; Bredel-Geißler 2019, Sicker 2019) oder entsprechende Spezialstationen in Krankenhäusern (u. a. Bundesvereinigung Lebenshilfe e. V. 2020, 5) könnten zumindest ein Weg für komplexe Versorgungsprobleme von Menschen mit einer Behinderung sein.

f) Möglichkeit zur Einholung einer Zweitmeinung und Einrichtung von Beschwerdestellen

Menschen mit einer Behinderung müssen ebenso wie Menschen ohne Behinderung faktisch gut umsetzbar die Möglichkeit haben, eine zweite ärztliche Meinung einzuholen, um sich für oder gegen eine medizinische Intervention entscheiden zu können. Außerdem sollte es leicht zugängliche Beschwerdestellen geben, um zum einen Betroffene im Sinne eines Empowerments zu unterstützen, sei es durch Konfliktberatung oder durch rechtliche Informationen und die außerdem – ähnlich wie im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Qualitätssicherung und Fehlervermeidung – Problemanzeigen sammeln und auswerten könnten.

VIII. Schluss

Die Medizin kann Krankheiten heilen und im Fall von Krankheit und Behinderung Symptome lindern und zur Verbesserung der Lebensqualität beitragen. Medizinische Maßnahmen können aber nicht nur Erleichterung bringen, sondern auch dem Zuteilen oder Vorenthalten von Lebensjahren dienen. Der Zugang zu qualitativ guten medizinischen Behandlungen ist daher eine Gerechtigkeitsfrage. Menschen mit einer Behinderung werden in der Medizin teils direkt und sehr viel häufiger indirekt

diskriminiert. In der Gesundheitsversorgung sind Menschen mit geistigen Behinderungen besonders benachteiligt, da auf ihre individuellen Bedürfnisse nicht kompetent reagiert und selbst gruppenbezogenen Bedarfen, was z. B. Vorsorge und Therapie angeht, nahezu durchgängig nicht entsprochen wird.

In Anlehnung an die Soziologen Scheer (2016) und Kulke (2020) muss Antidiskriminierung in der Medizin auf drei Ebenen ansetzen:¹⁰ Erstens muss in der Berufsgruppe der Ärzt*innen das Problembewusstsein für Menschen mit einer Behinderung ebenso gestärkt wie das entsprechende Fachwissen vermittelt werden. Zweitens müssen die Institutionen der Gesundheitsversorgung verbindliche und überprüfbare Antidiskriminierungsprogramme verankern, etwa in Form von interdisziplinär angelegten Qualifizierungsmaßnahmen für Mitarbeitende aller Berufsgruppen und in Form von Beschwerdestellen. Die offenen Fragen der Finanzierung spezieller Qualifikationsmaßnahmen und die Refinanzierung von Mehraufwand in der ambulanten und stationären Versorgung müssen gelöst werden. Und drittens müssen Maßnahmen zur aktiven Unterstützung von Menschen mit einer Behinderung ergriffen werden.

Obwohl weiterer Forschungsbedarf besteht, was die Versorgungslage spezieller Gruppen von Menschen mit einer Behinderung angeht, sind die Missstände, die bei nahezu allen Menschen mit einer Behinderung zu Benachteiligungen führen, bekannt. Forschungslücken im Einzelnen (Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Bartig u. a., 41–50) müssen geschlossen werden, so z. B. zum Ausmaß und zu den Auswirkungen der Verständigungsschwierigkeiten zwischen dem medizinischen und pflegenden Gesundheitspersonal und Menschen mit Behinderungen, um auf präzisen Problemanalysen aufbauend spezielle Interaktionskompetenzen vermitteln zu können. Die aller Wahrscheinlichkeit nach wirksamen strukturellen und institutionellen Maßnahmen liegen auf dem Tisch. Sie müssen nicht nur umgesetzt werden, weil man ansonsten Gutes zu tun unterließe, sondern sie müssen umgesetzt werden, um unzulässige Diskriminierungen zu vermeiden und die Rechte von Menschen mit einer Behinderung zu achten.

Literatur

Antidiskriminierungsstelle des Bundes – Bartig, Susanne, Kalkum, Dorina, Le, Ha Mi, Lewicki, Aleksandra, Diskriminierungsrisiken und Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen – Wissensstand und Forschungsbedarf für die Antidiskriminierungsforschung, Berlin 2021. https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/diskrimrisiken_diskrimschutz_gesundheitswesen.pdf?__blob=publication-file&cv=5 (Zugriff: 25.07.2024).

¹⁰ Vgl. die Ausführungen weiter oben unter 2.3.7.

- Albrecht, Gary L., Devlieger, Patrick L., The Disability Paradox: High Quality of Life against all Odds, in: *Social Science and Medicine*, 48 (1999), 977–988.
- Altman, Andrew, Discrimination, in: Zalta Edward N. (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive*, Stanford University 2020. <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/discrimination/> (Zugriff: 14.07.2024).
- Beigang, Steffen, Fetz, Karolina, Kalkum, Dorin, Otto, Magdalena, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland. Ergebnisse einer Repräsentativ- und einer Betroffenenbefragung. Baden-Baden: Nomos 2017.
- Bereswill, Mechthild, Behinderung und Geschlecht, in: Hartwig, Susanne (Hg.), *Behinderung. Kulturwissenschaftliches Handbuch*, Stuttgart: Metzler 2020, 259–264.
- Bielefeld, Heiner, Inklusion als Menschenrechtsprinzip: Perspektive der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Moser, Vera, Horster, Detlef (Hg.), *Ethik der Behindertenpädagogik*, Stuttgart: Kohlhammer 2012, 149–166.
- Bobbert, Monika, Ärztliches Urteilen bei entscheidungsunfähigen Schwerkranken. Geschichte – Theorie – Ethik, Münster: Mentis 2012.
- Bobbert, Monika, Ganten Tom M., Liver Allocation: Urgency of Need or Prospect of Success? Ethical Considerations, in: *Clinical Transplantation* 2013: 27 (Suppl. 25): 34–39. DOI: <https://doi.org/10.1111/ctr.12154>.
- Bobbert, Monika, Die Bedeutung von Krankheits- und Behinderungsbegriffen für die Formulierung von Rechten auf Sozialleistungen, in: Graumann, Sigrid, Grüber, Katrin (Hg.), *Anerkennung, Ethik und Behinderung*, Münster: LIT 2005, 151–174.
- Bobbert, Monika, Medizinethische Überlegungen zur Verteilung von Spenderlebern, in: Kräusslich, Hans-Georg, Schluchter, Wolfgang (Hg.), *Marsilius-Kolleg* 2011/2012, 172–179. www.marsilius-kolleg.uni-heidelberg.de/md/einrichtungen/mk/publikationen/mk_jb_12_medizinische_ueberlegung_zur_verteilung_von_spenderlebern.pdf (Zugriff: 20.07.2024).
- Bobbert, Monika, Lebensschutz, in: Hartwig, Susanne (Hg.), *Behinderung. Kulturwissenschaftliches Handbuch*, Stuttgart: Metzler 2020, 107–113.
- Bobbert, Monika, Die Problematik des Krankheitsbegriffs und der Entwurf eines moralisch-normativen Krankheitsbegriffs im Anschluß an die Moralphilosophie von Alan Gewirth, in: *Ethica*, 8 (2000) 4, 405–440.
- Boorse, Christopher, On the Distinction between Disease and Illness, in: *Philosophy and Public Affairs*, 5 (1975), 1, 49–68.
- Bredel-Geißler, Anne, MZEB kümmern sich auch um Transition, in: *Ärzteblatt Rheinland-Pfalz* (2019) 3, 13–14.

- Bundesvereinigung Lebenshilfe e. V., Gesundheitliche Versorgung von Menschen mit Behinderung verbessern! Positionspapier der Bundesvereinigung Lebenshilfe e. V., Marburg, Sept. 2020. https://www.lebenshilfe.de/fileadmin/Redaktion/PDF/Wissen/public/Positionspapiere/Positionspapier_BVLH_2020-09_Gesundheitliche_Versorgung_von_Menschen_mit_Behinderung_verbessern.pdf (Zugriff: 25.07.2024).
- Brubaker, Roger, *Ethnizität ohne Gruppen*, Hamburg: Hamburger Edition 2007.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Bonn 2023. https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/staatenbericht-un-behindertenrechtskonvention.pdf?__blob=publication-file&v=2 (Zugriff: 25.07.2024).
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Dritter Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen, Bonn 2021. <https://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/Broschueren/a125-21-teilhabebericht.html> (Zugriff: 24.07.2024).
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Schutz behinderter Menschen bei pandemiebedingter Triage, Beschluss vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 380–390.
- Cabitza, Federico; Rasoini, Raffaele; Gensini, Gian Franco, Unintended Consequences of Machine Learning in Medicine, in: *JAMA*, 318 (2017), 6, 517–518.
- Caruana, Rich; Lou, Yin; Gehrke, Johannes; Koch, Paul; Sturm, Marc; Elhadad, Noemie (2015): *Intelligible Models for Healthcare: Predicting Pneumonia Risk and Hospital 30-day Readmission*; in: *Association for Computing Machinery (ACM), Proceedings of the 21th ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining 2015*, 1721–1730. DOI: <https://doi.org/10.1145/2783258.2788613>.
- Degener, Theresia, *Menschenrechte und Behinderung*, in: Dederich, Markus, Jantzen, Wolfgang, *Behinderung und Anerkennung. Behinderung, Bildung, Partizipation. Enzyklopädisches Handbuch der Behindertenpädagogik*, Stuttgart 2009, 160–169.
- Dietrich, Frank, Überlebenswahrscheinlichkeit als intensivmedizinisches Priorisierungskriterium. Überlegungen zum Problem der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung, in: *Ethik in der Medizin* 35 (2023), 409–426.
- Deutscher Bundestag, *Infektionsschutzgesetz (vom 20. Juli 2000 (BGBl. 2000 I S. 1045))*, zuletzt durch Artikel 8v vom 12. Dezember 2023 ergänzt (BGBl. 2023 I Nr. 359).
- Deutscher Bundestag, *Eckpunkte für die Bundesinitiative Barrierefreiheit Deutschland wird barrierefrei*, in: *Drucksache 20/4977 vom 06.12.2022*, 1–4.

- Deutsches Institut für Menschenrechte. Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention, Parallelbericht an den UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen zum 2./3. Staatenprüfverfahren Deutschlands, Juli 2023. <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/parallelbericht-an-den-un-ausschuss-fuer-die-rechte-von-menschen-mit-behinderungen-zum-23-staatenpruefverfahren-deutschlands> (Zugriff: 25.07.2024).
- Dufner, Annette, Medizinische Priorisierung in Pandemien und der ethische Diskriminierungsbegriff, in: *Ethik in der Medizin* (2023) 35, 389–407.
- Duttge, Gunnar, Weimer, Tobias, Das Triage-Gesetz des § 5c IfSG: Verfassungsrechtliche Zweifel aus der Perspektive der Intensivmedizin, in: *Medizinrecht (MedR)* 42 (2024), 395–400.
- Fricker, Miranda, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press 2007 bzw. dt: *Epistemische Ungerechtigkeit. Ethik und die Macht des Wissens*, München: Beck 2023.
- Gärditz, Klaus F., Grundrechtliche Schutzpflichten und medizinische Ressourcenallokation in der Corona-Krise. Anmerkungen zum BVerfG-Beschluss vom 16.07.2020 – I BvR 1541/20, in: *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)* 29 (2020) 3, 381–388.
- Gewirth, Alan, *Reason and Morality*, Chicago: Chicago University Press 1978.
- Gewirth, Die rationalen Grundlagen der Ethik, in: Steigleder, Klaus, Mieth, Dietmar (Hg.), *Ethik in den Wissenschaften. Ariadnefaden im technischen Labyrinth?*, Tübingen: Attempto 1989, 3–34.
- Gewirth, Alan, *The Community of Rights*, Chicago: Chicago University Press 1996.
- Geraedts, Max, Schwalen, Susanne, Leibner, Randi, Kraska, Rike, de Cruppé, Werner, Gesundheitsuntersuchung für Menschen mit geistiger Behinderung. Modellprojekt zur Erfassung der medizinischen Versorgung von Menschen mit geistiger Behinderung. Abschlussbericht 06.09.2021. https://www.lzg.nrw.de/_php/login/dl.php?u=/_media/pdf/versorgung/Gesundheitsuntersuchung_Menschen_Mit_Geistiger_Behinderung_Abschlussbericht_2017_09_06.pdf (Zugriff: 25.07.2024).
- Graumann, Sigrid, Resolving the Tension between Equality and Difference: Towards a New Understanding of Discrimination. In: Anderson Joel, Philips Jos (Hrsg.) *Disability and Universal Human Rights: Legal, Ethical, and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht 2012, 85–98.
- Graumann, Sigrid, Menschenrecht „Inklusion“, in: Geiger, Michaela; Stracke-Bartholmai (Hg.), *Inklusion denken. Theologisch, biblisch, ökumenisch, praktisch*, Kohlhammer, Stuttgart 2018, 21–31.

- Grünweller, Niklas, Wähnert, Dirk, Schillians, Nathalie u. a., Medizin für Menschen mit Behinderungen. Besonderheiten in der unfallchirurgischen Versorgung von Extremitätenverletzungen bei Menschen mit schwerer geistiger und körperlicher Behinderung, in: *Der Unfallchirurg* 125 (2022) 1, 165–172.
- Habermann-Horstmeier, Lotte, Menschen mit geistiger Behinderung im Krankenhaus, in: *PflegeZeitschrift* 72 (2019) 4, 16–19.
- Hänel, Hilkje C., Epistemische Ungerechtigkeiten zwischen Medizin und Technik: Neue Möglichkeiten oder neue Probleme?, in: Loh, Janina und Grote, Thomas (Hg.), *Medizin – Technik – Ethik, Techno:Phil – Aktuelle Herausforderungen der Technikphilosophie* 5, Berlin 2023, 87–106. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-662-65868-0_5.
- Hänel, Hilkje C., Epistemische Ungerechtigkeiten, in: *Zeitschrift für Praktische Philosophie* Band 9, Heft 1, 2022, S. 141–154. DOI: <https://doi.org/10.22613/zfpp/9.1.5>.
- Heitmeyer, Wilhelm (Hg.), *Deutsche Zustände*, Berlin: Suhrkamp 2012.
- Hirschberg, Marianne, Definitionen und Klassifikationen, in: Hartwig, Susanne (Hg.), *Behinderung. Kulturwissenschaftliches Handbuch*, Stuttgart: Metzler 2020, 13–18.
- Huster, Stefan Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1542/20 (Triage), in: *Medizinrecht (MedR)* 2022, 221–222.
- Huster, Stefan, Much Ado about Nothing. Die Triage-Entscheidung des BVerfG ist eine einzige Enttäuschung, *VerfBlog* vom 29.12.2021. DOI: <https://doi.org/10.17176/20211230-110307-0>.
- Iezzoni, Lisa I., Ngo, Long H. et al. Treatment Disparities for disabled Medicare Beneficiaries with Stage I Non-Small Cell Lung Cancer, in: *Archives of Physical Medicine and Rehabilitation* 89 (2008), 595–601.
- Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandten Gesundheitsprobleme (ICD-10-GM), 10. Revision, German Modification, 2024 (ICD-10-GM, 2024).
- Kaufmann, Margrit E., Intersektionalität und Diversität, in: Hartwig, Susanne (Hg.), *Behinderung. Kulturwissenschaftliches Handbuch*, Stuttgart 2020: Metzler, 255–258.
- Kersten, Jens, Rixen, Stephan, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, München: Beck 2022, 3. Aufl.
- Kidd, Ian James, Medina, José, Polhaus, Gaile Jr. (Hg.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, London: Routledge 2017.
- Kidd, Ian James, und Havi Carel. 2014. Epistemic Injustice in Healthcare: A Philosophical Analysis, in: *Medicine, Healthcare and Philosophy* 14 (4): 529–540.

- Kidd, Ian James, Cavel, Havi, Pathocentric Epistemic Injustice and Conceptions of Health, in: Sherman, Ben, Goguin, Stacey (Eds.), in: *Overcoming Epistemic Injustice: Social and Psychological Perspectives*, New York: Rowman and Littlefield 2019.
- Knuffmann, Mauritz, Der Lehrstuhl für Behindertenorientierte Zahnmedizin stellt sich vor, in: *der junge zahnarzt* (2018) 1, 52–53.
- Kulke, Dieter, Teilhabe und Inklusion, in: Hartwig, Susanne (Hg.), *Behinderung. Kulturwissenschaftliches Handbuch*, Stuttgart: Metzler 2020, 87–93.
- Kulke, Dieter, Behinderung und Armut/Unterentwicklung, in: Hartwig, Susanne (Hg.), *Behinderung. Kulturwissenschaftliches Handbuch*, Stuttgart: Metzler 2020, 265–268.
- Langenfeld, Christine, GG Art. 3 Abs. 3, in: Dürig, Günter, Herzog, Roman, Scholz, Rupert (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, München: Beck 2024, 103. Aufl., Rn. 20-112.
- Lenzen, Manuela, Big Data, automatisierte Entscheidungssysteme und Künstliche Intelligenz, in: *Handbuch*, in: Neuhäuser, Christian, Raters, Marie-Louise, Stoecker, Ralf (Hg.), *Handbuch Angewandte Ethik*, Stuttgart: Metzler 2023, 2. Aufl., 885–889.
- Leonhard, Helen, Eastham, Katherine, Dark, John, Heart and Herat-Lung Transplantation in Down´s Syndrome. The Lack of Supportive Evidence means each case must be carefully assessed, in: *British Medical Journal*, Vol. 320, 816–817.
- Lippert-Rasmussen K (2018), *The Philosophy of Discrimination: an Introduction*. In: Lippert-Rasmussen K (Hg.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*. Routledge: Abingdon, 1–16.
- Lude, Peter, Strubreither, Wilhelm, *Psychologische Theorien zur Bewältigung*, in: Strubreither, Wilhelm u. a. (Hg.), *Klinische Psychologie bei Querschnittslähmung*, Wien: Springer 2015, 183–222.
- Mensah, Jumana, Rohls, Marten, Stockmann, Jörg u. a. Versorgungssituation von Patient*innen mit geistiger Behinderung und Krebs in Deutschland, in: *Der Onkologe* 27 (2021) 10, 1022–1030.
- O’Neil, Cathy, *Der Angriff der Algorithmen. Wie sie Wahlen manipulieren, Berufschancen zerstören und unsere Gesundheit gefährden*, München 2017.
- Orwat, Carsten, *Diskriminierungsrisiken durch Anwendung von Algorithmen*, Berlin: Nomos 2019.
- Overby, Kim, Fins, Joseph, *Organ Transplantation for Individuals with Neurodevelopmental Disorders. Sandra Jensen´s Legacy*, in: *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 25 (2016), 272–281.
- Panocchia, Nicola, Bossola, Maurizio, Vivanti, Giacomo, *Transplantation and Mental Retardation: What is the Meaning of Discrimination?*, in: *American Journal of Transplantation* 10 (2010) 4, 727–730.

- Primc, Nadia, Organtransplantation bei Menschen mit geistiger Beeinträchtigung. Die Gefahren einer verdeckten Diskriminierung, in: *Amos International* 10 (2016) 3, 33–37.
- Rohde, Noelle, Gütekriterien für algorithmische Prozesse. Eine Stärke- und Schwächenanalyse ausgewählter Forderungskataloge, Gütersloh 2018.
- Rosebrock, Cornelia, Literatur in einfacher Sprache: Was macht Texte einfach oder schwierig?, in: Hartwig, Susanne (Hg.), *Behinderung. Kulturwissenschaftliches Handbuch* Stuttgart, 2020, 94–99.
- Ross, Lainie Friedman, Ethics of Organ Transplantation in Persons with Intellectual Disability, in: *The Journal of Pediatrics* 235 (2021), 6–9.
- Scherr, Albert, Diskriminierung/Antidiskriminierung – Begriffe und Grundlagen, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ)*, <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/221573/diskriminierung-antidiskriminierung-begriffe-und-grundlagen/> (letzter Zugriff: 06.07.2024).
- Scherr, Albert, Ethnisierung als Ressource und Praxis, in: *Prokla – Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft*, 30 (2000), 120, 399–414.
- Schulte., Andreas, Schmidt, Peter, Mundgesundheit bei Menschen mit Behinderung in Deutschland – eine Literaturübersicht, in: *Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz* 64 (2021) 7, 793–801.
- Schramme, Thomas, Behinderung, in: Neuhäuser, Christian, Raters, Marie-Louise, Stoecker, Ralf (Hg.), *Handbuch Angewandte Ethik*, Stuttgart: Metzler 2023, 2. Aufl., 391–396.
- Schumny, G., Schulte, A. G., Kofler P. u. a., Behindertenorientierte Zahnmedizin – Umsätze, Ausfälle und Defizite in Bezug auf ambulante Behandlungsfälle in Allgemeinanästhesie, in: 5. Gemeinschaftstagung Zahnerhaltung. Abstractheft, München 2023, Abstract Nr. 76, S. 87. <https://www.dget.de/content/4-veranstaltungen/abstracts-5.gemeinschaftstagung-muenchen-2023.pdf> (Zugriff: 25.07.2024).
- Sicker, Michael, Das MZEB: Ein spezialisiertes, interdisziplinäres Versorgungsangebot, in: *Ärzteblatt Rheinland-Pfalz* (2019) 3, 17–18.
- Steigleder, Klaus, *Grundlegung der normativen Ethik. Der Ansatz von Alan Gewirth*, Freiburg/Br.: Alber 1999.
- Thüsing, Gregor, § 3 AGG, in: Säcker, Franz Jürgen u. a. (Hg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Teil 1, München: Beck 2021, 9. Aufl., 2707–2735.
- United Nations, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany, Geneva 2023. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FCO%2FDEU%2FCO%2F2-3&Lang=en (Zugriff: 25.07.2024).

- Vereinte Nationen (UN), Generalversammlung, Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention), 2006 (dt. Übers. 2007), Berlin 2009. https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/PDF/DB_Menschenrechtsschutz/CRPD/CRPD_Konvention_und_Fakultativprotokoll.pdf (Zugriff: 08.07.2024).
- Vereinte Nationen (UN), Generalversammlung, Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (UN-Frauenrechtskonvention), Genf 1979.
- Vereinte Nationen (UN), Generalversammlung, Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention), Genf 1990.
- Wall, Anji, Lee, Gun Ho, Maldonado, Jose, Magnus, David, Genetic Disease and Intellectual Disability as Contraindications to Transplant Listing in the United States. A Survey of Heart, Kidney, Liver, and Lung Transplant Programs, in: *Pediatric Transplant* 24/e13837 (2020). DOI: <https://doi.org/10.1111/petr.13837>.
- Wellkamp, Randi, de Cruppé, Werner, Schwalen, Susanne, Geraedts, Max, Menschen mit geistiger Behinderung (MmgB) in der ambulanten medizinischen Versorgung: Barrieren beim Zugang und im Untersuchungsablauf, in: *Bundesgesundheitsblatt* 66 (2023), 184–198. DOI: <https://doi.org/10.1007/s00103-023-03655-x>.
- Wetzel, Lorena Denise, Rathmann, Katharina, Inanspruchnahme und wahrgenommene Barrieren des Gesundheitswesens bei Menschen mit Behinderung in Deutschland: Ergebnisse des GEDA 2014/2015-EHIS-Survey, in: *Prävention und Gesundheitsförderung (Präv Gesundheitsf)* (2020), 15, 332–339.
- Wolf, Anna-Lea, Diskriminierung behinderter Patienten – kein Phänomen einer pandemiebedingten Ressourcenknappheit, in: *Medizinrecht (MedR)* 42 (2024), 246–249. DOI: <https://doi.org/10.1007/s00350-024-6716-9>.

Gesundheitsversorgung zwischen sinnhafter Leistung und Achtung der individuellen Selbstbestimmung

Bericht zur abschließenden Podiumsdiskussion

Hendrik Böhme

Das 6. Göttinger Symposium zum Medizinrecht schloss nach den gelungenen Einzelvorträgen von Herrn Prof. Dr. Michael Coors (Ethik-Zentrum, Universität Zürich), Herrn Dr. Jürgen Wallner (Institut für Rechtsphilosophie, Universität Wien), Frau Dr. Katarina Weilert (Institut für interdisziplinäre Forschung, FEST Heidelberg), Herrn Dr. Gerald Neitzke (Institut für Ethik, Geschichte und Philosophie der Medizin, Medizinische Hochschule Hannover) sowie Frau Prof. Dr. Monika Bobbert (Seminar für Moraltheologie, Universität Münster) mit einer durch Herrn Prof. Dr. Gunnar Duttge (Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht, Universität Göttingen) und Herrn Prof. Dr. Alfred Simon (Akademie für Ethik in der Medizin, Göttingen) moderierten Podiumsdiskussion.

Einleitend resümierte *Alfred Simon* wesentliche Eckpunkte, die durch die Referentinnen und Referenten herausgestellt worden waren. Unter Verweis auf Herrn Prof. Dr. Coors prägnanten Auftakt wurden zweierlei „Gefahren“ nochmals deutlich: Zum einen die „Anfälligkeit“ von Behandelnden, geäußerte Wertvorstellungen von Patienten unmittelbar in ein eigenes Verständnis i. S. e. essentiellen Kulturbegriffs einordnen zu wollen. Dabei werde jedoch übersehen, dass das patienteneigene

Kulturverständnis mit den Wertüberzeugungen der Behandelnden meist nur bedingt oder in keiner Weise übereinstimmen würde. Komplementär bestünde zum anderen aber, gerade im Rahmen von Fallbesprechungen durch klinische Ethikkommissionen, die Tendenz, Wertkonflikte zu „kulturalisieren“ und individuelle Aspekte für den Konfliktfall auszublenden oder zu übersehen. Mit Blick auf die Handhabung von Wertvorstellungen in den nachbarstaatlichen Rechtsordnungen griff *Simon* die von Herrn Dr. Wallner vorgestellten „Gewissensklauseln“ des österreichischen Sterbeverfügungsgesetzes auf, die natürlichen und juristischen Personen ein rechtliches Äquivalent für Gewissensentscheidungen an die Hand geben. Auf die dagegen in der Bundesrepublik geltende enge Fassung des Gewissensbegriffes i. S. d. Art. 4 I GG hatte Frau Dr. Weilert in ihrem Vortrag hingewiesen und stellte der verfassungsrechtlichen Definition mit seiner, nach ihrer Meinung begrenzten Anwendungsrelevanz den (klinisch-ethischen) Alltagsbegriff der Gewissensentscheidung gegenüber, der als individuelle, moralische Wertvorstellung zu verstehen sei. Herr Dr. Neitzke hatte festgehalten, dass die medizinische Indikation als ein wesentliches Element ärztlicher Kultur zwar wertende Elemente beinhalte, die Indikationsstellung selbst jedoch keinen Spielraum für moralische oder kulturelle Diversität biete. Vielmehr solle die Indikationsstellung innerhalb einer globalen ärztlichen Kultur von sonstigen Kulturvorstellungen freibleibend und gleichgerichtet erfolgen. Dass Praxis und rechtlicher wie standesgemäßer (Selbst-)Anspruch einer gleichwertigen medizinischen Versorgung insbesondere bei Menschen mit Behinderung voneinander divergieren, wurde von Frau Prof. Dr. Bobbert betont. Sie plädierte insbesondere dafür, ein Mindestmaß an rechtlicher Teilhabe für die Betroffenen – gegebenenfalls unter Einbezug von Assistenzpersonen – stärker abzusichern, um einer (in)direkten Diskriminierung vorzubeugen. Nach dieser kurzen Reminiszenz der bisherigen Ergebnisse öffneten die Moderatoren die Diskussionsrunde für Fragen der Tagungsteilnehmenden.

Zunächst wurde aus dem Publikum die Frage an Herrn Dr. Wallner gerichtet, wie juristische Personen eine Gewissensentscheidung treffen könnten: Wird diese durch Einzelpersonen wie Sachbearbeiter beziehungsweise Vorgesetzte gefasst oder aber durch Gremien im Wege von mehrheitlichen oder einstimmigen Beschlüssen?

Wallner skizzierte kurz die für Körperschaften und Personengesellschaften maßgeblich nach Ihrer Rechtsform einschlägige organschaftlich (schriftliche) Vertretungsorganisation und grenzte die dabei getroffenen Beschlüsse als organisations- und unternehmensethisch eigenständig gegenüber individuellen Entscheidungen bzw. der Mitwirkung einzelner Personen an einer Organisationsentscheidung ab. So veranschaulichte das stereotype Beispiel von Entscheidungsfassungen innerhalb der streng hierarchisch organisierten katholischen Kirche, dass es zwar eine unumschränkte Jurisdiktionsgewalt gäbe, die formale Entscheidungsfindung aber letztlich auf legitimierte Organschaftswalter zurückgeführt werden könne.

Hieran anknüpfend hakte *Monika Bobbert* nochmals nach: Es würden zwar Individuen eine Gewissensentscheidung treffen, diese seien aber gedanklich im Sinne

der Identität ihrer Organisation moduliert. Dies verhalte sich parallel zu den von Frau Dr. Weilert angesprochenen Gewissensentscheidungen von Bundestagsabgeordneten, die einerseits ungebunden als Person, andererseits als Vertreter zum Wohle des ganzen Volkes entscheiden sollten. Die Frage sei doch daher, ob die Gewissensentscheidung eben nicht rein formalistisch aufzutrennen sei, sondern durchaus eigenständige Substanz entwickle.

Diese Überlegung habe sich ihm im Vorfeld der Veranstaltung im Rahmen der Bestimmung des Gewissensbegriffs, samt seiner Umschreibungen wie etwa „Gewissensklauseln“ oder „Gewissensfreiheit“, ebenso gestellt, so *Wallner*. Allerdings sei eine trennscharfe Begriffsverwendung nicht zwingend nötig, wie die Regelungen des österreichischen Sterbeverfügungsgesetzes zeigten. Dieses nutzte schlicht Begriffe wie „Freiwilligkeit“ oder „Benachteiligungsverbot“, der Begriff „Gewissen“ komme hingegen nicht vor. Letzterer sei, betreffend Grundrechtspositionen juristischer Personen, im Übrigen nicht üblich und höchstens analog zu verstehen. Die Gewissensentscheidung der einzelnen Entscheidungsträger (auch bei Leitungsverantwortlichen) einer Organisation müssen immer abgewogen werden mit jenem Auftrag, wie er sich aus der Organisationsverfassung oder sonstigen Statuten ergäbe. Ein persönlicher Gewissensspielraum existiere nur begrenzt und in Relation zu der eigenen Verantwortungsrolle und dem Auftrag. Um Widersprüche zu vermeiden, gelte es daher als Entscheidungsträger immer wieder zu prüfen, ob Auftrag und Rolle innerhalb der Organisation mit der persönlichen Gewissensfreiheit vereinbar seien. Für die Organisationen könne es nicht die Gewissheit geben, dass sämtliche natürliche Personen nach der getroffenen Entscheidung handeln würden. Sie seien – trotz häufig etablierter Kontrollvorkehrungen – dem Risiko ausgesetzt, dass die individuellen Entscheidungsträger ihr persönliches Gewissen als ultimativen Entscheidungsmaßstab ansähen und daher nicht im Sinne des Auftrags handeln würden.

Gunnar Duttge merkte darauf hin, dass die fundamentale Problematik nach seiner Ansicht in einem (scheinbar) unlösbaren – gegebenenfalls prozessrechtlich eingekleideten – Spannungsverhältnis liege. Auf der einen Seite bestünden gesellschaftliche und institutionelle (Vertrauens-)Erwartungen an bestimmte Rollen von Personen, dem stehe aber das Selbstverständnis und die individuelle Gewissensfreiheit gegenüber, deren Schutz bisher durch die Tendenz der Rechtsordnung zur Autonomiewahrung gewährleistet werde. Dieser fundamentale Konflikt führe zwangsläufig zu Abwägungsentscheidungen, die Entscheidungen jeder Art zu (un-)gunsten des Gewissens erlaube und die Abwägung damit zu einer Leerformel der Willkür verkomme. Es sei auch nicht absehbar, wie diesem Problem durch Konzeptualisierung und Wissenschaft beizukommen sei.

Diese Frage sei ad hoc nicht zu lösen, konstatierte *Gerald Neitzke*, aber er könne die Problemwahrnehmung weiter schärfen und sprach als weiteren Aspekt den zunehmenden Grad der Arbeitsteilung in der Gesellschaft, vor allem bei den Gesundheitsinstitutionen an. Zwar profitiere die Gesellschaft von der Arbeitsteilung auf

vielfältige Weise, zugleich führe diese aber zu einem „Erlahmen“ der Verantwortungswahrnehmung. Aufgrund der (vermeintlich) geringen Einflussmöglichkeiten Einzelner in Organisationen würden Gewissensentscheidungen auf die Institutionen ausgelagert, mit Konzepten wie bspw. einer „Corporate Identity“ oder einer „Corporate Social Responsibility“. Gerade im Gesundheitsbereich bleibe jedoch völlig offen, wie genau eine solche Verantwortungsübernahme durch Institutionen im Rahmen solcher Konzeptansätze funktionieren solle. Es bestehe daher dringlicher Klärungs- und Regelungsbedarf.

Michael Coors diagnostizierte den Gewissensbegriff an sich als Kernproblem: Dieser sei schon auf individueller Ebene sowohl in der Rechtsdogmatik wie auch in der Ethik hochproblematisch, denn er würde aus einem traditionsgeprägten Diskurskontext kommen. So habe der Gewissensbegriff im mittelalterlich reformatorischen Kontext andere Funktionen erfüllt, als in dem gegenwärtigen gesellschaftsliberalen Umfeld. Heute ließe dieser sich vor allem mit der Freiheit ethischen Urteils gleichsetzen, also die Freiheit individuell abzuwägen. Die Grenze dieser Freiheit sei, dass man sich im äußersten (Einzel-)Falle auch gegen die Rechtsordnung positionieren könne. Genau derartige gesellschaftskritische Konstellationen seien eigentlich letzter Anwendungsraum eines so verstandenen Gewissensbegriffes. Damit werde im „lutherischen Sinne“ zum Ausdruck gebracht, dass eine innere Unfreiheit des Individuums es verhindere, gegen das eigene Gewissen zu handeln. In den gegenwärtigen Debatten würde dieser Gewissensbegriff aber kaum eine Rolle spielen, der Fokus liege stattdessen auf individueller und kooperativer Freiheit. Dass dieser Diskurs gerade mit Blick auf die Debatte um die Suizidhilfe in Deutschland besonders relevant erscheine, sei evident – nicht aber der in diesem Kontext oft verwendete Gewissensbegriff, der wohl eher missverständlich denn klärend wirke.

Diese Definitionsprobleme würden in der Suizidhilfedebatte dadurch deutlich, dass sich Vertreter jeder Meinungsrichtung auf den Gewissensbegriff beriefen, ergänzte *Katarina Weilert*. Würde man Gewissen nur als moralische Ausnahmeentscheidung in existenziellen Fragen begreifen, etwa bei der Suizidhilfe Sterbenskranker oder in den sog. „Gnadenschuss“-Fällen, käme der Kern des Begriffs als „Gewissensnot“ am Rande der Rechtsordnung zum Vorschein. Meist aber würde als Gewissen „nur“ eine individuelle Selbstbestätigung für ein bestimmtes Verhalten verstanden werden. Um dieser Konfusion beizukommen, wäre es vorteilhaft, anstelle eines Rekurses auf das Verfassungsrecht, zunächst auf einfachgesetzlicher Ebene gewissensrelevante Situationen normativ zu erfassen, beispielsweise etwa die Freiheitsverbürgung, keine Suizidhilfe leisten zu müssen. Das würde zwar einen hohen Regelungsaufwand bedeuten, weil nicht zuletzt viele Detail- und Folgefragen erfasst werden müssten. Von Vorteil sei aber die (zeitweilige) Vermeidung einer verfassungsrechtlichen Beurteilung, ob in einer Situation wirklich eine Gewissensentscheidung oder aber nur eine moralische Entscheidung vorlag. Denn hohe verfassungsrechtlichen Voraussetzungen seien gerade bei zeitrelevanten Entscheidungen ein wenig praktikabler Maßstab.

Alfred Simon knüpfte nochmals an den Unbestimmtheitsaspekt des Gewissensbegriffes an und zeigte anhand eines Strafurteils des Landgerichts Essen¹ auf, dass das Gewissen keine Entschuldigung wissend begangenen Unrechts sein dürfe. Der Arzt habe die medizinischen Voraussetzungen zur Leistung von Suizidhilfe (Indikation, Feststellung der Freiverantwortlichkeit, Ausschluss psychiatrischer Erkrankungen) gekannt und sich gerade deshalb auf seine Gewissensfreiheit berufen, um diese rechtlichen und fachlichen Voraussetzungen zu unterlaufen. Folgerichtig müsse ein solches Verhalten nicht entschuldigt, sondern bestraft werden. Das gelte auch unter dem Gesichtspunkt, dass sich die Voraussetzungen künftig vielleicht ändern mögen und rückwirkend zu einer für den Verurteilten günstigeren Beurteilung des Sachverhalts führen könnten. Darüber hinaus betonte *Simon*, dass die so abstrakt scheinende Debatte um den Gewissensbegriff moralische und kulturelle Diversitätsfragen aufgreife, z. B. unter Verweis auf den von Frau Dr. Weilert angemerkten verfassungsrechtlichen Schutz der (religiösen) Gewissensfreiheit. Exemplarisch verwies er auf die in den Vereinigten Staaten hochrelevante und nicht selten emotional geführte Diskussion um Gewissensvorbehalte (sog. conscientious objections), z. B. bei bestimmten medizinischen Maßnahmen. Daran lasse sich ablesen, dass der Gewissensbegriff zwar maßgeblich für den Diskussionsanlass sei, die Debatte aber gänzlich ohne diesen geführt werden könne.

Unter Rückbezug auf die von Herrn Dr. Neitzke angesprochene zweistufige Indikationsstellung merkte *Gunnar Duttge* kritisch an, dass diese als fachspezifisches Werturteil nicht nur invariant sei, sondern in der Praxis häufig durch eine innere Wertüberzeugung überlagert würde und eine empirische Entscheidungsbegründung hinter grundsätzliche Überzeugungen des Behandlungspersonals zurücktreten lasse. Angesichts dieses für diverse kulturelle Prägungen offenen Kriteriums sei ein Rückgriff auf den Gewissensbegriff daher im Grunde obsolet, wenngleich die Indikation damit konzeptionell fachspezifisch orientiert sei und nur zu einer leeren Hülle degeneriert würde.

Weniger kritisch, denn mehr als bezeichnend bewertete *Gerald Neitzke* die vorhergehend gestellte Analyse. Eine Gesundheitseinrichtung, die von sich behaupten wolle, dass sie stets akkurat objektiv mit Begriff und Stellung einer Indikation verfare, würde in unprofessioneller Weise ihre Pflicht verkennen. Denn indizierte Maßnahmen seien ein Rechtsanspruch auf ein konkretes subjektives Behandlungsangebot und eben nicht bloß auf die Erstattung oder Übernahme der Leistungskosten. Der zweite Schritt der Indikationsstellung müsse seiner Meinung nach zwingend ein (inter-)subjektives Werturteil enthalten, weil eine Evidenz für den Erfolg einer Behandlungsmaßnahme schlicht nicht umfassend ermittelbar sei. Dieser – wenn auch zynisch klingende – „Wettaspekt“ müsse als Rahmenbedingung gesellschaftlich akzeptiert werden, sodass verschiedene Werturteile zu differenzierten In-

¹ Verabreichung einer letalen Dosis Kaliumchlorid an einen Covid-19-Patienten, um dessen Sterbeprozess zu beenden, LG Essen Urt. v. 03.11.2021 – 22 Ks 8/21.

dikationsstellungen kommen könnten. Diese Vorstellung würde den Indikationsbegriff nicht normativ entwerten, sondern objektiv in seiner geschichtlichen Entwicklung beschreiben und damit zugleich anmahnen, für eine einheitliche Begriffsfassung und gleiche Zugangsbedingungen für Behandlungsmöglichkeiten einzutreten. Unter Bezug auf Frau Prof. Dr. Bobbert's Praxisbeispiele sei es moralisch unerträglich, dass gegenwärtig weiterhin Menschen mit Beeinträchtigungen Gesundheitsleistungen vorenthalten würden. Diese Vorfälle seien mit der eigenen Profession nicht zu vereinbaren, wenn nicht gar rechtswidrig.

Das warf im Publikum die Rückfrage auf, ob nicht in komplexeren Fällen wie der sog. „grenzwertigen Indikation“ sozialen und kulturellen Einflüssen eine übergebührende Gewichtung beigemessen werde. So sei allein der länderspezifische Umgang bei der Versorgung mit Frühgeborenen – dessen Dauer zwischen 22 bis 24 Wochen schwanke – Indiz, dass Grenzen und Behandlungschancen völlig unterschiedlich sowie regelmäßig aufgrund ärztlicher Werturteile bestimmt würden. Es sei daher doch zumindest zweifelhaft, ob Behandelnde, die nicht eminenz- sondern evidenzbasiert Maßnahmen ergreifen wollten, wirklich frei in ihrer Indikationsstellung seien.

Gerald Neitzke postulierte zur Antwort, es sei wohl allgemeiner Konsens der Ärzteschaft, dass in Fällen von Grenzindikationen kein Werturteil über die existentielle Lebenswertigkeit getroffen würde, wie im erwähnten Beispiel der frühgeborenen Kinder aber auch bei Personen mit schweren Hirnschädigungen. Der Aspekt der Lebenserhaltung und -verlängerung würde in der Indikation nur als Wahrscheinlichkeit zur Zielerreichung (bspw. eines gewissen Lebensalters oder eines Restlebenszeitraumes) aufgegriffen, Wertung und Umgang mit der Indikation blieben dann den Betroffenen bzw. Angehörigen überlassen. Diese vorsichtige Begriffsfassung einer „Differentialindikation“ möge vielleicht den Eindruck erzeugen, dass der im Rahmen einer gewissen Wahrscheinlichkeit ermittelte Lebenswert nach der Behandlung abstrakt betrachtet gering erscheine. Die Frage nach der Bedeutung des posttherapeutischen Lebens dürfe aber nicht dazu führen, die Indikation und damit den Behandlungssinn zu negieren, denn das Therapieziel autorisiere allein der Patient bzw. dessen Vertreter. Ein Missbrauch des Indikationsbegriffs durch eine Delegitimation des Behandlungsziels sei damit der Möglichkeitssphäre der Ärzteschaft entzogen.

Unter erneutem Rückgriff auf das Beispiel der Versorgungsdauer von Frühgeborenen kam seitens des Publikums die Nachfrage, wie denn in Grenzfällen die individuelle Therapieentscheidung zustande käme und ob diese dann nicht eben doch maßgeblich eminenzbasiert oder kulturell beeinflusst sei. „Hierauf muss ich kulturell antworten“, so *Neitzke* und verwies auf das deutsche Konsensmodell in „Reinheitskultur“, wonach ein Problem so einvernehmlich wie möglich gelöst werden müsse. Er sei aber persönlich überrascht, wie wenige Behandelnde in der Praxis „gerichtsnotorisch“ einem Diskurs von vornherein verschlossen wären und stattdessen in solchen Grenzfällen offen argumentieren würden. Ihm wären nur wenige

Fälle bekannt, in welchen (etwas aus Gründen des Minderjährigenschutzes) von vornherein keine Konsensdebatte geführt werden könne.

Den zuvor erwähnten ethischen Indikationsbegriff nahm *Monika Bobbert* zum Anlass, als Indikator für wesentliche Wertungsprobleme jenen Aspekt zu identifizieren, der einem Dissens bei der Indikationsstellung zugrunde liege. Das sog. „shared decision making“ verschleierte hingegen die Wertungsprobleme und damit auch die eigentlichen Dissensgründe. Ihrer Meinung nach sei diese Strategie nur in Fällen von Grenzindikationen eine adäquate Lösungsmethode und nicht, wie in der Praxis überwiegend gehandhabt, primärer und bestmöglicher Lösungsansatz der Behandelnden, um eine Entscheidung herbeizuführen.

Aus dem Publikum wurde die Frage gestellt, weshalb die Problematik einer fehlenden Evidenz nicht bereits im Rahmen des ersten Schrittes zur Indikationsfeststellung aufgegriffen würde. So sei gerade für benachteiligte Patientengruppen, etwa Menschen mit Beeinträchtigung, die Forschungslage mangels politischen Willens oft unzureichend, der Umgang mit fehlenden Indikationsmöglichkeiten daher häufig ungeklärt.

Dankbar für diesen Hinweis auf dieses meist wenig beachtete, aber drängende Problem, stellte *Gerald Neitzke* zwei Faktoren heraus, die die Grundlage für eine hinreichend abgesicherte Indikationsstellung bilden würden: Zum einen die bisher stark privatwirtschaftliche organisierte Forschungsförderung, die seines Erachtens viel eher grundständige staatliche Aufgabe sein sollte. Zum anderen den Mut einzelner Menschen, wie er ihn persönlich in der therapeutischen Praxis erlebt habe, vermeintliche Gewissheiten der Forschungsergebnisse infrage zu stellen. Anschaulich könne dies am Beispiel der Einschätzung der Lebenserwartung bei Fällen von Trisomie 18 (Edwards-Syndrom) nachvollzogen werden. Nach vormaliger medizinischer Einschätzung wurde hier standardmäßig die Diagnose der Nichtlebensfähigkeit getroffen. Es erforderte erst den Widerstand vieler Erziehungsberechtigter und das Einfordern weiterer Therapiemaßnahmen trotz negativer Aussichten, um entgegen der seinerzeitigen Annahmen festzustellen, dass Trisomie-18-Patienten eine erhebliche Lebenserwartung von bis zu mehreren Jahrzehnten erhoffen können. Das empirische Manko sei dem Indikationsbegriff ersichtlich immanent und könne nur durch eine innovative und weniger wirtschaftlich orientierte Forschungssteuerung ausgeglichen werden.

Monika Bobbert mahnte prioritär die Lösung von Struktur- vor derartigen Teilproblemen an, weil Menschen mit Beeinträchtigung oft schon an der vorgelagerten Schwelle scheiterten, überhaupt ein Behandlungsangebot zu erhalten. Die Spezialfragen in Hinblick auf bestimmte Krankheitsbilder könnten durch Studien zudem nur dann strukturierter gelöst werden, wenn zunächst wenigstens die Versorgung sichergestellt und verbessert würde.

Eine rechtlich geprägte Verständnisfrage seitens des Publikums betraf den Vernunftaspekt bei Gewissensentscheidungen: Wie könnten sich schizophrene oder demente Patienten auf die Gewissensfreiheit berufen, wenn die Vernunft zwingendes Voraussetzungskriterium wäre? Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) würde auf

den natürlichen Willen abstellen, es bleibe aber unklar, ob dieser herangezogen werden könnte.

„Eine geniale Frage“ befand *Katarina Weilert* und verwies als Option zunächst auf die Deutung äußerer Reaktionen der Patienten. So könnten bei starker kognitiver Beeinträchtigung etwa körperliche Reaktionen eine Gewissensentscheidung ausdrücken. Das würde natürlich die Folgeprobleme der Deutbarkeit und Deutungshoheit aufwerfen; zumindest ersteres sei im medizinischen Bereich nicht selten bereits mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Es gäbe sicher noch weitere Lösungsoptionen, allerdings sei das Thema der Willensfreiheit derart komplex, dass es nochmal einen eigenen Forschungsgegenstand generiere.

Michael Coors ergänzte daraufhin unter Zustimmung von *Jürgen Wallner*, dass der Begriff des Gewissens an dieser Stelle wiederum verzichtbar sei und stattdessen der natürliche Wille in den Vordergrund rücke. In Bezug auf das Verfassungsrecht, mit Ausnahme des persönlichen Anwendungsbereiches von Art. 4 GG, sei diese Entwicklung ebenso gut nachvollziehbar, befand *Gunnar Dutte*. Ob im Kontext der Verfassung oder des einfachen Arztrechts – es werde gleichermaßen die Tendenz der Auflösung des bisherigen (primitiven) Ja-oder-Nein-Konzepts deutlich. Der Grund hierfür liege nach seiner Beobachtung in der Anerkennung des natürlichen Willens, der mehr als nur einer sprachlichen Deutungsoption unterliege. Auch gegenüber einwilligungsunfähigen Psychatriepatienten könnten nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwangsweise, also willensbeugende Maßnahmen vorgenommen werden, obwohl diese im klassisch juristischen Sinne nicht mehr willensfrei seien. Das Konzept der Gewissensfreiheit sei gegenwärtig daher einer starken Modulation unterworfen, deren Ausgang aber noch nicht abzusehen sei.

Abschließend stützte *Monika Bobbert* diese Beobachtung aus moraltheologischer Perspektive. Philosophisch wie theologisch sei der Gewissensbegriff eine Synthese aus volitiven und (multi-)rationalen Elementen. Ergo seien Menschen mit Beeinträchtigungen durchaus zu einer Urteilsfindung fähig, welche nicht zwingend einen bestimmten Anteil an Rationalität voraussetze. Zudem sei die Gewissensfreiheit von dem natürlichen Willen zu unterscheiden, denn hier würden auch moralische Wertpositionen miteinbezogen, die nicht zwingend einer rationalen Folgenabschätzung bedürften, beispielsweise wenn eine Person mit geistiger Beeinträchtigung sich gegen die Tötung eines anderen Lebewesens entscheide. Die Synthese des Gewissens umfasse auch soziale Elemente, wie die eigene Biografie und Identität, deren Umstände in solche Gewissensentscheidungen einfließen würden. Rationale Erwägungen sei also wesentlich weniger von prägend, als weithin angenommen.

Mit Dankesworten schloss *Alfred Simon* sodann die Diskussionsrunde und stellte heraus, dass die im Rahmen des Symposiums angesprochenen Aspekte sicher nur einen kleinen, wenn auch bedeutenden Ausschnitt der „moralischen Pluralität und kulturellen Vielfalt in der Gesundheitsversorgung“ darstellen würden, mithin der breitere Diskurs eine Fortsetzung erfordern und diese sicher auch folgen werde.

Diesem Abschlussstatement kann – von Seiten des Autors dieser Zusammenfassung jedenfalls – nur zuzustimmen sein. Obwohl das sechste Göttinger Symposium zum Medizinrecht einen fachspezifischen Argumentations- und Wissensaustausch fokussiert hat, so ist die gesamtgesellschaftliche Tragweite jener Fragen alles andere als exklusiv akademisch. Umgang und Würdigung anthropologischer Vielfalt innerhalb unseres Gesundheitssystems sind von grundlegender Bedeutung für Behandelnde wie Behandelte und sollten über die politische und akademische Ebene hinaus gesellschaftlich rezipiert und gestaltet werden. Die bestehenden prozessualen Entscheidungsstrukturen sind zwar ein zumeist gut funktionierender „Kompass“ für konkrete Verfahrensfragen, zugleich vermögen diese aber den Blick für grundlegende moralische und/oder kulturelle Probleme und Vorbehalte in Konfliktfällen zu verschleiern. Gerade in solchen „Bewährungsmomenten“ einer Konsensentscheidung wird der Raum für eigene moralische und/oder kulturelle Wertungen, gleich ob rein weltanschaulicher oder religiöser Natur, von einer prozessualen Nebensächlichkeit zum „Zünglein an der Waage“.

Autorenverzeichnis

Bobbert, Monika, Professor Dr. theol., Dipl.-Psych.; Direktorin des Seminars für Moralthologie an der Katholisch-Theologischen Fakultät der Universität Münster; Forschungsschwerpunkte: Grundfragen der moralischen Perspektive der Religion (Proprium christlicher Ethik); fundamentalethische Konzepte (u. a. Gerechtigkeit, Autonomie, Gewissen) und ihre gesellschaftliche Relevanz; Bio-, Medizin- und Pflegeethik; Ethik und Psychologie; Verhältnis von Ethik und Recht; methodische Fragen anwendungsbezogener Ethik.

Böhme, Hendrik, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen.

Coors, Michael, Professor Dr. theol.; Leiter des Instituts für Sozialethik an der Theologischen und Religionswissenschaftlichen Fakultät am Ethikzentrum der Universität Zürich; Forschungsschwerpunkte: Grundlagen der theologischen und angewandten Ethik; Ethik am Lebensende; Vulnerabilität und Integrität; Ethik der Reproduktionsmedizin; Kulturelle Diversität; Alter und Altern; Politik, Macht und Religion; Postkolonialer Diskurs und Theologie; Ökologische Transformation der Gesellschaft.

Duttge, Gunnar, Professor Dr. iur., Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen; Geschäftsführender Direktor des Göttinger Zentrums für Medizinrecht. Forschungsschwerpunkte: Formelles und materielles Strafrecht einschließlich seiner rechtsphilosophischen Grundlagen; Herausforderungen der modernen Medizin- und Biotechnologie; internationale Bezüge des Straf- und Medizinrechts.

Neitzke, Gerald, Dr. med., Leitung der AG Klinische Ethik; Vorsitzender des Klinischen Ethik-Komitees (KEK) der Medizinischen Hochschule Hannover; Lehrverantwortlicher für die Lehre am Institut für Ethik, Geschichte und Philosophie der Medizin an der Medizinischen Hochschule Hannover; Vorstandsmitglied in der Akademie für Ethik in der Medizin e. V. (AEM). Forschungsschwerpunkte: Klinische Ethik; Ethikberatung und institutionalisierte Formen der Medizinethik (Ethikkommissionen und Klinische Ethik-Komitees); Ethik am Lebensende und Advance Care Planning; Ethikunterricht (Inhalte, Methoden, Didaktik, Pädagogik, Evaluation); Philosophie von Emmanuel Lévinas.

Simon, Alfred, Professor Dr. phil., Geschäftsführer der Akademie für Ethik in der Medizin (AEM); Mitglied im Vorstand des Göttinger Zentrums für Medizinrecht; Vorsitzender des Klinischen Ethikkomitees der Universitätsmedizin Göttingen; Federführender der AG BÄK Verfahrensgrundsätze/Ethik der Ständigen Kommission Organtransplantation der Bundesärztekammer; Arbeits- und Forschungsschwerpunkt im Bereich der Klinischen Ethik und Ethikberatung.

Wallner, Jürgen, Mag. Dr. habil., MBA; Leiter des Ethikprogramms der Barmherzigen Brüder Österreich; Privatdozent an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien; Mitglied der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt; Wissenschaftlicher Leiter des Masterstudiums „Medizin- und Bioethik“ der Johannes-Kepler-Universität Linz; Zertifizierter Ethikberater, Koordinator für Ethikberatung und Trainer sowie Vorstandsmitglied der Akademie für Ethik in der Medizin. Forschungsschwerpunkte: Rechtsethik, Medizinethik.

Weilert, Katarina A., Dr. iur., LL.M. (University College London), wissenschaftliche Referentin an der Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft (FEST), Institut für interdisziplinäre; Privatdozentin an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; Leitung einer interdisziplinären Arbeitsgruppe zur Pandemie-Aufarbeitung. Forschungsschwerpunkte: Gesundheitsrecht im nationalen und internationalen Kontext, insbesondere „International Health Governance“ (Kooperation mit dem MPIL); Religions- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG); „Werte“ im schulischen Kontext.

Das Ideal der „therapeutischen Partnerschaft“ zeichnet sich durch einen Konsens der Bewertungen über die Sinnhaftigkeit therapeutischer Optionen im Arzt–Patienten–Verhältnis aus. Die gesellschaftliche Lebenswirklichkeit offenbart jedoch einen Pluralismus moralischer Richtigkeitsvorstellungen und Gewissensüberzeugungen, häufig durch unterschiedliche kulturelle bzw. soziale Prägungen bedingt, nicht allein auf Seiten der Patientinnen und Patienten sowie ihrer Angehörigen, sondern ebenso auf Seiten der Behandelnden und der — unter Umständen konfessionell gebundenen — Einrichtungen. Das Recht steht dabei im explosiven Spannungsfeld zwischen der Forderung nach Standardisierung um der Versorgungssicherheit willen und der Anerkennung höchstpersönlicher Freiheit, gerade auch von Minderheiten.