

Herausgeber

Professor Dr. Matthias Jestaedt, Erlangen
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Rolf Stürner, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Joachim Vogel, Tübingen

Redaktion

Rechtsanwältin Heide Schapka, Tübingen

Mohr Siebeck

7 62. Jahrgang
6. April 2007
Seiten 317–372

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Horst Dreier, Universität Würzburg

Grenzen des Tötungsverbot – Teil 2

Mit diesem zweiten Teil wird der in JZ 2007, 261 begonnene Beitrag fortgesetzt und abgeschlossen.*

IV. Selbsttötung und Tötung auf Verlangen

Bislang waren die Überlegungen der Frage gewidmet, unter welchen Voraussetzungen fremdes Leben getötet werden kann. Jetzt geht es darum, ob man sich (auch) selbst töten oder durch andere mit Einwilligung töten lassen darf. Kontroversen der ethischen Beurteilung und rechtlichen Regelung dieser Frage reichen bis in die Antike zurück, wie ein kleiner historischer Rückblick zeigt (1.). Im freiheitlichen Verfassungsstaat des Grundgesetzes ist die Selbsttötung nicht pönalisiert (2.). Lediglich die Tötung auf Verlangen steht unter Strafe (3.).

1. Historischer Rückblick

In der griechischen Antike waren es vor allem *Platon* und *Aristoteles*, die sich gegen die Zulässigkeit der Selbsttötung wandten: *Platon* hielt sie für einen Verstoß gegen den Willen der Götter, während *Aristoteles* darin ein Unrecht gegen die Polis sah, der man sich gleichsam nicht entziehen durfte¹⁰⁵. In striktem Gegensatz hierzu proklamierten die epikureischen und stoischen Schulen und vorher einige Sophisten es gerade als eine den Menschen auszeichnende und ihm besonderen Rang verleihende natürliche Freiheit, sich selbst aus dem Leben „hinauszuführen“¹⁰⁶. Im Römischen Reich galt

* **Inhaltsübersicht:** Teil 1: I. Einführung. II. Tötung anderer geborener Menschen. 1. Staatliche Inpflichtnahme. 2. Notwehr, Nothilfe, Notstand. 3. Finaler Rettungsschuß. 4. Finaler Rettungsabschuß? – Zum Problem des Luftsicherheitsgesetzes. 5. Zwischenbilanz. III. Tötung vorgeburtlichen Lebens. 1. Kategoriale Differenz zum Lebensrecht geborener Menschen. 2. Die Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch. 3. Die Rechtslage bei Embryonen in vitro. – Teil 2: IV. Selbsttötung und Tötung auf Verlangen. 1. Historischer Rückblick. 2. Straflosigkeit des Suizids. 3. Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB). V. Sterbehilfe und Patientenverfügungen. 1. Das Problem der Sterbehilfe. 2. Terminologie: Aktive und passive Sterbehilfe. 3. Rechtliche Einstufung. 4. Insbesondere: Patientenverfügungen.

¹⁰⁵ *Platon*, Phaidon, 62 b-c; *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1138 a 4–14. – Materialreich zur antiken Diskussion R. *Hirzel*, in: Archiv für Religionswissenschaft 11 (1908), 75 ff., 243 ff. (zu *Platon* und *Aristoteles* S. 264 ff.), 417 ff.

¹⁰⁶ Konziser Überblick bei H. *Ebeling*, in: J. *Ritter/K. Gründer* (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 9, 1995, Sp. 493 ff. (494 f.);

insbesondere unter stoischem Einfluß die Selbsttötung als natürliches Recht eines jeden (freien) Menschen¹⁰⁷. Einschränkungen, wie sie im späteren Corpus Iuris Civilis ihren Niederschlag fanden, betrafen Sonderstatusverhältnisse: „Selbstmordversuche von Soldaten ahndete das römische Recht disziplinarisch; Gefängniswärter mußten den Selbstmord von Häftlingen verhindern, Sklaven den Selbstmord ihrer Herren. Selbstmordversuche eines Sklaven hatte dessen Verkäufer zu deklarieren“¹⁰⁸.

Hingegen stuften die Römer entgegen einer recht zählbaren Legende die Selbsttötung nicht als Straftat ein, sondern beschränkten seit *Hadrian* lediglich die Möglichkeit, sich im Falle der Begehung todeswürdiger Verbrechen der Vermögenskonfiskation durch Selbstmord zu entziehen¹⁰⁹. Die Konfiskation war aber niemals als Strafe für den Selbstmord konzipiert¹¹⁰. Ungeachtet dessen ließen infolge falsch verstandener Rezeption des Römischen Rechts im hohen Mittelalter und danach viele Territorialgesetze das Vermögen des Selbstmörders dem Landesherrn zufallen¹¹¹.

Scharfe Verurteilung erfuhr der als solcher schon durch die Nomenklatur eindeutig verurteilte Selbstmord – anders als die Verhängung der Todesstrafe¹¹² oder die Tötung von Feinden im Krieg – hingegen in der christlichen Theologie.

einzelne griechische Stimmen zur Verteidigung des Selbstmords bei *Hirzel* (Fn. 105), S. 277 ff., 417 ff.

¹⁰⁷ Vgl. G. *Schiemann*, in: Der Neue Pauly, Bd. 11, 2001, Sp. 1093 f.; ausführlicher J. D. *Ehrlich*, Suicide in the Roman Empire. An historical, philosophical, and theological study, Diss. phil. 1983, S. 146 ff.; siehe noch *Hirzel* (Fn. 105), S. 433 ff.

¹⁰⁸ A. *Wacke*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. IV, 1990, Sp. 1616 ff. (1616 f.). Die einschlägigen Normen aus dem Corpus Iuris sind: D.48.19.38.12 (Soldaten); D.48.3.14.3 (Wächter); D.29.5.1.22 (Sklaven); D.21.1.23.3 (Verkauf).

¹⁰⁹ Eingehend A. *Wacke* ZRG RA 97 (1980), 26 (47 ff.); siehe ferner B. *Rehbach* DRiZ 1986, 241 (241 f.); K. *Schütttauf*, in: G. *Brudermüller/W. Marx/ders.* (Hrsg.), Suizid und Sterbehilfe, 2003, S. 81 ff. (83).

¹¹⁰ *Wacke* (Fn. 108), Sp. 1617. – Ihm hierin wie auch sonst bis in Details folgend E. *Schrage*, Suicide in Canon Law, in: Legal History 21 (2000), S. 57 ff.

¹¹¹ Dazu K. A. *Geiger*, in: Archiv für Katholisches Kirchenrecht 65 (1891), S. 3 ff. (7 f., 15 ff.). – Hingegen hieß es im Sachsenspiegel (II, 31, 1) noch: „Wer sich selbst den Tod antut, dessen nächster Erbe nimmt das Gut.“

¹¹² Zu ihrer breiten Akzeptanz von der Spätantike bis ins 20. Jahrhundert (abgesehen von frühchristlichen Kirchengemeinden und späteren „Sekten“ wie den Katharern oder Waldensern) knapper Überblick bei *Dreier* (Fn. 5), Art. 102 Rn. 3 ff.

Augustinus erblickt in ihm einen Verstoß gegen das fünfte Gebot und damit eine schwere Sünde¹¹³. *Thomas von Aquin* greift das politische Argument des *Aristoteles* von der Gemeinschaftsschädlichkeit der Handlung auf, betont den Widerspruch zum natürlichen Selbsterhaltungstrieb und ergänzt beide Argumente um die originär christliche Überlegung von der fehlenden Verfügungsbefugnis des Einzelnen über das ihm von Gott geschenkte Leben¹¹⁴. In der Praxis der christlichen Kirchen wurde demgemäß viele Jahrhunderte lang der versuchte Selbstmord mit Kirchenbußen geahndet, bei erfolgreicher Handlung der Selbstmörder (wenn überhaupt) „außer der Reihe“ beerdigt.

Erst mit Humanismus und Aufklärung geriet dieses Reaktionsmuster ins Wanken¹¹⁵. Einen wahren Meilenstein in der Entwicklung stellt die Aufhebung weltlicher Selbstmordstrafen durch *Friedrich den Großen* in Preußen 1751 dar¹¹⁶; in Frankreich erfolgt dies erst nach der Revolution von 1789. Eher umgekehrt war die Lage ideengeschichtlich: während *Montesquieu*, *Voltaire* und *Rousseau* sich gegen die Bestrafung des Selbstmordes aussprachen (und in England *Thomas Morus* schon in seiner „Utopia“ von 1516/17 den Selbstmord für vertretbar gehalten hatte), plädierten deutsche Autoren wie *Samuel Pufendorf*, *Christian Wolff*¹¹⁷ oder – mit besonderem Nachdruck und mit besonderer Wirkung – *Immanuel Kant* für eine Bestrafung. *Kant* sah in der „Selbstentleibung“ einen Verstoß gegen die Selbsterhaltungspflicht und ein „Verbrechen (Mord)“¹¹⁸, mehr noch eine Vernichtung des Sittengesetzes sowie die Verletzung der Würde des Menschen¹¹⁹.

Freilich kannte das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794 als „Sanktion“ für den Selbstmörder noch

113 *A. Augustinus*, De civitate Dei, Erstes Buch, Kap. 17–27. *Augustinus* bezieht das Tötungsverbot ausschließlich auf die Menschen, nicht auch auf die Tier- oder Pflanzenwelt; doch wer sich selbst tötete, tötete auch einen Menschen (I 20); er erklärt den Selbstmord für untersagt: sowohl den Selbstmord aus Furcht vor oder nach begangener Vergewaltigung (mit der Begründung, daß Keuschheit eine Tugend des Geistes und nicht eine Frage körperlicher Verfaßtheit sei: I 18) als auch den des *Cato* (I 23), läßt aber Ausnahmefälle vom Tötungsverbot zu, „wenn Gott selbst töten heißt, sei es durch Erlaß eines Gesetzes, sei es zu bestimmter Zeit durch ausdrücklichen an eine Person gerichteten Befehl“ (I 21).

114 *Thomas von Aquin*, Summa Theologiae II-II, quaestio 64 art. 5 (corpus). – Kritisch zum Argument des Lebens als eines „Geschenk“ Gottes *D. Birnbacher*, in: *A. Leist* (Hrsg.), Um Leben und Tod, 1990, S. 395 ff. (397 ff.).

115 Im Überblick *B. Rebbach* DRiZ 1986, 241 (244 ff.); *M.-O. Baumgarten*, The Right to Die? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod, 2. Aufl. 2000, S. 112 ff. m. w. N.; *Schüttauf* (Fn. 109), S. 89 ff. – Man denkt natürlich auch an die beiden letzten Sätze aus *Goethes* Werther: „Handwerker trugen ihn. Kein Geistlicher hat ihn begleitet.“

116 Text bei *F. Willenbücher*, Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Großen, 1904, S. 44 Fn. 2.

117 Bei ihm der Vorschlag zur Bestrafung der erfolgreichen Selbstmörder, „indem man sie an ihrer Ehre kränket (...) dergleichen z. B. geschieht, wenn man den toten Leichnam durch den Schinder als wie ein Aas auf den Schindanger schleppen und, wofern der Selbstmord sehr gemein wird, wie Mörder auf das Rad flechten läßt.“ (*C. Wolff*, Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen [„Deutsche Politik“], 1721, 2. Ausg. 1725, hier zitiert nach der von *H. Hofmann* bearbeiteten, eingeleiteten und herausgegebenen Ausgabe [als Bd. 13 der von *H. Maier* und *M. Stolleis* hrsgg. Reihe „Bibliothek des Staatsdenkens“], 2004, § 370, S. 281 f.).

118 *I. Kant*, Metaphysik der Sitten (1787), Zweiter Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, Ethische Elementarlehre, § 6 (Akademieausgabe, Bd. 6, S. 422 ff.; beide Zitate S. 422).

119 *Kant* (Fn. 118), S. 423: „Das Subjekt der Sittlichkeit in seiner eigenen Person zernichten, ist eben so viel, als die Sittlichkeit selbst ihrer Existenz nach, so viel an ihm ist, aus der Welt vertilgen, welche doch Zweck an sich selbst ist; mithin über sich als bloßes Mittel zu ihm beliebigen Zweck zu disponieren, heißt die Menschheit in seiner Person (homo noumenon) abwürdig, der doch der Mensch (homo phaenomenon) zur Erhaltung anvertraut war.“ – Kritisch zu *Kants* Argumentation u. a. *Birnbacher* (Fn. 114), S. 401 ff.

die uneiferliche Bestattung (ALR 20 II 803 ff.¹²⁰), wie dies auch das kanonische Recht in verschiedenen und zum Teil sehr drastischen Formen lange Zeit vorsah¹²¹. Im Begräbnisrecht schlägt sich die mittlerweile gewandelte Position in den beiden großen christlichen Konfessionen, die selbstverständlich nach wie vor die Selbsttötung nicht als erlaubt ansehen, am deutlichsten nieder¹²². Für die evangelischen Landeskirchen wird im 19. Jahrhundert die Unterscheidung zwischen unzurechnungsfähigen und zurechnungsfähigen Selbstmördern zum entscheidenden Merkmal: die erstgenannten werden „still“ beerdigt, die letztgenannten anatomischen Instituten überlassen oder ohne kirchliche Mitwirkung bestattet. Als eine der ersten Landeskirchen hob Schaumburg-Lippe 1924 alle Beschränkungen auf. Die Ordnung des kirchlichen Lebens der EKD von 1955 sprach „Selbstmördern“ das Bestattungsrecht zu, die Ordnung von 1999 erwähnt Suizidenten nicht mehr. In der Denkschrift „Gott ist ein Freund des Lebens“ von 1989 wird der Suizidversuch als „Hilfeschrei“ verstanden. Strukturell ähnlich verläuft die Entwicklung in der katholischen Kirche: während im Codex Iuris Canonici (CIC) von 1917 dem Selbstmörder als einem öffentlichen Sünder noch christliches Begräbnis sowie öffentliche Totenmesse verwehrt wurde (cc. 1240, 2350), wird im CIC 1983 der „Selbstmörder“ nicht mehr genannt (c. 1184), die Entscheidung über Form und Art des Begräbnisses dem Bischof überlassen bzw. überantwortet. Die fortbestehende theologisch-moralische Verurteilung schlägt sich darin nieder, daß Personen, die einen Selbsttötungsversuch unternommen haben, von Empfang und Ausübung sakramentaler Weihen ausgeschlossen sind (cc. 1041 Nr. 5, 1044 § 1 Nr. 3 CIC). In ihrem Katechismus wertet die katholische Kirche sowohl den Selbstmord als auch die freiwillige Beihilfe dazu als schweren Verstoß gegen das Sittengesetz und als Verstoß gegen das Tötungsverbot¹²³.

2. Straflosigkeit des Suizids

Im freiheitlichen Verfassungsstaat gibt es keine Grundlage mehr für die Strafbarkeit des Suizids. Zwar hat der *BGH* in seiner „naturrechtlichen“ Phase in den 50er und 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts aus dem Sittengesetz abgeleitet, daß „niemand selbstherrlich über sein eigenes Leben verfügen und sich den Tod geben“¹²⁴ dürfe. Abgesehen von der gesellschaftlichen Pluralität der Auffassungen in dieser Frage¹²⁵ ist lediglich daran zu erinnern, daß selbst einhellig angenommene Verstöße gegen moralische Wertungen nicht automatisch als strafrechtlich relevant oder auch nur straf-

120 § 803: „Selbstmörder sollen zwar nach ihrem Tode nicht mehr beschimpft werden; aber doch alles dessen, womit sonst das Absterben und Andenken anderer Leute von ihrem Stande oder Range geehrt zu werden pflegt, verlustig seyn.“ § 804 betrifft den Selbstmord zum Zwecke des Entzuges vor einer staatlichen Strafe, § 805 den Selbstmord vor Vollstreckung einer bereits verhängten strafrechtlichen Sanktion. – Siehe knapp *Geiger* (Fn. 111), S. 31.

121 Dazu eingehend *W. Thümmel*, Die Versagung der kirchlichen Bestattungsfeier, 1902, S. 45 ff., 55 ff., 129 f., 186 ff.; *O. Nöldeke*, Die kirchliche Beerdigung der Selbstmörder, 1903, S. 20 ff., 35 ff.; knapp *B. Rebbach* DRiZ 1986, 241 (242 f.) sowie *Schrage* (Fn. 110), S. 61; interessante Lokalstudie von *F.-H. Karraf*, Die rechtliche Behandlung der Selbstmörder in der Zentralfassung des Hochstifts Würzburg (1454 bis 1806), Diss. jur. 1971, S. 33 ff.

122 Das folgende nach *T.K. Kuhn*, in: RGG, 4. Aufl., Bd. 7, 2004, Sp. 1852 f.

123 Katechismus/Kompendium (Fn. 7), Rn. 470 („weil er ein schwerer Verstoß gegen die rechte Liebe zu Gott, zu sich selbst und zum Nächsten ist“).

124 *BGHSt* 6, 147 (153).

125 Vgl. *D. Dölling* NJW 1986, 1011 (1014).

rechtswürdig betrachtet werden dürfen¹²⁶. Der *BGH* hat die erwähnte Einlassung denn auch später nicht wiederholt¹²⁷.

Nach geltender Rechtslage ist die Selbsttötung in Deutschland nicht strafbar, da die Tötungsdelikte gemäß § 211 ff. StGB die Tötung eines *anderen* Menschen voraussetzen¹²⁸. Wegen der herrschenden Akzessorietätslehre entfällt damit in Ermangelung einer strafbaren Haupttat auch die Strafbarkeit von Teilnahmehandlungen wie Anstiftung oder Beihilfe zur Selbsttötung¹²⁹. Zumindest zur Straflosigkeit der freiwillig und eigenverantwortlich begangenen Selbsttötung und ihres Versuches existiert im freiheitlichen Verfassungsstaat auch keine Alternative. Denn wir kennen zwar Pflichten des Bürgers *im* Verfassungsstaat (wie z. B. die Wehr-, Schul- oder Steuerpflicht), die man in Parallele zu den Grundrechten auch als Grundpflichten bezeichnen könnte¹³⁰; aber eine Pflicht *zum* Leben gibt es nicht¹³¹ und kann es wegen des grundsätzlichen Vorrangs des Einzelnen gegenüber dem Staat auch nicht geben¹³².

Eine andere und hier nur knapp zu erörternde Frage ist die nach der verfassungsrechtlichen Verankerung dieser Aussage¹³³. Zur grundrechtlichen Verortung der Selbsttötung stellt man teilweise auf das Lebensrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ab und begreift die Suizidhandlung als „negative“ Freiheit des Lebensrechts¹³⁴, gleichsam als Lebensbeendigungsrecht. Doch kann man hier mit guten Gründen fragen, ob zur Grundrechtsausübung auch die Auslöschung des personalen Grundrechtssubstrats gehört. Nach wohl überwie-

gender Auffassung fällt das suizidale Handeln daher in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG¹³⁵. Wichtiger als diese Verortung in der einen oder anderen Weise ist vor allem das rechte Verständnis dafür, daß es nicht um ein positiv konnotiertes „Recht auf Selbsttötung“ im Sinne einer vom Staat verliehenen Kompetenz oder von ihm begrüßten Handlungsweise geht, sondern allein um die Frage, in welches Grundrecht ein entsprechendes Verbot der Selbsttötung eingreifen würde. Entscheidend ist also der gegenläufige Gedanke, daß die staatliche Begrenzung der Handlungsfreiheit des Einzelnen der Rechtfertigung im Sinne bestimmter formell und materiell korrekter Rechtsgrundlagen bedarf¹³⁶.

Daß eine solche Begrenzung der Freiheit zur Selbsttötung etwa durch (Wieder-)Einführung ihrer Strafbarkeit einer tragfähigen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vermutlich entbehren würde, hängt in zentraler Weise mit der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG zusammen. Denn jedenfalls die Selbsttötung aufgrund eines selbstverantwortlichen freien Willensentschlusses im Sinne eines sog. „Bilanzselbstmordes“ gehört zum Recht auf den eigenen Tod, der die Bestimmung des Todeszeitpunktes ebenso umfaßt wie das Recht, in Würde zu sterben¹³⁷. Auch wenn man den Suizid nicht emphatisch als „Privileg des Humanen“ bezeichnen will¹³⁸, so stellt die Beendigung des eigenen Lebens als freier Willensakt keinen Verstoß gegen die Menschenwürdegarantie dar, sondern findet in ihr eine Grundlage¹³⁹.

3. Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)

Die Tötung auf Verlangen wird gem. § 216 StGB mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren geahndet¹⁴⁰. Diese Strafnorm wirft nicht allein schwierige Abgrenzungsprobleme zur Beihilfe zur Selbsttötung auf, sondern erweist sich auch – schwerwiegender noch – in ihrer Begründung als prekär¹⁴¹.

¹²⁶ Vgl. nur *Roxin* (Fn. 22), § 2 Rn. 17. – Einige Charakteristika eines säkularisierten Strafrechts bei *W. Hassemer*, in: *G. Dilcher/I. Staff* (Hrsg.), *Christentum und modernes Recht*, 1984, S. 232 ff. (240 ff.).

¹²⁷ Vgl. nun vielmehr *BGHSt* 32, 367 (371) = *JZ* 1984, 893, dazu *Schmitt* *JZ* 1984, 866. – In *BGHSt* 46, 279 (285) wird zwar apodiktisch konstatiert, die Rechtsordnung werte eine Selbsttötung als rechtswidrig, doch fehlt es dafür an jeglicher näheren Begründung. Zudem bleibt gänzlich unklar, wie eine Handlung (straf-)rechtswidrig sein kann, die unter keinen strafrechtlichen Tatbestand fällt. Und warum ist die Teilnahme an dieser vorgeblich rechtswidrigen Handlung straflos? Wäre vielleicht Nothilfe möglich? Zu Recht kritisch zu *BGHSt* 46, 279: *D. Sternberg-Lieben* *JZ* 2002, 153 ff.; s. auch *G. Duttge* *NSZ* 2001, 546 ff. – *K. Kübl* in: *M. Düwell* u. a. (Hrsg.), *Handbuch Ethik*, 2002, S. 469 ff. (473) hat die Bemerkung als Rückschlag gewertet.

¹²⁸ Eingehend *W. Botke*, *Suizid und Strafrecht*, 1982, S. 32 ff.; von *R. Ingelfinger*, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbot*, 2004, S. 218 f. wird das als „formaler Ausgangspunkt“ bezeichnet (zu dieser Habilitationsschrift die ebenso ausführliche wie kritische Rezension von *U. Neumann* *ZStW* 118 [2006], 743 ff.). Aus der Kommentarliteratur statt vieler *Tröndle/Fischer* (Fn. 26), Vor § 211 bis 216 Rn. 10.

¹²⁹ Vgl. statt aller *Roxin* (Fn. 22), § 11 Rn. 107 ff. – Insofern unterscheidet sich die deutsche Rechtslage von Staaten wie Großbritannien, Österreich oder der Schweiz (dort ist allerdings nur die Beihilfe aus „selbstsüchtigen Beweggründen“ strafbar; vgl. *Baumgarten* [Fn. 115], S. 172 f.).

¹³⁰ Siehe nur *H. Hofmann*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 1992, § 114 Rn. 17 ff., 30 ff. (insb. Rn. 38 ff. zur Asymmetrie von vorrangigen Grundrechten und insofern sekundären Grundpflichten).

¹³¹ Statt vieler *H. Schneider*, in: *W. Joecks/K. Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 2003, Vor § 211 ff. Rn. 33; *Ingelfinger* (Fn. 128), S. 220.

¹³² Zur Vorstaatlichkeit der Grundrechte und ihrem normstrukturellen, nicht historischen oder ontologischen Status vgl. *Dreier* (Fn. 67), Vorb. Rn. 70. Den materiell-strafrechtlichen Grund für die Straflosigkeit des Suizids sieht *Ingelfinger* (Fn. 128), S. 219 ff. in der mangelnden Realisierung eines Tötungsunrechts und in der Abgrenzung der Verantwortlichkeitssphären; eine „Pflicht des Selbstmörders zum Weiterleben“ (ebd. S. 224) wird zutreffend verneint.

¹³³ Dazu *K. Möller* *KritV* 88 (2005), 230 ff., der selbst für eine Verankerung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht plädiert.

¹³⁴ So insb. *U. Fink*, *Selbstbestimmung und Selbsttötung*, 1992, S. 82 ff. u. ö.; auch *B. Pieroth/B. Schlink*, *Grundrechte*. Staatsrecht II, 21. Aufl. 2005, Rn. 392; dagegen die überwiegende Meinung; vgl. *J. Hellermann*, *Die sogenannte negative Seite der Grundrechte*, 1993, S. 33 f. m. w. N. – Ausführlich, wenn auch wenig übersichtlich zur Frage *F. Günzel*, *Das Recht auf Selbsttötung, seine Schranken und die strafrechtlichen Konsequenzen*, 2000, S. 19 ff.

¹³⁵ *Schulze-Fielitz* (Fn. 19), Art. 2 II Rn. 32.

¹³⁶ Vgl. *Dreier* (Fn. 67), Art. 2 I Rn. 32.

¹³⁷ Die Pflicht der staatlichen Organe (Polizei, Feuerwehr), bei einem Selbstmordversuch einzugreifen und Rettungsmaßnahmen zu veranlassen oder selbst durchzuführen, gründet neben der möglichen Gefährdung Dritter oder der Öffentlichkeit vor allem in der Unsicherheit darüber, ob es sich wirklich um eine derartige Konstellation oder nicht – rein statistisch der weitaus häufigere Fall – eher um einen Hilfeschrei oder einen Akt geistiger Verwirrung handelt, die Person sich also in einem die freie Willensbetätigung ausschließenden Zustand befindet (vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel* [Fn. 45], § 8 Rn. 31 ff.; zu entsprechenden „Faustregeln“ aus ethischer Sicht ähnlich *Birnbacher* [Fn. 114], S. 413 ff.). – Zu Ursachen, Formen und Faktoren suizidalen Verhaltens vgl. *K. Schobert*, *Der gesuchte Tod. Warum Menschen sich töten*, 1989, S. 33 ff.

¹³⁸ So *J. Améry*, *Hand an sich legen. Diskurs über den Freitod* (1976), 1983, S. 52.

¹³⁹ *Dreier* (Fn. 67), Art. 1 I Rn. 157 m. w. N.; Gegenposition (Art. 1 Abs. 1 GG verbiete die Selbsttötung) bei *H. Otto*, in: *Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages*, 1986, S. D 17 ff. – Vgl. auch die Diskussion philosophischer Argumente pro und contra bei *M. Kettner/B. Gerisch*, in: *I. Kappert/B. Gerisch/G. Fiedler* (Hrsg.), *Ein Denken, das zum Sterben führt*, 2004, S. 38 ff.

¹⁴⁰ Die Norm lautet: „Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.“ – Näher dazu außer den einschlägigen Kommentierungen: *F. C. Schroeder* *ZStW* 106 (1994), 565 (566 ff.); *K. Chatzikostas*, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie*, 2001, S. 236 ff.; zur ähnlichen Rechtslage in der Schweiz *Baumgarten* (Fn. 115), S. 168 ff.

¹⁴¹ Eindringliche Analyse bei *G. Jakobs*, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem* (Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Jahrgang 1998, Heft 2), 1998, der überzeugend darlegt, daß sich das Verbot der Tötung auf Verlangen nur schwer in das „normative Umfeld“ (S. 4), insbesondere die Straflo-

Die Abgrenzung von (strafloser) Beihilfe zum Suizid und strafbarer Tötung auf Verlangen gehört zu den klassischen Streitfragen des Strafrechts und kann bis heute nicht als befriedigend geklärt gelten¹⁴². Als zentrales Kriterium der großen Mehrzahl der Abgrenzungsversuche fungiert das Merkmal der Tatherrschaft¹⁴³: solange sie beim Lebensmüden liegt, der Tod also buchstäblich von eigener Hand eintritt, gilt der Vorgang als Selbsttötung, die für den Beteiligten straflos bleibt. Geht die Tatherrschaft hingegen auf den Helfer über, wird der Tod mithin von fremder Hand verursacht, ist dieser nach § 216 StGB der Tötung auf Verlangen schuldig¹⁴⁴. Konkret heißt das: der straflose Teilnehmer am Suizid darf dem Sterbewilligen zwar die tödlichen Tabletten oder Spritzen beschaffen und auf den Nachttisch legen – das ist straflos. Strafbare macht er sich hingegen dann, wenn er ihm die Medikamente selbst verabreicht¹⁴⁵.

Worin liegt nun die besondere Strafwürdigkeit der Tötung auf Verlangen, die diese Unterscheidung notwendig macht¹⁴⁶? Der Tötungsakt als solcher scheidet aus, denn andernfalls müßte man auch die Selbsttötung, ihren Versuch sowie die Teilnahme daran pönalisieren. Die Evidenz der vom historischen Gesetzgeber bemühten Begründung, die Tötung auf Verlangen verstoße gegen „das unbestrittene Sittengesetz“¹⁴⁷, ist uns diesbezüglich verlorengegangen. Tragfähig ist wohl nur der Rekurs auf das besondere Gefahrenmoment, das in der Beteiligung Dritter liegt: es geht um die nicht auszüräumende Gefahr, daß es letztlich nicht der Wille des Getöteten, sondern eine souveräne Entscheidung des „Helfers“ war, die zum Tode führte¹⁴⁸. Die ratio des Verbotes muß man daher wohl darin sehen, daß die letztlich entscheidende Abschlußhandlung nicht in die Hände Dritter gelegt werden soll – genauer gesagt, daß man die Unsicherheit darüber vermeiden will, ob letztendlich wirklich ein Suizid oder nicht doch eine Tötung durch fremde Hand ohne vollständige Einwilligung vorliegt¹⁴⁹. Es sind also eher ge-

sigkeit des Selbstmordes und der Beihilfe dazu einerseits (S. 14 ff.), die indirekte und passive Euthanasie andererseits (S. 25 ff.) einfügt.

142 Vgl. C. Roxin, in: *ders./U. Schroth* (Hrsg.), *Medizinstrafrecht*, 2. Aufl. 2001, S. 93 ff. (111 f.). Eingehende Behandlung bei *Jakobs* (Fn. 141), S. 14 ff.

143 *BGHSt* 19, 135 (139 f.); *Roxin* (Fn. 142), S. 111; umfangreicher Überblick zu den im Detail stark variierenden Ansätzen in der Literatur bei *Chatzikostas* (Fn. 140), S. 37 ff.; eigener Lösungsversuch ebda., S. 272 ff.

144 Präzise *Ingelfinger* (Fn. 128), S. 225: „Der phänomenologische Unterschied der Konstellationen liegt einzig beim handelnden Subjekt. Im Fall einer Selbsttötung trifft der Rechtsgutsträger nicht nur persönlich die Entscheidung über Leben und Tod, sondern er vollzieht sie auch eigenhändig. Demgegenüber delegiert der Verlangende den Tötungsakt an einen Dritten. (...) Die schroff anmutende Trennung von strafloser Suizidteilnahme und strafbarer Tötung auf Verlangen im deutschen Strafrecht beruht aus dem Blickwinkel des Eigenverantwortlichkeitsprinzips demnach auf der Prämisse, dass eine die Zurechnung ausschließende Eigenverantwortlichkeit des Lebensmüden für den Todeserfolg nur dann vorliegt, wenn dieser nicht nur die Entscheidung zum Tod fehlerfrei getroffen, sondern auch selbst vollzogen hat.“ Natürlich wirft das die Frage auf, was geschehen soll, wenn der Suizidwillige etwa durch Lähmung aller Extremitäten zum eigenhändigen Vollzug physisch nicht in der Lage ist. Vgl. dazu bei und in Fn. 152 f.

145 Vgl. nur *Roxin* (Fn. 142), S. 112; *Jakobs* (Fn. 141), S. 4.

146 Prägnanter Überblick zu den in der Literatur vorgetragenen Begründungsversuchen bei *J. Antoine*, *Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung*, 2004, S. 375 ff.

147 So die im Reichstag des Norddeutschen Bundes vorgetragene Begründung: RT-Drs. 1870, No. 5, S. 110 (§ 111); vgl. dazu *Antoine* (Fn. 146), S. 375 f.

148 Darauf stellen vornehmlich ab *S. Rixen*, *Lebensschutz am Lebensende*, 1999, S. 374; *Roxin* (Fn. 142), S. 111 f.; *Chatzikostas* (Fn. 140), S. 264 ff.; zustimmend *Antoine* (Fn. 146), S. 376, 378.

149 Darauf hat letztlich *Arzt* abgestellt. Da dem Täter die Einwilligung kaum widerlegt werden könne, bestrafe § 216 StGB letztlich den Verdacht, eine solche habe gar nicht vorgelegen: *G. Arzt ZStW* 83 (1971), 1 (36). Freilich: es würde sich maximal um Totschlag oder Mord handeln, der mit sechs Monaten bis maximal fünf Jahren wohl kaum adäquat bestraft geahndet wäre (dieser Einwand bei *Jakobs* [Fn. 141], S. 21).

wisse Mißbrauchsgefahren sowie die Intention symbolischer Bekräftigung der „Unverbrüchlichkeit des Lebensschutzes“¹⁵⁰, die das Verbot tragen. Ganz zu Recht wird § 216 StGB daher in der jüngeren Literatur als „abstraktes Gefährdungsdelikt“ angesprochen¹⁵¹.

An ihre Grenzen stößt diese Begründung – stellt man mit der ganz h.M. auf das Kriterium der Tatherrschaft ab – in den Fällen praktisch vollständig hilfloser Sterbenswilliger, die wie die Britin Diane Pretty zum Tod von „eigener Hand“ objektiv nicht (mehr) in der Lage sind¹⁵². Hier führt die Anwendung von § 216 StGB zu schwer erträglichen und kaum zu rechtfertigenden Härten¹⁵³. Im Strafrecht werden zunehmend Überlegungen angestellt, bestimmte Formen der aktiven Sterbehilfe durch § 34 StGB zu rechtfertigen¹⁵⁴ oder in bestimmten Konstellationen den Tatbestand zu reduzieren¹⁵⁵. Auch das zeigt, daß die Norm nicht sakrosankt und ihre Modifizierung oder gar Streichung durch den einfachen Gesetzgeber von Verfassung wegen nicht ausgeschlossen wäre¹⁵⁶.

V. Sterbehilfe und Patientenverfügungen

1. Das Problem der Sterbehilfe

§ 216 StGB verlangt nicht nur eine schwierige und im Einzelfall prekäre Abgrenzung zur straflosen Beihilfe beim Suizid. Die Norm wirft auch die Frage auf, ob nicht beim Einsatz bestimmter Medikamente oder beim Abbruch bestimmter medizinischer Behandlungen die beteiligten Ärzte in den Radius dieser Strafnorm zu geraten drohen. Denn wenn die Einwilligung des Betroffenen bei der Tötung auf Verlangen keine strausschließende Rolle spielt, dann wird schwer begründbar, diese bei lebensbeendenden oder jedenfalls lebensverkürzenden Therapiemaßnahmen oder auch im Falle des

150 So *K. Kutzer MedR* 2001, 77 (78). – Aber: wenn der Lebensschutz wirklich unverbrüchlich sein und das Leben als „unveräußerliches“ Gut erhalten werden soll, dann kann die Selbsttötung und die Beihilfe dazu eigentlich nicht straflos sein bzw. umgekehrt (vgl. *Jakobs* [Fn. 141], S. 16 ff.).

151 So in der Sache bereits *H. Tröndle ZStW* 99 (1987), 25 (38, 48); ausdrücklich *Jakobs* (Fn. 141), S. 19, 23; *Antoine* (Fn. 146), S. 380 ff., 394. Zum Versuch von *Ingelfinger* (Fn. 128), S. 196, eine Grundlage im individuellen Unrecht zu finden, kritisch *U. Neumann ZStW* 118 (2006), 743 (751 ff.).

152 *Diane Pretty* war infolge einer Erkrankung des zentralen Nervensystems vom Hals abwärts gelähmt; infolge der fortschreitenden Zerstörung der Nerven- und Muskelstränge drohte das qualvolle Ersticken durch den Ausfall der Atemmuskulatur; genau daran ist sie nach ihrer erfolglosen Klage auch später gestorben. Die abschlägige Entscheidung britischer Behörden, ihrem Ehemann, der sie auf ihren Wunsch hin töten sollte, vorab Straffreiheit zuzusichern, hat der *EGMR* nicht als Verstoß gegen Art. 3 EMRK angesehen und die Beschwerde dagegen daher abgelehnt: *EGMR NJW* 2002, 2851; zum Urteil *B. Kneibis EuGRZ* 2002, 242 ff. sowie *C. Mahler ZfL* 2003, 17 ff.; siehe auch *Dreier* (Fn. 67), Art. 1 I Rn. 27.

153 So *Roxin* (Fn. 142), S. 116 f.; ähnlich *H. Otto NJW* 2006, 2217 (2222); *U. Neumann ZStW* 118 (2006), 743 (753 ff., 756); einschränkend auch *Ingelfinger* (Fn. 128), S. 226 f.: könne der zur Selbsttötung Entschlossene aufgrund physischer Gebrechen die Tat nicht selbst ausführen, müsse das Verbot der Tötung auf Verlangen seine Berechtigung verlieren. S. auch *H. Schöch/T. Verrel*, *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)*, GA 2005, 553 ff. (583).

154 *E. Horn*, in: *H.-J. Rudolphi/ders./H.-L. Günther*, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, § 212 (2000), Rn. 26e; *H. Otto*, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7. Aufl. 2005, § 6 Rn. 43 ff.; *ders.* Jura 1999, 434 (440); *U. Neumann*, in: *ders./I. Puppe/W. Schild* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, § 216 (2003), Rn. 19; *H. Schneider*, in: *W. Joecks/K. Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 2003, § 216 Rn. 53 ff.; kritisch auch *Mitsch* (Fn. 42), S. 59 ff.

155 So *Jakobs* (Fn. 141), S. 29 ff.

156 Betont bei *Schulze-Fielitz* (Fn. 19), Art. 2 II Rn. 85; ähnlich i.E. *Antoine* (Fn. 146), S. 377 f. – A.A. *H. Tröndle ZStW* 99 (1987), 25 (38, 48) und wohl auch *H. Landau ZRP* 2005, 50 (51 f.).

vom Patienten gewünschten, jedoch zum Tode führenden Behandlungsabbruchs ausreichen zu lassen. Anders gesagt: Müssen nicht Ärzte fürchten, wegen eines Deliktes nach § 216 StGB angeklagt und verurteilt zu werden, wenn sie auf Wunsch des Patienten die Dosis schmerzlindernder Mittel so erhöhen, daß eine Lebensverkürzung eintritt – und desgleichen, wenn sie (wiederum: vom Patienten gewünscht) eine zur Aufrechterhaltung vitaler Körperfunktionen erforderliche medizinische Behandlung wie den dauerhaften Anschluß an aufwendige Apparate nicht fortsetzen oder erst gar nicht einleiten?

2. Terminologie: Aktive und passive Sterbehilfe

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion kann als unumstritten gelten, daß die aktive direkte Sterbehilfe im Sinne einer Tötung des Patienten durch den Arzt ebenso strafbar ist wie bei jeder anderen Person. Weitgehende Einigkeit herrscht ferner insoweit, als die soeben angedeuteten Formen der aktiven indirekten Sterbehilfe sowie der passiven Sterbehilfe¹⁵⁷ bei Einverständnis des Patienten nicht strafbar sind, obwohl (nach jedenfalls herrschender Meinung) der Tatbestand des § 216 StGB als erfüllt angesehen werden muß; die Begründungen für die Straflosigkeit gehen freilich auseinander (3.)¹⁵⁸.

a) Die *aktive direkte Sterbehilfe* auch durch den Arzt stellt § 216 StGB unmißverständlich unter Strafe; sie kann im Regelfall weder gerechtfertigt noch entschuldigt werden. Die Norm unterstreicht, „daß aktive und gezielte Mitleidstötungen von todkranken Menschen auch im Falle der Unmöglichkeit weiterer Schmerzlinderung nicht gerechtfertigt werden können“¹⁵⁹. Lediglich in extremen Ausnahmefällen kommt eine Rechtfertigung nach § 34 StGB in Betracht, wobei es sich aber nicht um Fälle aus der ärztlichen Heilbehandlung handelt¹⁶⁰. Erinnert sei insofern an den Fall von Diane Pretty¹⁶¹.

b) Bei der (aktiven) *indirekten Sterbehilfe* trifft der Arzt bei einem Patienten mit dessen Einverständnis Maßnahmen zur Linderung schwerer, anders nicht zu behobender Leidenszustände (z.B. die Verabreichung hochwirksamer Schmerzmittel), wodurch als nicht vermeidbare Nebenwir-

kung der Eintritt des Todes beschleunigt wird¹⁶². Hier liegt wegen der entsprechenden Lebensverkürzung ein objektiv tatbestandsmäßiges Handeln nach § 216 StGB vor. Gleichwohl bleibt das Handeln des Arztes straflos¹⁶³.

c) Als *passive Sterbehilfe* bezeichnet man den Verzicht auf lebenserhaltende oder -verlängernde medizinische Therapien oder den Abbruch einer entsprechenden Behandlung¹⁶⁴. Im einen wie im anderen Fall muß dieses Vorgehen vom aktuellen oder – das wirkt naturgemäß sofort Probleme auf – mutmaßlichen Willen des Patienten getragen sein¹⁶⁵.

Die Fälle zeigen bereits, daß die Unterscheidung von aktiver und passiver Sterbehilfe nicht mit der Unterscheidung von Tun und Unterlassen parallel läuft¹⁶⁶. Denn als passive Sterbehilfe sprechen wir auch und gerade die Fälle an, in denen eine aktive manuelle Handlung wie das Ausschalten eines Gerätes oder die Entfernung einer Magensonde erforderlich ist. Dieser Umstand erschwert und verunklart oft die Diskussion.

3. Rechtliche Einstufung

Hintergrund der durchaus schwierigen und keineswegs unumstrittenen strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe sind zwei Komponenten: zum einen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, zum anderen die ethische wie rechtliche Pflicht des Arztes zur Lebenserhaltung. Der BGH hat insofern festgestellt, daß es keine Rechtspflicht zur Erhaltung des verlöschenden Lebens um jeden Preis gebe: angesichts des „bisherige Grenzen überschreitenden Fortschritts medizinischer Technologie“ bestimme nicht die „Effizienz der Apparatur, sondern die an der Achtung des Lebens und der Menschenwürde ausgerichtete Einzelfallentscheidung die Grenze der ärztlichen Behandlungspflicht“¹⁶⁷. Insofern erweist sich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als der zentrale Ankerpunkt¹⁶⁸; die Behandlung durch den Arzt muß von seiner (aktuellen bzw. fortdauernden) Einwilligung getragen sein. Eine (Weiter-)Behandlung gegen seinen Willen wie etwa die Fortsetzung einer nicht mehr gewollten künstlichen Ernährung per Magensonde stellt eine Körperverletzung dar¹⁶⁹.

¹⁵⁷ Im folgenden wird diese seit jeher in der Diskussion geläufige Terminologie verwendet. Vorschläge eines neuen Sprachgebrauches (statt indirekte Sterbehilfe: „Therapien am Lebensende“, statt passive Sterbehilfe: „Sterbenlassen“ o.ä.) haben sich bislang nicht durchsetzen können.

¹⁵⁸ Außer Betracht bleiben im folgenden die schwer lastenden Fragen der Früheuthanasie, also das Sterbenlassen extrem unreifer oder schwerstgeschädigter Neugeborener. Dazu etwa R. Merkel, Früheuthanasie, 2001; M. Everschor, Probleme der Neugeborenenethanasie und der Behandlungsgrenzen bei schwerstgeschädigten Kindern und ultrakleinen Frühgeborenen aus rechtlicher und ethischer Sicht, 2001.

¹⁵⁹ Schneider (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 91 m. w. N.; ebenso A. Eser, in: W. Korff/L. Beck/P. Mikat (Hrsg.), Lexikon der Bioethik, Bd. III, 1998, S. 448 ff. (449); hierzu und zum folgenden eingehend Ingelfinger (Fn. 128), S. 246 ff.

¹⁶⁰ Vgl. etwa R. D. Herzberg NJW 1996, 3043 (3047 f.); Chatzikostas (Fn. 140), S. 320 ff.; für eine Erweiterung auch auf Fälle der ärztlichen Sterbehilfe aber F. Saliger KritV 84 (2001), 382 (435 ff. u. passim). – Als Schulbeispiel gilt der eingeklemmte Fahrer eines verunglückten Fahrzeugs, der qualvoll zu verbrennen droht, aber weder gerettet werden noch sich selbst töten kann; auf diesen (jeweils als fiktiv ausgewiesenen) Fall rekurrieren Chatzikostas, ebda., S. 321 sowie Roxin (Fn. 142), S. 117; s. auch U. Neumann ZStW 118 (2006), 743 (753 ff.). Auf einen realen Fall, der sich 1991 in Südafrika ereignet haben soll, weist H. Otto ZfL 2002, 42 (48) hin (auch er mit dem Ergebnis der Rechtfertigung gem. § 34 StGB).

¹⁶¹ Dazu oben unter IV.3 und in Fn. 152 f. – Für die Möglichkeit, in solchen Fällen de lege ferenda von Strafe abzusehen, plädiert auch die Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, Sterbehilfe und Sterbebegleitung, 2004, S. 15, 71 ff.

¹⁶² Umfangliche Nachweise dazu, daß es sich insofern um einen Unterfall der aktiven Sterbehilfe handelt, bei Schneider (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 92; s. auch Ingelfinger (Fn. 128), S. 257 ff.

¹⁶³ Vgl. etwa A. Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 51), Vor §§ 211 ff. Rn. 26; s. ferner bei und in Fn. 170 ff. – Deutlich auch: Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende. Stellungnahme, 2006, S. 59 f., 63 f., 74; Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentages (DJT) in Stuttgart, 19.–22. September 2006, Abteilung C (Strafrecht), unter C.III.1 (die Beschlüsse sind abrufbar unter www.djt.de).

¹⁶⁴ Siehe etwa Otto (Fn. 154), § 6 Rn. 22; ders. ZfL 2002, 42; J. Wessels/M. Hettinger, Strafrecht. Besonderer Teil, Bd. 1, 29. Aufl. 2005, Rn. 35; Schneider (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 92.

¹⁶⁵ Diese Form der passiven Sterbehilfe ist nicht auf Sterbende oder irreversibel Bewußtlose beschränkt; so aber, vielleicht nur mißverständlich, H. Landau ZRP 2005, 50 (50). – Deutlich wie hier aber die ganz h.M.: jüngst H. Otto NJW 2006, 2217 (2218 f.). So auch AE-StB (Fn. 153), S. 562 f. und Beschlüsse des 66. DJT (Fn. 163), C. II.1.

¹⁶⁶ Vgl. dazu noch bei und in Fn. 184 f.

¹⁶⁷ BGHSt 32, 367 (379 f.); Hervorhebung i.O., H. D.) = JZ 1984, 893, dazu Schmitt JZ 1984, 866; im Ergebnis gleichsinnig BGHSt 37, 376 (378 f.); 42, 301 (305).

¹⁶⁸ Umfanglich Schneider (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 105; prägnant auch K. Kutzer, in: V. Schumpelick (Hrsg.), Klinische Sterbehilfe und Menschenwürde, 2003, S. 144 ff. (144); Nationaler Ethikrat (Fn. 163), S. 57 ff. – Hingegen will H. Landau ZRP 2005, 50 (51) aus dem Grundgesetz eine „lebensbejahende Tendenz“ herauslesen und diese bei „Norm- und Wertekonflikten“ berücksichtigen. Diese Aushebelung des Selbstbestimmungsrechtes ist ihrerseits durch das Grundgesetz nicht gedeckt. Zu Recht kritisch hiergegen H. Kreß ZRP 2005, 139 f.

¹⁶⁹ Klar und deutlich K. Kutzer MedR 2001, 77 (77): „Noch so gut gemeintes paternalistisches Handeln der Ärzteschaft, das sich über den rechtlich beachtlichen Willen des Patienten hinwegsetzt, ist mit dem Grundrecht

Wie behandelt und beurteilt man nun in Literatur und Judikatur die Fälle der aktiven indirekten und der passiven Sterbehilfe? In Ermangelung spezieller Regelungen muß die Problematik unter Rückgriff auf die allgemeinen Strafnormen bewältigt werden.

a) Die aktive *indirekte Sterbehilfe* gilt als straflos, wenn die Herbeiführung des Todeserfolges aufgrund einer medizinisch indizierten Medikation zur Schmerzlinderung des Patienten und mit dessen (mutmaßlicher) Einwilligung erfolgt; die unbeabsichtigte, aber in Kauf genommene Beschleunigung des Todesintrittes macht die Maßnahme einer Grundsatzentscheidung des *BGH* zufolge nicht unzulässig¹⁷⁰.

Für diese im Ergebnis weithin konsentiertere Beurteilung werden in der strafrechtlichen Literatur höchst unterschiedliche Lösungsansätze vorgetragen¹⁷¹. So präferieren einige Autoren eine Lösung auf der Tatbestandsebene. Danach wird entweder die der ärztlichen Kunst entsprechende Schmerzlinderung als vom normativen Schutzbereich der Tötungsdelikte nicht umfaßt angesehen oder der soziale Gesamtsinn der ärztlichen Handlung als außerhalb des Tatbestandes liegend verortet; auch wird vertreten, es handele sich um eine erlaubte sozialadäquate Handlung. Durchweg werden hier freilich eher durchaus konsentierbare Ergebnisbeschreibungen geliefert, aber keine tragfähigen Gründe für die Einschränkung des Tötungsverbot.

So geht denn die ganz überwiegende Tendenz dahin, eine Lösung auf der Rechtfertigungsebene zu suchen und im Verhalten des Arztes eine durch § 34 StGB gerechtfertigte Notstandstat zu sehen, bei der die (mutmaßliche) Einwilligung des Patienten hinzukommen müsse¹⁷². Doch gelingt auch hier keine rundum überzeugende und vor allem nicht bruchlos mit den sonst bei § 34 StGB geltenden Prämissen zu vereinbarende Begründung. Denn der Rekurs auf die Einwilligung irritiert, weil er „mit der Einwilligungssperre des § 216 in eine kaum überwindbare Spannungslage gerät“¹⁷³. Und die Rechtfertigung der indirekten Sterbehilfe (allein) gemäß § 34 StGB bricht sich an dem Dogma, daß wegen der Abwägungsresistenz des Lebens als eines „Höchstwertes“ die rechtfertigende Notstandssituation, die eine solche Abwägung gerade voraussetzt, eigentlich nicht vorliegen kann.

Nun finden wir bei der indirekten Sterbehilfe fraglos die besondere Konstellation vor, daß die kollidierenden Rechtsgüter in einer Person zusammentreffen: auf der einen Seite das „Erhaltungsgut“ der körperlichen Unversehrtheit (Schmerzlinderung), dem mit der Medikation gedient wird; und auf der anderen Seite das „Eingriffsgut“ des Lebens, das durch die Behandlung verkürzt wird. Sie stoßen in ein und derselben Person aufeinander. Diese Kollision unterschiedlicher Belange desselben Rechtsgutsträgers hindert freilich die

des Art. 2 Abs. 2 GG auf körperliche Unversehrtheit nicht vereinbar und in der Regel als Körperverletzung strafbar.“

170 *BGHSt* 42, 301 (305). Zustimmung etwa *H. Schöch* *NSZ* 1997, 409 ff.; *Roxin* (Fn. 142), S. 96 f.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 164), Rn. 31a ff.

171 Vorzügliche Darstellung unter eingehender Würdigung der Argumente pro und contra bei *Schneider* (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 95 ff.; knapp *Roxin* (Fn. 142), S. 96 f.; eingehender *Ingelfinger* (Fn. 128), S. 260 ff. – Für gesetzliche Klarstellung 66. DJT (Fn. 163), C. III.1. S. Auch *AE-StB* (Fn. 153), S. 573 ff.

172 Etwa *H. Otto* *ZfL* 2002, 42 (48); *ders.* *NJW* 2006, 2217 (2221). – So ist wohl auch die Judikatur zu verstehen: noch unklar *BGHSt* 42, 301 (305); deutlicher dann *BGHSt* 46, 279 (285). Zu Konstruktionen und Defiziten der Rechtfertigungsmodelle *Ingelfinger* (Fn. 128), S. 266 ff., der selbst eine Tatbestandslösung präferiert (S. 271 ff.).

173 Treffend *Schneider* (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 100, der fortfährt: „Zwar ist die mutmaßliche Einwilligung des Patienten in die lebensverkürzende Schmerzmittelgabe unerlässliche Voraussetzung für die Statthaftigkeit der ärztlichen Intervention als solche; jedoch ist sie zur Rechtfertigung der vorsätzlichen Herbeiführung des Todeserfolges ungeeignet.“

Anwendbarkeit des § 34 StGB nach herrschender Auffassung nicht¹⁷⁴. Wenn man diese Rechtfertigungsnorm für die entscheidende normative Bewertungsgrundlage des ärztlichen Handelns in den hier gegebenen Konstellationen hält, dann wird freilich sichtbar, daß das Dogma von der Unabwägbarkeit des Lebens ins Wanken gerät – zwangsläufig und unvermeidbar. Man muß es sich nur eingestehen. Bei der Akzeptanz einer Notstandsentscheidung, die zur Lebensverkürzung führt, weil sie unnötiges qualvolles Leiden und „Verenden“ vermeiden will, kommt man nämlich um eine Bewertung der Qualität des verlöschenden Lebens nicht herum. Die „Präferenzentscheidung zugunsten der Schmerzlinderung fußt auf der Überlegung, daß die extrem negative Lebensqualität des Leidenden gegenüber dessen Interesse an Schmerzfreiheit mit einhergehender Lebensverkürzung nachrangig ist.“¹⁷⁵ Um hier eine mit den üblichen Vorstellungen und strafrechtsdogmatischen Grundaussagen noch kompatible Abwägungssituation konstruieren zu können, werfen einige Autoren auf die Waagschale des Erhaltungsgutes Schmerzlinderung noch den anderen verfassungsrechtlichen Höchstwert, die Menschenwürde¹⁷⁶. Aber auch das kann natürlich nichts daran ändern, daß die strikten Programmsätze zur Unabwägbarkeit des Lebens im Rahmen des § 34 StGB hier (zwingend und unausweichlich) Einbußen erleiden. Nochmals: „Wer die lebensverkürzende Schmerzlinderung – sei es auf Tatbestandsebene, sei es auf Rechtfertigungsebene – zulassen will, argumentiert entweder verdeckt oder offen mit Erwägungen zur erwartbaren Qualität des (verlöschenden) Lebens.“¹⁷⁷ Dies sollte man offen einräumen. Denn die Alternative, einen qualvollen Sterbeprozess ungeachtet eines entsprechenden Wunsches des Patienten nicht zu lindern, weil aufgrund der Medikation eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist, wäre weder ethisch zu rechtfertigen noch mit den Prämissen unserer Rechtsordnung zu vereinbaren, die gerade mit dem Satz von der Menschenwürde eine Verpflichtung zur Humanität eingegangen ist. Eine Pflicht zum Weiterleben unter heftigsten Schmerzen stünde damit sicher nicht in Einklang.

b) Bei der *passiven Sterbehilfe* muß unterschieden werden, ob wir es mit entscheidungsfähigen oder entscheidungsunfähigen Patienten zu tun haben.

aa) Die rechtliche Beurteilung gestaltet sich bei *entscheidungsfähigen* Patienten relativ einfach. Denn da ärztliche Behandlungen (etwa lebensrettende Operationen oder lebenserhaltende Therapien) der Einwilligung des Betroffenen bedürfen, ist deren Ablehnung durch den Patienten wegen seines Selbstbestimmungsrechtes bindend – mag die Entscheidung für den „objektiven“ Beobachter auch töricht, leichtfertig oder gar unverantwortlich erscheinen. Sowohl bei der Ablehnung lebensrettender Eingriffe wie auch bei der Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen geht der autonome Wille des Patienten vor; seine Einwilligung markiert Grund wie Grenze ärztlicher Intervention¹⁷⁸. Hier macht

174 *Kühl* (Fn. 23), § 8 Rn. 34; *Wessels/Beulke* (Fn. 22), Rn. 322; auch *Schneider* (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 101, der freilich in Rn. 103 die Frage aufwirft, „ob die auf externe Eingriffe gegen die Interessen des Rechtsgutshabers zugeschnittenen programmatischen Grundaussagen zum strafrechtlichen Lebensschutz auf die strukturell anders gelagerten Konstellationen der Sterbehilfe ohne weiteres übertragen werden können.“ – Gegen die h.M. *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 38), § 17 Rn. 54.

175 *Schneider* (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 101 mit Hinweis auf *Roxin* (Fn. 142), S. 97.

176 So etwa *Otto* (Fn. 139), S. D 56; *BGHSt* 42, 301 (305); *F. Hufen* *NJW* 2001, 849 (854 f.). – Kritisch *W. Höfling* *JuS* 2000, 111 (114).

177 *Schneider* (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 101.

178 So schon *BGHSt* 11, 111 (112 ff.); s. noch *Otto* (Fn. 139), S. D 37 ff.; *W. Höfling* *JuS* 2000, 111 (114); *Chatzikostas* (Fn. 140), S. 83 ff.; *Roxin*

sich die gleiche Wertung wie bei der Straflosigkeit des Suizids bemerkbar: es gibt keine Pflicht zum Leben. Also kann ein Patient auch nicht dazu gezwungen werden, sein Leben rettende Maßnahmen wie eine Operation an sich durchführen zu lassen¹⁷⁹. Desgleichen ist er berechtigt, den Abbruch einer lebenserhaltenden Therapie zu verlangen. Und dies alles gilt nicht allein für die Phase, in der der Sterbensprozeß schon eingesetzt hat, sondern auch für die (u.U. sehr weit) davor liegenden Stadien. Stets ist der in freier Selbstverantwortlichkeit geäußerte Patientenwille für den Arzt bindend¹⁸⁰. Ihn trifft beim „Behandlungsveto“¹⁸¹ des Patienten nicht nur keine Pflicht mehr zur Einleitung oder Fortführung einer Behandlung, sondern ihm fehlt jegliches Recht dazu: „Strafrechtsdogmatisch bewirkt das Behandlungsverbot in den Grenzen seiner erklärten Reichweite den Fortfall der Garantenstellung des aus seiner rechtsgüterwahrenden Beschützerposition gleichsam entlassenen Arztes.“¹⁸²

Von diesen Prämissen ausgehend sind auch die speziellen Fälle des sog. „technischen Behandlungsabbruches“¹⁸³ ethisch wie strafrechtsdogmatisch zu beurteilen. Hier geht es um das Abschalten technischer Geräte, die Körperfunktionen des Kranken unterstützen oder ersetzen. Geschieht dies auf Wunsch des Patienten, so muß der Arzt dessen Selbstbestimmung respektieren und eine weitere Behandlung unterlassen. Beim Abschalten von Geräten darf man sich im übrigen nicht von der Phänotypik der Handlung leiten lassen, sondern muß ihren sozialen Sinn erfassen. Und der liegt darin, daß der „Behandlungsabbruch insgesamt als Nichtfortsetzung unerwünschter Rettungsbemühungen erscheint“¹⁸⁴. Strafrechtsdogmatisch ist also auch das „aktive“ Ausschalten eines Beatmungsgerätes als Unterlassen zu werten. Und da aufgrund des entsprechenden verbindlichen Wunsches des Patienten nach Beendigung der Behandlung die Garantenstellung des Arztes aufgehoben ist, trifft diesen keine Rechtspflicht zur Verlängerung des Lebens seines Patienten mehr. Vielmehr ist ihm eine Weiterbehandlung aufgrund des vorrangigen Selbstbestimmungsrechts des Patienten sogar verwehrt¹⁸⁵.

(Fn. 142), S. 100 („Grundsatz: Es entscheidet allein der Patient“); Bioethik-Kommission (Fn. 161), S. 9, 31 f., 33 f.; *Ingelfinger* (Fn. 128), S. 277 ff. – Wie hier auch AE-StB (Fn. 153), S. 562 f. und 66. DJT (Fn. 163), C. II. 3.

179 Dagegen schon *BGHSt* 11, 111 (113 f.): selbst ein lebensgefährlich Erkrankter könne triftige und anerkennungswürdige Gründe haben, eine Operation abzulehnen, auch wenn er durch sie und nur durch sie von seinem Leiden befreit würde.

180 *BGHZ* 90, 103 (111): „Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten [...] schützt auch eine Entschliebung, die aus medizinischen Gründen unvertretbar erscheint.“

181 Dieser plastische Ausdruck bei *Schneider* (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 105 u. ö.

182 *Schneider* (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 105, wo es weiter heißt: „Fügt er sich dem Patientenwillen, so kommt eine Strafbarkeit nach §§ 216, 13 nicht in Betracht; denn die Behandlung eines Kranken gegen dessen Willen ist rechtlich unzulässig.“ – Einschränkend allerdings noch *BGHSt* 32, 367 (368, 380 f.): der Arzt dürfe sich dem Todeswunsch des Patienten nicht beugen, weil dieser oftmals nicht in verantwortlichem Zustand handle; die einhellige Kritik der Rechtswissenschaft an dieser Entscheidung fällt *Roxin* (Fn. 142), S. 100 f. zusammen.

183 Ausführlich *Ingelfinger* (Fn. 128), S. 275 ff.

184 *Schneider* (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 109 mit eingehender Begründung und Darstellung der Gegenstimmen, die auf Gesichtspunkte der Kausalität und des Energieeinsatzes (wie das Ziehen des Steckers oder das Umliegen eines Schalters) abstellen. – Siehe auch *Jakobs* (Fn. 141), S. 27 f.: „Die Bezeichnung als passive Euthanasie hat folgenden Grund: Die Krankheit als körperliche Konstellation ist Teil der Leiblichkeit des Moribunden und wirkt ohne Zutun von außen; insoweit – und nur insoweit – bleiben die anderen passiv, mögen sie auch zugleich aktiv die für ihre Hilfsversuche zuvor installierten Apparaturen wieder demontieren – man läßt der Krankheit ihren Lauf.“

185 *BGHSt* 40, 257 (262); *Kutzer* (Fn. 168), S. 144 f.

bb) Schwierigere Fragen wirft hingegen der Abbruch der Behandlung bei *entscheidungsunfähigen* Patienten auf. Es sind die mittlerweile breit diskutierten und medienwirksam aufbereiteten Fälle von Patienten im Wachkoma (sog. apallisches Syndrom), die hier das einschlägige Anschauungsmaterial bieten, in dem sich die tatsächlichen Fallkonstellationen freilich nicht erschöpfen. In der Rechtsprechung hat grundlegende Bedeutung vor allem das Urteil des *BGH* aus dem Jahre 1994 erlangt¹⁸⁶. Hier wurden als entscheidendes Kriterium für die Frage, ob ein Behandlungsabbruch vorgenommen werden soll oder nicht, weder die Meinungen der behandelnden Ärzte noch dominante gesellschaftliche Auffassungen als vermeintlich objektive Kriterien erachtet, sondern der mutmaßliche subjektive Wille des Patienten für ausschlaggebend erklärt. Dieser (rekonstruktionsbedürftige) Wille wird als das bestmögliche Äquivalent zu dem nicht eruierbaren tatsächlichen aktuellen Willen des Patienten angesehen¹⁸⁷. Die Literatur ist diesem Ansatz, der das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in den Mittelpunkt stellt, ganz überwiegend gefolgt¹⁸⁸. Konkret bedeutet das, daß ein Behandlungsabbruch gegen den mutmaßlichen und daher als verbindlich anzusehenden Willen des Patienten in keinem Fall zulässig ist, auch wenn er zu einer als „sinnlos“ empfundenen Verlängerung des Sterbeprozesses führen sollte. Umgekehrt läßt sich dem mutmaßlichen und daher als verbindlich anzusehenden Willen des Patienten nicht entgegenhalten, ein Behandlungsabbruch sei „unvernünftig“, „verfrüht“ oder „nicht nachvollziehbar“¹⁸⁹. Im einen wie im anderen Fall geht der subjektive Wille des Patienten vermeintlich besserer Einsicht nach Maßgabe vermeintlich objektiver Kriterien vor¹⁹⁰. Freilich neigen Rechtsprechung ebenso wie zahlreiche Stimmen in der Diskussion dazu, an die Rekonstruktion des einen Behandlungsabbruch fordernden Willens strenge Anforderungen zu stellen und bei Nichtbefund mit dem Grundsatz „in dubio pro vita“ zu operieren. Als mindestens genauso gut begründet erscheint es demgegenüber, die Frage nach einer – wegen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zwingend erforderlichen – mutmaßlichen Einwilligung in die Weiterbehandlung ohne eine solche Vermutungsregel zu beantworten¹⁹¹. Hier wird die Weichenstellung für eine eher abbruchsfeindliche oder abbruchsfreundliche Option vorgenommen¹⁹².

4. Insbesondere: Patientenverfügungen

a) Die zuletzt angesprochene Frage zeigt bereits, daß die Feststellung des mutmaßlichen Willens einer nicht (mehr) einwilligungsfähigen Person mit vielen Unwägbarkeiten behaftet ist. Hier Abhilfe zu schaffen bzw. für alle Beteiligten ein höheres Maß an Sicherheit und Verbindlichkeit bei den schwierigen zu treffenden Entscheidungen herbeizuführen,

186 *BGHSt* 40, 257.

187 *BGHSt* 40, 257 (262). Als Indizien für den mutmaßlichen Willen sind schriftliche oder mündliche Äußerungen des Kranken ebenso heranzuziehen wie seine Wertvorstellungen, seine religiösen Überzeugungen, seine Haltung zum Tod u.v.a.m.

188 *Eser* (Fn. 163), Vor §§ 211 ff. Rn. 28 m. w. N.; siehe auch *H. Otto ZfL* 2002, 42 (44 f.).

189 Vgl. oben bei und in Fn. 179.

190 Vgl. oben bei und in Fn. 180.

191 Zum Problem *Schneider* (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 121. – Eine Vermutung für das Leben nimmt etwa *H. Otto ZfL* 2002, 42 (45) an; abgewogen Bioethik-Kommission (Fn. 161), S. 9, 55 („in dubio pro vita“, sofern auch „in dubio pro dignitate“ gewahrt ist).

192 Eingehend *R. Merkel ZStW* 107 (1995), 545 (559 ff.); *N. Hoerster*, Sterbehilfe im säkularen Staat, 1998, S. 87 ff.; dagegen *W. Höfling JuS* 2000, 111 (117).

ist als Aufgabe sog. Patientenverfügungen (Patiententestamente) anzusehen¹⁹³. Sie sind als Mittel „vorausverfügender“ Selbstbestimmung zu verstehen. Mit ihnen können für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit und bei Vorliegen bestimmter Krankheiten oder Zustände insbesondere intensivmedizinische lebensverlängernde oder lebenserhaltende Maßnahmen sowohl ausdrücklich angeordnet wie auch ausgeschlossen werden¹⁹⁴. Man legt also im Blick auf zukünftige Situationen und unter der Voraussetzung aktuell fehlender eigener Entscheidungsfähigkeit fest, welche Behandlungen dann noch durchgeführt werden sollen und welche nicht. Im Hintergrund steht – um die Fülle der Konstellationen zumindest anzudeuten – das Problem, daß aufgrund der Fortschritte der Medizin die vegetativen Funktionen mit Hilfe vielfältiger Apparate und Vorrichtungen (Herz-Lungen-Maschine, künstliche Ernährung per Magensonde o.ä.) für längere Zeit, mitunter für Jahre, aufrechterhalten werden können, obwohl es zu einem irreversiblen Verlust des Bewußtseins und dem Ausfall zentraler Hirnfunktionen gekommen ist. Auch eine schwere und risikoreiche Operation wollen besonders alte Patienten häufig nicht mehr über sich ergehen lassen, selbst wenn damit die Hoffnung auf Lebensverlängerung verbunden sein sollte. Viele Menschen ziehen einen Tod ohne langes Siechtum und ohne Abhängigkeit von den möglicherweise lebensverlängernden Apparaturen unserer hochtechnisierten Medizin vor und erblicken gerade in dieser bloß mechanischen Aufrechterhaltung vegetativer Funktionen eine Aushebelung der Natürlichkeit des Sterbeprozesses und damit eine Verletzung ihrer Menschenwürde¹⁹⁵.

b) Patientenverfügungen werfen eine Vielzahl von Fragen auf, die bislang eine verbindliche gesetzliche Regelung noch nicht gefunden haben. So wird etwa über Formerfordernisse wie Schriftlichkeit und eine vorherige fachkundige Beratung als Wirksamkeitsvoraussetzung in der Literatur wie auch in der verfassungspolitischen Diskussion kontrovers diskutiert¹⁹⁶. Diese eher technischen Detailfragen können hier auf sich beruhen. Einige abschließende Sätze seien der zentralen Frage gewidmet, ob Patientenverfügungen überhaupt verbindliche Wirkungen für Ärzte und Pfleger

193 Die Literatur ist mittlerweile uferlos. Vgl. etwa *J. Taupitz* (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens – Eine internationale Dokumentation*, 2000; *Baumgarten* (Fn. 115), S. 303 ff.; *A. Roth* JZ 2004, 494 ff.; viele Literaturhinweise auch im Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ (BT-Drs. 15/3700), S. 48 ff.

194 Es tritt also wieder der Patient und nicht der Arzt als zentraler Entscheidungsträger auf. Der hieran sichtbar werdende Paradigmenwechsel im Vergleich zu nicht allzu lange vergangenen Zeiten, in denen der Arzt im Sinne eines wohlmeinenden Paternalismus allein entschied, was mit dem Patienten zu geschehen hatte, verlangt vom Ärztestand ein Umdenken, das zu vollziehen sicher nicht allen leicht fällt.

195 Deutlich und klar ist Segen und Fluch der modernen Medizin bei *H.-G. Koch*, in: *A. Eser/H.-G. Koch* (Hrsg.), *Materialien zur Sterbehilfe*, 1991, S. 31 ff. (64) formuliert: „Trotz allen Segensreichtums der modernen Intensivmedizin erwecken deren spektakuläre Errungenschaften bei vielen Menschen eher Schauer als Hoffnung. Sie befürchten, etwa im Fall einer schweren Unfallverletzung oder auch im Endstadium einer tödlich verlaufenden Krankheit, Objekt einer am Ziel eines auf Lebenserhaltung um jeden Preis ausgerichteten ärztlichen Handelns zu werden, auch um den Preis sinnloser Sterbensverlängerung oder als unmenschlich empfundener Leidenszumahmung. Immer mehr Menschen werden sich vor diesem Hintergrund ihres Selbstbestimmungsrechts als (potentieller) Patient bewußt und wollen durch eine entsprechende schriftliche Verfügung für den Fall vorsorgen, daß sie wegen ihres Zustandes bzw. der Art ihrer Erkrankung nicht mehr dazu imstande sind, ihren Willen rechtsverbindlich zu artikulieren.“

196 Einen Überblick über die Argumente pro und contra bieten der Zwischenbericht der Enquete-Kommission (Fn. 193) oder die Stellungnahme des Nationalen Ethikrates: „Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung“ (2005), auch zur Grundsatzfrage der Verbindlichkeit S. noch AE-StB (Fn. 153), S. 563 ff.

entfalten können und ob sie sich auf alle Krankheitsstadien beziehen. Dies wurde und wird bestritten mit dem Hinweis darauf, daß man kaum in der Lage sei, bereits im Vorfeld zu entscheiden, ob man in einer späteren Situation eine bestimmte Behandlung wünsche oder nicht. Niemand könne prospektiv genau wissen, wie er die spätere Situation angesichts einer Entscheidung über Leben und Tod beurteilen würde, wenn er dann noch entscheidungsfähig wäre; der Wille könne sich gewandelt haben¹⁹⁷. Die Autonomie aus der Vergangenheit gebe für die akute Entscheidungssituation nichts her, weil die näheren Umstände und die dann aktuelle eigene Befindlichkeit nicht hinlänglich antizipierbar erscheinen. Zuweilen wird das zur Behauptung gesteigert, der entscheidungsunfähige Patient, der für die nun eingetretene Situation eine konkrete Verfügung (etwa die Nichtvornahme einer intensivmedizinischen Maßnahme beim apallischen Syndrom) getroffen habe, sei mit dem früheren Autor dieser Verfügung im Grunde nicht mehr identisch¹⁹⁸. Die Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin hat sich in ihrem Zwischenbericht des weiteren mehrheitlich für eine Beschränkung der Gültigkeit von Patientenverfügungen, die einen Behandlungsabbruch oder -verzicht vorsehen, der zum Tode führen würde, auf Fallkonstellationen ausgesprochen, „in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung zum Tode führen wird“¹⁹⁹; Demenz und Wachkoma werden ausdrücklich nicht zu den irreversibel tödlichen Grundleiden gezählt.

Diese Ansichten vermögen durchweg nicht zu überzeugen²⁰⁰.

Das Argument, der zur Äußerung seines aktuellen Willens nicht mehr fähige Patient sei entweder mit der ursprünglichen Person nicht mehr identisch (oder aber man könne nicht wissen, ob er den früher geäußerten Willen noch aufrechterhalte), geht zum einen ins Leere und ersetzt zum anderen autonome, menschenwürdegestützte Selbstbestimmung durch heteronome Fremdbestimmung. Es geht ins Leere, weil die Patientenverfügung ja gerade und genau für den Fall Vorsorge treffen will und soll, daß die Möglichkeit eigener Willensbildung und -artikulation nicht mehr besteht²⁰¹. Daß eine aktuelle mündliche Weisung an den Arzt nicht mehr möglich ist, stellt kein Argument gegen die Verfügung oder einen Grund für die Einschränkung ihrer Verbindlichkeit dar, sondern ist schlicht ihre Wirkungsvoraus-

197 Referiert bei *A. Spickhoff* NJW 2000, 2297 (2301 f.); w.N. für diese Auffassung bei *Schneider* (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 124.

198 Angedeutet im Bericht der Enquete-Kommission (Fn. 193), S. 38 („Diskontinuität in der Persönlichkeit“); ähnlich *H. Landau* ZRP 2005, 50 (52) und gegen ihn *H. Kreß* ZRP 2005, 139 f.

199 Enquete-Kommission (Fn. 193), S. 38 ff. – Man ist angesichts der zitierten Formulierung geneigt zu erwähnen, daß das eigentliche Grundleiden, das zum Tode führt, das Leben ist, und daß wir uns (um mit den Worten des Kirchenvaters *Augustinus* zu sprechen) vom Augenblick unserer Geburt an auf dem „cursus ad mortem“, dem Weg zum Tode, befinden (*A. Augustinus*, *De civitate Dei*, XIII 10). – Sehr viel abgewogener als die Enquete-Kommission die Stellungnahme der rheinland-pfälzischen Bioethik-Kommission (Fn. 161), S. 9 ff., 38 ff., die konsequent für die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen plädiert.

200 Knapp und prägnant zum folgenden *D. Sternberg-Lieben*, *Das Leben ist keine Pflicht*, in: *FAZ* Nr. 75 v. 1. 4. 2005, S. 36; desgleichen *AE-StB* (Fn. 153), S. 567 f.; *H. Otto* NJW 2006, 2217 (2219 f.) m. w. N. – Eindeutig gegen eine Begrenzung der Patientenverfügung auf irreversibel tödlich verlaufende Krankheiten auch *66. DJT* (Fn. 163), C. II. 9.

201 Gerade wegen des Gewichts dieser Entscheidung verlangt diese selbstverständlich eine vertiefte vorherige Besinnung, die nicht mit der Einwilligung in eine medizinische Routinebehandlung gleichgestellt werden kann. Man muß sich klar sein, daß und was man für die Zukunft verfügt. Wer die Last dieser Entscheidung nicht zu tragen vermag, kann ihr durch Schweigen ausweichen oder sie auf andere übertragen. Doch wer sie trägt und tragen will, hat Anspruch auf Befolgung seines Willens.

setzung und Bedingung ihrer Inanspruchnahme als Substitut aktueller Willensäußerung durch den Patienten. Exakt für diese Konstellation wurde sie formuliert. Die Patientenverfügung ist Ersatz für die aktuell nicht mehr mögliche Artikulation des eigenen Willens, für die eine bessere Alternative nicht in Sicht ist²⁰². Denn die Alternative zur Verbindlichkeit der Verfügung durch den Patienten könnte nur in einer Fremdbestimmung bestehen, indem nämlich Ärzte, Betreuer oder Familienangehörige die Verfügung ignorieren und ihre Überzeugungen und Wertungen an die Stelle derer des Patienten setzen – und in Ermangelung wirkungsvoller Widerspruchsmöglichkeiten des Betroffenen dann auch durchsetzen²⁰³.

Im übrigen führte die Nichtbefolgung einer Patientenverfügung, die weitere lebensverlängernde Maßnahmen ausschließt, letztlich zur Statuierung einer Pflicht zu leben (oder einer Pflicht zum Weiterleben). Eine derartige Pflicht ist dem freiheitlichen Verfassungsstaat zutiefst fremd – im Unterschied zu totalitären Staaten, auf deren schreckendes Beispiel sich ironischerweise gerade diejenigen gern berufen, die hier und heute die Verbindlichkeit von Vorausverfügungen des Einzelnen über seinen Körper ignorieren oder relativieren wollen. Es gibt im freiheitlichen Verfassungsstaat durchaus gewisse (Grund-)Pflichten diesem Gemeinwesen gegenüber²⁰⁴, aber es gibt keine Pflicht, gegen seinen Willen im und für diesen Staat weiterleben zu müssen. Diese oben bei der Suizidproblematik bereits angesprochene Grundeinsicht ist zu wiederholen, weil sie vor Augen führt, daß die Beschränkung der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung der entscheidungsunfähigen Person ein fundamentales Recht (nämlich das Recht auf medizinische Nichtbehandlung, auf Verzicht lebenserhaltender oder -verlängernder Maßnahmen bis hin zur bewußten Selbsttötung) vorenthalten würde, über das der entscheidungsfähige Mensch ohne weiteres verfügt²⁰⁵. Die Nichtbefolgung der Patientenverfügung käme so einer Zwangsbehandlung gleich, die bei entscheidungsfähigen Personen eine rechtswidrige Körperverletzung dar-

stellen würde²⁰⁶. Konkret wäre es nach den Mehrheitsvorstellungen der Enquete-Kommission ja so, daß eine Patientenverfügung, die eine medizinische Weiterbehandlung im Falle des Wachkomas ausschließt, als ungültig betrachtet und die Person weiterhin gegen ihren Willen durch Einsatz medizinischer Hochtechnologie am Leben erhalten werden müßte.

Sofern man schließlich bei der Ablehnung der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung in der präletalen Phase auf die staatliche Schutzpflicht zugunsten des Lebens rekurriert²⁰⁷, werden Wirkungsweise und Stoßrichtung solcher verfassungsrechtlicher Schutzpflichten in fundamentaler Weise verkannt. Denn derartige grundrechtliche Schutzpflichten, wie sie vom *BVerfG* kreiert und von der Verfassungslehre auf breiter Front akzeptiert wurden, dienen der Stärkung individueller Freiheit und ihrer Sicherung, nicht ihrer Einschränkung²⁰⁸. Sie erweitern den Wirkungsradius grundrechtlicher Freiheit, indem sie auch vor Übergriffen Privater und nicht nur vor Ingerenzen des Staates schützen. Diese Wirkungsweise würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn man den Gedanken der grundrechtlichen Schutzpflichten mobilisieren wollte, um die Bestimmungen einer Patientenverfügung zu ignorieren und an ihre Stelle die heteronome Entscheidung Dritter oder objektive Kriterien bzw. Vermutungsregeln zu setzen²⁰⁹. Allen Ernstes wurde jüngst gar vorgeschlagen, „eine generelle gerichtliche Entscheidung über den Behandlungsabbruch“ vorzusehen, wobei die Richter den Willen des Patienten „nach logischen Regeln“ festzustellen hätten²¹⁰.

Die Beschränkung der Gültigkeit von Patientenverfügungen auf die Phase eines irreversiblen, in absehbarer Zeit zum Tode führenden Krankheitsverlaufs leidet neben den bereits angeführten grundsätzlichen Argumenten an einem inneren Widerspruch, weil es hier mangels Indikation wohl ohnehin kaum noch zu weiteren medizinischen Eingriffen käme. In dieser Phase, für welche die Verbindlichkeit der Verfügung von der Enquete-Kommission anerkannt wird, bedürfte es ihrer also im Grunde gar nicht. Im übrigen käme es bei der Negierung der Bindungswirkung einer Patientenverfügung in einer noch nicht letalen Krankheitsphase zu einer ganz merkwürdigen, durch nichts zu rechtfertigenden zeitlichen Lücke in der Selbstbestimmung über die eigene Person und den eigenen Körper. Denn ganz unstreitig ist,

202 Aus diesem Grunde geht es auch ins Leere, wenn die vorausverfügende Selbstbestimmung als Fetisch, Anmaßung, starrer Mechanismus, übersteigertes Ideal oder gar „Götze“ diskreditiert wird. Wie man versucht, das fundamentale ethische wie verfassungsrechtliche Prinzip personaler Autonomie und damit individueller Selbstbestimmung klein- und schlechtzureden, kann man im Feuilleton deutscher Tageszeitungen studieren. Dort wird allen Ernstes vertreten, „daß die Beschneidung von Handlungsmöglichkeiten keinesfalls ein Weniger an Freiheit bedeuten muß“ (*O. Tolmein*, Du sollst noch nicht töten, in: FAZ Nr. 245 v. 20. 10. 2004, S. 35). Das im Grunde klare und einfache Prinzip der Selbstbestimmung wird zur „fatale(n) Dialektik aus Freiheit und Knebelung“ vernebelt (*A. Kissler*, Tod und Skandal, in: SZ Nr. 257 v. 5. 11. 2004, S. 17); und jene, die auf der Verbindlichkeit ihrer Patientenverfügungen beharren, werden in besonders geschmackloser Weise und unpassender Begriffswahl als „Hard-core-Autonomisten“ diskreditiert (*S. Sahm*, Wollen Sie Patient zweiter Klasse sein?, in: FAZ Nr. 259 v. 5. 11. 2004, S. 43). Die Beispiele ließen sich vermehren.

203 So in aller Offenheit *H. Landau* ZRP 2005, 50 (52): „Wo der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat, ist verfassungsrechtlich eine ‚automatische‘ Durchsetzung der Patientenverfügung nicht vorgegeben.“ – Auch hier ist das Gegenteil zutreffend, wie im folgenden gezeigt wird.

204 Vgl. bei und in Fn. 130.

205 Sie ist auch deshalb zu wiederholen, weil im engagierten Plädoyer für eine Relativierung des Selbstbestimmungsrechts aus der Feder eines katholischen Wissenschaftsethikers und Mitglieds der Enquete-Kommission (*D. Mieth*, Mutmaßende Anmaßung, in: FAZ Nr. 28 v. 3. 2. 2005, S. 39), das als formal-abstrakte Schablone präsentiert und entsprechend relativiert wird, die Wendung von der „Verweigerung des Weiterlebens“ begegnet. Das suggeriert in der Tat die Intention einer Pflichtverweigerung. Der hier erhobene Vorwurf erledigt sich, wenn *Mieths* Position lediglich als Schilderung der als moralisch vorzugswürdig betrachteten Handlungsweise verstanden sein wollte. Gemeint ist aber, wie nicht zuletzt die Voten in der Enquete-Kommission zeigen, daß diese als „richtig“ angesehene Position mit verbindlicher Rechtskraft ausgestattet und für alle gelten soll.

206 Aus diesem Grund handelt es sich bei Patientenverfügungen auch nicht, wie zuweilen vorgetragen, um Selbsttötungsverfügungen, zu denen Ärzte und Krankenhäuser ihre Hand nicht reichen dürften. Diese Sichtweise verkennt, daß kein erklärungs-fähiger Patient zu einer bestimmten (auch für ihn unzweifelhaft objektiv günstigen) Therapie gezwungen werden kann und auch der Wunsch nach Unterlassung einer Weiterbehandlung für den Arzt verbindlich ist (vgl. oben bei und in Fn. 178). Was dem entscheidungsfähigen Patienten aber offen steht, sollte dem entscheidungsunfähigen nicht verschlossen bleiben; dieser würde sonst gleichsam doppelt entmündigt.

207 So etwa Enquete-Kommission (Fn. 193), S. 38.

208 Vgl. *Dreier* (Fn. 67), Vorb. Rn. 94, 101 ff.

209 Daß man hier auch nicht mit der Argumentationsfigur der „Heiligkeit des Lebens“ operieren kann, resultiert schon aus dem Umstand der weltanschaulichen Neutralität des demokratischen Verfassungsstaates. Aber es scheint auch sehr zweifelhaft, ob ein derartiges Votum für die unbedingte Verlängerung des Lebens wirklich christlich zu nennen wäre. Immerhin hat selbst Papst *Johannes Paul II.* am Ende seines Lebens von weiterer medizinischer Behandlung abgesehen und nicht lange zuvor ganz in diesem Sinne vor Vertretern der Weltorganisation der Gastroenterologen davon gesprochen, daß sich „eine Intensivmedizin um jeden Preis bis zum Letzten schließlich nur als unnütz erweisen“ würde (*R. Flöhl*, Würde des Sterbens, in: FAZ Nr. 42 v. 19. 2. 2005, S. 33).

210 *H. Landau* ZRP 2005, 50 (53). Hier wird der Staat dann endgültig zum Kontrolleur der Entscheidung über den eigenen Körper und das eigene Leben.

daß jede artikulations- und einwilligungsfähige Person nicht gegen ihren Willen zu einer Heilbehandlung oder Lebensverlängerung gezwungen werden darf. Die nicht mehr entscheidungsfähige Person, die eine entsprechende Verfügung hinterlassen hat, darf in der tödlichen letzten Phase ihrer Krankheit kraft ihrer nun wieder als verbindlich anerkannter Patientenverfügung und Nichtvorliegen medizinischer Indikation ebenfalls nicht mehr behandelt werden. Aber in dem Zwischenraum soll die Selbstbestimmung gleichsam ausgeschaltet werden. Für diese Lücke ist eine tragfähige Begründung nicht ersichtlich.

c) Im Ergebnis erweist sich die Patientenverfügung als sinnvolles und probates Mittel der Selbstbestimmung, das Fremdbestimmung durch Ärzte in Gestalt paternalistischer Bevormundung oder durch Verwandte in Gestalt interessengebundener Interpretation ebenso vermeiden helfen kann

wie schlichte Unsicherheiten wohl- und gutmeinender Dritter über den Willen des Patienten in den drängenden Entscheidungssituationen. Sie „optimiert das Selbstbestimmungsrecht des potentiellen Patienten, weil ihm damit eine zukunftsgerichtete Entscheidungsmöglichkeit für einen Zeitpunkt eingeräumt wird, in dem er selbst nicht mehr bestimmen kann, was mit ihm geschehen soll. Wollte man ihm diese Kompetenz aberkennen, würde der im kritischen Moment entscheidungsunfähige Patient schlechter gestellt als sein weiterhin zur Willensäußerung befähigtes Pendant.“²¹¹ Der Wille von Patienten sollte auch dann gelten, wenn sie ihm selbst in der aktuellen Situation nicht mehr Ausdruck verleihen können, sondern für diesen Fall in Gestalt einer Patientenverfügung Vorsorge getroffen haben.

211 Schneider (Fn. 131), Vor §§ 211 ff. Rn. 125.

Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M., Universität Potsdam

Elterngeld und steuerliche Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Privilegierung der Alleinverdiener/Hausfrauen-Familie gegenüber der Doppelverdiener-Familie durch das Elterngeldgesetz und das geänderte Einkommensteuergesetz, insbesondere unter dem Aspekt eines Verstoßes gegen das Schlechterstellungsverbot des Art. 6 Abs. 1 GG.*

I. Einführung

Durch das zum 1. 1. 2007 in Kraft getretene Elterngeldgesetz und den Ausbau der steuerlichen Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten rückwirkend zum 1. 1. 2006 greift der Staat Familien in größerem Umfang als bislang finanziell unter die Arme¹. Das Elterngeld kommt Eltern zu Gute, die ihr Kind in den ersten Lebensmonaten nach der Geburt selbst betreuen. Eltern, die ihr Kind von Dritten betreuen lassen, fördert der Staat durch steuerliche Vergünstigungen, die nach Ansicht der Bundesregierung eine „sinnvolle Flankierung“ der Einführung des Elterngelds darstellen².

In der Gegenüberstellung beider Formen der Familienförderung offenbart sich ein Verfassungsbruch: Der Staat unterstützt Familien, die ihr Kind nach der Geburt „mit Bordmitteln“ selbst betreuen, finanziell stärker als Familien, die ihr Kind von Dritten betreuen lassen. Eltern, die sich für eine traditionelle Aufgabenverteilung in der Familie und im Beruf entscheiden (Alleinverdiener/Hausfrau und Mutter), werden privilegiert gegenüber Eltern, die wegen der Erwerbs-

tätigkeit beider Elternteile auf eine Kinderbetreuung durch Dritte angewiesen sind (Doppelverdiener). Hierdurch verletzt der Staat die Grundrechte der Ehe und Familie sowie des Elternrechts. Er missachtet seine Neutralitätspflicht, die ihm im ehelichen und familiären Bereich zukommt, und konterkariert die Zielsetzungen, die er mit den familienpolitischen Neuerungen selbst vor Augen hatte.

Im Folgenden wird zunächst ein kurzer Überblick über den Inhalt des Elterngeldgesetzes und die zum 1. 1. 2006 in Kraft getretenen Änderungen der Vorschriften des Einkommensteuergesetzes über die Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten gegeben (s. II.). Hiernach werden die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die staatliche Förderung von Familien in den Blick genommen. Es wird gezeigt, dass der Staat in die Garantien der Ehe und Familie sowie das Elternrecht eingreift, wenn er die von Eheleuten und Eltern eigenverantwortlich gewählten Formen des ehelichen und familiären Zusammenlebens, namentlich der Kinderbetreuung, unterschiedlich fördert (s. III.). Dass der Staat bei der Familienförderung durch Elterngeld einerseits und steuerliche Privilegien für Betreuungsaufwendungen andererseits³ Dop-

3 Der Eltern im Rahmen des Familienleistungsausgleichs (vgl. § 31 EStG) gewährte Kinderfreibetrag sowie der Kinderbetreuungsfreibetrag gem. § 32 Abs. 6 EStG bleiben in der Gegenüberstellung der Förderung von Eltern, die ihr Kind persönlich betreuen, und der Förderung von Eltern, die ihr Kind von Dritten betreuen lassen, außer Betracht; sie kommen allen steuerpflichtigen Eltern zur Sicherung des sächlichen Existenzminimums bzw. des Betreuungs-, Erziehungs- und Ausbildungsbedarfs unabhängig davon zu Gute, ob die Kinderbetreuung selbst oder durch Dritte geleistet wird, s. nur C. Seiler, in: P. Kirchhof (Hrsg.), EStG KompaktKommentar Einkommensteuergesetz, 6. Aufl. 2006, § 32 Rn. 28 auch dazu, dass der den Betreuungs-, Erziehungs- und Ausbildungsbedarf typisierend erfassende Kinderbetreuungsfreibetrag unabhängig von tatsächlich entstehenden Aufwendungen gewährt wird; auch zu der Möglichkeit des steuerlichen Abzugs von Kinderbetreuungskosten gem. § 33c EStG a.F. neben der Inanspruchnahme der Kinderfreibeträge nach § 32 Abs. 6 EStG (Rn. 24). Dasselbe gilt für die Leistung des Kindergelds gem. § 62 ff. EStG, die aus diesem Grund ebenfalls nicht in die Betrachtung einbezogen wird. Außer Betracht bleibt im Rahmen der nachfolgenden Untersuchung außerdem die Förderung durch Mutterschaftsgeld, das Arbeitnehmerinnen in der Zeit des Mutter-

* Dr. Frauke Brosius-Gersdorf ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin an der Universität Potsdam, Lehrstuhl Professor Dr. Hartmut Bauer.

1 Während das Elterngeld schon vor seiner Geburt heftigem Gegenwind ausgesetzt war (hierzu K. Scheiwe/C. Fuchsloch ZRP 2006, 37 [38]), haben die Änderungen des Einkommensteuerrechts das Licht der Welt im Wesentlichen unbehelligt von öffentlicher Kritik erblickt.

2 Vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit. Perspektiven für eine Lebenslaufbezogene Familienpolitik, Siebter Familienbericht, BTDRs. 16/1360 vom 26. 4. 2006, S. XXXIII.