

Die Patientenautonomie und das Lambert-Dilemma: Zu den Grenzen einer Legitimationsfigur

Michael Kubiciel

I. Autonomie als zentrale Legitimationskategorie

In einem grundlegenden Aufsatz hat Heike Jung das Medizinstrafrecht als boomende und sich rasant wandelnde Disziplin bezeichnet.¹ Zu Recht: Thematisierte das traditionelle Arztstrafrecht hauptsächlich die Verantwortlichkeit des Arztes für sog. „Kunstfehler“,² erfasst das Medizinstrafrecht heute ein breit gefächertes Spektrum von Fragen, das von der PID über die wunscherfüllende Medizin, den Abrechnungsbetrug und die Korruption bis hin zur Sterbehilfe reicht.³

Trotz dieser Vielgestaltigkeit lassen sich die Themen systematisierend auf einzelne Leitfragen zurückführen. So speisen sich viele Probleme des Medizinwirtschaftsstrafrechts aus dem ungeklärten Akzessorietätsverhältnis zwischen dem Gesundheitsrecht mit seinen spezifischen Bereichslogiken einerseits und Straftatbeständen wie § 263 StGB und § 266 StGB andererseits, die andere, enger gefasste Ziele verfolgen als die Normen des Gesundheitsrechts.⁴ Im Zentrum vieler Probleme des Medizinstrafrechts im engeren Sinne, namentlich die Voraussetzungen eines ärztlichen Heileingriffes sowie die Zulässigkeit lebensbeendender Maßnahmen, steht der Begriff der Selbstbestimmung. Die Patientenautonomie ist nach heute allgemeiner Auffassung der „Dreh- und Angelpunkt des Arzt-Patienten-Verhältnisses“.⁵ Sie ist nicht nur eine entscheidende *dogmatische* Kategorie bei der strafrechtlichen Bewertung von ärztlichen Heileingriffen. Der Begriff der Autonomie prägt auch *kriminalpolitische* Debatten, etwa um die Zulässigkeit der Sterbehilfe. Obwohl die Patientenautonomie nicht das einzige medizinethische Prinzip ist, sondern nach Beauchamp und Childress auf gleicher Ebene mit dem Patientenwohl rangiert,⁶ hat der Topos der

¹ Jung, JZ 2015, 1113 (1120).

² Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2015, Einleitung Rn. 7.

³ Dazu Jung, JZ 2015, 1113 (1114 ff.); Kraatz, Arztstrafrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 2 f.; Kubiciel, MedR 2014, 138.

⁴ Zu den daraus hervorgehenden Friktionen am Beispiel des Abrechnungsbetruges Kubiciel, medstra 2019, 68 ff.

⁵ MüKo-StGB/Schneider, 3. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 115.

⁶ Beauchamp/Childress, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 101, 202, 214 ff.

Selbstbestimmung in den letzten Jahrzehnten eine dominierende Rolle im Diskurs errungen. Überraschend ist dies nicht. Der Frankfurter Philosoph Axel Honneth sieht in seiner historisch weitgreifenden Untersuchung sämtliche Werte „in den modernen liberaldemokratischen Gesellschaften auf einen einzigen zusammenge-schmolzen, und zwar auf den der individuellen Freiheit [...]“. ⁷ Unter allen ethischen Werten, die in modernen Gesellschaften zur Herrschaft gelangt seien, sei nur ein einziger dazu angetan gewesen, deren institutionelle Ordnung nachhaltig zu prägen: „die Freiheit im Sinne der Autonomie des einzelnen.“ ⁸ In welchem Ausmaß die Idee der Freiheit die innere Einrichtung unseres Staates geprägt hat, zeigt nicht nur der Blick in das Grundgesetz und in die Entscheidungssammlung des BVerfG. Auch kleinteiligere Fragen wie die nach der Aufgabe des Strafrechts sind seit langem in die „magische Anziehung“ ⁹ der Freiheit geraten. Das Strafrecht habe alle „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen“ zu schützen, die für eine freie Entfaltung des Einzelnen notwendig seien, schreibt kein Geringerer als Roxin. ¹⁰

II. Patientenautonomie und (tödliche) Therapiebegrenzung

1. Die (scheinbare) klare Rechtslage

Wenn das Strafrecht grundlegende Normen und Institutionen schützt, damit sich die Einzelnen frei entfalten können, ¹¹ müssen sämtliche Straftatbestände unter Druck geraten, die diese Freiheit nicht schützen, sondern einschränken. Das gilt vor allem für das Verbot der Tötung auf Verlangen, das demzufolge in den letzten Jahrzehnten schrittweise eingeschränkt worden ist. Schon seit geraumer Zeit ist anerkannt, dass sich der Patient eine Behandlung auch dann verbitten kann, wenn diese notwendig ist, um ihn am Leben zu erhalten (die früher sog. passive Sterbehilfe). Im Jahr 2009 platzierte der Gesetzgeber eine Regelung im Familienrecht, der zufolge Betreuer und Ärzte dem in einer Patientenverfügung festgelegten Behandlungswunsch nachzukommen haben, wenn sich der Patient zu einer konkret notwendigen Behandlung nicht mehr äußern kann (§ 1901a Abs. 1 BGB). ¹² Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu

⁷ Honneth, Das Recht der Freiheit, 2013, S. 9. Dazu Pawlik, ZStW 127 (2015), 737 (755 ff.).

⁸ Honneth (Fn. 7), S. 35.

⁹ Honneth (Fn. 7), S. 36.

¹⁰ Roxin, Strafrecht AT, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7.

¹¹ Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 66 f.

¹² Pawlik, in: Becker/Roth (Hrsg.), Das Recht der Älteren, 2013, S. 139 ff. Überblicksaufsätze zur Gesetzeslage seit 2009: Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, 426; Beckmann, MedR 2009, 582; Brosey, BtPrax 2009, 175; Müller, NotBZ 2009, 23.

entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme einwilligt oder sie untersagt (§ 1901a Abs. 2 BGB). Ein Jahr später entschied der 2. Strafsenat des BGH, dass diese Neuregelung auch für das Strafrecht Wirkung entfalte. Die §§ 1901a ff. BGB schufen zwar keine neue Kategorie strafloser Sterbehilfe, präzisierten aber die Anforderungen an eine (tödliche) Therapiebegrenzung bzw. einen tödlichen Behandlungsabbruch. Sie dienten, so der BGH, der „verfahrensrechtliche[n] Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willensäußerung nicht (mehr) in der Lage sind.“¹³

Seitdem scheint die Rechtslage klar. Ärzte und Angehörige, die eine lebenserhaltende Behandlung abbrechen, machen sich nicht strafbar, wenn sie sich auf den in einer Patientenverfügung niedergelegten oder mutmaßlichen Willen des Verstorbenen berufen können. Daraus wird allgemein gefolgert, dass sich für den Bereich der Therapiebegrenzung der Patientenwille als einziges und damit entscheidendes Kriterium durchgesetzt habe. Ob eine lebenserhaltende Behandlung eingeleitet oder fortgesetzt wird, entscheide der Patient. Dessen Wille habe der Arzt Folge zu leisten. Der Patient solle – so Duttge – nicht von der „Vernunftthoheit“ des Arztes oder Dritter dominiert werden.¹⁴ Daraus wird zumeist eine Dichotomie abgeleitet: Da der Patient über den Umfang und die Dauer seiner Behandlung bestimmen soll, dürften Vorstellungen Dritter oder der Gesellschaft keine Rolle spielen. Über lebenserhaltende Maßnahmen unter Rückgriff auf „allgemeine Wertvorstellungen“ zu entscheiden, sei, so das OLG Karlsruhe, „unvereinbar mit der hohen Bedeutung des Rechtsguts Leben“ und stelle einen Verstoß gegen die Patientenautonomie dar.¹⁵

2. Zweifel

Derart einfache Sätze und glatte Ergebnisse nähren stets Zweifel: Sie sind zu schön und zu einfach, um (ganz) wahr zu sein. Im Folgenden soll gezeigt werden, in welchen Fällen die Rechnung mit der Selbstbestimmung bzw. Patientenautonomie nicht aufgeht, sondern – unter der Hand – objektive Kriterien Bedeutung erlangen. Als Erklärungsfolie soll eine Entscheidung des EGMR dienen, die hierzulande kaum Aufmerksamkeit erhalten hat, obwohl sie eine Sachlage betrifft, die auch in deutschen Krankenhäusern verbreitet sein dürfte. Gemeint ist der Fall des Franzosen Vincent Lambert.¹⁶

¹³ BGHSt 55, 191 (200), mit Anm. *Engländer*, JZ 2010, 516 ff.; *Gaede*, NJW 2010, 2926 ff.; *Kubiciel*, ZJS 2010, 656 ff. Umfassend zuletzt *Haas*, JZ 2016, 714 ff.; *Pawlik*, in: Bormann (Hrsg.), *Lebensbeendende Handlungen*, 2017, S. 667 ff.

¹⁴ *Duttge*, NJW 2016, 120 (124).

¹⁵ OLG Karlsruhe, NJW 2002, 685 (689).

¹⁶ EGMR, Urt. v. 5.6.2015–46043/14 – Lambert u. a. vs. Frankreich. Dazu (eher berichtend) *Herr*, *Lebenserhaltende Maßnahmen dürfen gestoppt werden*, Legal Tribune Online vom 5.6.2015, abrufbar unter <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/egmr-46043-14-passive-sterbehilfe-lambert-wachkoma/> (zuletzt abgerufen am 20.03.2019); *Schlüter*, HRRS 2015, 327;

Anhand dieses Falles lassen sich drei Dinge aufzeigen: *Erstens* kann man den blinden Fleck der deutschen Regelungen – genauer: der §§ 1901a ff. BGB – und der ihnen zugrundeliegenden Logik deutlich machen, *zweitens* die Dichotomie von Selbstbestimmung und gesellschaftlichen Wertvorstellungen – Patientenautonomie und Patientenwohl – entzerren und *drittens* konkrete Forschungsfragen benennen, denen sich die Wissenschaft in Zukunft widmen sollte.

III. Die Annäherung an den Patientenwillen und ihre Grenzen

Die Erklärungskraft der Selbstbestimmung als Legitimationsfigur schwindet in dem Maße, in dem unklar bleibt, was der Einzelne tatsächlich *selbst* bestimmt hat. Reinhard Merkel hatte vor 18 Jahren den analytischen Scharfsinn und den Mut, auf eine offensichtliche Erklärungslücke hinzuweisen: Bei lebensunfähigen und schwer leidenden Neugeborenen ist es offenkundig verfehlt, nach ihrem (mutmaßlichen) Willen zu suchen, da sie nie in der Lage gewesen sind, einen Willen bzw. subjektive Präferenzen auszubilden. Unterbricht ein Arzt ihre Behandlung, lässt sich dies zwar rechtfertigen – jedoch nicht mit dem (mutmaßlichen) Willen des Kindes.¹⁷

Aber auch jenseits dieser in der Realität eher selten vorkommenden Fälle gibt es zwei bislang wenig beachtete Fallgruppen, in denen der Behandlungsabbruch – die kausale und zurechenbare Tötung eines Menschen – nicht bzw. nicht allein auf den Willen des Patienten gestützt werden kann. Die Rechtfertigungsfigur der mutmaßlichen Einwilligung kommt hier an ihre Erklärungsgrenzen. Solche Unklarheiten können zunächst entstehen, wenn aus einer Patientenverfügung nicht eindeutig hervorgeht, ob sie auf die konkrete Lebenslage Anwendung findet. Diese Fälle treten in der Praxis auf, wenn eine Patientenverfügung sehr allgemein gehalten ist oder – umgekehrt – so konkret, dass die tatsächlich eingetretene Situation fast zwangsläufig neben der in der Patientenverfügung erwähnten liegen muss.¹⁸ Derartige Fälle zeigen zweierlei. Zunächst machen sie deutlich, dass eine Patientenverfügung keine ausdrückliche Einwilligung enthält, die lediglich antizipiert worden ist,¹⁹ sondern eine mutmaßliche – besser: indizierte – Einwilligung: Der Inhalt der Patientenverfügung bietet lediglich Anhaltspunkte dafür, welche Behandlung der Einzelne wahrscheinlich gewollt *hätte*, wenn man ihn hätte befragen können. Gerade bei auslegungsbedürftigen Patientenverfügungen zeigt sich zudem, dass ein darauf gestützter Behandlungsabbruch nie ausschließlich den Willen des Patienten umsetzt. Geltend

Weißer, ZJS 2015, 442. Jüngst in grundsätzlicher Weise Rixen, in: Bormann (Fn. 13), S. 683 ff.

¹⁷ Merkel, Früheuthanasie, 2001.

¹⁸ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, 2010, Rn. 199; Burchardi, FS Schreiber, 2005, S. 615 (623); Roth, JZ 2004, 494 (498 f.); MüKo-StGB/Schneider (Fn. 5), Vor § 211 Rn. 156; Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, Vor § 211 Rn. 52.

¹⁹ Eisele, Strafrecht BT 1, 3. Aufl. 2014, Rn. 168. A.A. Eidam, GA 2011, 232 (240).

macht sich vielmehr auch die Person desjenigen, der die Patientenverfügung liest, auslegt, versteht und anwendet. Denn eine fremde Willenserklärung auszulegen heißt notwendig, dem Verständnis und Vorverständnis des Interpreten – Betreuers und Arztes – Raum zu geben.²⁰ Es ist daher hermeneutisch unmöglich, dass sich der Interpret bei der Auslegung einer fremden Willenserklärung von *seiner* Einschätzung der Situation und seinen persönlichkeitsprägenden Wertvorstellungen vollständig löst.²¹ Zu Recht hat ein Zivilsenat des BGH für einen einschlägigen Fall darauf hingewiesen, dass es an einer „vom subjektiven Vorverständnis des Beurteilers unabhängigen Orientierung“ fehlt.²² Wenn also der Interpret einer Patientenverfügung zunächst den Inhalt des Willens ermitteln muss, ist es nicht mehr der Patient allein, der über seine Behandlung bestimmt. Infolgedessen entsteht das Risiko fehlender Übereinstimmung des Behandlungsabbruchs mit dem tatsächlichen Willen des Patienten.²³ Immerhin ist das Risiko vertretbar gering, wenn der Spielraum für Interpretationen klein gehalten und bei substanziellen Zweifeln die Patientenverfügung für nicht einschlägig erachtet wird. Dennoch: Schon in diesen Fällen zeigt sich, dass Selbstbestimmung einerseits und objektive Kriterien wie gesellschaftliche Wertvorstellungen andererseits nicht unverbunden nebeneinander stehen. Letztere sind vielmehr der Rezeptionsboden der Selbstbestimmung und damit auch der Behandlungswünsche; die Autonomie des Einzelnen und eine – wenn man so will – „verobjektivierte Vernunft“ lassen sich jedenfalls dann nicht trennen, wenn Wille und Wunsch im Wege der Interpretation ermittelt werden müssen.

Bleibt unklar, ob eine Patientenverfügung einschlägig ist oder nicht, oder liegt gar keine Patientenverfügung vor, ist der mutmaßliche Wille „aufgrund konkreter Anhaltspunkte“ zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten. Laut Schwab ist jedoch auch bei einer solchen klassischen Ermittlung des mutmaßlichen Willens „große Vorsicht“ geboten.²⁴ Denn gerade hier, so Schwab, bestehe die Gefahr, sich von der allgemeinen Lebenserfahrung oder dem durchschnittlichen Denken „vernünftiger Menschen“ leiten zu lassen. Dies gelte es „strikt“ zu vermeiden.²⁵

²⁰ BT-Dr. 16/8442, S. 12; Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, Stellungnahme v. Juni 2005, S. 24 f.

²¹ Burchardi (Fn. 18), S. 616; ders., FS Deutsch, 1999, S. 477 (487).

²² BGHZ 154, 205 (216 f.).

²³ Krit. Spickhoff, JZ 2003, 739 (740).

²⁴ MüKo-BGB/Schwab, § 1901a Rn. 44.

²⁵ MüKo-BGB/Schwab, § 1901a Rn. 45. Ähnlich Höfling, NJW 2009, 2849 (2851).

IV. Umgang mit Ambivalenzen: Die Lambert-Entscheidung

1. Das Lambert-Dilemma

Wie schwierig das ist, wie schwer sich also die objektive Vernunft ausblenden und der mutmaßlich subjektive Wille eines Patienten ermitteln lässt, zeigt die Entscheidung des EGMR im Fall Lambert gegen Frankreich aus dem Jahr 2015.²⁶ Obgleich Regelungen und Verfahren des französischen Rechts Gegenstand der Entscheidung waren, macht der Fall – genau betrachtet – auch eine offene Flanke des deutschen Rechts sichtbar. Dass von dem Urteil keine maßgeblichen Impulse ausgingen, wie es in einer der wenigen Besprechungen der Entscheidung heißt,²⁷ trifft also nur auf den ersten Blick zu.

Worum ging es? Kurz gesagt, um das Leben von Monsieur Lambert, der im Jahr 2008 einen schweren Motorradunfall erlitt und sich seither in einem Zustand befand, den Ärzte als „Minimalbewusstsein plus“ bezeichnen. Konkret bedeutet das, dass sich Lamberts Augen bewegten, wenn auch zumeist ausdruckslos, und sie reflexartig auf Lärm reagierten. Sein Körper empfand Schmerzen, er vermochte zu weinen. Lambert musste künstlich mit Nahrung und Flüssigkeit versorgt werden. Weder Bewegungstherapie und stimulierende Massagen noch sprachtherapeutische Behandlungen erhöhten seinen Bewusstseinsstatus. 2012 glaubte das Pflegepersonal, bei Lambert Widerstand gegen die täglichen Versorgungsmaßnahmen festgestellt zu haben. Da eine Patientenverfügung fehlte und Lambert auch keine Vertrauensperson benannt hatte, beriet sich der Arzt mit der Ehefrau; beide entschieden sich für die Einstellung der lebenserhaltenden Versorgung. Die Eltern Lamberts erwirkten die Durchführung eines rechtlich vorgesehenen sog. Kollektivverfahrens, in dem sieben Ärzte, die Ehefrau und acht Geschwister sowie die Eltern angehört wurden. Die Eltern und zwei Geschwister, die wie Vincent Lambert selbst als gläubige Christen erzogen worden waren, sowie ein Arzt sprachen sich für die Fortsetzung der Behandlung aus. Vincent sei nicht am Ende seines Lebens, er sei ein behinderter, aber lebensfähiger Mensch. Die Ehefrau, fünf Ärzte sowie die übrigen Geschwister forderten hingegen die Einstellung der künstlichen Ernährung. Die französischen Gerichte ließen den Abbruch der Versorgung zu. Ausschlaggebend war die Aussage der Ehefrau, Lambert habe die religiösen und moralischen Überzeugungen seiner Eltern und seiner Jugend nicht mehr geteilt und ein Leben in Abhängigkeit nicht gewollt. Die Große Kammer des EGMR befand mit der Mehrheit ihrer Stimmen, dass diese Entscheidung das von Art. 2 EMRK garantierte Lebensrecht nicht verletzt habe. Die französischen Regeln und Verfahren, auf denen die Entscheidung beruhte, hielten

²⁶ EGMR Nr. 46043/14 (Große Kammer) – Urteil vom 5. Juni 2015; dazu oben Fn. 5 sowie v. Notz, Verfassungsblog vom 15.6.2015, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/des-menschen-wille-ist-sein-himmelreich-das-egmr-urteil-zur-sterbehilfe> (zuletzt abgerufen am 19.3.2019).

²⁷ Augsberg/Szczerbak, medstra 2016, 3.

sich innerhalb des Einschätzungsspielraumes, der den Konventionsstaaten bei der Konkretisierung von Schutzpflichten zuzubilligen sei (*margin of appreciation*).

Der Fall drängt die Frage auf, ob man die Einstellung der künstlichen Ernährung und damit die Herbeiführung des Todes von Vincent Lambert auf seinen Willen stützen kann. Ist die Berufung auf die Patientenautonomie als Legitimationskategorie in solchen Fällen überzeugend und ausreichend? Oder kommen hier nicht – reflektiert oder unreflektiert – andere, objektive Kriterien zur Geltung? Ausschlaggebend für die letztinstanzliche Entscheidung des französischen Gerichts war die Feststellung, bei der Bestimmung des mutmaßlichen Willens seien keine Regeln verletzt worden. Allerdings existierten in Frankreich nur Formvorschriften, welche Personen wann bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens zu beteiligen sind. Der Umstand, dass man sich auf die Aussage der Ehefrau und nicht auf die gegenteiligen Angaben der Eltern stützte, war daher von vornherein nicht justiziabel. Das deutsche Recht scheint diesbezüglich materiell ergiebiger, weil § 1901a Abs. 2 S. 2 BGB materielle Kriterien nennt, die bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens helfen sollen: frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen. Jedoch helfen diese Kriterien nicht, wenn wir vor einer faktischen „non-liquet“-Situation stehen.²⁸ So war es hier: Die Eltern und zwei Geschwister nannten die *einen* Überzeugungen, die Ehefrau und sechs Geschwister verwiesen auf *andere*, sogar gegenteilige. Aus dieser tatsächlichen Unsicherheit resultiert ein handfestes normatives Dilemma, wenn die Entscheidung über Leben oder Tod tatsächlich nach Maßgabe des Willens des Patienten getroffen werden soll. Kann man wirklich den Wunsch Lamberts unterstellen, sterben zu wollen, wenn die einen Angehörigen einen solchen Willen bejahen, die anderen ihn aber in Abrede stellen?

2. Aufwertung des Patientenwohls als Legitimationskategorie

Klar scheint zunächst Folgendes: Bei einem derart ambivalenten Sachverhalt und einer gespaltenen Meinungsbildung innerhalb der Gruppe der konsultierten Angehörigen stößt die Strategie der Prozeduralisierung von Entscheidungen an ihre Grenze. Das Prozedere führt zu keinem eindeutigen und tragfähigen Ergebnis. Weder ist klar, weshalb die Aussage der Ehefrau glaubhafter sein soll, noch ist es angemessen, einfach die Mehrheit der Stimmen entscheiden zu lassen. Auch ein deutsches Gericht, das nach § 1904 BGB eingeschaltet werden könnte, müsste eine Entscheidung auf Grundlage einer uneindeutigen Tatsachengrundlage treffen. Damit aber kommt nicht nur die Strategie der Prozeduralisierung an ihr Ende, sondern – recht besehen – auch die Selbstbestimmung als Legitimationskriterium. Denn wenn Betreuer, Ärzte und auch ein Gericht eine ambivalente Sachlage im Verfahren nicht zweifelsfrei aufklären können, kann die Entscheidung für oder gegen das Weiterleben kaum

²⁸ Treffend Schlüter, HRRS 2015, 327 (330).

dem Willen des Patienten zugeschrieben werden; dies jedenfalls nicht mit der Gewissheit, die bei einer Entscheidung von einer solchen Tragweite zu verlangen ist.

Damit stellt sich eine Frage, die bislang in Deutschland nur selten gestellt wird. Womit lassen sich ärztliche Maßnahmen medizinethisch rechtfertigen, wenn kein eindeutiger Wille des Patienten festgestellt werden kann? Diese Frage aufzuwerfen heißt nicht, die Patientenautonomie als Legitimationskategorie verabschieden zu wollen.²⁹ In Rede steht vielmehr die Ergänzung dieser Legitimationsfigur durch eine zweite Figur, mit der uneindeutige Sachlagen bewältigt werden können. Als zweites Kriterium zur Rechtfertigung ärztlicher Entscheidungen drängt sich das Prinzip des Patientenwohls auf, das – wie oben erwähnt – in der Medizinethik als ein weiterer wichtiger Topos neben der Patientenautonomie steht. Und in der Tat scheint im Fall Vincent Lamberts vor allem eine Entscheidung nach Maßgabe dessen getroffen worden zu sein, was die überwältigende Mehrheit der Ärzte und die große Mehrheit der Angehörigen als das Beste für den Patienten erachtet hat. Nicht der Wille von Lambert trägt demnach die Entscheidung, sondern eine ärztliche Einschätzung über sein Wohl.³⁰ Angesichts der non-liquet-Situation lässt sich dies in der Sache schwer bestreiten. Konzeptionell stehen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis lediglich vor der Wahl, ob diese Bedeutung des Patientenwohls offen benannt oder ob das Patientenwohl gewissermaßen in den mutmaßlichen Willen hineingespiegelt wird. Der erstgenannte Weg ist der transparentere, weil der zweite Weg das entscheidende inhaltliche Kriterium verdeckt und die Stellung der Patientenautonomie als alleiniges Entscheidungskriterium nur vordergründig wahr.³¹ In einer älteren Entscheidung hat ein Strafsenat des BGH den intransparenten Weg gewählt: Entscheidend für die Straflosigkeit der passiven Sterbehilfe, heißt es dort, sei der mutmaßliche Wille des Patienten. „Objektive Kriterien, insbesondere die Beurteilung einer Maßnahme als gemeinhin ‚vernünftig‘ [...] sowie den Interessen eines verständigen Patienten üblicherweise entsprechend, haben keine eigenständige Bedeutung; sie können lediglich Anhaltspunkte für die Ermittlung des individuellen hypothetischen Willens sein.“³² Nach hiesiger Überzeugung macht der Fall Lambert deutlich, dass es non-liquet-Fälle gibt, die *nur* nach Maßgabe von objektiven Kriterien entschieden werden können.

In strafrechtsdogmatischer Hinsicht sind in solchen Fällen auch die Grenzen der mutmaßlichen Einwilligung erreicht. Denn bei einer mutmaßlichen Einwilligung geht es um eine „Wahrscheinlichkeitsprognose hinsichtlich des wahren Willens

²⁹ Siehe aber *Magnus*, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, S. 314 f., 557 f., bei deren Ausführungen fraglich bleibt, weshalb der Respekt vor einer eindeutigen Willensäußerung nicht zu den von *Magnus* als unaufhebbar betrachteten „Basisinteressen“ zu zählen ist (vgl. a.a.O., S. 70 f.).

³⁰ Vgl. *Augsberg/Szczerbak*, medstra 2016, 3 (7).

³¹ Treffend *Rixen* (Fn. 16), S. 697: Mutmaßliche Einwilligung als Einfallstor von Fremdbestimmung.

³² BGHSt 40, 257 (260 f.).

des Berechtigten zum Zeitpunkt der Tat.³³ Es sei, so Roxin, nicht entscheidend, was dem wahren Wohl des Betroffenen entsprochen, sondern was er gewollt hätte.³⁴ Die Erstellung einer solchen Wahrscheinlichkeitsprognose ist aber offenkundig gescheitert, wenn sich frühere Willensbekundungen des Patienten widersprechen und Betreuer, Ärzte und Gerichte diesen Widerspruch im Verfahren nicht auflösen können. In einem solchen Fall bleiben beide Interpretationsmöglichkeiten früherer Willensäußerungen nebeneinander stehen. Was auch immer die Ärzte im Anschluss tun – die Behandlung fortführen oder diese abbrechen –, es ist *ihre* Entscheidung, die sie nicht dem Willen des Patienten zuschreiben können, dies jedenfalls nicht mit der Gewissheit, die bei einer Entscheidung von einer solchen Tragweite zu verlangen ist. Behandlungsabbrüche können in solchen Fällen daher nicht mit der Figur der mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt werden. Es geht hier nicht, wie Roxin meint, um das „Zuendedenken des Einwilligungsgedankens“.³⁵ Zur Geltung kommt keine indizierte oder gemutmaßte Einwilligung, sondern etwas kategorial Anderes. Im Fall Lambert ist eine Entscheidung nach Maßgabe dessen getroffen worden, was die Mehrheit der Ärzte und die Angehörigen als das Beste für den Patienten erachtet haben. Nicht der Wille von Lambert trägt mithin die Entscheidung, sondern eine (ärztliche) Beurteilung des Wohls.³⁶

Damit stellt sich die Frage, welchen strafrechtsdogmatischen Ort die Berücksichtigung des Patientenwohls hat und wie dieses zu bestimmen ist. Zur Rechtfertigung der indirekten Sterbehilfe greift die hM heute auf § 34 StGB zurück. Gegen diesen Lösungsweg wird eingewandt, dass mit einer für interpersonale Konflikte geschaffenen Vorschrift nicht eine intrapersonale Interessenkollision gelöst werden könne.³⁷ Doch lässt sich die in § 34 StGB enthaltene Struktur zur Lösung von Konfliktfragen durchaus auf intrapersonale Konflikte übertragen.³⁸ Insofern hat der BGH in einer eingangs erwähnten Entscheidung zum Behandlungsabbruch diesen dogmatischen Lösungsweg voreilig zurückgewiesen, zumal die Anwendung der mutmaßlichen Einwilligung – wie gesehen – zu deutlich schwerwiegenderen Problemen führt. Problematisch wird eine Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs analog § 34 StGB nach hiesiger Auffassung nur dann, wenn man glaubt, mit der Abwägungsformel abstrakte Interessen kühl-mathematisch verrechnen oder gar Pauschallösungen rechtfertigen zu können.³⁹ Denn das Wohl eines Patienten, die Güte eines Lebens, lassen sich nicht abstrakt, d.h. ohne Anschauung des Einzelfalles, bestimmen und ohne Berücksichtigung von kulturell-ethischen Wertüberzeugungen gegen den Nutzen einer Lebensverlängerung abwägen. Erkennt man aber an, dass

³³ Heinrich, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 477. Ähnlich Roxin (Fn. 10), § 18 Rn. 5 sowie erstmalig Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. 1949, S. 219 f.

³⁴ Roxin (Fn. 10), § 18 Rn. 5.

³⁵ Roxin (Fn. 10), § 18 Rn. 8.

³⁶ Vgl. Augsberg/Szczerbak, medstra 2016, 3 (7).

³⁷ Zum Für und Wider LK-Rosenau, StGB, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2019, Vor §§ 211 ff. Rn. 49 f.

³⁸ Merkel, Festschrift für F. C. Schroeder, 2007, S. 297 ff.; Rosenau (Fn. 37), Rn. 49.

³⁹ Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 223 f.

die Wachkomapatienten behandelnden Ärzte in der Lage sind, Einzelfälle differenziert zu beurteilen, weil sie einen geschulten Blick auf das Wohl des konkreten Patienten haben, spricht vieles dafür, ihrer Einschätzung zu vertrauen und der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Kommt also ein Arzt nach der Konsultation von Angehörigen und Betreuer zu dem Ergebnis, dass sich der Wille des Patienten nicht eruieren lässt und dass eine Fortsetzung der Behandlung den Interessen des Patienten Schaden zufügt, weil die künstliche Lebenserhaltung vor allem ein großes Leid verlängert, darf er die Behandlung abbrechen: Sein Handeln ist analog § 34 StGB gerechtfertigt.

V. Ausblick

Der Fall Lambert hat gezeigt, dass sich der „Schutz des verletzlichen Erwachsenen“⁴⁰ nicht vollständig mit dem Prinzip der Patientenautonomie und der Strategie der Prozeduralisierung garantieren lässt. Die Überzeugungskraft der Legitimationsgröße Patientenautonomie lässt in dem Maße nach, in dem man sich dem Willen des Patienten interpretatorisch annähern muss. Bei der Auslegung einer Patientenverfügung mag man die getroffene Entscheidung noch auf den Willen des Patienten zurückführen. Bei einer ambivalenten Sachlage wie im Lambert-Fall gründet aber jede Deutung auf einer Mutmaßung, nicht auf dem Willen des Patienten. Die mutmaßliche Einwilligung ist in solchen Fällen keine taugliche Rechtfertigungsgrundlage für einen Behandlungsabbruch. Auch die Prozeduralisierung versagt in derartigen Fällen, weil das Verfahren nicht zu einem eindeutigen und tragfähigen Ergebnis führt. Das bedeutet, dass in non-liquet-Fällen auf das Patientenwohl abzustellen ist.

Darüber hinaus lassen sich auf Grundlage des hier besprochenen Falles Anschlussfragen für die Forschung formulieren. Die erste betrifft den Begriff der Patientenautonomie. Dieser ist als Legitimationsfigur nicht nur ergänzungsbedürftig, sondern nach hiesiger Auffassung auch konzeptionell unterbelichtet. Die Tatsache, dass der Wille häufig im Wege der Interpretation ermittelt werden muss, spricht gegen eine monologische Konzeption von Autonomie und für ein sozial-reflexives Verständnis von Selbstbestimmung, das institutionelle Gegebenheiten sowie gesellschaftliche Diskurse und Wertüberzeugungen nicht vom Willen trennt, sondern beides miteinander zu verbinden sucht.⁴¹ Der zwischen Habermas und Hegel changierende Ansatz, den Honneth kürzlich vorgelegt hat, scheint ein aussichtsreicher Ansatzpunkt für die weitere Begriffsarbeit zu sein.

Um deutlich zu machen, in welchem Ausmaß objektive Kriterien wie das Patientenwohl Entscheidungen über die Beendigung bzw. Fortführung von lebenserhaltenden Maßnahmen beeinflussen, liegt die Durchführung einer empirischen Studie nahe. Diese müsste untersuchen, wie Betreuer und Ärzte den mutmaßlichen Willen

⁴⁰ Röthel/Lemmerz, in: Gebauer et al. (Hrsg.), *Alternde Gesellschaft im Recht*, 2015, S. 3 f.

⁴¹ Honneth (Fn. 7), S. 81 ff.

bestimmen und wie sie mit Situationen umgehen, in denen sich aufgrund mangelnder Anhaltspunkte oder widersprüchlicher Aussagen Probleme ergeben. Fast zehn Jahre nach Inkrafttreten der §§ 1901a ff. BGB scheint die Zeit für eine solche Untersuchung reif. Denn inzwischen dürften Ärzte mit einer Vielzahl von uneindeutigen Sachlagen konfrontiert worden sein und man darf unterstellen, dass sich Verhaltensstandards zur Bewältigung solcher Grenzfälle eingespielt haben. Besonders interessant wäre es, diese Studie um eine rechtsvergleichende Komponente zu ergänzen,⁴² die sich nicht auf das black letter law⁴³ beschränkt, sondern auf die Frage erstreckt, wie mit ambivalenten Sachverhalten umgegangen wird.⁴⁴ Sichtbar werden könnte dann nämlich, in welchem Ausmaß nationale Traditionen und kulturelle Besonderheiten die Entscheidungen prägen. Vielleicht ist es ja kein Zufall, dass die Gerichte eines laizistischen Staates wie Frankreich die Aussagen der katholischen Eltern Lamberts für weniger überzeugend hielten als die seiner Ehefrau und sich daher gegen den Grundsatz „in dubio pro vita“ entschieden haben.

⁴² Die Rechtsvergleichung im Medizinstrafrecht für notwendig erachtend *Jung*, JZ 2015, 1113 (1118). S. ferner *Augsberg/Szczerbak*, medstra 2016, 3.

⁴³ *Basedow*, JZ 2016, 269.

⁴⁴ In diese Richtung auch *Schlüter*, HRRS 2015, 327 (331).