

## 4. Zum Spannungsverhältnis von Verfassung und Strafrecht

### 4.1 Kriterien und Begründung der Auswahl

Im Hinblick auf das Spannungsverhältnis von Verfassung und Strafrecht muss erst einmal gefragt werden, ob bzw inwiefern ein solches Spannungsverhältnis überhaupt möglich ist angesichts der klaren Hierarchie der österreichischen Rechtsordnung. Die Beachtung der Rangordnung der unterschiedlichen Normen ist schon deswegen von Bedeutung, weil sie je nach Zuordnung mit unterschiedlichen rechtlichen Qualitäten und Konsequenzen verknüpft sind.<sup>1</sup> Dem entsprechend müssen Gesetze verfassungskonform sein, da sie andernfalls vom VfGH aufgehoben werden können. Besonderes Augenmerk ist im Kontext unserer Fragestellung auf jene Verhaltensweisen zu legen, die einerseits dem Grundrechtsbereich zuzuordnen, andererseits aber strafrechtlich relevant sind. Grundrechtsverletzungen durch Strafgesetze auf der einen oder überschießende Grundrechtsgewährleistungen, die die strafrechtliche Norm aushöhlen, auf der anderen Seite lassen sich aber schon deswegen nicht leicht feststellen, weil die Grundrechte rechtlich nicht „in einer Weise garantiert“ sind, „dass sie stets einen absolut geschützten Rechtsbereich umschreiben. ... Unsere Rechtsordnung, die komplexe Lebenssachverhalte regeln, ausgleichen und ausgestalten muss, kann ... kaum je absolute Grundrechtspositionen gewährleisten.“<sup>2</sup> Das ist die Grundproblematik, die sich durch dieses Kapitel zieht und mit dem Begriff „Spannungsverhältnis“ umschrieben wird. Dieses Spannungsverhältnis zwischen Verfassung und Strafrechtsnorm ist der gemeinsame Nenner der ausgewählten Rechtsbereiche. Das Schächten von Schafen gehört ebenso wie die von den Zeugen Jehovas abgelehnte Bluttransfusion zu einem Bereich, der sowohl Strafrecht als auch Grundrechte tangiert und äußerst kontroversiell diskutiert

---

<sup>1</sup> Seit dem Beitritt Österreichs zur EU stellt sich diese Rangordnung – vereinfacht dargestellt – so dar, dass aufgrund und unter Berücksichtigung der Integrationssschranken die Prinzipien der Bundesverfassung an oberster Stelle stehen, gefolgt vom primären und sekundären Gemeinschaftsrecht. Diesem folgt das Bundesverfassungsrecht, dem einerseits die Bundesgesetze, andererseits das Landesverfassungsrecht und die Landesgesetze folgen. (Vgl *Öhlinger* 79.)

<sup>2</sup> Vgl *Lewisch* 316.

wird.<sup>3</sup> Im Folgenden soll jeweils der strafrechtliche wie der verfassungsrechtliche Aspekt aufgezeigt und ein möglicher Lösungsansatz auf der Basis der unserer Rechtsordnung zugrunde liegenden Werte<sup>4</sup> dargelegt werden.

## 4.2 Schächten von Tieren

### 4.2.1 Die strafrechtliche Seite

§ 222 StGB normiert unter der Überschrift „Tierquälerei“, dass zu bestrafen ist, wer „ein Tier roh misshandelt oder ihm unnötige Qualen zufügt“. Diese strafrechtliche Strafdrohung gibt es erst seit dem StRAG 1971 und ist eine Folge des sich wandelnden Wertebewusstseins in der Gesellschaft. Daneben gibt es Landesgesetze, die Verwaltungsstrafen für Tierquälerei vorsehen, die, sofern die Landesgesetze keine Subsidiaritätsklausel enthalten, gegebenenfalls zu einer gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Bestrafung führen. Nach dem Wortlaut des § 222 StGB ist Schutzobjekt „das Tier schlechthin“, unabhängig davon, „ob es im Eigentum des Menschen steht, ob es nützlich oder schädlich ist, ob es dem Jagd- oder Fischereirecht unterliegt“.<sup>5</sup> *Pallin* nimmt eine Begrenzung der Tatobjekte unter dem Gesichtspunkt der Qualen insofern vor, als nur solche Tiere gequält werden können, die einer bewussten Gefühlsempfindung fähig sind, was bei wirbellosen Tieren „nicht anzunehmen“ sei.<sup>6</sup> Nach § 222 Abs 1 StGB sind zwei Deliktsfälle zu unterscheiden: Ein „rohes Misshandeln“ eines Tieres liegt dann vor, wenn die gegen das Tier gerichtete Handlung einen „erheblichen Angriff auf den Körper des Tieres“ ist einer „das körperliche Wohlbefinden des Tieres nachteiligen physischen Einwirkung“ darstellt, verbunden mit einer besonderen Intensität

<sup>3</sup> Rasterfahndung, Datenschutz, Euthanasie, Gentechnologie, Tierversuche sind ua weitere Rechtsbereiche, die im Zusammenhang mit der vorliegenden Fragestellung zu untersuchen wären, den Rahmen dieser Arbeit aber sprengen würden. Diese beschränkt sich zur Verdeutlichung des Verhältnisses von Verfassung und Strafrecht im Kontext rechtsphilosophischer Ethik auf die Beispiele des Schächtens, der Bluttransfusion bei Zeugen Jehovas und des Verhältnisses von Religion und Kunst. Darüber hinaus wurden die Normen des § 209 StGB – Schutzalter für homosexuelle Handlungen unter Männern – und des § 97 Abs 1 Z 1 – die sog Fristenlösung – schon in Kap 3.6 unter dem Aspekt „Gleichheitssatz und Strafrecht“ erörtert.

<sup>4</sup> Vgl dazu Kap 1, insb Kap 1.4.

<sup>5</sup> Vgl *Foregger/Kodek*, Kommentar § 222 Anm I sowie *Leukauf/Steininger* § 222 Rz 1.

<sup>6</sup> Vgl *Pallin* in WK § 222 Rz 5.

und Erheblichkeit, die das Tatbestandsmerkmal „roh“ zu erfüllen vermag.<sup>7</sup> „Kann das Tier keine Schmerzen mehr empfinden, so fehlt es am Tatbestand.“<sup>8</sup> *Pallin* lehnt das Erfordernis der Schmerzzufügung zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Misshandlung“ ab und postuliert, dass für diesen Begriff schon „ein Eingriff in die körperliche Integrität“ genügt, der „eine für das körperliche Wohlbefinden des Tieres nachteilige physische Einwirkung“ darstellt<sup>9</sup> – eine Rechtsansicht, die mit den mehrheitlichen gegenwärtigen Wertvorstellungen in Bezug auf tierisches Leben korreliert. Der zweite Deliktsfall bezieht sich auf das „Zufügen unnötiger Qualen“. Während der Begriff der Qual eine bestimmte Dauer voraussetzt, wird er aber nicht nur durch Zufügung körperlicher Schmerzen erfüllt, sondern auch durch die „Herbeiführung anderer Qualen“ wie Hunger, Durst oder Angst. „Unnötig“ ist eine Quälerei dann nicht, „wenn sie bestimmte Grenzen nicht überschreitet und zugleich bewusst als (erlaubtes) Mittel angewendet wird, um einen vernünftigen und berechtigten Zweck zu erreichen“.<sup>10</sup> Damit soll ein sozial adäquates Verhalten nicht vom Tatbestand des § 222 StGB erfasst werden.<sup>11</sup>

Ob das rituelle Schächten von unbetäubten Schafen entsprechend den israelitischen und islamischen religiösen Gebräuchen unter den Straftatbestand der Tierquälerei des § 222 StGB fällt, hat in jüngster Vergangenheit nicht nur Strafgerichte<sup>12</sup> in erster und zweiter Instanz beschäftigt, sondern auch den OGH<sup>13</sup> und den VfGH<sup>14</sup>. Die Beantwortung der Frage, ob es sich dabei um ein sozial adäquates Verhalten handelt, war dabei von zentraler Bedeutung. Als 1992 im Zuge des türkischen Kurbanfestes in Tirol eine Reihe von lebenden Schafen geschächtet wurde, indem ihnen langsam von unten beginnend der Hals aufgeschnitten wurde, sodass sie ausbluteten, und dieser Vorfall zur Anzeige kam, subsumierte sowohl das

<sup>7</sup> Vgl. *Leukauf/Steininger* § 222 Rz 3.

<sup>8</sup> *Foregger/Kodek*, Kommentar § 222 Anm II unter Bezugnahme auf LSK 1981/109.

<sup>9</sup> Vgl. *Pallin* in WK § 222 Rz 9.

<sup>10</sup> Vgl. *Leukauf/Steininger* § 222 Rz 4 unter Zugrundelegung der EBRV zum StRÄG 1971, 19.

<sup>11</sup> Vgl. *Pallin* in WK § 222 Rz 14.

<sup>12</sup> Vgl. dazu LG Innsbruck 22.9.1992, 25 Vr 1908/92, und OLG Innsbruck 9.12.1993, 7 Bs 475/92. Insofern Tierschutzgesetze der Länder tangiert waren, befassten sich auch Verwaltungsbehörden mit dieser Frage, vgl. dazu den Bescheid UVS des Landes Vorarlberg 31.10.1997, Z 1-0224/97/E6, 1-0225/97/E6.

<sup>13</sup> Vgl. OGH 28.3.1996, 15 Os 27,28/96 = EvBl 1996/114.

<sup>14</sup> Vgl. VfGH 17.12.1998, B 3028/97.

Erstgericht als auch das OLG als Berufungsgericht dieses Vorgehen dem Straftatbestand des § 222 StGB:<sup>15</sup> „Schafe erleiden beim Schächten eine langsame Blutentziehung, die schließlich zum Tod führt. Schächten ohne Betäubung ist bei diesen Tieren mit erheblichen Angstzuständen und größten Schmerzen in der Dauer von zumindest 25 bis 40 Sekunden verbunden. Durch Schächten werden Schafe roh misshandelt, und es werden ihnen unnötige Qualen zugefügt. Die Angeklagten haben dies ernstlich bedacht und sich damit abgefunden; es mangelte ihnen am Mitgefühl für die unnötig leidenden Tiere.“<sup>16</sup> Das Berufungsgericht schloss sich dieser Auffassung des Landesgerichtes an und stützte sich zudem auf ein tierärztliches SV-Gutachten, das in Ergänzung des Beweisverfahrens eingeholt wurde und die Auffassung des Erstgerichtes bestätigte. Beide Gerichte erachteten alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des Vergehens der Tierquälerei nach § 222 Abs 1 StGB verwirklicht. Das Berufungsgericht äußerte sich zudem auch zur in Art 9 Abs 1 EMRK verbrieften Religionsfreiheit. Diese „bedeute nicht, dass religiöse Vorschriften den Vorrang vor staatlichen Gesetzen“ hätten. Vielmehr normiere Art 9 Abs 2 EMRK, „dass die Religions- und Bekenntnisfreiheit nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener Beschränkungen sein dürfe, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sind“. Das Berufungsgericht stellte in diesem Zusammenhang fest, dass auch das (im konkreten Fall Tiroler) Tierschutzgesetz als Teil der öffentlichen Ordnung das Schlachten von Tieren nur nach vorheriger Betäubung erlaube und das „Entbluten von Tieren“ ohne vorherige Betäubung verbiete.<sup>17</sup> In konsequenter Folge der geschilderten Ausführungen gab das OLG den Berufungen der Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes wegen Nichtigkeit, Schuld und Strafe nicht Folge.<sup>18</sup> Allerdings wurde der OGH nach einer vom Generalprokurator erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde als Kassationsgericht tätig und hob die Urteile des Landes- wie des Berufungsgerichtes „wegen Verletzung des Gesetzes in der Bestimmung des § 222 Abs 1 StGB“ auf. In der Begründung führt der OGH aus, dass die Begehungsarten des § 222 Abs 1 StGB „auf Tathandlungen eingeschränkt“ seien, „die mit den Werten, die der österrei-

---

<sup>15</sup> Vgl EvBl 1996, 670f.

<sup>16</sup> ebd 670.

<sup>17</sup> Vgl ebd 670f.

<sup>18</sup> Vgl OLG Innsbruck 7 Bs 475/92.

chischen Rechtsordnung zugrunde liegen, nicht im Einklang stehen“. Hingegen seien „Eingriffe in das Leben oder das Wohlbefinden eines Tieres, die ein von der Rechtsordnung anerkanntes Ziel verfolgen und nicht zu diesem außer Verhältnis stehen, nicht strafbar“. Infolge der den Kernpunkt der Argumentation des OGH bildenden Erklärung, dass „in der rituellen Schlachtung der Schafe ein sozial adäquates Verhalten zu erblicken“ sei, „das die Rechtswidrigkeit ausschließt“, kommt der OGH zum Ergebnis, dass rituelles Schächten von Tieren mangels Rechtswidrigkeit – als negatives Tatbestandsmerkmal – nicht den Tatbestand der Tierquälerei iSd § 222 Abs 1 StGB erfülle.<sup>19</sup> Zwei Jahre später schließt sich der VfGH fast wortident dieser Auffassung an, als er in einem sehr ähnlichen Fall über eine Beschwerde gemäß Art 144 B-VG gegen einen Bescheid des UVS des Landes Vorarlberg wegen Verletzung des Vorarlberger Tierschutzgesetzes zu Recht erkennen musste.<sup>20</sup>

#### 4.2.2 Der verfassungsrechtliche Schutzbereich

Die Argumentationsstruktur sowohl des OGH als auch des VfGH basiert in der gegenständlichen Frage auf den Grundrechten der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit.<sup>21</sup> Vollkommen richtig wird ins Treffen geführt, dass Art 14 Abs 1 StGG jedermann die volle Glaubens- und Gewissensfreiheit gewährleistet, Art 63 Abs 2 StVStGermain allen Einwohnern Österreichs das Recht gibt, öffentlich oder privat jede Art Glauben, Religion oder Bekenntnis frei zu üben, sofern deren Übung nicht mit der öffentlichen Ordnung oder mit den guten Sitten unvereinbar ist, und Art 9 Abs 1 EMRK jedermann den Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit sichert.<sup>22</sup> Auch der Gesetzesvorbehalt in Art 9 Abs 2 EMRK<sup>23</sup>, wonach die Religions- und Bekenntnisfreiheit „nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener Beschränkungen“ sein darf, „die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sind“, wird als entscheidungsrelevante Verfassungsnorm angeführt.<sup>24</sup> Allerdings schließt sich der OGH nicht der Auffassung des OLG an, der

<sup>19</sup> Vgl EvBl 1996, 671.

<sup>20</sup> Vgl VfGH 17.12.1998, B 3028/97.

<sup>21</sup> Vgl dazu Kap 2.5.4, 2.5.5 und 2.5.6.

<sup>22</sup> Vgl EvBl 1996, 671 sowie VfGH 17.12.1998, B 3028/97-19, 11.

<sup>23</sup> Vgl Kap 2.5.6.2.

<sup>24</sup> Vgl Kap 4 FN 22.

das Schächtungsverbot gemäß dem Gesetzesvorbehalt in Art 9 Abs 2 EMRK und unter Bezugnahme auf das Tiroler Tierschutzgesetz als Teil der öffentlichen Ordnung als verfassungskonform beurteilte. Vielmehr stellt der OGH wie gleichermaßen der VfGH auf den Islam als anerkannte Religionsgemeinschaft ab und klassifiziert unter Bezugnahme auf ein hundert Jahre altes VwGH-Erkenntnis, das die Nichtgestattung der rituellen Schächtung von Tieren im israelitischen Kultus als „Beeinträchtigung der verfassungsgemäß gewährleisteten Glaubens- und Gewissensfreiheit“ bezeichnet<sup>25</sup>, das Schächten von Tieren „für die Angehörigen der israelitischen als auch der islamischen Glaubensgemeinschaft“ als „Akt der Religionsausübung“, der „nicht als unsittlich zu werten“ sei und der dem Interesse der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer nicht entgegenstehe.<sup>26</sup> „Demnach ist in der rituellen Schlachtung der Schafe ein sozial adäquates Verhalten zu erblicken, das die Rechtswidrigkeit ausschließt.“<sup>27</sup> Noch deutlicher der VfGH: „Das Schächten ... ist daher weder mit der öffentlichen Ordnung noch mit den guten Sitten unvereinbar. Ein Verbot des (fachgerechten) Schächtens ist daher in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig; es verstieße gegen Art 14 StGG, Art 63 Abs 2 StVStGermain und Art 9 EMRK.“<sup>28</sup> Damit haben der OGH und der VfGH die Frage, ob die Schächtung der öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerspricht, verneint. Der VfGH vermeint zwar, den diesbezüglichen Wertewandel in den letzten Jahrzehnten nicht übersehen zu haben, spricht der heutigen Auffassung des Tierschutzes als einem weithin anerkannten und bedeutsamen öffentlichen Interesse gegenüber dem Recht auf Freiheit der Religionsausübung aber „noch kein durchschlagendes Gewicht“ zu.<sup>29</sup>

### 4.2.3 Der dynamisch-naturrechtliche Ansatz

Auch wenn er ihn nicht entsprechend würdigt, weist der VfGH doch zu recht auf den Wertewandel in der Gesellschaft hin, wie er sich in der

<sup>25</sup> Vgl VwGH 10.666/1897 sowie auch VwGH 5248/A/1907 und EvBl 1996, 671.

<sup>26</sup> Vgl EvBl 1996, 671.

<sup>27</sup> ebd.

<sup>28</sup> VfGH 17.12.1998, B 3028/97-19, 14.

<sup>29</sup> ebd 13. Überdies versucht der VfGH sein Erkenntnis unter Zuhilfenahme des Gemeinschaftsrechtes der EU zu untermauern, im Besonderen des Erwägungsgrundes 6 der Richtlinie 93/119/EG des Rates über den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Schlachtung oder Tötung, wonach religiöse Riten bei der Schlachtung von Tieren ausdrücklich zu berücksichtigen seien. (Vgl ebd 13f.)

Einstellung zum tierischen Leben und im Tierschutz als weithin anerkanntem öffentlichen Interesse manifestiert.<sup>30</sup> Im ABGB wurde dem entsprechend durch mit BG 10.3.1988, BGBl 1988/179, eingefügten § 285a ABGB Rechnung getragen. Wurde bis dahin iSd § 285 ABGB das Tier als „Sache“ klassifiziert, stellt § 285a ABGB nun klar, dass Tiere eben keine Sachen sind. Allerdings werden sie zivilrechtlich als solche behandelt.<sup>31</sup> Wichtige Impulse für die gegenwärtige tierschutzethische Diskussion stammen aus philosophisch-ethischen Beiträgen des englischsprachigen Raumes.<sup>32</sup> „Alle Lebewesen, die Angst, Schmerz und Lust empfinden können, haben ein Interesse an der Rücksichtnahme auf ihre Empfindungsfähigkeit und verdienen unmittelbar moralische Beachtung.“<sup>33</sup> Auch *T. Regan*, bekannt als Theoretiker einer Tierrechtskonzeption, „spricht jedem bewusst empfindenden Subjekt eines Lebens einen prinzipiell gleichen Eigenwert und dementsprechend grundsätzlich gleiche moralische Rechte zu“. Im deutschsprachigen Raum<sup>34</sup> steht im Mittelpunkt philosophisch-ethischer Überlegungen die „sittliche Pflicht zur Anerkennung der Subjektivität empfindungsfähiger Tiere und der Respekt vor ihnen als Akt der Humanität in einem weiteren Sinn“, und die „Beachtung des Gleichheitsprinzips“ iSe „Forderung nach Gleichbehandlung der Tiere in Bezug auf gleiche Interessen (zB nicht willkürlichem Leiden ausgesetzt zu werden)“. Die daraus abzuleitende These von der „moralischen Irrelevanz der Spezieszugehörigkeit“ mündet letztlich in die Forderung einer „strikten Gleichbehandlung von Menschen und bewusstseinsbegabten Tieren“.<sup>35</sup> Natürlich ist mit der Anerkennung gleicher Interessen von Mensch und Tier in Bezug auf Wohlbefinden und Unversehrtheit keine völlige Gleichstellung gemeint. „Im Unterschied zum Tier ist der Mensch Person, Subjekt moralischer Verantwortung.“<sup>36</sup> Eine Befürwortung des Schächtens als kultisch-rituelle Handlung oder auch anderer Formen, in denen Tiere zu welchem Zwecke immer instrumentalisiert und ihnen Schmerzen zT bis zum Tod zugefügt werden<sup>37</sup>, ist in der modernen facheinschlägigen Lite-

<sup>30</sup> Vgl ebd.

<sup>31</sup> Vgl *Koziol/Welser* II, 6.

<sup>32</sup> Vgl *Münk* in *Rotter/Virt* 771.

<sup>33</sup> ebd unter Bezugnahme auf den australischen Philosophen Peter Singer. Vgl dazu auch *Singer* in *Höffe* 405-407.

<sup>34</sup> ZB bei *R. Spaemann, G.M. Teutsch, K.M. Meyer-Abich*.

<sup>35</sup> Vgl *Münk* in *Rotter/Virt* 771.

<sup>36</sup> ebd 772 unter Bezugnahme auf *O. Höffe*.

<sup>37</sup> Vgl dazu auch die Stierkämpfe in Spanien, das „Widderstoßen“ im Zillertal oder die „Hahnenkämpfe“ uäm.

ratur, die sich mit Wertfragen auseinandersetzt, nicht bekannt. Nicht nur aktive Tierschützer sehen heute in Tieren „Subjekte des Lebens“, vielmehr entspricht diese Auffassung dem erfolgten Wertewandel in unserer Gesellschaft, dem weder der OGH noch der VfGH ausreichend entsprochen haben. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch darin, dass der OGH zur Abstützung seiner Rechtsansicht ein VfGH-Erkenntnis aus dem Jahre 1897 verwendet. Ob Probleme der Gegenwart mit Erkenntnissen des vergangenen Jahrhunderts adäquat beantwortet werden können, ist zumindest zweifelhaft. In Bezug auf den gegenständlichen Anlassfall des Schächtens von Schafen meint der VfGH, dass der Tierschutz „insbesondere für die öffentliche Ordnung nicht von derart zentraler Bedeutung“ ist, „dass er das Verbot einer Handlung verlangt, die einem jahrtausendealten Ritus entspricht“.<sup>38</sup> In der Tat sticht dieses Argument nicht. Die Feststellung, dass es bestimmte Verhaltensweisen schon sehr lange gibt, sagt noch nichts über die Qualität derselben aus. Viele Religionen kennen Tier- und auch Menschenopfer. Man denke nur an die Aztekische Religion, in der Menschenopfer zum täglichen Ritual gehörten<sup>39</sup>, an die Germanische Religion, in der vor allem den Göttern Tyr und Wodan Tier- und auch Menschenopfer dargebracht wurden<sup>40</sup>, die vergleichbaren Riten und Kulte der Inkas und Mayas<sup>41</sup> oder auch den Mithras-Mysterienkult, in dessen Zentrum die Tötung eines Stieres als „kultische Vergegenwärtigung des Mythos vom stiertötenden Mithras“ stand. All diese Religionen hatten eine lange Kultradition, die aber alleine deswegen wohl keine Legitimation ihrer zu hinterfragenden Riten für sich beanspruchen können. Ritualmorde und Ritualselbstmorde, wie sie in jüngster Vergangenheit von obskuren, meist eschatologisch ausgerichteten Religionsgemeinschaften bekannt geworden sind, verdeutlichen noch mehr die Unmöglichkeit, Riten und Kulthandlungen durch die Zuordnung zum Bereich der Religions- und Bekenntnisfreiheit der geltenden Rechtsordnung quasi zu entziehen. Die Beurteilung des Schächtens als sozial adäquate Handlung durch OGH und VfGH, dass dieses sohin mit den Werten, die der österreichischen Rechtsordnung zugrunde liegen, in Einklang stehe, ist mE darauf zurückzuführen, dass einerseits dem ethischen Aspekt, wie er heute von der Bevölkerung mehrheitlich vertreten wird, zu wenig Rechnung getragen wurde, andererseits die Tradition des den abrahamitischen Religionen

---

<sup>38</sup> Vgl VfGH 17.12.1998, B 3028/97-19, 13.

<sup>39</sup> Vgl *Bellinger* 44f.

<sup>40</sup> Vgl ebd 160f.

<sup>41</sup> Vgl ebd 229 und 304.

Judentum, Christentum und Islam inhärenten Opfergedankens ein Schächtungsverbot erschwert. Ein dynamisch-naturrechtlicher Ansatz, der Tiere als in ihrem Wohlbefinden und ihrer Unversehrtheit zu schützende Subjekte sieht, kommt in der Frage des rituellen Schächtens zu einem anderen Ergebnis als OGH und VfGH. Ein möglicher Kompromiss, der sowohl dem Grundrecht der Religions-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit entspricht als auch dem Verbot der Tierquälerei gemäß § 222 StGB gerecht wird, könnte im rechtzeitigen Betäuben der Tiere, wie es schon vom OLG Innsbruck 9.12.1993, 7 Bs 475/92, angeregt wurde und ua in § 11 Abs 1 VbgTierschutzG 1982 verpflichtend vorgesehen ist, erblickt werden. Entgegen der Regierungsvorlage zum Vorarlberger Tierschutzgesetz 1982, die zu § 11 ua die Meinung vertritt, dass der gesetzlich normierte Betäubungszwang ein „Verbot der rituellen Schächtung“ bedeute<sup>42</sup>, impliziert ein Betäubungszwang keineswegs ein Verbot ritueller Schächtung. Vielmehr verhält es sich so, dass eine Betäubung des Schlachttieres in den religiösen Vorschriften zwar „nicht vorgesehen, aber auch nicht ausdrücklich verboten“ ist.<sup>43</sup> Für zukünftige Urteile und höchstgerichtliche Erkenntnisse wäre damit ein gangbarer Weg vorgezeichnet.

### 4.3 Verweigerte Bluttransfusion mit Todesfolge

Schon wiederholt haben die Medien über Todesfälle als Folge einer verweigten Bluttransfusion durch Zeugen Jehovas berichtet. Die Problematik solcher Fälle ist dann besonders hoch, wenn es sich bei den Opfern um Unmündige handelt. Während sich die Zeugen Jehovas als Ergebnis einer eigenwilligen und von keiner anderen christlichen Konfession geteilten Interpretation unter Außerachtlassung anerkannter exegetischer Methoden der Bibelwissenschaften auf „biblische Vorschriften“ berufen<sup>44</sup>, wirft die von Zeugen Jehovas als Erziehungsberechtigte für ihre unmündigen Kinder durchgesetzte Verweigerung einer notwendigen Bluttransfusion, die entscheidungskausal zum Tode des Kindes führt, moralische wie rechtliche Fragen auf.

---

<sup>42</sup> Vgl VfGH 17.12.1998, B 3028/97-19, 7.

<sup>43</sup> Vgl EvBl 1996, 671.

<sup>44</sup> Vgl dazu Jehovas Zeugen und die Blutfrage, hg v Wachturm Bibel- und Traktatgesellschaft Wien, Wien 1977.

### 4.3.1 Die strafrechtliche Seite

In dem Fall, in dem als Resultat einer angeborenen Blutgruppenunverträglichkeit ein an hochgradiger Blutarmut leidender Säugling infolge einer von den Erziehungsberechtigten religiös motivierten verweigerter lebensrettender Blutaustauschtransfusion stirbt und durch alternative Behandlungsmethoden nicht am Leben erhalten werden kann, ist strafrechtlich in Bezug auf die Erziehungsberechtigten zu prüfen, ob die Verweigerung der Bluttransfusion § 92 StGB zu subsumieren ist. In Bezug auf den Arzt, der aufgrund des Drängens der Erziehungsberechtigten die Bluttransfusion nicht vornimmt, obwohl sie medizinisch indiziert wäre, und sich auf weniger zuverlässige alternative Behandlungsmethoden einlässt, ist zu prüfen, ob dieses Vorgehen eine fahrlässige Tötung iSd §§ 80, 81 StGB darstellt. Zu untersuchen ist auch der Aspekt der Einwilligung, und zwar sowohl iSe Verweigerung der Einwilligung in die lebensrettende Blutaustauschtransfusion als auch iSe Einwilligung in eine riskante alternative Behandlungsmethode.

#### 4.3.1.1 Unterlassung mit Todesfolge

§ 92 Abs 1 StGB normiert ua, dass zu bestrafen ist, wer „einem anderen, der seiner Fürsorge oder Obhut untersteht und der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat ...“, „körperliche oder seelische Qualen zufügt“. Abs 2 erweitert den Straftatbestand des Abs 1 auf den Täter, der seine „Verpflichtung zur Fürsorge oder Obhut einem solchen Menschen gegenüber gröblich vernachlässigt und dadurch, wenn auch nur fahrlässig, dessen Gesundheit oder dessen körperliche oder geistige Entwicklung beträchtlich schädigt“. § 92 Abs 3 StGB enthält erhöhte Strafandrohungen im Falle schwerer Dauerfolgen oder wenn die Tat den Tod des Geschädigten zur Folge hat. Seit dem StRÄG 1987 entsprechen diese Strafandrohungen den §§ 84, 85 und 86 StGB.<sup>45</sup> Schutzobjekt des § 92 StGB sind einerseits Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, andererseits wegen Gebrechlichkeit, Krankheit oder Schwachsinn wehrlose Personen, die der Fürsorge oder Obhut des Täters unterstehen.<sup>46</sup> Unter Fürsorge ist die rechtliche Verpflichtung zu verstehen, „für das körperliche oder geistige Wohl eines anderen zu sorgen“, wobei es unbeachtlich ist, ob diese Verpflichtung auf Gesetz oder Vertrag beruht. Obhut hingegen bezeichnet ein „faktisches Schutz- oder Betreuungsverhält-

<sup>45</sup> Vgl dazu *Foregger/Kodek*, Kommentar § 92 Anm IV.

<sup>46</sup> Vgl ebd Anm I sowie *Leukauf/Steininger* § 92 Rz 1.

nis“.<sup>47</sup> Bzgl der Tathandlung ist festzuhalten, dass sie nach Abs 1 ein Begehungs-, nach Abs 2 ein unechtes Unterlassungsdelikt iSd § 2 StGB darstellt. Beide sind „Sonderdelikte, deren Unrecht von der unmittelbaren Tatausführung durch den besonders qualifizierten Täter abhängt“<sup>48</sup> und zwar iSd § 14 Abs 1 zweiter Satz 1. Fall. Dieser normiert, dass „der Träger der besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse die Tat unmittelbar ausführt oder sonst in bestimmter Weise an ihr mitwirkt“. Unter den Voraussetzungen des § 2 StGB kann § 92 StGB aber auch durch Unterlassen begangen werden.<sup>49</sup> Eltern haben als Erziehungsrechtigte ihrer Kinder eine Garantenstellung inne. Insofern haftet der Garant für den eingetretenen Erfolg, „als es dem spezifischen Zweck seiner Garantenpflicht entspricht“.<sup>50</sup> Der „ursprüngliche Zusammenhang“ zwischen Tat bzw Unterlassung und der Tatfolge ist als „Quasikausalität“ zu verstehen.<sup>51</sup> „Demnach kommt es darauf an, ob der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wegzudenken ist, wenn die vom Täter pflichtwidrig unterlassene Handlung hinzugedacht wird.“<sup>52</sup> In diesem Sinn kann im gegenständlichen Fall die Verweigerung als pflichtwidrige Unterlassung gewertet und unter der Voraussetzung, dass die Verweigerung der medizinisch indizierten und notwendigen Bluttransfusion durch die Erziehungsberechtigten zum Tod des Kindes führt, dem objektiven Tatbestand des § 92 Abs 3 zweiter Fall StGB subsumiert werden. Geht man zudem davon aus, dass Zeugen Jehovas aus religiöser Überzeugung die Bluttransfusion ablehnen und die Thematik eine zentrale Stelle in ihrer Lehre einnimmt<sup>53</sup>, wird man bzgl der subjektiven Tatseite in logischer Konsequenz – was im Einzelfall geprüft werden muss – dolus eventualis annehmen müssen. Wer den Erfolg ernstlich für möglich hält und sich letztlich damit abfindet<sup>54</sup>, hat auch dann bedingten Vorsatz zu verantworten, wenn er sich auf den „Willen Gottes“ beruft. Ob die religiöse Motivation durch Berufung auf das verfassungsrechtlich verankerte

<sup>47</sup> Vgl *Hauptmann* in WK § 92 Rz 4 und 5.

<sup>48</sup> Vgl ebd Rz 2.

<sup>49</sup> Vgl ebd Rz 10, vgl ebenso *Foregger/Kodek* Kommentar § 92 Anm II, unter Bezugnahme auf SSt 55/46 = EvBl 1985/18.

<sup>50</sup> Vgl *Foregger/Kodek* Kommentar § 2 Anm II, unter Bezugnahme SSt 54/21 = JBl 1983, 494.

<sup>51</sup> Vgl *Hauptmann* in WK § 92 Rz 15.

<sup>52</sup> ebd unter Bezugnahme auf SSt 55/46 = EvBl 1985/18; 9 Os 111/86.

<sup>53</sup> Vgl *Jehovas Zeugen und die Blutfrage*.

<sup>54</sup> Vgl § 5 Abs 1 StGB.

Grundrecht der Religions-, Gewissens- und Glaubensfreiheit<sup>55</sup> einen Rechtfertigungsgrund darstellt und damit Pönalisierungsschranken wirksam werden, wird im nächsten Kapitel untersucht. § 89 StGB normiert unter der Überschrift „Gefährdung der körperlichen Sicherheit“, dass ua zu bestrafen ist, wer „unter besonders gefährlichen Verhältnissen“<sup>56</sup>, „wenn auch nur fahrlässig, eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die körperliche Sicherheit eines anderen herbei führt“. Dass im gegenständlichen Fall durch die medizinische Indikation und Notwendigkeit einer Bluttransfusion für das Leben des Säuglings „besonders gefährliche Verhältnisse“ iSd § 81 Z 1 StGB vorliegen, muss nicht näher begründet werden. „Eine solche Gefahr liegt vor, wenn infolge des Verhaltens des Täters eine Situation geschaffen oder aufrechterhalten wurde, die nicht bloß allgemein, sondern auch und gerade im besonderen Fall, die Möglichkeit eines schädigenden Ereignisses für Leib und Leben eines anderen Menschen besorgen lässt.“<sup>57</sup> Die Verweigerung der notwendigen Bluttransfusion durch die Erziehungsberechtigten führt nicht nur die Gefährdung, sondern auch den Erfolg herbei. Da § 89 StGB aber nur ein allgemeines Gefährdungstatbild darstellt, weicht § 89 StGB der spezielleren Norm des § 92 StGB.

#### 4.3.1.2 Zum Problem der Einwilligung

Der Aspekt der Einwilligung ist sowohl unter dem Gesichtspunkt der Verweigerung der Einwilligung in die Bluttransfusion durch die Erziehungsberechtigten als auch im Kontext der Einwilligung in eine riskantere Alternativbehandlung zu sehen. § 90 Abs 1 StGB normiert, dass „eine Körperverletzung oder Gefährdung der körperlichen Sicherheit nicht rechtswidrig“ ist, „wenn der Verletzte oder Gefährdete in sie einwilligt und die Verletzung oder Gefährdung als solche nicht gegen die guten Sitten verstößt“. Demnach kann nach § 90 Abs 1 StGB die Einwilligung des Opfers Delikte gegen Leib und Leben rechtfertigen. Geht man davon aus, dass Erziehungsberechtigte eine solche Einwilligung in gesetzlicher Vertretungsbefugnis für das unmündige Kind abgeben<sup>58</sup>, könnte die Ver-

<sup>55</sup> Vgl Kap 2.5.4, Kap 2.5.5 und Kap 2.5.6.

<sup>56</sup> Vgl § 81 Z 1 StGB.

<sup>57</sup> *Forgegger/Kodek* Kommentar § 89 Anm I unter Bezugnahme auf SS 20/147.

<sup>58</sup> Vgl §§ 144, 154 und 154a ABGB. Allerdings entspricht es nach Judikatur des OGH auch dem Gesetz, wenn die Kinder, die durch die fanatische Religionsausübung ihrer Mutter (Zeugin Jehovas) gefährdet sind, einstweilen den väterlichen Großeltern zur Pflege und Erziehung überwiesen werden. (Vgl OGH 23.10.1978, 5 Ob 721/78.)

weigerung einer notwendigen Bluttransfusion, an deren Stelle eine relativ riskante alternative Behandlungsmethode tritt, eine Einwilligung iSd § 90 Abs 1 StGB darstellen. „Gegenstand der Einwilligung kann ... nur die mehr oder weniger riskante Handlung des Täters sein.“<sup>59</sup> Allerdings rechtfertigt die Einwilligung die gefährliche Handlung nur dann, „wenn sie nicht etwa trotz der Einwilligung den guten Sitten widerspricht“.<sup>60</sup> Die Einwilligung in eine alternative, aber im Verhältnis zur Bluttransfusion riskante Behandlungsmethode, die zum Tod des Kindes führt, widerspricht aber klar den guten Sitten. „Sie widerspricht den guten Sitten, wenn dem maßgerechten Menschen die Sorge um die Gesundheit des Opfers wichtiger wäre als die Rücksicht auf dessen Wünsche. Auf Handlungen, die eine beträchtliche Gefahr schwerer Folgen mit sich bringen, lässt sich der maßgerechte Mensch nicht ein, auch wenn das Opfer mit der Handlung einverstanden ist.“<sup>61</sup> Dies gilt um so mehr, wenn sich Erziehungsberechtigte im Rahmen der gesetzlichen Vertretungsbefugnis<sup>62</sup> die Einwilligung für das unmündige Opfer anmaßen, auch wenn dies aus vermeintlich ehrenwerten oder religiösen Motiven geschieht. Es fehlt zudem an der Sozialadäquanz. Für die Beurteilung derselben kommt es wiederum auf das Verhalten des maßgerechten Menschen an. Eine notwendige Bluttransfusion für ein Kind zu verweigern und statt dessen eine riskante alternative Behandlungsmethode zu veranlassen ist sozial inadäquat, es „ist gewissenlos, widerspricht den guten Sitten, der maßgerechte Mensch tut so etwas nicht, eben weil er sich um das Leben und die Gesundheit ... sorgt“.<sup>63</sup> § 90 StGB determiniert die relativ engen Grenzen des Selbstbestimmungsrechtes über Leib und Leben. „Jenseits dieses Bereiches ist die Mitwirkung auch an bewusster Selbstgefährdung rechtswidrig und je nach den Folgen strafbar, wie auch die Mitwirkung am Selbstmord rechtswidrig und strafbar ist.“<sup>64</sup> Bei der Verweigerung der Einwilligung in die Bluttransfusion durch die Erziehungsberechtigten allein, ohne die den guten Sitten widersprechende Einwilligung in die alternative und risikobehaftete Behandlungsmethode, wäre hingegen gegebenenfalls ein Tatvorsatz iSd §§ 2, 75 StGB (Mord durch Unterlassen) zu bejahen, wenn

<sup>59</sup> Nowakowski JBl 1972, 28, zit n Bertel/Schwaighofer I, § 90 Rz 2.

<sup>60</sup> Vgl Bertel/Schwaighofer I, § 90 Rz 4.

<sup>61</sup> ebd.

<sup>62</sup> Vgl §§ 144, 154 und 154a ABGB.

<sup>63</sup> Vgl Bertel/Schwaighofer I, § 90 Rz 10, unter Bezugnahme auf das Beispiel eines Radfahrers, der veranlasst wird, nachts mit unbeleuchtetem Rad auf einer vielbefahrenen Straße zu fahren.

<sup>64</sup> ebd.

sich der Tatvorsatz auch auf die (Quasi-)Kausalität der Unterlassung bezieht und es die Erziehungsberechtigten zumindest ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden, dass die Verweigerung der Einwilligung in die Bluttransfusion zum Tod des Kindes führt.<sup>65</sup> Im gegenständlichen Fall verweigern die Eltern des Opfers aber nicht die ärztliche Behandlung schlechthin, sondern nur die medizinisch gebotene Blutaustauschtransfusion. Das Drängen auf und die Einwilligung in eine alternative Behandlungsmethode indiziert eine gewisse Sorge um das Leben des Kindes, die jedoch gröblich vernachlässigt wird, sodass eher der Tatbestand des § 92 Abs 3 zweiter Fall StGB zu bejahen ist denn §§ 2, 75 StGB.

#### 4.3.1.3 Fahrlässige Tötung

Die bisherigen Erörterungen zum strafrechtlichen Aspekt des gegenständlichen Falles haben vor allem die Erziehungsberechtigten und deren Entscheidung, eine notwendige Bluttransfusion für das in ihrer Obhut und Fürsorge stehende Kind zu verweigern und statt dessen eine alternative Behandlungsmethode durchzusetzen, focussiert. Im Folgenden soll nun das Verhalten des Arztes, der dieser Forderung der Eltern entspricht, strafrechtlich näher untersucht werden. § 80 StGB normiert, dass zu bestrafen ist, „wer fahrlässig den Tod eines anderen herbeiführt“, § 81 Z 1 StGB beinhaltet die Qualifikation zu § 80 StGB „unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ mit der Androhung einer „Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren“. Während das Wesen des Vorsatzes im Wissen und Wollen der zum gesetzlichen Tatbild gehörenden objektiven Merkmale besteht und damit ein voluntatives wie ein intellektuelles Vorsatzelement beinhaltet<sup>66</sup>, verletzt der Täter, der in bewusster oder unbewusster Fahrlässigkeit handelt oder ein gebotenes Tun unterlässt, ein Gebiet der Rechtsordnung „nicht mit Willen, sondern aus Unaufmerksamkeit“.<sup>67</sup> Nach der Legaldefinition des § 6 Abs 1 StGB handelt fahrlässig, „wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, dass er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht“. Nach § 6 Abs 2 StGB handelt ebenso fahrlässig, „wer es für möglich hält, dass er einen

---

<sup>65</sup> Vgl *Lewis* 361 unter Bezugnahme auf eine etwas andere Fallkonstellation.

<sup>66</sup> Vgl *Forgegger/Kodek* Kommentar § 5 Anm I.

<sup>67</sup> Vgl ebd § 6 Anm I.

solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will“.<sup>68</sup> § 7 Abs 1 StGB stellt klar, dass fahrlässiges Handeln nur strafbar ist, wenn es das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt, wie dies beim gesetzlichen Tatbild der fahrlässigen Tötung der Fall ist. Der strafrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff setzt sich also einerseits aus der objektiven und subjektiven Sorgfaltswidrigkeit, andererseits aus der objektiven und subjektiven Vorausssehbarkeit des Erfolgs zusammen.<sup>69</sup> „Der Täter hat objektiv sorgfaltswidrig gehandelt, wenn sich ein einsichtiger und besonnener Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters und mit dessen Sonderwissen ausgestattet in dieser Situation anders verhalten hätte.“<sup>70</sup> Während unterdurchschnittliche Fähigkeiten und Kenntnisse nach hM keine Herabsetzung der allgemeinen Sorgfaltsanforderungen bewirken, führen überdurchschnittliche Fähigkeiten und Kenntnisse nach mehrheitlicher Auffassung der hL zu einer Erhöhung der objektiven Sorgfaltspflichten.<sup>71</sup> Im Zusammenhang mit gefährlichen Handlungen, zu denen auch ärztliche Eingriffe zählen, handelt „nur objektiv sorgfaltswidrig, wer ein rechtlich missbilligtes Risiko (= sozialinadäquates Risiko) für den Eintritt eines verbotenen Erfolgs schafft oder vergrößert“.<sup>72</sup> Beim objektiv sorgfaltswidrigen Verhalten handelt es sich um jenes „Sorgfaltsmaß, das ein mit den rechtlich geschützten Werten entsprechend verbundener, besonnener und einsichtiger Mensch ... in der Lage des Täters aufwenden würde, um die Gefahr einer Rechtsgutbeeinträchtigung hintanzuhalten“.<sup>73</sup> Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit wird durch die objektive indiziert. „Wer objektiv sorgfaltswidrig handelt, verletzt in der Regel zugleich seine subjektive Sorgfaltspflicht.“<sup>74</sup> Daher ist sowohl in der hL als auch in der Judikatur „maßgebend, ob auch ‚ein Anderer‘, ausgestattet mit den geistigen und körperlichen Verhältnissen des Täters, in dessen Situation fähig gewesen wäre, den objektiven Sorgfaltsanforderungen zu genügen“.<sup>75</sup> Die objektive Vorhersehbarkeit des Erfolgs ist dann als ge-

<sup>68</sup> Während der Täter beim bedingten Vorsatz die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbildes „ernstlich“ für möglich hält und sich nach dem Motto: „Na wenn schon!“ damit abfindet, hält der Täter bei bewusster Fahrlässigkeit die Verwirklichung eines solchen Sachverhaltes zwar für möglich, will ihn aber nach dem Motto: „Wird schon nichts passieren!“ nicht herbeiführen.

<sup>69</sup> Vgl. *Kienapfel AT Z 25 Rz 6*.

<sup>70</sup> ebd. Rz 9.

<sup>71</sup> Vgl. ebd. Rz 14 und 14a.

<sup>72</sup> Vgl. ebd. Rz 17.

<sup>73</sup> Vgl. *Forgegger/Kodek Kommentar § 6 Anm III*.

<sup>74</sup> *Kienapfel AT Z 25 Rz 22*.

<sup>75</sup> Vgl. ebd. Rz 23.

hersehbarkeit des Erfolgs ist dann als gegeben anzunehmen, „wenn ein einsichtiger und besonnener Mensch in der Lage des Täters die Gefahr des Erfolgseintritts erkannt hätte“. Die moderne Strafrechtsdogmatik verwendet den Begriff „Adäquanzzusammenhang“: der konkrete Ablauf des Geschehens, einschließlich des Erfolgseintritts, darf „nicht gänzlich außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung“ liegen. Ähnlich wie bei der Sorgfaltswidrigkeit wird auch im Kontext der Vorhersehbarkeit die subjektive Vorhersehbarkeit des Erfolgs durch die objektive indiziert.<sup>76</sup> Diese Prolegomena zum Wesen der Fahrlässigkeit müssen mit berücksichtigt werden, wenn untersucht wird, ob das Verhalten des Arztes, der trotz Notwendigkeit und medizinischer Indikation der Forderung der Erziehungsberechtigten, keine Bluttransfusion vorzunehmen und statt dessen eine im Verhältnis zur Bluttransfusion riskantere alternative Behandlungsmethode anzuwenden, entspricht, was den Tod des Kindes zur Folge hat, den §§ 80, 81 StGB zu subsumieren ist oder nicht.

Das geschützte Rechtsgut des § 80 StGB ist der Mensch von Beginn des Geburtsvorganges bis zum Eintritt des Todes<sup>77</sup>, unabhängig von der Staatsbürgerschaft, von Religionszugehörigkeit, Rasse oder Geschlecht, unabhängig aber auch von der weiteren Lebensfähigkeit des Menschen. Das Delikt kann daher auch an einer nicht lebensfähigen Frühgeburt sowie an einem bereits Sterbenden begangen werden.<sup>78, 79</sup> Die äußere Tat-

<sup>76</sup> Vgl ebd Rz 29 und 31.

<sup>77</sup> Vgl *Burgstaller* in WK § 80 Rz 2 bis 4 sowie *Leukauff/Steininger* § 80 Rz 1.

<sup>78</sup> Vgl *Burgstaller* in WK § 80 Rz 5.

<sup>79</sup> Zur Zeit der Abfassung dieser Zeilen ist in den österreichischen Medien der sog „Fall Omofuma“ ein zentrales Thema. Marcus Omofuma, 25-jähriger Nigerianer, der in Österreich um Asyl angesucht hatte und der noch während des laufendenden Rechtsmittelverfahrens zwangsweise von der österreichischen Fremdenpolizei abgeschoben wurde, starb an den Folgen der „Behandlung“ durch die Polizisten, die ihn nicht nur gefesselt, sondern auch Mund und – wie die Obduktion ergab – Nase zugeklebt hatten. Dieser Vorfall widerspricht sämtlichen Grundsätzen unserer Rechtsordnung. Insbesondere wird strafrechtlich eine Verletzung der §§ 80, 81 StGB vorliegen sowie verwaltungsrechtlich eine Verletzung der einschlägigen Bestimmungen des Sicherheitspolizeigesetzes und des Verfahrensrechts, verfassungsrechtlich eine Verletzung des Art 3 EMRK, was aber sämtlich in concreto zu prüfen ist. Erstaunlich und geradezu beängstigend ist das mangelnde Bewusstsein der Werte und Normen, die unserer Gesellschaft und unserer Rechtsordnung zugrunde liegen. Die Polizeibeamten wurden erst nach längerem Zögern vom Dienst suspendiert und im Nationalrat ließ sich Frau Partik-Pable, Richterin und Nationalratsabgeordnete der FPÖ, zu Äußerungen hinreißen, die den unserer Verfassung zugrunde liegenden Werten und Normen diametral entgegenstehen, was den Nationalratspräsidenten nicht einmal zu einem Ordnungsruf veranlasst hat. (Vgl Format 20 [1999] 38.)

seite besteht in der Verursachung des Todes eines vom Täter verschiedenen Menschen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein aktives Tun oder um ein Unterlassen iSd § 2 StGB handelt. „In Betracht kommt daher jedes (fahrlässige) Verhalten, das für den Tod eines anderen Menschen ursächlich gewesen ist, sofern der Täter sich objektiv sorgfaltswidrig verhalten hat und ihm der Tod des Anderen objektiv zuzurechnen ist.“<sup>80</sup> In Bezug auf § 80 StGB ist nur ein Verhalten tatbestandsmäßig, „das gegen allgemein verbindliche Sorgfaltsanforderungen verstößt, deren Einhaltung das Recht in der konkreten Situation zur Vermeidung ungewollter Tötungen verlangt, kurz: ein deliktstypisch objektiv sorgfaltswidriges Verhalten“.<sup>81</sup> Damit ist ein Verhalten umschrieben, das bereits „im Zeitpunkt seiner Vornahme den Tod eines anderen objektiv befürchten lässt und dabei den Bereich des vom Recht vielfach tolerierten Risikos überschreitet“<sup>82</sup>, ein Verhalten also, das nicht jener Sorgfalt entspricht, „die ein einsichtiger, besonnener, rechts-treuer Mensch in der konkreten Tatsituation zum Schutz des Lebens eines anderen aufgewendet hätte“. Das zu beurteilende Verhalten ist an der „differenzierten Maßfigur“ zu messen.<sup>83</sup> Im Bereich ärztlicher Tätigkeit bestimmt sich die Maßfigur nach dem Fachgebiet des Täters. Leitbild ist „nicht der gewissenhafte und einsichtige Arzt schlechthin“, vielmehr ist zwischen praktischem Arzt und Vertretern des jeweiligen Faches zu differenzieren; Maßfigur für einen Unfallchirurg zB kann also nur ein Unfallchirurg sein. Während der Facharzt „durch die Einhaltung des Verhaltensstandards eines praktischen Arztes den an ihn zu stellenden Sorgfaltsanforderungen noch nicht gerecht“ wird, ist dem praktischen Arzt „der Mangel der besonderen Sachkenntnisse und Geschicklichkeit eines Facharztes schon objektiv nicht anzulasten“.<sup>84</sup> Der Tatbestand des § 80 StGB ist nur verwirklicht, „wenn der eingetretene Tod eines Anderen mit dem objektiv sorgfaltswidrigen Verhalten des Täters nicht bloß im Kausalzusammenhang, sondern auch im Adäquanz- und Risikozusammenhang steht“ und zudem eine „Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten“ vorliegt.<sup>85</sup> Während der Kausalzusammenhang „strikt iS der Äquivalenztheorie zu verstehen“ ist, „die jede Bedingung für einen Erfolg als dessen (Mit-)Ursache definiert“, woraus sich ergibt, „dass kausal ‚jede Handlung‘ ist,

<sup>80</sup> *Leukauf/Steininger* § 80 Rz 2.

<sup>81</sup> Vgl *Burgstaller* in WK § 80 Rz 9.

<sup>82</sup> Vgl ebd Rz 10.

<sup>83</sup> Vgl *Leukauf/Steininger* § 80 Rz 4.

<sup>84</sup> Vgl *Burgstaller* in WK § 80 Rz 47.

<sup>85</sup> Vgl ebd Rz 56.

,die auch nur das Geringste dazu beigetragen hat, dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt eingetreten ist“<sup>86</sup>, ist bei der „Handhabung des praktisch besonders wichtigen Risikozusammenhanges“ vor allem „der für diese Zurechnungsvoraussetzung konstitutive Schutzzweck der übertretenen Sorgfaltsnorm“ hinreichend zu konkretisieren.<sup>87</sup>

In Bezug auf den gegenständlichen Fall unterlässt der Arzt auf Drängen der Eltern die notwendige Blutaustauschtransfusion am unmündigen Opfer, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Tod des Kindes verhindert hätte, und wendet eine im Verhältnis zur Blutaustauschtransfusion riskantere alternative Behandlungsmethode an, die den Eintritt des Erfolges nicht verhindern kann. Sowohl das ärztliche Ethos, das im Eid des Hippokrates eine allseits anerkannte Formel gefunden hat, als auch die einschlägigen Gesetze im medizinischen Bereich sowie die sogenannten ärztlichen Kunstregeln zielen auf die Erhaltung des Lebens. Letztere sind in der medizinischen Wissenschaft als der „gesicherte Bestand an grundlegenden Verhaltensanweisungen zu verstehen, die unter keinen Umständen verletzt werden dürfen“.<sup>88</sup> Der Arzt, der die rettende Bluttransfusion unterlässt, verletzt damit nicht nur die objektive Sorgfaltspflicht, sondern auch den Schutzzweck der angeführten Normen, weil er als Arzt das Leben des Kindes unter allen Umständen zu retten und alles zu unternehmen hat, um den Tod des Kindes zu verhindern. Eine in concreto religiös motivierte Weigerung der Erziehungsberechtigten, die Bluttransfusion vorzunehmen, enthebt ihn nicht der Verpflichtung, Leben zu erhalten. Mit seiner Unterlassung der lebensrettenden Maßnahme konstituiert der Täter einen (Quasi-)Kausalzusammenhang. Aber auch Adäquanz- und Risikozusammenhang als konstitutive Elemente der Tatbestandsverwirklichung liegen vor, weil der Täter bereits zum Zeitpunkt der Unterlassung den Tod des Kindes objektiv befürchten muss, mit seiner Entscheidung, anstelle der Bluttransfusion eine im Gegensatz dazu riskantere Alternativbehandlung anzuwenden, „den Bereich des vom Recht vielfach tolerierten Risikos überschreitet“<sup>89</sup> und damit eine „Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten“ konstituiert.<sup>90</sup> Für die Zurechnung des Erfolges kommt es darauf an, „ob der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wegzudenken ist, wenn die vom

---

<sup>86</sup> Vgl ebd Rz 59.

<sup>87</sup> Vgl ebd Rz 62.

<sup>88</sup> Vgl ebd Rz 46, unter Bezugnahme auf *Holczabek*.

<sup>89</sup> Vgl ebd Rz 10.

<sup>90</sup> Vgl ebd Rz 56.

Täter pflichtwidrig unterlassenen Handlung hinzugedacht wird“.<sup>91</sup> Wird dies bejaht<sup>92</sup>, liegt eine objektive Zurechenbarkeit des Todeserfolges vor, die der Arzt zu verantworten hat.<sup>93</sup> Im gegenständlichen Fall stellen die Bluttransfusion und die alternative Behandlungsmethode keine gleichwertigen Alternativen dar. Die differenzierte Maßfigur würde zweifellos die Blutaustauschtransfusion als die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zur Abwendung des Todes führende Methode anwenden, um das Leben des Säuglings zu retten, und die riskantere Behandlungsalternative verwerfen. Dies um so mehr, wenn mit der Alternativmethode noch keine gesicherten Erfahrungswerte vorliegen, während Bluttransfusionen zum medizinischen Alltag gehören. Lediglich dann, wenn die alternative Behandlungsmethode in jeder Hinsicht mit der traditionellen Bluttransfusion vergleichbar und gleichwertig wäre, würde schon der Vorwurf der Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht nicht greifen. Die differenzierte Maßfigur lässt sich durch die von den Erziehungsberechtigten verweigerte Einwilligung in die Bluttransfusion nicht von seiner genuinen ärztlichen Aufgabe, Leben zu retten, abbringen. Sie weiß und darf darauf vertrauen, dass die notwendige Einwilligung durch das Gericht nach § 178 ABGB substituiert wird. Wenn dafür die Zeit fehlt, so kann der Arzt den von den Erziehungsberechtigten verweigerten Eingriff nach den Regeln der mutmaßlichen – gerichtlichen – Einwilligung, und insofern gerechtfertigt, vornehmen. Insgesamt gewährleisten diese Regeln, dass der Arzt die lebensrettende Behandlung des Kindes auch gegen den Willen der Erziehungsberechtigten vornehmen kann und auch muss, ohne sich nach § 110 StGB der eigenmächtigen Heilbehandlung schuldig zu machen.<sup>94</sup> Im gegenständlichen Fall ist der Straftatbestand der fahrlässigen Tötung iSd § 80 StGB in der Qualifikation des § 81 Z 1 StGB durch den Arzt erfüllt, da dieser – wie dargestellt – die objektive und subjektive Sorgfaltspflicht verletzt und der Tod des Kindes als Erfolg der Unterlassung nicht nur im Kausalzusammenhang, sondern auch im Adäquanz-

---

<sup>91</sup> Vgl *Hauptmann* in WK § 92 Rz 15.

<sup>92</sup> Hier ist den SV-Gutachten eine besonders wichtige Bedeutung beizumessen.

<sup>93</sup> *Burgstaller* vertritt in Bezug auf die Erfolgszurechnung bei Unterlassung die Rechtsmeinung, dass für die objektive Erfolgszurechnung der bloße Nachweis, dass die vom Täter zu verantwortende Unterlassung das Risiko des Todeseintrittes erhöht hat, weil die Wahrscheinlichkeit dieses Erfolges bei Setzung des gebotenen Tuns geringer gewesen wäre, nicht ausreicht. (Vgl *Burgstaller* in WK § 80 Rz 57.) Dieser Ansatz ist – gerade auch im Hinblick auf den gegenständlichen Fall – kritisch zu hinterfragen, da dies im medizinischen Bereich zu fatalen Folgen führen könnte.

<sup>94</sup> Vgl *Lewis* 361.

und Risikozusammenhang steht und auch die Risikoerhöhung gegenüber dem an der differenzierten Maßfigur gemessenen rechtmäßigen Alternativverhalten gegeben ist.

### 4.3.2 Der verfassungsrechtliche Schutzbereich

Wenn Zeugen Jehovas die Bluttransfusion aus religiösen Gründen ablehnen und sich dabei auf die Religions- und Gewissensfreiheit<sup>95</sup> berufen, ist bei Berücksichtigung derselben „für Fragen der Strafrechtsdogmatik deshalb äußerste Zurückhaltung geboten“, weil dieses Grundrecht „verfassungsrechtlich ausdrücklichen Beschränkungen unterworfen“ ist.<sup>96</sup> Nach Art 9 Abs 2 EMRK darf die Religionsfreiheit „nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener Beschränkungen sein, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sind“. Dieser Gesetzesvorbehalt ermächtigt die nationale Gesetzgebung, in den grundrechtlich geschützten Bereich der Religions- und Gewissensfreiheit einzugreifen, wenn Verhaltensweisen, die sich auf diese Grundfreiheiten berufen, die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Ordnung, Gesundheit und Moral oder die Rechte und Freiheiten anderer verletzen. Die Verweigerung der lebensrettenden Bluttransfusion durch die erziehungsberechtigten Eltern, in deren Folge das Kind stirbt, ist nicht durch die verfassungsrechtliche Garantie der Religions- und Gewissensfreiheit geschützt, weil sie dem Gesetzesvorbehalt in Art 9 Abs 2 EMRK widerspricht. Insbesondere verletzt das in Rede stehende Verhalten die Gesundheit sowie die Rechte und Freiheiten des Kindes, aber auch die Moral. Es ist daher nicht möglich, die Verweigerung der Bluttransfusion, wenn sie im konkreten Fall einem strafgesetzlichen Tatbild entspricht, durch Berufung auf die Religions- und Gewissensfreiheit zu rechtfertigen, auch wenn den Erziehungsberechtigten uU ein Gewissenskonflikt zugestanden werden muss. Versuche, in diesem Kontext der Gewissensfreiheit mehr Raum zu geben, werden aber schon für die Strafrechtsdogmatik abgelehnt, weil diese „nicht wirklich dazu geeignet“ sind, „das intendierte Ziel zu verwirklichen“.<sup>97</sup> Grundsätzlich kann es sein, dass „auch Gewissensgründe solche Umstände darstellen können, die den Täter in eine Situation der Bedrängnis bringen können, in der dann die Erfüllung einer konkreten

<sup>95</sup> Vgl dazu Kap 2.5.4, Kap 2.5.5 und Kap 2.5.6.

<sup>96</sup> Vgl *Lewisch* 359 unter Bezugnahme auf *Triffterer*.

<sup>97</sup> Vgl *Lewisch* 364.

Rechtspflicht nicht mehr zumutbar ist“.<sup>98</sup> Im Verhältnis von Freiheit und Gleichheit im Spannungsverhältnis von Religions- und Gewissensfreiheit einerseits und Gleichheit der bürgerlichen Pflichten im Rahmen des Art 14 StGG andererseits meint *Ermacora*, dass dort, „wo das Interesse an der Erhaltung der menschlichen Persönlichkeit größer ist als an ihrer Einschmelzung“, die „differenzierte Behandlung der Persönlichkeit die Folge“ sein wird.<sup>99</sup> „Insofern ist es dogmatisch möglich, die Gewissensfreiheit des Art 14 Abs 1 StGG (und des Art 9 EMRK) prinzipiell für einen Gewissenskonflikt im Rahmen der Zumutbarkeit bei Unterlassungsdelikten fruchtbar zu machen.“<sup>100</sup> Allerdings muss berücksichtigt werden, dass das hypothetische Verhalten der Maßfigur an den grundrechtlichen Normierungen und Werten orientiert zu denken ist. Durch das Einfließen der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung für die Gewissensfreiheit in die gedachte Maßfigur „folgt freilich noch nicht, dass die Gewissensfreiheit stets, oder auch nur regelmäßig, prävaliert“.<sup>101</sup> Hier muss im Einzelfall geprüft und entschieden werden. Diese grundsätzlichen Überlegungen ändern aber nichts daran, dass im gegenständlichen Fall die Berufung auf die Religions- und Gewissensfreiheit aus den angeführten Gründen ins Leere geht und die Verweigerung der lebensrettenden Bluttransfusion rechtswidrig bleibt, zumal sie als sozial inadäquat zu klassifizieren ist und den unserer Gesellschaft und unserer Rechtsordnung zugrunde liegenden Werten diametral entgegensteht, insbesondere dem verfassungsrechtlich garantierten Recht auf Leben. Eine Interessensabwägung muss sich an den grundrechtlichen Normierungen orientieren und berücksichtigen, dass die Erziehungsberechtigten nicht Träger der Gewissensfreiheit des Kindes sind.<sup>102</sup> Während es einerseits durchaus unserer Rechtsordnung entspricht, „dass das (Straf-)Gesetz vor der höchstpersönlichen Entscheidung des Einzelnen, sich einer medizinisch gebotenen Behandlung zu unterziehen, zurücktritt und ihm die Möglichkeit eröffnet, eine solche Behandlung aus Gewissensgründen auch zu verweigern“, ist es andererseits „sehr sachgerecht, wenn die Rechtsordnung die Bereitschaft, für eine Glaubensüberzeugung zu sterben, nicht durch eine andere Person, und zwar auch nicht durch einen sonst Einwilligungsberechtigten, artikulieren lässt“.<sup>103</sup> Das

<sup>98</sup> Vgl ebd 365.

<sup>99</sup> Vgl *Ermacora*, zit n *Lewisch* 365f.

<sup>100</sup> *Lewisch* 366.

<sup>101</sup> Vgl ebd.

<sup>102</sup> Vgl ebd unter Bezugnahme auf VfSlg 800.

<sup>103</sup> Vgl *Lewisch* 366f.

Recht auf Leben<sup>104</sup> konstituiert ja nicht nur ein Abwehrrecht gegen Eingriffe der Staatsgewalt, es ist darüber hinaus auch ein „umfassender, an den Staat gerichteter Auftrag zum Schutz des Einzelnen vor lebensbedrohenden Eingriffen, von welcher Seite auch immer sie kommen“. <sup>105</sup> Diese prinzipielle Schutzpflicht des Staates, die sich nicht nur auf lebensbedrohliche Eingriffe, sondern auch auf lebensbedrohliche Unterlassungen erstreckt, ergibt sich aus Art 2 EMRK. <sup>106</sup> In der Abwägung der in unserem gegenständlichen Fall die Eltern religiös verpflichtenden Gewissensnorm gegenüber dem Lebensrecht des Kindes prävaliert das Leben des Kindes. <sup>107</sup> „Der Staat darf auch die Mittel des Strafrechts einsetzen, um das Lebensrecht des Kindes zur Geltung zu bringen.“ <sup>108</sup> Das Recht auf Religions- und Gewissensfreiheit bietet daher im gegenständlichen Fall „keine Möglichkeit zur strafrechtlichen Entschuldigung“. <sup>109</sup>

#### 4.3.3 Priorität des Lebens im Kontext der Menschenwürde

In allen Kulturen und Religionen wird dem Leben höchster Wert beigemessen, in den asiatischen Hochreligionen ebenso wie in den monotheistischen Weltreligionen, von denen Judentum und Christentum vor allem auch den abendländischen Kulturraum geprägt haben. Während jenen im Kontext des Reinkarnationsgedankens auch tierisches und pflanzliches Leben „heilig“ ist, betonen die abrahamitischen Religionen vor allem die Unantastbarkeit und Priorität menschlichen Lebens. Daraus entwickelt sich in der jüdisch-christlichen Tradition die Überzeugung, dass dem Menschen keine Verfügungsmacht über das menschliche Leben zusteht, eine Auffassung, die in modifizierter Form auch in unsere Rechtsordnung Eingang und im Grundrecht auf Leben und in den Gesetzen zum Schutz desselben Ausdruck gefunden hat. Leben im Kontext der Lebensgeschichte als „fortlaufende Selbstgestaltung und Personwerdung“ ist „Ermöglichung personaler Existenz und Freiheit, unwiederholbarer Geschichte und zwischenmenschlicher Beziehungen“. <sup>110</sup> Menschliches Leben und die Würde des Menschen stehen daher in einer unabdingbaren

<sup>104</sup> Vgl Kap 2.5.2.

<sup>105</sup> Vgl *Adamovich/Funk* 385.

<sup>106</sup> Vgl *Öhlinger* 260.

<sup>107</sup> Vgl *Lewis* 367.

<sup>108</sup> ebd.

<sup>109</sup> Vgl ebd.

<sup>110</sup> Vgl *Sagmeister* in *Rotter/Virt* 422.

Konnexität zueinander. Die Menschenwürde als allgemeiner Wertungsgrundsatz unserer Rechtsordnung<sup>111</sup> besagt, „dass kein Mensch jemals als bloßes Mittel für welche Zwecke immer betrachtet und behandelt werden darf“.<sup>112</sup> Was bedeutet das aber in Bezug auf eine Entscheidung, die den Tod eines Menschen, im vorliegenden Fall eines Säuglings, bewusst in Kauf nimmt? Wird hier nicht eine Glaubensdoktrin verzweckt, die mit menschlichem Leben bezahlt werden muss? Überall dort, wo eine Doktrin über das menschliche Lebensrecht gestellt wird, werden die unserer Rechtsordnung zugrunde liegenden Werte und Normen gravierend verletzt. Die Verweigerung der lebensrettenden Blutaustauschtransfusion von Zeugen Jehovas für deren eigenes Kind stellt eine fundamentale doktrinimmanente Verzweckung einer Lehre dar, die sämtlichen Grundsätzen unserer Rechtsordnung widerspricht.<sup>113</sup> Die Absolutsetzung einer Doktrin gleich welcher Provenienz muss für einen demokratisch-freiheitlich denkenden und der Rechtsordnung verbundenen Staatsbürger immer fragwürdig sein, dies um so mehr, als sie den Tod von Menschen in Kauf nimmt. Die Absolutsetzung des Bluttransfusionsverbotes ist daher als eine durch nichts zu rechtfertigende Verzweckung einer Glaubensdoktrin zu bewerten wie einst die Hexenverbrennungen in der Vergangenheit. Auf der Basis der unsere Gesellschaft und unsere Rechtsordnung prägenden Werte und Normen ist Achtung und Respekt vor dem Leben gefordert, „die in der Würde des menschlichen Lebens gründen und sich in den Menschenrechten, vor allem im Recht auf Leben, konkretisieren“.<sup>114</sup> Diese Achtung und dieser Respekt vor dem Leben muss von der Rechtsordnung vor allem dort erzwungen werden, wo Menschen hilflos sind und geschützt werden müssen, sie muss dort erzwungen werden, wo Menschen Gefahr laufen, instrumentalisiert zu werden und einer Ideologie oder Doktrin zum Opfer zu fallen.<sup>115</sup> Hier treffen sich sittliche Norm und rechtliche Norm, Sozialstruktur und Rechtsstruktur, Ethik und Recht.

---

<sup>111</sup> Vgl Kap 2.1.

<sup>112</sup> Vgl VfGH 10.12.1993; G 167/92.

<sup>113</sup> Vgl dazu auch VfGH 11.3.1998, B 2287/97, insb die darin wiedergegebene Begründung für die ablehnende Haltung des Kultusministeriums im Kontext des Bemühens der Zeugen Jehovas um Anerkennung als gesetzlich anerkannte Religionsgesellschaft.

<sup>114</sup> Vgl *Sagmeister in Rotter/Virt* 423.

<sup>115</sup> „Ausnahmen“ vom absoluten Tötungsverbot wurden gemacht in der Frage der Notwehr und Nothilfe, der Todesstrafe oder auch der Tötung im „gerechten Krieg“. Zur Legitimation bediente man sich einer teleologischen Argumentation, „welche die Werteinsichten und normativen Aussagen von ihren Bedeutungen, Wirkungen und Folgen her zu legitimieren versucht“. (Vgl ebd.)

Leitlinie muss dabei der Grundsatz der Menschenwürde sein<sup>116</sup>, wie er als allgemeiner Wertungsgrundsatz unserer Rechtsordnung inhärent ist bzw im Bonner Grundgesetz in Art 1 Abs 1 GG mit unübersehbarer Prädominanz und vorbildlich festgeschrieben ist: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

---

<sup>116</sup> Vgl dazu Kap 2.1.