

SCHWERPUNKTTHEMA

Leben müssen – Sterben dürfen?

Der Tod kommt häufig plötzlich, unerwartet und schnell. Menschen, die uns nahe stehen, die geliebt werden, werden aus dem Leben gerissen. Unverhofft, überraschend und mit Sicherheit zur falschen Zeit: zu früh.

Andererseits gibt es Momente, in denen man sich den Tod wünscht, ihn förmlich herbeiseht, um ein langes und schweres Leiden zu beenden. Der Tod kann auch Erlösung sein. Erlösung von den Qualen des am Leben bleiben.

Beiden Toden ist gemeinsam, dass das höchste, von der Rechtsordnung besonders geschützte Gut des Lebens, unwiderruflich und endgültig beendet wird. Den schmalen Grad zwischen dem natürlichen Tod, Freitod, dem Tod mit gestatteter Hilfe oder durch ein Verbrechen, stellt das Recht und Gesellschaft vor schier unüberwindbare Herausforderungen. Das Recht kann dabei nur den Weg des gesellschaftlichen Konsens darstellen, diesen aber nicht herbeiführen. Als Mitglieder unserer Gesellschaft sind wir daher gezwungen uns den Fragen zu stellen, ob und wie wir mit dem Sterbewunsch in seinem konkreten Gewand umgehen wollen.

Im Rahmen dieser schwierigen, aber unausweichlich wichtigen Diskussion, äußert sich *Dr. Kubiciel* in der AD LEGENDUM zum Verbot der Tötung auf Verlangen des § 216 StGB und seinen nicht immer trennscharfen Meer von Ausnahmen und Umgehungen. Der Autor geht dabei insbesondere auf die philosophischen Grundlagen des Rechts ein. *Carola Ublig* und *Prof. Dr. Joerden* gewähren einen Überblick in die unterschiedlichen Arten der Hilfe beim oder zum Sterben und blicken dabei im Besonderen auf die Zulässigkeit der sog. passiven Sterbehilfe. *Dr. Wernstedt* verlässt mit ihrem abschließenden Beitrag den juristischen Rahmen und schaut mit dem Blick der Medizin über den juristischen Tellerrand hinaus. Sie beschäftigt sich mit den von Unsicherheit geprägten Entscheidungen von Ärzten sowie den tatsächlich vorkommenden Sterbesituationen und den Formen des Suizids.

Diesmal liefert die AD LEGENDUM keine Antworten auf Fragen, deren Stellen allein schon schwierig fällt, kann stattdessen lediglich Denkanstöße geben und hoffen, dass eine oder andere Gespräch zu eröffnen.

Dr. Michael Kubiciel*

Tötung auf Verlangen – Ein Verbot und seine Ausnahmen –

A. Einleitung

Auf die Frage, ob und wann Sterbehilfe strafbar ist, gibt das StGB keine Antwort. Zwar verbietet § 216 StGB die Tötung auf Verlangen ausnahmslos.¹ Doch soll dieses Verbot die sogenannte indirekte und passive Sterbehilfe nicht erfassen. Lange Zeit hat man sich darauf verlassen, die beschönigenden Begriffe „indirekt“ und „passiv“ könnten darüber hinwegtäuschen, dass damit in Wahrheit Formen der Tötung auf Verlangen *contra legem scriptam* legalisiert worden sind.² Die Fragen nach Grund und Grenzen dieser Legalisierung sind hingegen häufig vernachlässigt worden. Daher bereiten § 216 StGB und seine ungeschriebenen Ausnahmen der medizinischen und rechtlichen Praxis, aber auch den Studierenden erhebliche Schwierigkeiten.

Ihre Ursache haben diese Anwendungsprobleme letztlich in dem Umstand, dass das Verbot der Tötung auf Verlangen auf Fundamenten ruht, die in der gesellschaftlichen Realität des 21. Jahrhunderts nicht mehr tragen.³ Wenn aber schon das Fundament des Verbots unsicher ist, können auch die Ausnahmen nicht sicher begründet werden. Folglich ist in einem ersten Schritt zu erörtern, ob und wie sich das Verbot der Tötung auf Verlangen legitimieren lässt, bevor

* Dr. Michael Kubiciel ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie (*Prof. Dr. Michael Pavolik*) an der Universität Regensburg und Habilitand der dortigen Juristischen Fakultät.

1 *Joerden*, FS Roxin, 2011, 593, 594.

2 Treffend von einer „Lebenslüge“ sprechend *Rosenau*, FS Rising-van Saan, 2011, 547, 548.

3 Ausführlich dazu *Kubiciel*, JA 2011, 86.

in einem zweiten Schritt die Ausnahmen und deren Grenzen dogmatisch verortet werden können.

B. Die Gründe für das Verbot der Tötung auf Verlangen

I. Das Verfassungsrecht

Die rechtspositivistische Hintergrundüberzeugung, das Recht stecke in Gesetzestexten, macht viele Juristen glauben, dass sich die Fragen, die das Strafgesetzbuch aufwirft, mit einem Rückgriff auf die höherrangigen Normen der Verfassung beantworten ließen.⁴ Dementsprechend wird auch die strafrechtliche Problematik der Tötung auf Verlangen einer verfassungsrechtlichen Lösung zugeführt. So liest man nicht selten, die Tötung auf Verlangen sei deshalb strafbar, weil das Rechtsgut Leben einen vorrangigen Platz in der Werteordnung der Verfassung einnehme, so dass es der Gesetzgeber „absolut“⁵, d. h. auch gegen Verfügungen eines Lebensmüden, und unabhängig von seiner Qualität⁶ zu schützen habe. Das Leben stelle nach der „verfassungsmäßigen Ordnung stets das höhere Rechtsgut“ dar und könne folglich nicht mit anderen Interessen – Selbstbestimmung, Lebensqualität etc. – abgewogen werden.⁷

Diese Argumentation setzt voraus, dass die Verfassung eine hierarchisch gestaffelte Werteordnung enthält, an deren Spitze das Leben steht. Dem stehen freilich zahlreiche Fälle entgegen, in denen das Rechtsgut Leben anderen Verfassungswerten untergeordnet wird. So sind nicht nur der „finale“ (d. h. tödliche) „Rettungsschuss“ (§ 63 II PolG NRW) und die Tötung eines Angreifers in Notwehr erlaubt. Auch die zulässigen Formen der (indirekten und passiven) Sterbehilfe machen deutlich, dass das Leben durchaus dem Interesse an einem leidfreien Tod und dem Selbstbestimmungsrecht untergeordnet werden kann. Das Grundgesetz enthält also keine fixe Rangfolge von Werten,⁸ sondern ist ebenso auslegungsbedürftig wie das Strafgesetzbuch. Welchen Schutz der Verfassungswert „Leben“ beanspruchen kann, lässt sich daher nicht abstrakt sagen.⁹ Folglich kann das Verfassungsrecht die Sterbehilfeproblematik nur als Konflikt verschiedener Verfassungsgüter darstellen, diesen Konflikt aber nicht auflösen. Das Grundgesetz stellt – anders gewendet – Topoi wie den Lebensschutz und die Selbstbestimmung bereit, es enthält aber selbst keine zwingenden Vorgaben, wie diese Aspekte zu gewichten sind.

II. Rechtsphilosophische Ansätze

Weil sich aus der Verfassung Inhalt und Umfang eines Straftatbestandes nicht unmittelbar ableiten lassen,¹⁰ muss, wer das Verbot der Tötung auf Verlangen rechtfertigen will, über die geschriebenen Normen der Verfassung hinausgreifen und also das geschriebene Recht transzendieren.¹¹ Dies führt zu jenen rechtsphi-

losophischen Erklärungsmustern, die in Variationen seit langem zur Rechtfertigung des Selbsttötungs- und Sterbehilfeverbots vertreten werden.

Eine über die Jahrhunderte besonders wirkmächtige Argumentation findet sich noch bei *John Locke*, der vielen als Begründer des politischen Liberalismus gilt. Dieser Ruhm verdankt sich vor allem dem Umstand, dass *Locke* auf die vorstaatliche Geltung von Menschenrechten pocht und er dabei ein Freiheitsrecht in den Mittelpunkt stellt, das sich in modernen Erwerbsgesellschaften großer Beliebtheit erfreut: das Eigentum.¹² *Locke* verwendet den Begriff Eigentum in einem umfassenden Sinne, so dass dieser auch das Eigentum an der eigenen Person erfasst.¹³ Indes schränkt *Locke* dieses Eigentumsrecht in einer wesentlichen Hinsicht ein. Zum Recht an der eigenen Person soll nicht die Disposition über das eigene Leben gehören. Diese Grenzziehung resultiert aus einer alles andere als modernen Begründungsfigur: dem Willen Gottes. „Denn alle Menschen sind das Werk eines einzigen allmächtigen und unendlich weisen Schöpfers (....). Sie sind sein Eigentum, denn sie sind sein Werk, von ihm geschaffen, dass sie so lange bestehen, wie es ihm gefällt, nicht aber, wie es ihnen untereinander gefällt.“¹⁴ Die Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat sind folglich ein Derivat seiner Verpflichtung gegenüber Gott.¹⁵ Die wichtigste Pflicht aber ist, „sich selbst zu erhalten und seinen Platz nicht freiwillig zu verlassen.“¹⁶

Mit dieser Begründungslinie, die zwischen Tradition (Schöpfergott) und Moderne (Menschenrechte) changiert, mag *Locke* den *common sense* der englischen Gesellschaft des 17. Jahrhunderts zum Ausdruck gebracht haben.¹⁷ In konstruktiver Hinsicht ist sie aber

- 4 Zu dieser Hintergrundüberzeugung *Vesting*, Rechtstheorie, 2007, S. 35; *Willoweit*, JZ 2010, 373, 374.
- 5 Vgl. statt vieler BGHSt 41, 317, 325; *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil I, 2008, Rn. 27; *Kutzner*, MedR 2001, 77, 78; krit. *Duttge*, ZfL 2004, 30, 32; *Eser*, JZ 1986, 786, 789 f.; *Herzberg*, NJW 1996, 3043, 3044.
- 6 *Lorenz*, JZ 2008, 57, 58, 62; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil I, 34. Aufl., 2010, Rn. 2.
- 7 So *Gössel/Dölling*, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Aufl., 2004, S. 32; siehe ferner BGH NJW 2003, 2326, 2327; BGHSt 46, 280, 285; *Lorenz*, JZ 2008, 57, 58 f.
- 8 Umfassend *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S. 138 ff.
- 9 Zu weiteren Einwänden *Kubicjel*, JA 2011, 89.
- 10 Näher *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2008, S. 100 ff.
- 11 Näher *Kubicjel*, JZ 2009, 600, 603 f.; sowie mit Beispiel *Kubicjel*, JZ 2011, 248.
- 12 *Winkler*, Geschichte des Westens, 2009, S. 175 ff. Zur Kombination von „puritanischem Arbeitsethos“ mit „bürgerlich heidonistischer Weltsicht“ *Euchner*, John Locke zur Einführung, 1996, S. 89.
- 13 *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2007, S. 203.
- 14 *Locke*, Über die Regierung, 1974, S. 6 f., 97.
- 15 *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 202.
- 16 *Locke*, Über die Regierung, S. 7.
- 17 Vgl. dazu *Euchner*, John Locke zur Einführung, S. 9, 15; *Winkler*, Geschichte des Westens, S. 225 f.

unvollständig. Das Leben für ein Geschenk Gottes zu halten, heißt nämlich noch nicht, dass der Einzelne dieses Geschenk nicht zurückgeben darf. Weshalb niemand durch eigene oder fremde Hand freiwillig aus dem Leben soll scheiden dürfen, bedarf daher einer zusätzlichen Begründung.¹⁸ Lockes Zeitgenosse, der deutsche Naturrechtler *Samuel von Pufendorf*, hat einen solchen Grund genannt. Für *Pufendorf* ist der Mensch ein soziales Wesen, das nur in der Gemeinschaft den vielfältigen Gefahren des Lebens wirksam begegnen könne.¹⁹ Aus der Notwendigkeit, sein Leben in der Gemeinschaft zu führen, leitet *Pufendorf* die Pflicht ab, die Gemeinschaft nach Kräften zu schützen und zu fördern.²⁰ So gesehen liegt in einem Freitod nicht nur die Verletzung der sittlichen Anforderung, seinem sozialen Wesen gerecht zu werden. Die Selbsttötung führt auch zu einem Sozialschaden, weil der Gemeinschaft ein ihr gehöriges Glied entzogen wird, auf dessen Mitwirkung sie angewiesen sein könnte. *Pufendorf* kennt denn auch nur einen einzigen Grund, der eine freiwillige Lebensbeendigung rechtfertigt: sich mit dem eigenen Tod „in größerem Ausmaß für andere einsetzen zu können.“²¹ Gestattet ist die Selbsttötung also nicht als „Freitod“ eines selbstmächtig Handelnden, auch nicht als „schöner Tod“ des Hedonisten, sondern als sozial verdienstliche Selbstaufopferung. Eine solche Begründung ist den absolutistischen Wohlfahrtsstaaten jener Zeit angemessen. In der heutigen, auf individuelle Freiheit gepolten Gesellschaft ist sie hingegen kaum anschlussfähig. Und doch: Der Kern von *Pufendorfs* Argument wird uns, wie wir gleich sehen werden, auch in der heutigen Diskussion um § 216 StGB wiederbegegnen.

Stark geprägt wird die gegenwärtige Diskussion um die Sterbehilfe indes nicht durch *Locke* oder *Pufendorf*, sondern durch Bezugnahmen auf die Rechtsphilosophie *Immanuel Kants*.²² *Kant* sieht in dem Menschen (auch) ein Vernunftwesen, das fähig ist, mit Hilfe des kategorischen Imperativs selbst das für die menschliche Praxis Notwendige zu erkennen und ihm eine reale Bedeutung zu geben.²³ Eben dieses Vernunftwesen, das „Subjekt der Sittlichkeit in seiner Person“, zerstört der Lebensmüde mit seiner Selbsttötung.²⁴ Für *Kant* ist der „Selbstmord“ daher ein „Verbrechen“.²⁵ Dem lässt sich entgegen halten, die Vernunft gebiete lediglich vernünftig, nicht aber überhaupt zu leben.²⁶ Um ein Verbot der Selbsttötung zu begründen, setzt der in Hamburg lehrende Rechtsphilosoph *Michael Köhler* daher – gleichsam eine Stufe unterhalb der Vernunft – am Rechtsbegriff an. Das Recht, so *Köhler*, sei ein Anerkennungsverhältnis zwischen mindestens zwei Subjekten und setze daher „das unbedingte Vernunftdasein selbstbestimmter Subjekte“ voraus.²⁷ Stabil könne ein solches Anerkennungsverhältnis nur sein, wenn die Beteiligten nicht über die „beliebig-willkürliche Befugnis“ verfügten, sich „schränkenlos“ selbst wegzuwerfen. Das Rechtsverhältnis soll daher logisch vorrangig ein „Gebot rechtlichen Daseins“ vorausset-

zen.²⁸ Der Sozialschaden einer Tötung auf Verlangen liegt, so ließe sich vergrößernd sagen, in der Destabilisierung des Rechtsverhältnisses.

III. Die herrschende Meinung: Schutz des Tötungstabus

Verwandt mit den beiden zuletzt vorgestellten rechtsphilosophischen Konzeptionen ist der heute herrschende Erklärungsansatz. Danach soll eine Tötung auf Verlangen bestraft werden, um die „Ehrfurcht vor dem Leben“²⁹ bzw. das Interesse an der Achtung des menschlichen Lebens zu schützen.³⁰ Das Verbot der aktiven Sterbehilfe dient, anders gewendet, der Stabilisierung des Fremdtötungstabus.³¹ Es geht also, wie bei *Pufendorf*, nicht um den Schutz des Einzelnen, sondern um ein kollektives Interesse. Dieses erfasst zwar nicht (wie bei *Köhler*) den Bestand des gesamten Rechtsverhältnisses, aber immerhin den Bestand jener Norm, die Fremdtötungen verbietet.

Im kriminalpolitischen Hintergrund der herrschenden Meinung steht die Sorge, eine Freigabe der aktiven Tötung auf Verlangen könnte dazu führen, dass nach und nach auch Tötungen ohne Verlangen, namentlich Tötungen schwerstkranker, bewusstloser oder dementer Personen, gesellschaftlich anschlussfähig werden. Diese Sorge muss man zwar ernst nehmen.³² Indes lässt sich daran zweifeln, dass solche Tendenzen von einer Rechtsnorm aufgehalten werden können. Zeigt nicht das Schicksal des § 216 StGB, dass unter dem Druck der gesellschaftlichen und medizinischen

18 *Fischer*, Zeitschrift für medizinische Ethik 55 (2009), 243, 251.

19 *Von Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1991, S. 47 f.

20 *Von Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 47 f.

21 *Von Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, S. 60.

22 *Anderheiden/Bürkli/Heinig-Kablo*, Paternalismus und Recht, 2006, S. 259, 267; *Köhler*, JRE 2006, 425; *Maatsch*, Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtsverstoß, 2001, S. 192; *Wilms/Jäger* ZRP 1988, 41.

23 *Esser*, Eine Ethik für Endliche, 2004, S. 140 f.

24 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1990, S. 304. Einführend *Zaczyk*, JuS 2004, 96.

25 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, S. 303.

26 Zu diesem Einwand *Kubiciel*, JZ 2009, 600, 604.

27 Dazu und zum Folgenden *Köhler*, JRE 2006, 425, 436.

28 *Köhler*, JRE 2006, 425, 443.

29 *Engisch*, FS Mayer, 1965, 399, 412 f.

30 Siehe etwa NK-StGB-Neumann, 3. Aufl., 2010, § 216 Rn. 1.

31 So u.a. *Dölling*, FS Laufs, 2005, 767, 771; *Herzberg*, NJW 1996, 3043, 3047; *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 217; *Lindner*, JZ 2006, 373, 379; *Otto*, Gutachten zum 56. Deutschen Juristentag, 1986, D 54; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 37, 44; *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 117 ff.

32 Siehe die Berichte über die Ausweitung der liberalen Sterbehilfepraxis in den Niederlanden *Nationaler Ethikrat*, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 30 ff.; *Schöchl/Verrel*, GA 2005, 553, 582 f. Krit. *Merkel*, FS Schroeder, 2007, 297, 321. Zu ähnlichen Fällen in Belgien FAZ v. 27.03.2009, S. 7.

Entwicklung sogar Ausnahmen von einem dem Wortlaut nach uneingeschränkt gültigen Verbot gemacht werden? Wie aber soll dann die Achtung vor dem Leben von einem Sterbehilfeverbot geschützt werden, das es Ärzten gestattet, auf Verlangen des Patienten ein lebenserhaltendes Gerät abzuschalten, oder eine lebensverkürzende Dosis schmerzlindernden Morphiums zu injizieren?

Der schwerwiegendste Einwand gegen die Begründung der herrschenden Meinung folgt aber aus der ihr zugrunde liegenden Vorstellung vom Verhältnis zwischen Einzelnem und Gemeinschaft. Wer eine Person gegen ihren Willen am Leben erhält, um so dem überindividuellen Interesse an der Stabilität einer Norm zu dienen, weist die Dispositionsbefugnis über das Leben der Gemeinschaft zu. Der Person das Bestimmungsrecht über ihr Leben zu entziehen, mag für kollektivistische Gesellschaften anschlussfähig sein, in denen sich der Einzelne als Glied einer Gemeinschaft begreift. In Deutschland hingegen kann die Person nicht als Träger eines kollektiven (religiösen oder staatlichen) Lebenssinns angesehen werden. Die Person hat vielmehr das Recht (und die Bürde) ihr eigenes Leben aus sich selbst heraus zu gestalten.³³ Das geltende Recht betritt daher jeder mit dem unhintergehbaren Anspruch, sein Leben bis zu seinem Ende zu führen.³⁴

Daraus leitet sich für die Diskussion um § 216 StGB eine wichtige Erkenntnis ab: Berechtigter des (Individual-)Rechtsguts Leben ist nicht die Rechtsgemeinschaft, sondern allein der Einzelne, der dieses Leben führt. Daher ist das Rechtsgut Leben, so wie jedes andere Individualrechtsgut auch, disponibel. Eine Tötung auf Verlangen verletzt das Recht der Person an ihrem Leben nicht, sondern setzt die Disposition des Inhabers dieses Rechts um. § 216 StGB kriminalisiert folglich keinen (privilegierten) Totschlag,³⁵ sondern etwas ganz anderes. Was, werden wir nun sehen.

IV. Der Paternalismus

Zu den Plausibilitätsstandards einer am Individuum Maß nehmenden Gesellschaft passt es, sich zur Begründung des § 216 StGB auf die Interessen des Einzelnen zu konzentrieren. Die (medizin-)ethische Konzeption, die dann das Sterbehilfeverbot trägt, ist der Paternalismus.³⁶ Dessen Grundgedanke ist von bestechender Einfachheit: Wenn der Einzelne Eingriffe in seine Autonomie dulden muss, soll dies zumindest zu seinem Besten geschehen.³⁷ Die Zielrichtung des so rekonstruierten § 216 StGB ist indirekt-paternalistisch: Das Verbot schützt den Lebensmüden mittelbar, indem es sich unmittelbar an den Sterbehelfer wendet und diesem die Umsetzung eines Sterbehilfeverlangens verbietet, das möglicherweise voreilig und nicht hinreichend durchdacht ist.³⁸ Strafrechtsdogma-

tisch ist § 216 StGB damit kein Erfolgs-, sondern ein Gefährdungsdelikt. Es verbietet eine Handlung, der die Gefahr innewohnt, dass ein Leben auf Grundlage eines nicht vollzugsreifen Sterbeverlangens beendet werden könnte.³⁹

Ein solcher Schutz wird mit der Erwägung gerechtfertigt, der weit überwiegende Teil der Lebensmüden befinde sich in einem Zustand, in dem nur „unter großen Vorbehalten von einem Akt der Freiheit, vorgenommen von einem sich souverän entscheidenden Individuum mit einem abgeklärten und in sich gefestigten Willen, die Rede sein kann.“⁴⁰ In der Tat sind der Druck des Alters oder einer Krankheit, aber auch der Wunsch, es den Angehörigen leichter zu machen, nur einige der Faktoren, die das Bild einer souverän über ihr Leben disponierenden Person häufig als wirklichkeitsfremdes Konstrukt entlarven. Beispielhaft: Verlangt eine Seniorin, die ihre Kinder ins Altersheim gebracht haben, autonom nach ihrer Tötung oder handelt sie unter dem Druck von Einsamkeit und Verzweiflung? Ist das Todesverlangen eines Patienten, der gerade von einer schnell voranschreitenden, unheilbaren Krebserkrankung erfahren hat, selbstbestimmt oder ein Schrei nach Beistand? Jedenfalls gilt: Wenn nach der eigenen Tötung verlangt wird, ist die Lebenssituation in der Regel so verzweifelt, dass sie wenig Gewähr für das Vorliegen einer selbstbestimmte Handlung bietet.

33 Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1977, S. 263.

34 Näher Kubiciel, JZ 2009, 602, 602 f.

35 So aber Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, § 3 Rn. 12; Gössel/Dölling, BT I, S. 98; Küpper, Strafrecht Besonderer Teil I, 3. Aufl., 2007, S. 22; Satzger/Schmitt/Widmaier-Mommsen, StGB, 2009, § 216 Rn. 3; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl., 2010, § 2 Rn. 61; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., 2005, S. 32; SK-StGB-Sinn, § 216 Rn. 2 [Stand: Okt. 2010]. Anders aber Schönke/Schröder-Eser, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Vor §§ 211 ff. Rn. 2, 7: Die Tötung auf Verlangen hebe sich „vom Normalfall vorsätzlicher Fremdtötung so tiefgreifend [ab], dass § 216 als selbstständiger Tatbestand zu betrachten ist (...).“ Insoweit zustimmend Spickhoff-Knauer/Brose, Medizinrecht, 2010, § 216 Rn. 2. Siehe ferner Fischer, StGB, 58. Aufl., 2011, § 216 Rn. 2; Engländer, FS Krey, 2010, 71.

36 Zum Paternalismus Hirsch/Neumann/Seelmann-Birnbacher, Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 11; Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 21; Gutmann, ZRG GA 122 (2005), 170.

37 Treffend v. Hirsch/Neumann, GA 2007, 671, 672.

38 Jakobs, FS A. Kaufmann, 1993, 459, 467 f., Jakobs, Tötung auf Verlangen, 1996, S. 22 f., 29; ähnlich v. Hirsch/Neumann, GA 2007, 671, 687; Hoerster, NJW 1986, 1786, 1789; Kubiciel, JZ 2009, 604. Siehe auch Schroth, GA 2006, 563: „Es scheint durchaus sinnvoll, hier [bei der Tötung auf Verlangen, MK] vor der abstrakten Gefahr von Willensmängeln zu schützen.“

39 Insoweit übereinstimmend Jakobs, FS A. Kaufmann, S. 467, Jakobs, Tötung auf Verlangen, S. 19, 22 f., 29; Kubiciel, JA 2011, 90; Müller, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, 2010, S. 102 ff.; Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 497 ff.; Schroeder, FS Deutsch, 2009, 507.

40 So Höffe, Helfen zum Tod, Hilfe im Sterben, FAZ v. 5.6.2010, S. 8.

So notwendig der paternalistische Schutz des Lebensmüden auch ist – er rechtfertigt die Aufrechterhaltung des Verbots der Tötung auf Verlangen nur solange, wie sich begründet sagen lässt, der Lebensmüde handle möglicherweise voreilig.⁴¹ Ob und wann die Annahme entfallen kann, ist streitig. Nicht wenige Rechtswissenschaftler wollen die Voreiligkeit des Sterbewunsches stets aus dem Umstand schließen, dass der Lebensmüde seinen Sterbewillen nicht selbst umsetzt, sondern einen anderen um seine Tötung bittet. Zur Begründung verweist *Roxin* auf die Alltagserfahrung. Schon viele hätten sich die Pistole an die Schläfe gesetzt, aber nur wenige den Mut gefunden abzudrücken.⁴² Daher könne nur die eigenhändige Ausführung der Selbsttötung die Festigkeit des Sterbewillens beglaubigen. Die Delegation des Vollzugsakts an einen Dritten durch § 216 StGB müsse hingegen unbedingt unterbunden werden müsse.⁴³ Die herrschende Meinung stellt also einerseits die unwiderlegliche Vermutung auf, der an einen Dritten gerichtete Tötungswunsch entspreche nie dem wahren Willen des Lebensmüden.⁴⁴ Sie lässt aber andererseits beim Suizid das Faktum der Eigenhändigkeit als Beleg der Vollzugsreife des Sterbewunsches genügen. Beides ist wenig plausibel. Dass ein Lebensmüder autonom seine Interessen umsetzt, weil er den Knopf des Selbsttötungsapparats betätigt, während alle, die den Mechanismus von einem Dritten in Gang setzen lassen, vor sich selbst beschützt werden müssen, ist nichts anderes als eine Behauptung. Diese büßt ihre Überzeugungskraft vollständig ein, wenn ein bewegungsunfähiger, schwer leidender Moribunde nach seiner Tötung verlangt, sein Leben aber selbst nicht beenden kann.⁴⁵ Die Notwendigkeit einer paternalistischen Intervention kann folglich nicht einfach aus der Art des Vollzugs der Lebensaufgabe abgeleitet werden. Ein uneingeschränktes Verbot der Tötung auf Verlangen ist mithin nicht legitimierbar. Wo die Grenzen zwischen einem legitimen Verbot und seinen gerechtfertigten Ausnahmen verlaufen, soll nun gezeigt werden.

C. Die Grenzen des Verbots der Tötung auf Verlangen

I. Die indirekte Sterbehilfe

1. Begriff

Mit dem Begriff der indirekten Sterbehilfe werden schmerzlindernde Therapien bezeichnet, die zu einer Beschleunigung des Todeseintritts führen.⁴⁶ Die indirekte Sterbehilfe soll sich nach herrschender Auffassung von der strafbaren Tötung auf Verlangen dadurch unterscheiden, dass die Herbeiführung des Todes nicht beabsichtigt wird.⁴⁷ Nur durch die Betonung dieses Unterschieds im subjektiven Tatbestand lässt sich überhaupt ein „*bauchdünner*“⁴⁷ Unterschied zwischen der erlaubten „*indirekten*“ Sterbehilfe und der verbotenen Tötung auf Verlangen konstruieren. Weil

sich – wie wir nun sehen werden – diese Abgrenzung nicht halten lässt, bricht diese fragile Konstruktion zusammen. Es wird dann offensichtlich, dass es sich bei der indirekten in Wahrheit um eine direkte aktive Sterbehilfe handelt.⁴⁹ Obwohl die indirekte Sterbehilfe damit ohne weiteres unter § 216 StGB subsumiert werden könnte, ist ihre Zulässigkeit seit langem anerkannt.⁵⁰ Gestritten wird lediglich über die dogmatische Begründung.

2. Begründungsdefizite

Teile der Literatur sondern die indirekte Sterbehilfe aus dem Tatbestand der Tötungsdelikte aus, weil Schmerztherapien ihrem sozialen Sinn nach nicht als Tötungen zu begreifen seien.⁵¹ Andere verweisen auf die Grundsätze der (mutmaßlichen) Einwilligung.⁵² Überzeugen können diese Ansätze nicht. Dass eine indirekte Sterbehilfe ihrem sozialen Sinn nach keine Tötung darstellt, ist keine Begründung für das Ergebnis „*Strafffreiheit*“, sondern bereits das Resultat einer (anderweitig zu rechtfertigenden) Wertung.⁵³ Der Hinweis auf die Einwilligung schließlich vernachlässigt, dass § 216 StGB die Strafbarkeit sogar bei einer zu einem ausdrücklichen Verlangen gesteigerten Einwilligung anordnet.⁵⁴

3. An der paternalistischen Schutzrichtung ausge- richtete teleologische Reduktion

Wenn von dieser Anordnung eine Ausnahme gemacht, der Tatbestand also teleologisch reduziert werden soll, bedarf dies einer Begründung. Nach

41 Siehe *v. Hirsch/Neumann* GA 2007, 671, 687; *Jakobs*, FS A. Kaufmann, 459, 470 f.; *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, S. 22 f.; *Merkel*, Frühethanasie, 2001, S. 424.

42 *Roxin*, FS Pötz, 1993, 177, 184.

43 *Dreier*, JZ 2007, 317, 320; *Duttge*, ZfL 2004, 30, 35; *Roxin*, FS Jakobs, 2007, 571, 577; *Schroth* GA 2006, 549, 563; *Schroeder* ZStW 106 (1994), 565, 574.

44 Treffend *MK-StGB-Schneider*, 1. Aufl., 2006, § 216 Rn. 8.

45 Ebenso *v. Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671, 691; *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 529; *Neumann*, ARSP-Beiheft 44 (1991), S. 248, 255.

46 Statt aller *MK-StGB-Schneider*, Vor § 211 ff. Rn. 91.

47 *Schöch/Verrel*, GA 2005, 553, 575; *MK-StGB-Schneider*, Vor § 211 ff. Rn. 91, 95 f.; *Schreiber*, NSTZ 2006, 473, 474.

48 *Dölling*, JR 1998, 160, 161.

49 Klarstellend *Fischer*, FS *Roxin*, 557, 565.

50 Statt aller BGHS 42, 301, 305; 46, 279, 284 f.; *Schönke/Schröder-Lenkner/Eser*, StGB, Vor §§ 211 ff. Rn. 26; *NK-StGB-Neumann*, Vor § 211 Rn. 95.

51 *Ingelfinger*, JZ 2006, 821, 824; *LK-StGB-Jähnke*, 11. Aufl., 2005, Vor § 211 Rn. 15, 17. Siehe ferner *Leipold-Frisch*, Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht, 1997, S. 103, 108; *Herzberg*, NJW 1996, 3042, 3048 f.; *Wessels/Hettinger*, BT I, Rn. 32 f.

52 *Schöch/Verrel*, GA 2005, 553, 574.

53 *Merkel*, FS *Schroeder*, 297, 317.

54 Vgl. zu diesem Einwand *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 11. Aufl., 2010, § 7 Rn. 7; *Bosch*, JA 2010, 907, 911; *Duttge*, MedR 2011, 36, 38; *Joerden*, FS *Roxin*, 593, 596; *Walter*, ZIS 2011, 76, 78.

der hier vertretenen paternalistischen Deutung des § 216 StGB ist das Verbot der Tötung auf Verlangen zurückzunehmen, wenn die Gefahr einer voreiligen Selbstaufgabe vernünftigerweise – d. h. nach den in der sozialen, medizinischen und rechtlichen Praxis geltenden Maßstäben – ausgeschlossen werden kann.⁵⁵ Dies trifft auf die „indirekte“ Sterbehilfe zu. Im Fall einer palliativen Notlage, in der die Erreichung von Schmerzfreiheit als medizinischem Minimalziel nicht mehr gewährleistet werden kann, lässt sich nicht plausibel behaupten, der Wunsch nach einer lebensverkürzenden Schmerzbehandlung sei voreilig. Diese Grenzziehung zwischen verbotener und erlaubter Sterbehilfe entspricht auch dem in der Gesellschaft *grosso modo* als vernünftig Anerkanntem. Denn eine Mehrheit der Bevölkerung gibt einer Schmerztherapie den Vorzug vor der Sterbehilfe,⁵⁶ hält letztere also für ein Mittel der letzten Wahl im Fall eines palliativen Notstandes.

Kaum verständlich dürfte der Gesellschaft hingegen eine Einschränkung der Straffreiheit sein, an der viele Rechtswissenschaftler festhalten. Danach soll ein Arzt nur erlaubt handeln, wenn er den Tod als Nebenfolge der Schmerzbehandlung billigend in Kauf nimmt, während Ärzte, die hinsichtlich der Tötung mit *dolus directus* handeln, bestraft werden sollen.⁵⁷ Liegt aber der *objektive* Grund der Straffreiheit der indirekten Sterbehilfe vor – die Befreiung eines Menschen von großen, nicht anders abwendbaren Schmerzen –, läuft es auf ein „*lupenreines Gesinnungsstrafrecht*“⁵⁸ hinaus, einen Arzt allein wegen seiner fehlerhaften *subjektiven* Einstellung zu bestrafen.

4. Herrschende Meinung: Rechtfertigung durch § 34 StGB

Überwiegend wird die indirekte Sterbehilfe nicht durch eine teleologische Reduktion des § 216 StGB von Strafe frei gestellt, sondern mittels einer Rechtfertigung in (direkter bzw. entsprechender) Anwendung des § 34 StGB.⁵⁹ Dem wird entgegengehalten, dass § 34 StGB seinem Grundgedanken (*interpersonale* Solidarität zwischen verschiedenen Personen) nach nicht auf *intrapersonale* Konflikte von Interessen einer Person Anwendung finden könne.⁶⁰ Zudem ist zu bedenken, dass sich mit dem Hinweis auf überwiegende Interessen des Einzelnen Sterbehilfe in einem weitaus größerem Umfang legitimieren ließe, als dies bislang von den meisten Medizinern, Ethikern, Juristen und der Bevölkerung anerkannt wird.⁶¹ Mit einer weitergehenden Straffreistellung der Sterbehilfe eilte das Strafrecht aber nicht nur der gesellschaftlichen Entwicklung weit voraus.⁶² Es würde auch das Ziel des § 216 StGB verfehlt: Personen, die in existenziellen Krisen vor voreiligen Entscheidungen und damit vor sich selbst zu schützen.⁶³

II. Passive Sterbehilfe bzw. tödlicher Behandlungsabbruch

1. Begriff

Weiter verbreitet in der klinischen Realität als die indirekte Sterbehilfe ist die sogenannte passive Sterbehilfe. Unter passiver Sterbehilfe versteht man die Nichteinleitung bzw. den Abbruch einer lebensverlängernden Maßnahme in Fällen einer absehbar tödlich verlaufenden Erkrankung.⁶⁴ Diese Form der Sterbehilfe ist durch das Urteil des BGH vom 25. Juni 2010 zum tödlichen Behandlungsabbruch (wieder) in den Fokus der Wissenschaft geraten.⁶⁵ Es dürfte daher nur eine Frage der Zeit sein, bis die Problematik zum Gegenstand einer Examensklausur wird. Auf welcher theoretischen Grundlage und unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen eine lebenserhaltende Behandlung abgebrochen werden darf, diskutiert die Strafrechtswissenschaft seit Jahrzehnten.⁶⁶

2. Umdeutung von aktivem Tun in ein Unterlassen?

Die bislang herrschende Meinung hat die Strafflosigkeit eines Behandlungsabbruchs mit Hilfe der Figur des „*Unterlassens durch Tun*“ begründet.⁶⁷ Danach soll das Abschalten eines lebenserhaltenden Gerätes

55 Vgl. *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, S. 25, 29; *Freund*, FS Herzberg, 2008, 225, 237 f.; *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers, S. 499.

56 *Janes/Schick* NSStZ 2006, 484 f.; *Nationaler Ethikerat*, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, S. 24 ff.; *Oduncu*, MedR 2005, 516, 518.

57 Statt vieler MK-StGB-Schneider, Vor § 211 ff. Rn. 91; *Schöch/Verrel*, GA 2005, 553, 578; *Schroth*, GA 2006, 549, 566; *Wessels/Hettinger*, BT I, Rn. 31a.

58 *Merkel*, FS Schroeder, 297, 317. Krit. auch *Ingelfinger*, JZ 2006, 825; NK-StGB-Neumann, Vor § 211 Rn. 128.

59 *Dölling*, JR 1998, 160, 161 f.; *Dreier*, JZ 2007, 317, 322; *Herzberg*, NJW 1986, 1635, 1638; *Hirsch*, FS Welzel, 1974, 775, 795; *Merkel*, FS Schroeder, 297, 320 f.; *Lackner/Kühl*, 27. Aufl., 2011, Vor § 211 Rn. 7; *Otto*, NJW 2006, 2217, 2222; *Schreiber*, NSStZ 1986, 337, 340 f.; *Schroeder*, ZStW 106 (1994), 565, 580; siehe auch BGHSt 42, 301, 305.

60 Ablehnend *Engländer*, JZ 2011, 513, 517; Siehe ferner *Tenthoff*, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 2008, S. 221.

61 *Müller*, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, S. 209.

62 Dass dies dem Strafrecht nicht angemessen ist, wird näher ausgeführt bei *Kubicel*, ZStW 120 (2008), 429, 442 f.

63 Näher *Kubicel*, JZ 2009, 600, 605.

64 MK-StGB-Schneider, Vor §§ 211 ff. Rn. 104.

65 BGHSt 55, 191. Siehe dazu die Anmerkungen von *Bosch*, JA 2010, 907; *Dölling*, ZIS 2011, 345; *Duttge*, MedR 2011, 36; *Eidam*, GA 2011, 232; *Engländer*, JZ 2011, 513; *Fischer*, FS Roxin, 2011, 557; *Gaede*, NJW 2010, 2925; *Hirsch*, JR 2011, 37; *Hecker*, JuS 2010, 1027; *Kubicel*, ZJS 2010, 656; *Lanzrath/große Deters*, HRRS 2011, 161; *Rissing-van Saan*, ZIS 2011, 544; *Schneider*, MittBayNot 2011, 102; *Rosenau*, FS Rissing-van Saan, 557; *Verrel*, NSStZ 2011, 276; *T. Walter*, ZIS 2011, 76; *Wolflast/Weinrich*, StV 2011, 286.

66 Siehe zu dieser Fallgruppe statt vieler *Auer/Menzel/Eser*, Zwischen Heilaufrag und Sterbehilfe, 1977, S. 75; *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, S. 94 ff.

67 Dazu *Roxin*, FS Engisch, 1969, 579.

durch einen zur Behandlung verpflichteten Arzt seinem Sinngehalt nach ein Unterlassen (der Fortbehandlung) darstellen, das nur strafbar ist, wenn eine Garantenpflicht zur Lebenserhaltung besteht. Verlangt der Patient die Einstellung der Behandlung, entfällt die Garantenpflicht. Der Behandlungsabbruch stelle dann kein *strafbares* Unterlassen dar.⁶⁸ Unbeachtlich soll dabei sein, ob ein Arzt dem Behandlungsveto durch schlichtes Unterlassen der (Weiter-)Behandlung oder durch aktives Tun (Abschalten eines lebenserhaltenden Geräts) nachkommt.⁶⁹ Auch der BGH hatte bereits im Jahr 1994 entschieden, dass bei einem unheilbar erkrankten Komapatienten vor Beginn der Sterbephase die künstliche Ernährung eingestellt werden darf, wenn dies seinem (mutmaßlichen) Willen entspricht.⁷⁰ Nicht geklärt war hingegen, ob ein Behandlungsabbruch auch durch eine nicht zur Behandlung verpflichtete Person vollzogen werden darf, da sich in einem solchen Fall die aktive Behandlungsunterbrechung nicht in ein strafrechtliches Unterlassen umdeuten lässt.⁷¹

3. Die Neuausrichtung

Aktuell geworden ist diese Problematik in dem erwähnten Fall aus dem letzten Jahr, in dem ein Rechtsanwalt an der Durchtrennung des Schlauchs einer PEG-Sonde mittäterschaftlich mitgewirkt hatte. Der Anwalt begründete diese Handlung damit, die Patientin habe sich gegenüber der Tochter gegen eine künstliche Ernährung ausgesprochen, so dass ein nach § 1901a II BGB beachtliches Behandlungsveto vorliege.⁷² Das Landgericht hatte den Rechtsanwalt wegen (versuchten) Totschlags in Mittäterschaft verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf. Die Voraussetzung dafür ist die Abkehr von dem bisherigen Ansatz, die Straffreiheit von der Möglichkeit der Umdeutung eines aktiven Tuns in ein Unterlassen abhängig zu machen. Dieser Weg war bereits in der rechtswissenschaftlichen Literatur auf Kritik gestoßen⁷³ und hatte in der medizinischen Praxis für erhebliche Unsicherheiten geführt. Der BGH schließt sich dieser Kritik ausdrücklich an: Nach Auffassung des Senats kann die „*Grenze zwischen erlaubter Sterbehilfe und einer nach den §§ 212, 216 StGB strafbaren Tötung [...] nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln bestimmt werden*“.⁷⁴ Unabhängig von der Art der Ausführung sei ein Behandlungsabbruch gerechtfertigt, „*wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen*“.⁷⁵ Sei „*die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt*“, dürfe die „*durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe*“ vorgenommen werden, wenn sie objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung bezogen sei. Ordnet man diese Ausführungen, ergibt sich folgendes Schema: Ein gerechtfertigter

Behandlungsabbruch setzt in *objektiver* Hinsicht eine wirksame (mutmaßliche) Einwilligung eines lebensbedrohlich erkrankten Patienten und einen darauf bezogenen *subjektiven* Rechtfertigungstatbestand, also: Handeln in Kenntnis der Einwilligung, voraus. Liegen diese Voraussetzungen vor, darf eine lebenserhaltende Maßnahme eingestellt werden und zwar von Ärzten, Betreuern und Bevollmächtigten, aber auch – so der BGH – von Dritten, „*soweit sie als von dem Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung hinzugezogenen Hilfsperson tätig werden*“.⁷⁶

Das Ergebnis überzeugt mehr als die Begründung. Problematisch ist vor allem das Abstellen auf die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund *des Behandlungsabbruchs*. Rechtfertigungs- und einwilligungsbedürftig ist nämlich nicht der Abbruch, sondern bereits die Aufnahme und *Aufrechterhaltung* einer künstlichen Ernährung mittels einer Magensonde.⁷⁷ Nachdem für das Gericht feststand, dass sich die Patientin gegen eine solche Behandlung ausgesprochen hatte, war die Fortsetzung der künstlichen Ernährung rechtswidrig. Der BGH erkennt diese Problematik – zieht daraus aber nicht die richtigen Konsequenzen. Er prüft nämlich im Anschluss an die Feststellung der Rechtswidrigkeit der künstlichen Ernährung, ob Rechtfertigungsgründe die Entfernung der Magensonde legitimieren. Damit behandelt er die Entfernung der Magensonde als einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff. Ein solcher aber lag nicht vor, hat der Angeklagte doch den Willen der Patientin nicht verletzt, sondern umgesetzt, indem er die von ihr abgelehnte künstliche Ernährung beendet. Einer besonderen Befugnisnorm bedürfte es folglich nur, wenn der Behandlungsabbruch nicht nur (zulässigerweise) die Disposition der Patientin umsetzt, sondern auch Rechte anderer verletzt. In Betracht kommt zwar das oben erwähnte gesellschaftliche Interesse an

68 Vgl. dazu *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, § 3 Rn. 7; *Rosenau*, FS Roxin, 2011, 577, 579.

69 *Kindhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil I, 4. Aufl., 2009, § 3 Rn. 4 ff.; *Lackner/Kühl*, § 216 Rn. 6; *MK-StGB-Schneider*, Vor §§ 211 ff. Rn. 104; *Wessels/Hettinger*, BT I, Rn. 37. Zutreffend differenzierend *Jakobs*, FS Schewe, 72, 76 f.

70 BGHSt 40, 257, 259 f.

71 Siehe etwa *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 1. Aufl., 2003, § 31 Rn. 123; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Aufl., 2010, Rn. 705.

72 Zu diesen zivilrechtlichen Regelungen *Spickhoff*, FamRZ 2009, 1949; zu deren Einfluss auf das Strafrecht *Reus*, JZ 2010, 83 f.; *Sternberg-Lieben*, FS Roxin, S. 537.

73 Zu dieser Kritik *Fischer*, StGB, Vor §§ 211 ff. Rn. 20; *Kubiciel*, ZJS 2010, 656, 658 f.; *Rosenau*, FS Roxin, 577, 580; *Verrel*, NStZ 2010, 671, 672 f.; *Wessels/Hettinger*, BT I, Rn. 37.

74 BGHSt 55, 191, 202.

75 BGHSt 55, 191.

76 So bereits *Schönke/Schröder-Eser*, StGB, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 32.

77 So richtig *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545, 559 f. Siehe zur künstlichen Ernährung als rechtfertigungsbedürftige Körperverletzung auch von *Heintschel-Heinegg-Eschelbach*, Strafgesetzbuch, 2010, § 216 Rn. 4.2; *BGHZ* 154, 205, 210.

der Stabilisierung des Tötungstabus. Dessen Schutz lässt sich aber – wie oben gezeigt – nicht mit der Einsicht vereinbaren, dass das Rechtsgut Leben als Individualrechtsgut geschützt wird und die Disposition des Einzelnen über sein Leben nicht unter dem Vorbehalt der Erreichung kollektiver Zwecke steht. Dies aber heißt, dass die Herbeiführung des Todes durch einen mit dem Willen der Patientin vorgenommenen Behandlungsabbruch keine Verletzung des Lebensrechts und damit kein Tötungsunrecht darstellt. Ein Behandlungsabbruch ist damit keine ausnahmsweise gerechtfertigte Tötungshandlung, er erfüllt bereits nicht den Tatbestand des Totschlags.⁷⁸

4. Folgen für § 216 StGB

Geht man mit der herrschenden Lehre davon aus, dass § 216 StGB einen privilegierten Totschlag darstellt, bleibt für die Anwendung dieser Vorschrift kein Raum, nachdem eine Strafbarkeit wegen Totschlags (auf Tatbestands- oder Rechtfertigungsebene) ausgeschlossen worden ist.⁷⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung hat § 216 StGB hingegen einen gegenüber § 212 StGB verselbstständigten Sinn. § 216 StGB soll der Gefahr begegnen, dass nicht-vollzugsreifen Tötungsverlangen entsprochen wird. Diese Gefahr besteht nicht nur dann, wenn von einem Arzt die Setzung einer Giftspritze erbeten wird. Sie besteht auch dann, wenn vom Arzt die Entfernung einer lebenserhaltenden Apparatur verlangt wird. Muss § 216 StGB daher nicht auch vor solchen, möglicherweise ebenfalls voreiligen Anforderungen zur Tötung durch einen Behandlungsabbruch schützen? Dass diese Frage selten gestellt wird, liegt an einem bedeutsamen normativen Unterschied zum Verlangen nach einer Giftspritze. Die Verweigerung der Giftspritze lässt den Rechtskreis des Lebensmüden unberührt. Die Verweigerung des Behandlungsabbruchs hingegen führt zur Aufrechterhaltung einer dann unerwünschten Behandlung und also zu einer Verletzung der Rechtssphäre des Patienten. Soll es also nicht zu Zwangsbehandlungen im großen Stil kommen, die mit der gesellschaftlich tief verwurzelten Bedeutung der Patientenautonomie für die Durchführung von Behandlungen nicht zu vereinbaren wären, kann § 216 StGB dem tödlichen Behandlungsabbruch nicht unter den gleichen Voraussetzungen entgegen stehen, wie dieser Tatbestand die Setzung einer Giftspritze ausschließt. Dass ein indirekt-paternalistischer Schutz aber gänzlich entbehrlich ist, lässt sich indes ebenso wenig plausibel machen. Wenn etwa ein künstlich ernährter Patient nur dann den Abbruch der Behandlung verlangt, nachdem er Besuch von seinen – ihn entsprechend bedrängenden – Angehörigen erhalten hat, besteht nicht nur eine abstrakte, sondern die konkrete Gefahr, dass das Verlangen nicht vollzugsreif ist. In solchen Fällen, in denen die Gefahr der fehlenden Vollzugsreife gewissermaßen mit Händen zu greifen ist, ist der Schutz des Patienten geboten. Seinem Verlangen

nach einer Tötung durch einen Behandlungsabbruch nachzukommen, steht dann der Zweck des § 216 StGB entgegen.⁸⁰

D. Ausblick

Wie wir gesehen haben, lässt sich die geltende Rechtslage weitestgehend ethisch legitimieren und dogmatisch begründen – auch wenn § 216 StGB ein uneingeschränktes Verbot der Tötung auf Verlangen ausspricht. Die vielfach verlangten Gesetzesänderungen sind insofern nicht zwingend erforderlich.⁸¹ Dass aber die Rechtslage bleibt, wie sie ist, hängt entscheidend von gesellschaftlichen Faktoren ab, die das Strafrecht kaum beeinflussen kann. Der französische Soziologe *Émile Durkheim* hat in seiner Studie über den „Selbstmord“ herausgearbeitet, dass die Kräfte, die einen Menschen zur Lebensaufgabe führen, nur „auf den ersten Blick (...) Ausdruck seines persönlichen Temperaments zu sein scheinen, (...) in Wirklichkeit aber Folge und verlängerte Wirkung eines sozialen Zustandes (sind), der sich durch sie manifestiert.“⁸² Veränderungen des soziokulturellen Umfeldes wirken sich daher – wie die Straffreistellung der (Teilnahme am) Selbsttötungsversuch und der indirekten und passiven Sterbehilfe zeigen – auch auf das Recht aus. Daher könnte auch die sich abzeichnende demographische Entwicklung die Einstellung der Gesellschaft gegenüber der Sterbehilfe mit Wirkung für die Rechtslage verändern. Wie genau diese Veränderungen aussehen werden, lässt sich naturgemäß schwer prognostizieren. Sicher sagen lässt sich aber, dass wir uns in naher Zukunft über die Finanzierung des Sozialstaats und des Gesundheitswesens verständigen müssen. Dabei müssen unter anderem die Kosten für die Ausbildung der nachfolgenden Generationen, die Aufwendung für die Erhaltung des Sozialstaats, für die Bewältigung des

78 In diesem Sinne *Kubiciel*, ZJS 2010, 656, 660, *Rissing-van Saan*, ZIS 2011, 548. In diese Richtung *Engländer*, JZ 2011, 513, 518; *Gaede*, NJW 2010, 2925, 2927. Wie der BGH *Dölling*, ZIS 2011, 345, 347; *Lanzrath/große Deters*, HRRS 2011, 161, 163; *Verrel*, NStZ 2010, 671, 674. Für eine Kombination von Einwilligung und § 32 StGB (!) *Eidam*, GA 2011, 232, 242; für eine Kombination von Einwilligung und § 34 StGB *Rosenau*, FS *Rissing-van Saan*, 547, 558.

79 Zur teleologischen Reduktion des § 216 StGB in diesem Fall *Duttge*, MedR 2011, 36, 37 f.; *Gaede*, NJW 2010, 2925, 2927; *Walter*, ZIS 2011, 76, 81 f. Dass die Argumentation des BGH auf eine teleologische Reduktion hinauslaufe, meint *Joerden*, FS *Roxin*, 593, 595.

80 Siehe auch *Auer/Menzel/Eser*, Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, S. 75, 118, der verlangt, an der „*Dezidiertheit des Sterbewunsches*“ dürften „keine ernsthaften Zweifel“ bestehen. Die Fortführung der Behandlung wäre folglich (entsprechend § 34 StGB oder den Grundsätzen einer Pflichtenkollision) gerechtfertigt.

81 Siehe die im Wesentlichen übereinstimmenden Reformvorschläge bei *Schöchl/Verrel* GA 2005, 553; *Nationaler Ethikrat*, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, S. 95 ff. Dazu *Duttge*, NStZ 2006, 479; *Ingelfinger*, JZ 2006, 821; *Kubiciel*, DPJZ 2008, 32; *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280; *Schroth*, GA 2006, 549.

82 *Durkheim*, *Selbstmord*, 1973, S. 346.

Klimawandels und für die Tilgung der Schulden in ein Verhältnis zu den Kosten der Pflege gesetzt werden. Es geht also um die Verteilung knapper Ressourcen. Sollten sich die Ressourcen nicht durch eine nachhaltige Finanzpolitik, eine kluge Familien- und eine an der Entlastung der Sozialkassen orientierten Einwanderungspolitik vergrößern lassen, stehen uns harte Verhandlungen um die Verteilung gesellschaftlicher Güter bevor. Wenn diese Verhandlungen im Modus

egoistischer Nutzenmaximierer geführt werden, drohen der schwächsten Gruppe nicht nur Vermögenseinbußen. Verhindert werden kann ein solcher Kampf der Generationen nur durch ein hohes Maß an sittlicher Verantwortung. Sittlichkeit aber kann der freiheitliche Staat nicht erzwingen. Wir müssen sie aus uns selbst hervorbringen. Genau darin besteht das Wagnis, auf das sich die freiheitliche Gesellschaft eingelassen hat.

Carola Uhlig / Prof. Dr. Jan C. Joerden*

Die Systematik der Sterbehilfearten

- im Lichte des BGH-Urteils vom 25. Juni 2010 („Fall Putz“) -

A. Die Ausgangslage

Die Entscheidung des BGH vom 25. Juni 2010 („Fall Putz“) hat der Debatte über die Problematik der Sterbehilfe neue Dynamik verliehen. Die Schwierigkeit der Thematik besteht dabei vor allem darin, dass die Grenzen zwischen zulässiger und unzulässiger (strafbarer) Sterbehilfe zumindest in der Praxis oftmals nur sehr schwer zu ziehen sind. Aber auch die dogmatische Begründung der unterschiedlichen Einordnung der Sterbehilfearten erscheint zum Teil bedenklich und ist juristisch mitunter nur schwer nachvollziehbar.²

I. Zum Begriff der Sterbehilfe

Der gesetzlich nicht definierte Begriff der Sterbehilfe ist umstritten und ihm werden unterschiedliche Bedeutungen zugeschrieben. Daneben wird teilweise auch der Ausdruck „Euthanasie“ (griech.: „*leichter/schöner Tod*“) verwendet.³ Nach heutigem Verständnis unterscheidet man bei der Sterbehilfe zwischen der Hilfe beim Sterben, d.h. wenn der Sterbeprozess beim betroffenen Patienten bereits eingesetzt hat (sog. Moribunde), und der Hilfe zum Sterben, wenn der Sterbevorgang zwar noch nicht unmittelbar begonnen hat, wohl aber der (tödliche) Krankheitsprozess bereits weit fortgeschritten ist (z.B. bei irreversiblen Bewusstseinsverlust).⁴ In Bezug auf letztere Fallgruppe wird teilweise die Einschränkung vorgenommen, dass keine Chance mehr auf Heilung der Erkrankung bestehen darf.⁵ Die Rechtsprechung stellt neuerdings lediglich darauf ab, dass eine Erkrankung vorliegt, die ohne (weitere) medizinische Behandlung einen tödlichen Verlauf nehmen wird.⁶

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass – unter Berücksichtigung des § 216 StGB – als zulässige Sterbehilfe allenfalls solche Handlungen in Betracht kommen, die im Einklang mit dem tatsächlichen oder – im Falle der fehlenden Kommunikationsfähigkeit

des Patienten – mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten stehen.⁷ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Handlungen gegen den Willen des Patienten keine zulässige Sterbehilfe sein können. Allerdings wird dadurch eine Diskussion um die Zulässigkeit von Handlungen außerhalb des Sterbehilfebegriffs nicht

* Carola Uhlig ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, insbesondere Internationales Strafrecht und Strafrechtsvergleichung, Rechtsphilosophie an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Prof. Dr. Jan C. Joerden ist Inhaber dieses Lehrstuhls.

1 BGHSt 55, 191; näher zur Sachverhaltsgestaltung dieses Falles noch im Folgenden, insbesondere in den Abschnitten B. IV. 2. a) ff. Siehe auch die Weiterführung dieser Rechtsprechung in BGH JR 2011, 316.

2 Die Unsicherheit über die Rechtslage herrscht dabei nicht nur in der Öffentlichkeit, sondern auch bei den mit Sterbehilfe in Berührung kommenden Berufsgruppen. Eine Befragung von Vormundschaftsrichtern ergab, dass eine Einordnung verschiedener Maßnahmen als aktive, passive oder indirekte Sterbehilfe zum Teil stark divergierte; *Simon/Lipp/Tietze/Nickel-Oorschot*, MedR 2004, 303, 305. – Ausführlich zu den juristischen Schwierigkeiten einer Systematisierung der Sterbehilfe unter dem bezeichnenden Titel „*Sterbehilfe mit System*“ von Joerden-Scheffler, *Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin*, 1999, 249.

3 Zum Begriff der Euthanasie Maurach/Schroeder/Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil*, 10. Aufl., 2009, Rn. 30; ebenso Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch-Neumann, 3. Aufl., 2010, vor § 211 Rn. 90.

4 Klarstellend BGHSt 55, 191ff.

5 BGHSt 40, 257; *Engländer*, JZ 2011, 513.

6 BGHSt 55, 191 („*lebensbedrohliche Erkrankung*“, Rn. 33, wobei der Krankheitsprozess bereits begonnen haben muss, Rn. 35); Schönke/Schröder-Eser, *Strafgesetzbuch*, 28. Aufl., 2010, vor §§ 211 ff. Rn. 21. – Aufgrund der Ausweitung des Sterbehilfebegriffs über moribunde Betroffene hinaus spricht einiges dafür, nun auch die Früheuthanasie bei Neugeborenen mit schweren Missbildungen im Kontext der Sterbehilfe zu diskutieren. Allerdings besteht hier ein Problem im Hinblick auf die vom Sterbehilfebegriff an sich vorausgesetzte Übereinstimmung mit dem (zumindest mutmaßlichen) Patientenwillen. Näher zur Problematik der Früheuthanasie insgesamt: *Merkel*, *Früheuthanasie*, 2001.

7 Vgl. z.B. NK-StGB-Neumann, vor § 211 Rn. 87; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Aufl., 2011, vor § 211 Rn. 38.