

Entscheidungsbesprechung

Zur Strafbarkeit des Abbruchs künstlicher Ernährung

Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist 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. (Amtlicher Leitsatz).

StGB § 216; BGB § 1901a

BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09¹

I. Sachverhalt

Der Angeklagte A ist ein auf das Fachgebiet des Medizinrechts spezialisierter Rechtsanwalt. Als solcher beriet er die beiden Kinder der K, die seit Oktober 2002 im Wachkoma lag und in einem Pflegeheim mittels einer durch die Bauchdecke geführten PEG-Sonde künstlich ernährt wurde. Eine Besserung ihres Gesundheitszustandes war nicht mehr zu erwarten. Entsprechend einem von K im September 2002 mündlich geäußerten Wunsch bemühten sich ihre Kinder, die zwischenzeitlich zu Betreuern ihrer Mutter bestellt worden waren, um die Einstellung der künstlichen Ernährung. Nach mehreren Auseinandersetzungen mit der Leitung des Pflegeheims kam es Ende 2007 zu einem Kompromiss, wonach die Kinder der Patientin selbst die Ernährung über die Sonde einstellen, die erforderliche Palliativversorgung durchführen und ihrer Mutter im Sterben beistehen sollten. Nachdem die Tochter der K, die G, am 20.12.2007 die Nahrungszufuhr über die Sonde beendet hatte, wies die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens am 21.12.2007 jedoch die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. Dies geschah. Am gleichen Tag erteilte der Angeklagte A der G den Rat, den Schlauch der PEG-Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen. G folgte diesem Rat und schnitt Minuten später mit Unterstützung ihres Bruders den Schlauch durch. Nachdem das Heimpersonal dies entdeckt hatte, wurde K in ein Krankenhaus gebracht, wo ihr eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen wurde. K starb dort zwei Wochen später eines natürlichen Todes auf Grund ihrer Erkrankungen. Das LG hat die Beratungstätigkeit des angeklagten Rechtsanwalts als mittäterschaftliches Zusammenwirken mit G bewertet und ihn wegen versuchten Totschlags in Mittäterschaft bestraft. Die Einstufung als Mittäter hat der BGH nicht erörtert. Seine Entscheidung betrifft vielmehr die Tatbestandsmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Behandlungsabbruchs.

¹ Im Folgenden zitiert nach den Rn. der Entscheidung BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09; FamRZ 2010, 1551. Siehe dazu *Duttge/Schreiber*, LTO v. 6.2.2010.

II. Die Probleme

Die dem Fall zugrunde liegenden Probleme sollen zum besseren Verständnis von Inhalt und Tragweite der Entscheidung zunächst herausgearbeitet werden. Dabei wird sich zeigen, dass derartige Probleme nicht allein auf Grundlage des Gesetzes und mit Hilfe der Strafrechtsdogmatik gelöst werden können, sondern der Vorklärung rechts- und medizinethischer Fragen bedürfen.²

1. Disponibilität des Rechtsguts Leben

Der Angeklagte A und die Tochter G haben die Durchtrennung des Sondenschlauchs damit gerechtfertigt, sie hätten den Wunsch der K umsetzen wollen. Indes kann der Wille der K überhaupt nur relevant sein, wenn das Rechtsgut Leben für seinen Träger disponibel ist. In der Literatur wird dies verbreitet bestritten. Formell beruft man sich auf die Existenz des § 216 StGB, materiell auf „fundamentale öffentlichen Interessen“, die von einem Verzicht auf das Rechtsgut Leben berührt werden sollen.³ Nach dieser Auffassung soll § 216 StGB das Leben nicht nur als ein grundsätzlich disponibles Individualrechtsgut schützen, sondern vor allem als ein nicht disponibles überindividuelles Rechtsgut.⁴ Der Schutzzweck der Vorschrift erstreckt sich danach auf das *gesellschaftliche* Interesse am Rechtswert Leben, genauer: an der Stabilisierung des Tötungstabus.⁵ Notwendig soll die Stabilisierung zur Abwehr eines „Dammbruchs“ sein, den viele als Folge einer sich ausbreitenden Sterbehilfepraxis befürchten. Konkret geht es um die Sorge, dass die Gestattung von Formen

² Zu rechtsphilosophischen Grundlagenfragen der Sterbehilfe *Duttge*, GA 2002, 241; *Jakobs*, in: Haft (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 459; *Köhler*, JRE 14 (2006), 425; *Kubiciel*, JZ 2009, 600; *ders.*, JA 2010, im Erscheinen; zu den ethischen Fragen des Behandlungsabbruchs *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545 (557 ff.).

³ *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 372; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 28 jeweils m.w.N.

⁴ *Ingelfinger*, Grundlage und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 214 ff.; *Lorenz*, JZ 2008, 57, 60 (63); *Weigend*, ZStW 98 (1986), 44 (52 ff., 66 ff.).

⁵ So *Dölling*, in: Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier (Hrsg.), *Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte*, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, 2006, S. 767 (S. 777); *Engisch*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Hellmut Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, 1966, S. 399 (S. 412 f.); *Herzberg*, NJW 1996, 3043 (3047); *Hirsch*, in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 775 (S. 779, 789 f.); *Krey/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, S. 50 Rn. 108; *Neumann*, in: Kindhäuser/*ders./Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 216 Rn. 1; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 37, 44. Krit. *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (602 f.); ebenso *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 216 Rn. 2.

einer Tötung auf Verlangen auch zu einer rechtlichen Anerkennung von Tötungen ohne Verlangen führen könnte.⁶ Auf den vorliegenden Fall übertragen: Begründet die Möglichkeit, auf Wunsch des Patienten eine künstliche Ernährung zu beenden, nicht die Gefahr, dass rechtliche Voraussetzungen für die Einstellung einer lebenserhaltenden Maßnahme ohne jegliches Anzeichen für einen dementsprechenden Wunsch geschaffen werden? Und wäre es nicht humaner, solche Patienten direkt, etwa mittels einer Spritze, zu töten, als sie langsam an schwindenden Kräften sterben zu lassen?

Es liegt in der Natur hypothetischer Fragen, dass sie weder mit Sicherheit bejaht noch verneint werden können. Die abstrakte Möglichkeit einer Ausweitung der Sterbehilfen in der Zukunft ist jedenfalls kein Grund, dem Einzelnen das Dispositionsrecht über das Leben vollständig zu entziehen.⁷ Aber selbst eine empirisch belegte, hinreichende Wahrscheinlichkeit eines „Dammbrochs“ kann nicht dazu führen, das Recht des Einzelnen an seinem Leben unter den Vorbehalt der Erreichung gesellschaftlicher Zwecke zu stellen.⁸ Die legitimatorische Tragweite von Dammbrochargumenten stößt vielmehr auf das – verfassungsrechtlich gewährleistete und von der Gesellschaft hoch bewertete – Recht zur Selbstbestimmung über das eigene Leben.⁹ Auch § 216 StGB hebt dieses Recht nicht auf,¹⁰ sondern sichert es, jedenfalls nach einer paternalistischen Lesart, gegen voreilige, nicht vollzugsreife Sterbehilfewünsche.¹¹ Die Kunst der Auslegung und Fortbildung des geltenden Rechts besteht folglich darin, einen Ausgleich zwischen den Notwendigkeiten der Abwehr von Missbrauchsgefahren einerseits und der Selbstbestimmung andererseits zu finden. Der BGH war sich, wie seine Formulierungen zeigen, dieser Aufgabe sehr bewusst. Seine Ausführungen sind daher auch darauf zu untersuchen, ob sie den gezeigten gegenläufigen Interessen gerecht werden oder kriminalpolitische Änderungen veranlassen.

⁶ Dazu Höfling, JuS 2000, 111 (113); *Nationaler Ethikrat*, Selbstbestimmung und Fürsorge am Ende des Lebens, 2006, S. 32 ff.; Lindner, JZ 2006, 373 (379); Lorenz, JZ 2009, 57 (64); Schöch/Verrel, GA 2005, 553 (583), Verrel, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Gutachten C, 2006, C 67 („ethische Abwärtsspirale“), C 119.

⁷ Eine „empirische Evidenz für eine inakzeptabel hohe Eintrittswahrscheinlichkeit der [...] prognostizierten Schäden“ verlangt Schöne-Seiffert, Grundlagen der Medizinethik, 2007, S. 85.

⁸ Vgl. Merkel, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Ulrich Schroth zum 60. Geburtstag, 2010, S. 285 (S. 296 f.).

⁹ S. dazu Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 214 ff., 411 ff.; Merkel (Fn. 8), S. 296 f.; *Nationaler Ethikrat*, Patientenverfügung, 2005, S. 9 ff.

¹⁰ Von der „Unantastbarkeit“ des Lebens spricht aber Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 6 Rn. 1.

¹¹ Grundlegend Jakobs (Fn. 2), S. 459; im Ansatz ebenso Kubiciel, JZ 2009, 600 (604 ff.), jeweils m.w.N. zum Streitstand.

2. Zulässigkeit der passiven Sterbehilfe und des Behandlungsabbruchs

Aus der Patientenautonomie folgt das (Abwehr-)Recht, sich unerwünschte ärztliche Heileingriffe zu verbitten.¹² Über das Behandlungsveto eines urteilsfähigen Patienten darf sich der Arzt daher selbst dann nicht hinwegsetzen, wenn der Patient in Folge der unterlassenen Behandlung stirbt.¹³ Rechtlich soll es nicht darauf ankommen, ob ein Arzt dem Behandlungsveto durch schlichtes Unterlassen der (Weiter-)Behandlung oder durch aktives Tun (Abschalten eines lebenserhaltenden Geräts) nachkommt.¹⁴ Daher konnte der BGH bereits im Jahr 1994 urteilen, bei einem unheilbar erkrankten Komapatienten dürfe auch vor Beginn der Sterbephase die künstliche Ernährung eingestellt werden, wenn dies seinem (mutmaßlichen) Willen entspreche.¹⁵ Bei einem entgegen stehenden (mutmaßlichen) Willen des Patienten enden Behandlungsrecht und damit auch die Behandlungspflicht der Ärzte und Pfleger.¹⁶

War der tödliche Behandlungsabbruch also schon vor der jüngsten Entscheidung des BGH grundsätzlich zulässig, hatten LG und BGH lediglich darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen einer zulässigen Sterbehilfe bei K vorgelegen haben. Daran kann in zweifacher Hinsicht gezweifelt werden: Zum einen fragt sich, ob die Komapatientin ein wirksames Behandlungsveto ausgesprochen hat, und zum zweiten ist der Behandlungsabbruch nicht von einem behandelnden Arzt oder Pfleger vollzogen worden, sondern durch Nichtmediziner.

¹² Näher dazu Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 29 ff.; Jakobs, in: Schütz/Kaatsch/Thomsen (Hrsg.), Medizinrecht – Psychopathologie – Rechtsmedizin, diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin, Festschrift für Günter Schewe, 1991, S. 72 (S. 74 ff.); Kubiciel, JZ 2009, 600 (605 ff.); Schöne-Seiffert, Einführung in die Medizinethik, 2007, S. 39.

¹³ Eser, in: Lutteroni/Sporcken (Hrsg.), Lexikon, Medizin, Ethik, Recht, 1989, S. 1089; Irrgang, Grundriß der medizinischen Ethik, 1995, S. 185; Momsen, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, Vor §§ 211 ff. Rn. 29.

¹⁴ Antoine (Fn. 9), S. 214 ff., 411 ff.; Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2009, § 3 Rn. 4 ff.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 216 Rn. 6; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, Rengier (Fn. 10), § 7 Rn. 6 ff.; Schneider, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, Vor §§ 211 ff. Rn. 104; Wessels/Hettinger (Fn. 3), Rn. 37. Zutreffend differenzierend Jakobs (Fn. 12), S. 76 f.

¹⁵ BGHSt 40, 257 (259 f.).

¹⁶ Vgl. Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 7; Engisch, in: Jeschek (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 309 (S. 322); Otto, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentags, 1986, D 37 ff.; Verrel, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags, 2006, C 15 ff.

3. Legitimationsvoraussetzung: Das Behandlungsveto

Das Behandlungsveto hatte die K nicht unmittelbar vor dem Einstellen der künstlichen Ernährung, etwa gegenüber Ärzten oder Pflegeern, ausgesprochen, sondern soll es sinngemäß im Jahr 2002 gegenüber der Tochter kundgetan haben. Dies wirft nicht nur die tatsächliche (und damit beweisrechtliche) Frage auf, ob der Wunsch wirklich geäußert worden ist. Schließlich haben die Kinder der K die künstliche Ernährung ihrer Mutter über Jahre geduldet, ohne sich auf das Behandlungsveto zu berufen. In rechtlicher und rechtsethischer Hinsicht problematisch ist bereits, ob überhaupt ein Behandlungsverzicht, der vorab für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit erklärt worden ist, bindend sein soll. Dagegen wird in der Medizinethik geltend gemacht, schwere Krankheiten und die damit einhergehende Pflegebedürftigkeit ließen sich ebenso wenig abstrakt vorstellen wie die Einstellung gegenüber medizinisch notwendigen Behandlungen.¹⁷ Ein zeitlich der Erkrankung weit vorausgehendes Behandlungsveto umzusetzen, sei daher etwas anders, als dem aktuellen Willen desjenigen zu folgen, der sich mit seinem Krankheitszustand auseinandergesetzt und diesen für nicht mehr tragbar befunden hat.¹⁸ So gesehen, stellt die Aussage, die K habe sich (vor Jahren) gegen die (seitdem widerspruchslos hingenommene) künstliche Ernährung ausgesprochen, eine dürftige Grundlage für eine denkbare weit reichende Entscheidung dar.

Über diese Problematik ist in den vergangenen Jahren aus Anlass des Gesetzgebungsverfahrens zur sog. Patientenverfügung intensiv diskutiert worden. Gesetz geworden ist ein Regelungsvorschlag, der den Willen des Patienten zum Maßstab ärztlichen Handelns macht, auch wenn sich der Einzelne ohne jegliche Beschäftigung mit Krankheiten und ihren Behandlungsmöglichkeiten viele Jahre vor einer Erkrankung festgelegt haben sollte. Gemäß § 1901a BGB muss der Betreuer einer Patientenverfügung Geltung verschaffen oder, falls eine solche nicht vorliegt, nach Maßgabe eines vorab geäußerten Behandlungswunsches entscheiden. Diese Neuregelung entfalte, so der BGH, auch für das Strafrecht Wirkung (Rn. 25). Zwar könnten die §§ 1901a ff. BGB nicht die Grenzen zwischen strafloser und strafbarer Tötung auf Verlangen verschieben (Rn. 25). Sie enthielten aber eine „verfahrensrechtliche Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willensäußerung nicht (mehr) in der Lage sind.“ Anders gewendet: Die §§ 1901a ff. BGB schaffen keine neue Formen der Sterbehilfe. Sie sollen lediglich die passive Sterbehilfe und den Behandlungsabbruch in Fällen ermöglichen, in denen das Behandlungsveto als Legitimationsvoraussetzung der Sterbehilfe vorab erteilt worden ist.

¹⁷ Vgl. dazu *Enquête-Kommission Ethik und Recht der Medizin*, Zwischenbericht Patientenverfügung, 2005, in: BT-Drs. 15/13700, S. 25, 67; *Irrgang* (Fn. 13), S. 181 f.; *Schöne-Seiffert* (Fn. 7), S. 61 f.

¹⁸ Vgl. *Schöne-Seiffert* (Fn. 7), S. 117.

3. Formfragen des Behandlungsabbruchs

Dass die Legitimationsvoraussetzung – ein vorab geäußertes Behandlungsveto der K – vorlag, stand für den BGH fest (Rn. 16). Zu prüfen war damit lediglich, ob das Leben der K auch *auf diese Weise* beendet werden durfte. Zwei „Formfragen“ stellt der Fall.

Das erste, vom BGH nicht erörterte Problem handelt von der Verzichtbarkeit der (künstlichen) Ernährung. Nicht selten wird die Auffassung vertreten, die Versorgung mit Nahrung und Flüssigkeit stelle eine moralisch zwingend gebotene Basisversorgung dar, die keiner Person – auch nicht auf deren Wunsch – verwehrt werden dürfe.¹⁹ Indes liegt dieser Position eher die Symbolik eines „verhungerten“ oder „verdurstenden“ Patienten zugrunde als ein tragfähiger ethischer oder rechtlicher Grund.²⁰ Dies zeigt sich auch an dem Widerspruch, dass einerseits das Abschalten eines Beatmungsgerätes – wenn man so will: die Verweigerung einer Basisversorgung mit Luft – zulässig sein soll, während andererseits die Entfernung einer PEG-Sonde für unzulässig erachtet wird. Gibt man dem Einzelnen das Recht, über den Umfang seiner Behandlung selbst zu bestimmen, ist es normativ willkürlich, den Verzicht auf einzelne Behandlungsmethoden für unzulässig zu erklären. Die (implizite) Meinung des BGH, die Einstellung der Ernährung sei für sich gesehen kein ethisches und rechtliches Problem, ist daher zutreffend.

Problematisch ist hingegen die zweite Formfrage: Werden von der zulässigen passiven Sterbehilfe bzw. dem Behandlungsabbruch auch Handlungsweisen umfasst, die sich bei rechtlicher Bewertung als aktives Tun darstellen? Diese Frage war vom BGH noch nicht geklärt und daher nach Auffassung des *Senats* hier erstmalig zu entscheiden (Rn. 22). Weshalb sich die Entfernung der Magensonde als Tun darstellt, begründet der BGH zwar nicht. Das Gericht geht aber offenkundig davon aus, dass nur die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen durch Ärzte, Pflegepersonal oder andere zur Behandlung verpflichtete Personen ihrem Sinngehalt strafrechtlich eine Unterlassungstat darstellt.²¹ Personen, die – wie

¹⁹ Dazu umfassend *Schockenhoff*, Zeitschrift für medizinische Ethik 56 (2010), 131; *Tolmein*, Zeitschrift für medizinische Ethik 56 (2010), 159.

²⁰ Deutlich wird die symbolische Natur auch, wenn man die tatsächliche Situation verändert und beispielsweise den Kranken in einem Altenheim durch einen Häftling in einer Strafanstalt ersetzt. Als ethisch problematisch gilt im letztgenannten Fall nicht die Verweigerung der Versorgung, sondern – umgekehrt – die Zwangsernährung. Letztere unter medizinethischen Gesichtspunkten ablehnend der Weltärztebund (WMA Declaration of Malta on Hunger Strikes, October 2006). Siehe die Voraussetzungen einer Zwangsernährung bei Häftlingen in § 101 StVollzG; dazu *Laue*, in: *Hilfenkamp/Tag* (Hrsg.), *Intramurale Medizin*, 2005, S. 217 (S. 222 ff.).

²¹ Vgl. dazu BGHSt 40, 257 (263); *Kindhäuser* (Fn. 14), § 3 Rn. 7; *Krey/Heinrich* (Fn. 5), § 1 Rn. 11; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 115; *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 703.

der Angeklagte – dem Patienten nicht als Garant die (Weiter-) Behandlung schulden, sollen bei wertender wie natürlicher Betrachtung aktiv handeln.²² Danach hätte sich der Angeklagte, wie auch das LG meinte, des (versuchten) Totschlags strafbar gemacht.

Nicht nur für Ärzte, sondern auch für viele Strafrechtswissenschaftler ist es schwer nachvollziehbar gewesen, dass die passive Sterbehilfe bzw. der Behandlungsabbruch nur straffrei sein soll, wenn sich ein Tun in ein Unterlassen umetikettieren lässt.²³ Denn diese dogmatische Begründung macht die Entscheidung zwischen strafloser Sterbehilfe und Totschlag abhängig von Äußerlichkeiten und Zufälligkeiten: Hätte der Angeklagte das Behandlungsveto der Patientin nicht durch eine Entfernung der Sonde umgesetzt, sondern durch das Einstellen manueller Versorgung, wäre er vom Landgericht nicht wegen versuchten Totschlags verurteilt, sondern freigesprochen worden. Da in beiden Alternativen eine Einwilligung der Patientin vorliegt, unterscheiden sich beide Fälle nur durch die Form der medizinischen Versorgung und die dadurch vorgegebene Form des Behandlungsabbruchs. Weshalb aber ein bloßer Formmangel ein Unrecht gegen eine Person – einen Totschlag – begründen soll, ist kaum zu erklären. Der BGH hat – wie nun gezeigt wird – diese Unstimmigkeit gelöst und die Zulässigkeit der passiven Sterbehilfe und des Behandlungsabbruchs von der Begehungsform entkoppelt.

III. Die Entscheidung

1. Der Begriff des Behandlungsabbruchs

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“ (Rn. 30). In der Vergangenheit sei die Umdeutung „der erlebten Wirklichkeit in eine dieser widersprechenden normativen Wertung“, namentlich das Abschalten eines Beatmungsgeräts in ein normativ verstandenes Unterlassen, zu Recht auf Kritik gestoßen. Und weiter: „Eine solche wertende Umdeutung aktiven Tun in ein normatives Unterlassen wird den auftretenden Problemen nicht gerecht. Ein ‚Behandlungsabbruch‘ erschöpft sich nämlich nach seinem natürlichen und sozialen Sinngehalt nicht in bloßer Untätigkeit; er kann und wird vielmehr fast regelmäßig eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfassen, deren Einordnung nach Maßgabe der in der Dogmatik und von der Rechtsprechung zu den Unterlassungstaten des § 13 StGB entwickelten Kriterien problematisch ist und teilweise von bloßen Zufällen abhängen kann“ (Rn. 31).

Zur Rechtfertigung eines auf Wunsch des Patienten durch Tun oder Unterlassen vorgenommenen Behandlungsabbruchs stellt der BGH nunmehr auf den von ihm sogenannten „nor-

mativ wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs“ ab. Dieser umfasse neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden, „eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren“ (Rn. 31). Wenn ein Patient das Unterlassen einer Behandlung verlangen könne, müsse dies gleichermaßen auch für eine Beendigung einer nicht mehr gewollten Behandlung gelten. Die Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs sei unabhängig davon, ob sein Wille durch ein Unterlassen oder durch aktives Tun umzusetzen sei (Rn. 31).

2. Die Voraussetzungen eines Behandlungsabbruchs

Die einen Behandlungsabbruch legitimierenden Voraussetzungen will der BGH „aus den Begriffen der ‚Sterbehilfe‘ und des ‚Behandlungsabbruchs‘ selbst und aus der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter“ ableiten (Rn. 32). Daraus ergebe sich zum einen, dass „die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist“ (Rn. 33). Zum anderen müsse die „durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe [...] objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung im oben genannten Sinne bezogen“ sein (Rn. 34).

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.²⁴ Liegen diese Voraussetzungen vor, darf eine lebenserhaltende Maßnahme eingestellt werden. Eine Todesverursachung sei dann – unabhängig von der Begehungsform Tun oder Unterlassen – gerechtfertigt (Rn. 35). Neben Ärzten, Betreuern und Bevollmächtigten soll, so der BGH, auch der von Dritten vollzogene Behandlungsabbruch erfasst werden, „soweit sie als von dem Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung hinzugezogenen Hilfsperson tätig werden“ (Rn. 39).²⁵ Für den angeklagten Rechtsanwalt führte diese Konstruktion zu dem vom BGH ganz offenkundig angestrebten Ziel: Freispruch.

IV. Dogmatische Einordnung und kriminalpolitische Folgerungen

Der vom BGH eingeschlagene Begründungsweg wirft Fragen auf: Zum einen muss untersucht werden, aus welchen dogma-

²² *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 705; vgl. auch *Roxin* (Fn. 21), § 31 Rn. 123; *Helgerth*, JR 1995, 338 (339).

²³ *Fischer* (Fn. 5), Vor §§ 211 ff. Rn. 20; *Gropp*, in: *Duttge* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, S. 173 (S. 184); *Kargl*, GA 1999, 459 (478 ff.); *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 37.

²⁴ Fehlt es an der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzung, macht sich der Täter nicht wegen vollendeten, sondern wegen versuchten Totschlags strafbar. Siehe dazu *Gropp*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 32; *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2008, § 6 Rn. 11 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 379.

²⁵ So bereits *Eser* (Fn. 12), Vor §§ 211 ff. Rn. 32. Dagegen *Roxin* (Fn. 21), § 31 Rn. 123.

tischen Gründen sich der BGH auf die – dem StGB unbekannt²⁶ – Figur des Behandlungsabbruchs berufen kann (1.). Zum anderen muss kriminalpolitisch erörtert werden, ob die jetzige Rechtslage das Selbstbestimmungsrecht der Patienten und das Interesse an der Abwehr von Missbrauchsgefahren angemessen austariert (2.).

1. Dogmatische Einordnung

Zu begrüßen ist zunächst, dass der BGH die Abgrenzung zwischen strafloser Sterbehilfe und Totschlag nicht von der äußeren Form des Behandlungsabbruchs abhängig macht.

Problematisch ist indes das Abstellen auf die Einwilligung zur Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs. Rechtfertigungs- und einwilligungsbedürftig ist nämlich nicht der *Abbruch*, sondern die *Aufnahme und Aufrechterhaltung* einer künstlichen Ernährung mittels einer Magensonde.²⁷ Nachdem für das Gericht feststand, dass sich K gegen eine solche Behandlung ausgesprochen hatte, war die Fortsetzung der künstlichen Ernährung rechtswidrig. Der BGH erkennt diese Problematik – nicht aber deren Folgen (siehe Rn. 18 f.). Das Gericht prüft nämlich im Anschluss an die Feststellung der Rechtswidrigkeit der künstlichen Ernährung, ob Rechtfertigungsgründe die Entfernung der Magensonde legitimieren. Damit wird stillschweigend aus einer per se zulässigen Wiederherstellung der Integrität der Rechtssphäre der K ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff. Ein solcher aber lag auch nach Auffassung des BGH nicht vor. Daher ist zum einen die Feststellung des Gerichts, § 32 StGB gestatte lediglich Eingriffe in die Sphäre des Täters, richtig, aber deplaziert (Rn. 19).²⁸ Zum anderen kann dahinstehen, ob § 34 StGB einen Behandlungsabbruch zu rechtfertigen vermag.²⁹ Denn einer besonderen Befugnisnorm bedürfte es nur, wenn der Behandlungsabbruch nicht nur das Recht der K wahrte, son-

dern zugleich Rechte anderer verletzte. In Betracht kommt zwar das oben erwähnte gesellschaftliche Interesse an der Stabilisierung des Tötungstabus. Indes spricht die Systematik eindeutig dafür, dass § 212 StGB ausschließlich das Rechtsgut Leben schützt. Diesem Einwand lässt sich auch nicht dadurch entgehen, dass dem Individualrechtsgut Leben ein überindividueller Zweck unterlegt wird.³⁰ Denn eine solche Konstruktion ist weder bruchlos mit der gängigen Rechtsgutdogmatik zu vereinbaren, noch kann sie mit dem Überzeugungshaushalt einer säkularisierten und individualisierten Gesellschaft in Einklang gebracht werden: In dieser gilt es als ausgemacht, dass jeder Mensch *sein* Leben führt.³¹

Der BGH stellt denn auch nicht auf überindividuelle Interessen ab, sondern lehnt die Anwendung des § 34 StGB mit dem Hinweis ab, der rechtfertigende Notstand greife nicht ein, wenn der fragliche „Eingriff“ das „höchstrangige Rechtsgut (Leben)“ derjenigen Person betreffe, der die gegenwärtige Gefahr drohe (Rn. 20). Diese Aussage ist indes unvereinbar mit der wenig später getroffenen Feststellung, das aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen legitimiere die Abwehr nicht gewollter Eingriffe und damit auch den zum Tod führenden Behandlungsverzicht (Rn. 35). Zuzustimmen ist – aus den dargelegten Gründen – dem letztgenannten Satz. Aus ihm folgt, dass kein Delikt gegen eine Person begeht, wer deren (wirksamen) Willen umsetzt.³² Nachdem der Gesetzgeber in § 1901a Abs. 2 BGB zum Ausdruck gebracht hat, dass er die vor einer Erkrankung geäußerten Behandlungswünsche als wirksame Ausübung der Patientenautonomie erachtet, konnte die Entfernung der Magensonde nicht mehr als rechtswidrige Tötung der K eingestuft werden. Dem BGH ist daher – im Ergebnis – zuzustimmen.

2. Kriminalpolitische Folgerungen

Die Entscheidung beinhaltet nicht nur die soeben gezeigten dogmatischen Probleme. Sie führt auch zu kriminalpolitischen Anschlussfragen. Diese zielen weniger auf eine umfassende Reform der einschlägigen Straftatbestände,³³ kann das

²⁶ Zur Tendenz in der Rechtsprechung, dem Gesetz und der Verfassung Begriffe zu unterlegen, ohne deren Verbindlichkeit nachzuweisen, siehe *Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende? (erscheint demnächst in: *Der Staat*).

²⁷ So richtig *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545 (559 f.). Siehe zur künstlichen Ernährung als rechtfertigungsbedürftige Körperverletzung auch *Eschelbach*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2010, § 216 Rn. 4.2; BGHZ 154, 205 (210); dazu *Popp*, ZStW 118 (2006), 639; *Verrel*, NStZ 2003, 449. Wie hier, indes aufgrund einer Zuordnung der Sonde zum Organisationskreis des Arztes *Jakobs* (Fn. 12), S. 76 f.

²⁸ Dass § 32 StGB nur Eingriffe in die Sphäre des Angreifers gestattet, betonen u.a. *Freund*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 83; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 12), § 32 Rn. 31; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 9 Rn. 73 f.

²⁹ Vgl. *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545 (568 ff.); *Neumann* (Fn. 5), Vor § 211 Rn. 127; *Schneider* (Fn. 14), Vor §§ 211 ff. Rn. 111 f. Allg. zur Anwendung des § 34 StGB auf intrapersonale Konfliktslagen *Perron* (Fn. 28), § 34 Rn. 8a; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 34 Rn. 4; *Roxin* (Fn. 5), § 16 Rn. 102.

³⁰ S.o. Fn. 4.

³¹ Näher dazu *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (603) m.w.N.

³² Daher normiert § 216 StGB auch keine *Verletzung* des Individualrechtsguts Leben, sondern schützt lediglich vor der abstrakten Gefahr, das eigene Leben undurchdacht in fremde Hände zu legen: § 216 StGB ist kein Erfolgs-, sondern ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Grundlegend *Jakobs*, *Tötung auf Verlangen*, 1998, S. 19 ff., siehe ferner *Kubiciel* (Fn. 2), S. 605 ff.; *Murmann*, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, S. 497 ff.; *Schroeder*, in: Ahrens u.a. (Hrsg.), *Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, S. 505 (S. 507 ff.).

³³ Siehe die im Wesentlichen übereinstimmenden Reformvorschläge bei *Schöch/Verrel* GA 2005, 553; *Deutscher Juristentag*, Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentages, 2006, S. 13; *Nationaler Ethikrat*, *Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende*, 2006, S. 95 ff. Dazu *Duttge*, NStZ 2006, 479; *Ingelfinger*, JZ 2006, 821; *Kubiciel*, DPJZ Sonderheft

geltende Recht doch im Großen und Ganzen als objektiv vernünftig dargestellt werden.³⁴ Probleme aber könnte das Handeln von Betreuern und Hilfspersonen aufwerfen, die ohne Konsultation von Ärzten und Pflegeern allein unter Berufung auf einen vorgeblichen Wunsch des Patienten lebenserhaltende Maßnahmen beenden. Solche Personen begehen zwar, nach nunmehr geltender Rechtslage, kein Tötungsdelikt. Nichtsdestotrotz ist ein solches Verhalten „aus Gründen der Ordnung und Sicherheit des Krankenhausbetriebs“³⁵ schwer hinnehmbar. Daher sollte über Form- und Verfahrensvorschriften nachgedacht werden, die Missbrauch und unsachgemäße Handlungen durch medizinische Laien verhindern. Der geeignete Ort wäre eine Art „Sterbehilfe-Begleitgesetz“, welches u.a. regeln könnte, dass ein Behandlungsabbruch nur von ärztlichem Personal vorgenommen werden darf.³⁶ Auf diese Weise ließe sich schädlichen „Nebenwirkungen“³⁷ einer liberalen Sterbehilfepraxis entgegenwirken, ohne dem Einzelnen sein Recht auf ein würdiges Sterben zu nehmen.

Wiss. Assistent Dr. Michael Kubiciel, Regensburg

2008, 32; *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280; *Schroth*, GA 2006, 549.

³⁴ Näher *Kubiciel*, JZ 2009, 600. Zu anderen, weitgehend ungeklärten strafrechtsdogmatischen Fragen das Verhältnis zwischen Selbstbestimmung Älterer und Kranker einerseits und Paternalismus andererseits betreffend siehe *Kubiciel*, JZ 2010, 422 (424).

³⁵ So bereits in mustergültiger Abgrenzung zum Tötungsunrecht LG Ravensburg NStZ 1987, 229.

³⁶ Vgl. zu einer solchen Begleitregelung *Schöch/Verrel*, GA 2006, 553 (586). Siehe zum selbstständigen strafrechtlichen Schutz der diesbezüglichen Verfahren auch *Saliger*, KritV 1998, 118 (146 ff.). Zum Zweck von Formvorschriften allg. *Mankowski*, JZ 2010, 662.

³⁷ *Lüderssen*, JZ 2006, 689 (693).