

staatlicher Fortschritt. Aber damit ist die einstige restaurative Justiz gegen politische Oppositionelle des Dritten Reiches nicht aus der Geschichte der Bundesrepublik verschwunden. Die Bonhoeffer-Entscheidung des Bundesgerichtshofs war, wie weitere Schlüsselentscheidungen zeigen, kein Einzelfall. Mit der Rechtfertigung eines SS-Standgerichtsurteils gegen einen Bauern, der kurz vor Kriegsende in Brettheim Hitlerjungen die Panzerfäuste weggenommen hatte, negierte der Bundesgerichtshof die rechtliche Legitimität des Widerstands ebenso wie mit der Feststellung, daß Kriegsdienstverweigerung im Dritten Reich – da man sich der Wehrpflicht des NS-Regimes nicht entziehen dürfe – keinen entschädigungsrechtlich relevanten Verfolgungstatbestand begründen könne.<sup>31</sup>

Es ist an der Zeit, daß die gesamte, durch den Rückgriff auf nationalsozialistisches Recht scheinlegale begründete Negation des Widerstands gegen die NS-Diktatur vom Bundesgerichtshof selbstkritisch zum Thema gemacht wird – mindestens bei der nächsten Jubiläumsveranstaltung.

## Oliver Tolmein Tödliches Mitleid. Kritische Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichtshofes im »Kemptener Fall« (NJW 1995, 204)

### *I. Der Kontext der Entscheidung*

Mit seiner Entscheidung im sogenannten »Kemptener Fall«<sup>1</sup> hat der Bundesgerichtshof nicht nur die rechtswissenschaftliche Diskussion über »Euthanasie«<sup>2</sup> wieder in Bewegung gebracht.<sup>3</sup> Die Bundesrichter haben auch ein Signal für die Praxis der Behandlung von bewußtlosen und dementen Menschen gesetzt, dem angesichts der gegenwärtigen Debatte über die Kostenentwicklung im Gesundheitswesen<sup>4</sup> und in

31 BGH v. 7.12.1956, in: J. Friedrich, Freispruch für die Nazi-Justiz, Reinbek 1983, S. 355; BGH v. 14.7.1961, NJW 1962, S. 195 f.; s. dazu A. Arndt, *Agraphoi nomoi. Widerstand und Aufstand* (1962), in: ders., *Gesammelte juristische Schriften*, München 1976, S. 87 ff.

1 BGH 1/StR 357/94, NJW 1995, 204.

2 Der Begriff »Euthanasie« wird hier in einem umfassenden Sinn gebraucht: Er bezeichnet das Handeln (oder Nicht-Handeln) von Medizinern, Pflegepersonal oder Angehörigen, dem die Entscheidung zugrundeliegt, das Leben eines behandlungs- bzw. pflegebedürftigen Menschen zu beenden. Als Oberbegriff scheint mir »Euthanasie« präziser als »Sterbehilfe«, weil die Handlungen ggf. sehr viel weiterreichen, als es Hilfe zu tun pflegt. Zudem wird durch Verwendung des Begriffes »Euthanasie«, der auf das Ergebnis, den Tod, abstellt, vermieden zu suggerieren, es gehe um die »Hilfe im Sterben« (während es oftmals tatsächlich um die Herbeiführung des Sterbens geht). Außerdem halte ich es für sinnvoll, die historische Dimension, die übrigens weit über den Nationalsozialismus hinaus reicht, in der Debatte anklingen zu lassen. In Anführungszeichen setze ich »Euthanasie«, weil ich es nicht für ausgemacht halte, daß es sich hierbei tatsächlich um einen »guten Tod« handelt.

3 Ablesbar an den zahlreichen und kontroversen Besprechungen: Bernsmann, ZRP 1996, 87; BGH – Arztrecht 1995, 171 m. Anm. Zielinski; Deichmann, MDR 1995, 983; Dörner, ZRP 1996, 93; Eser, 1995, 151 (158); Merkel, ZStW 107, 545; Schöch, NSTZ 1995, 153; Verrel, JZ 1996, 224; Weißbauer/Opderbecke, MedR 1995, 456.

4 Vgl. Uhlenbruck, MedR 1995, 427; Kühn, Jahrbuch f. Krit. Medizin 1995, 145; Sachverständigenrat, Sondergutachten 1995.

der Pflegeversicherung<sup>5</sup> auch in sozialpolitischer Hinsicht erhebliche Bedeutung zukommen kann. Zwar existieren keine genauen Zahlen darüber, wieviele Menschen in der Bundesrepublik an schwersten Schädel-Hirn-Verletzungen leiden, es ist aber davon auszugehen, daß es jährlich mehrere tausend Neuerkrankungen gibt.<sup>6</sup> Zudem gibt es eine erhebliche Zahl von Pflegebedürftigen, deren Situation, z. B. infolge der Alzheimerschen Erkrankung im späten Stadium, mit der von Frau S. vergleichbar ist: Sie sind bettlägerig, aufgrund schwerer Hirnschädigungen nicht ansprechbar, reagieren lediglich mit Reflexen, Gesten oder Grimassen und Lauten auf äußere Reize, können nicht mehr selbständig essen und trinken und benötigen rund um die Uhr Pflege.

Gleichzeitig ist das Urteil des BGH, das davon ausgeht, über einen Grenzfall<sup>7</sup> zu entscheiden, im Zusammenhang der an Intensität zunehmenden bioethischen Diskussion zu verstehen.<sup>8</sup> Hier kommt es vor allem darauf an, Mensch-Sein in verschiedene Stadien oder Qualitätsstufen auszudifferenzieren und Menschen in diesen Stadien einen jeweils unterschiedlichen (rechtlichen) Status zuzuweisen<sup>9</sup>, wobei sich als entscheidende Frage zumeist herausstellt, in welchen Fällen eine Tötung bzw. ein Sterbenlassen gerechtfertigt, erwünscht oder sogar nützlich sein kann. Charakteristisch für diese Entwicklung ist die Setzung des Hirntodes als normativem Todeszeitpunkt, ab dem die Organentnahme möglich ist, dessen Erreichen aber auch die Weiterführung der Behandlung zur Austragung einer Schwangerschaft nicht hindert.<sup>10</sup> Dem Hirntodkonzept liegt ein reduziertes Menschenbild<sup>11</sup> zugrunde, das dem vom Cortex gesteuerten Bewußtsein die für das Mensch-Sein zentrale Bedeutung zuspricht.<sup>12</sup> Auch die Unterscheidung von personalem und menschlichem Leben<sup>13</sup>, die z. B. zur Folge haben kann, einen Lebensschutz erst nach der Geburt ab einem Alter von 28 Wochen<sup>14</sup> zu gewähren, baut auf dieser hierarchischen Vorstellung auf: Nicht die Tatsache, daß jemand Mensch ist, begründet demnach ein Lebensrecht, dafür soll die Erfüllung weiterer Bedingungen erforderlich sein.<sup>15</sup> Nicht ganz so radikal, aber ebenfalls vom Grundgedanken getragen, daß biologische Abweichungen von der Norm eine Existenz an sich fragwürdig machen können, ist die Dekretierung einer moralischen Verpflichtung zur Abtreibung eines behinderten Fötus.<sup>16</sup>

5 Vgl. Frieling-Sonnenberg, Sozialer Fortschritt 1994, 150; Randschau – Zeitschrift für Behindertenpolitik, Heft 1/1996 S. 9–19; Picard, DOK 1996, 248; Dorner (wie Fn. 3).

6 Die Selbsthilfe- und Angehörigenorganisation »Schädel-Hirn-Patienten in Not« geht von 20000 Neuerkrankungen jährlich aus (Pressemitteilung vom 20. 11. 1995). Diese Zahl umfaßt aber sowohl Menschen, die schwerste Schädel-Hirn-Verletzungen haben, als auch solche, die bereits nach Stunden oder wenigen Tagen aus dem Koma erwachen.

7 BGH, NJW 1995, 204, (205).

8 Der umstrittene australische Bioethiker Peter Singer nimmt beispielsweise die mit dem Kemptener Fall vergleichbare Geschichte von Tony Bland – Airedale N. H. S. Trust v. Bland, in: The Weekly Law Reports 2, 1993, 316 ff. – als Ausgangspunkt für seine These, daß die traditionelle Ethik ausgedient habe. Vgl. Singer, Rethinking Life & Death, 1995, 57 ff.

9 Ein Beispiel für die damit verbundenen Probleme: Entwurf nach der 10. Sitzung des CDBI, 8. März 1996.

10 Zur Debatte über den Hirntod: Hoff/in der Schmitt (Hg.), Wann ist der Mensch tot?, 1994; Höfling, JZ 1995, 26; Heun, JZ 1996, 213; alle mwN.

11 Höfling, JZ 1995, 26 (32).

12 Kritisch dazu aus neurobiologischer Sicht: Roth/Dicke, Das Hirntodproblem aus der Sicht der Hirnforschung, in: Hoff/in der Schmitt (Fn. 10), 51 ff.

13 Singer, Rethinking Life & Death, 1995 (180 f.).

14 Hoerster, Neugeborene und das Recht auf Leben, 1995, 113.

15 Michael Tooley fordert z. B., daß »der Organismus« über »einen Begriff des Selbst als eines fortdauernden Subjekts von Erfahrungen und anderen mentalen Zuständen verfügt sowie glaubt, daß er selbst eine solche fortdauernde Entität darstellt«. Tooley, Abtreibung und Kindstötung, in: Leist, Von Leben und Tod, 1990, 157 (164).

16 Birnbacher, Genomanalyse und Gentherapie, in: Sass, Medizin und Ethik, 1989, 226 f.

## II. Die Situation von Frau S.

### A. Pflicht zur Besserung?

In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um die vorsätzliche Tötung von Frau S., die sich zum Zeitpunkt der geplanten Tat in einem Alten-Pflegeheim befand. Sie benötigte dort wegen einer schweren Hirnschädigung, die vom BGH und der Vorinstanz, dem LG Kempten, aufgrund gutachterlicher Aussagen als irreversibel eingestuft wurde, umfassende Pflege, krankengymnastische Behandlung und künstliche Ernährung, die ihr erst über eine Nasensonde, später über die sogenannte Witzel-Fistel, eine durch die Bauchdecke direkt in den Magen führende Sonde, verabreicht wurde. Frau S.' Wahrnehmungs- und Ausdrucksmöglichkeiten werden von den Gerichten bemerkenswert unterschiedlich beschrieben: Die Patientin reagierte den Feststellungen des erstinstanzlichen Tatgerichts zufolge z. B. auf Schmerzreize, auf starke Lichtreize (Öffnen der Vorhänge am Morgen), auf Lautreize (Schließen der Tür), auf geschmackliche Reize (schlechtschmeckende Medikamente) und auf unangenehme Behandlungen (z. B. Krankengymnastik).<sup>17</sup> In der Literatur<sup>18</sup> wird aber nicht auf diese vergleichsweise präzise Beschreibung zurückgegriffen, die deutlich macht, daß Frau S. durchaus in einem bestimmten Rahmen differenziert auf ihre Umwelt und deren Signale reagiert. Stattdessen wird die vom BGH geprägte, die Variabilität der Ausdrucksmöglichkeiten unterschlagende Formel, sie »reagierte auf optische, akustische und Druckreize lediglich mit Gesichtszuckungen und Knurren«<sup>19</sup>, übernommen.<sup>20</sup> Und während das erstinstanzliche Urteil feststellt, Frau S.' Allgemeinbefinden habe sich nach Verlegung der Magensonde verbessert<sup>21</sup>, behauptet der BGH: »Der Zustand der Patientin veränderte sich nach der Einbringung der Magensonde nicht.«<sup>22</sup> Übereinstimmend gehen LG Kempten und BGH davon aus, daß es keine Anhaltspunkte dafür gab, daß Frau S. akute oder chronische Schmerzen empfunden hätte.

Unbestritten befand sie sich weder in einer akuten Krise noch hatte der Sterbeprozess begonnen, als Dr. T. im Gespräch mit ihrem Sohn vorschlug, seine Patientin durch Entzug der Nahrung zu töten. Dr. T. gab den Feststellungen des Urteils zufolge als Grund für die geplante Tötung auch nicht an, Frau S. leide oder verspüre große Schmerzen. Der Arzt führte lediglich an, es sei keine Besserung ihres Zustands zu erwarten.

Nun ist die Besserungsfähigkeit an sich kein Kriterium für die Beantwortung der Frage, ob jemand leben soll oder getötet werden darf. Für den vorliegenden Fall und dessen rechtspolitische Bedeutung wiegt aber genauso schwer, daß es die Garanten für Frau S.' Wohlbefinden – der jeweils behandelnde Arzt und ihr Betreuer – es offensichtlich auch unterlassen haben, ihr eine Besserungschance zu geben.<sup>23</sup> Schon vier Wochen nach der Reanimation infolge eines Herzversagens, das die schwere

<sup>17</sup> Nach LG Kempten Ks 13 Js 13155/93. Bemerkenswert ist, daß Reaktionen auf angenehme Reize (Zartlichkeit, Musik, persönliche Anrede) nicht vermerkt werden: Das wird seine Ursache, darf man getrost unterstellen, nicht darin haben, daß Frau S. angenehme Reize nicht wahrnehmen konnte, sondern daß es sie in dieser Umgebung (Altenpflegeheim) kaum gegeben haben wird.

<sup>18</sup> Vgl. Schoch, NStZ 1995, 153; Verrel, JZ 1996, 224 (225).

<sup>19</sup> BGH, NJW, 1995, 204.

<sup>20</sup> Zu den Konsequenzen aus dieser reduzierten Beschreibung im BGH-Urteil s. u.

<sup>21</sup> LG Kempten Ks 13 Js 13155/93, S. 5.

<sup>22</sup> BGH, NJW, 1995, 204.

<sup>23</sup> Wie hier: Dorner, ZRP 1996, 93. Dabei wäre, wie unten zu zeigen ist, der Sohn als Betreuer nach §§ 1901, 1904 BGB verpflichtet gewesen, für eine Frührehabilitation zu sorgen. Dieses Unterlassen konnte, was hier nicht zu untersuchen ist, was aber für die grundsätzlich in vergleichbaren Fällen relevante Frage der sich aus Rationierungsmaßnahmen ergebenden Haftungsansprüche einige Relevanz hat, eine Körperverletzung nach §§ 223, 224 oder 230 StGB durch Unterlassen darstellen.

Hirnschädigung zur Folge hatte<sup>24</sup>, wurde sie aus dem Krankenhaus statt in eine Rehabilitationsklinik ins Altersheim verlegt. An die Stelle der aussichtsreichen multisensorischen Therapie<sup>25</sup> konnte dort lediglich die Grundpflege sichergestellt werden – und offensichtlich haben sich auch weder der Sohn noch sonstige Angehörige oder Freunde so intensiv und stimulierend um die Koma-Patientin gekümmert, wie das erforderlich gewesen wäre, um die Chance einer Reintegration ihrer körperlichen und geistigen Funktionen entwickeln zu können.<sup>26</sup> Die stets betonte »Irreversibilität« der Krankheit, die für den Arzt ein entscheidendes Motiv für den einseitigen Behandlungsabbruch bildet, ist also wahrscheinlich auch durch eine vom behandelnden Arzt und dem Betreuer zu verantwortende nicht angemessene Versorgung herbeigeführt worden.

Der Sohn hat sich, dem BGH-Urteil zufolge, die Überlegungen des Arztes, daß angesichts fehlender Besserungsaussichten die Herbeiführung des Todes sinnvoll wäre, zu eigen gemacht. Er gab an, sich daran zu erinnern, daß seine Mutter acht oder zehn Jahre zuvor anlässlich einer Fernsehsendung, in der ein Pflegefall mit Gliederversteifungen und Wundstellen gezeigt worden war, geäußert hatte, »so« nicht enden zu wollen. Der Sohn unterzeichnete also eine Anweisung des Arztes an das Pflegepersonal des Heimes: »Im Einvernehmen mit Dr. T. möchte ich, daß meine Mutter nur noch mit Tee ernährt wird, sobald die vorhandene Flaschennahrung zu Ende ist oder aber ab 15. 3. 1993.«

Eine Rücksprache mit dem Pflegepersonal fand nicht statt. Anders als von Dr. T. und dem Sohn der S. erwartet, hielt sich das Pflegepersonal nicht an die gegebene Anweisung, sondern verständigte das Vormundschaftsgericht, das im Wege einer einstweiligen Anordnung die Genehmigung zum Nahrungsentzug am 22. 3. 1993 versagte. Der Sohn beantragte daraufhin mit Schreiben vom 23. 3. 1993, die »Umstellung der künstlichen Ernährung meiner Mutter von der Sondennahrung Suruimed auf Tee«. Als Begründung führte er nicht etwa einen mutmaßlichen Wunsch seiner Mutter an, sondern »Seit dieser Zeit (1990) liegt sie in tiefer Bewußtlosigkeit . . . Eine Besserung ist laut Auskunft des Arztes nicht mehr zu erwarten.«<sup>27</sup> Die Genehmigung zu diesem Vorgehen wurde nach Anhörung eines Sachverständigen und Inaugenscheinnahme der betroffenen Patientin mit Beschluß vom 21. Mai 1993 versagt. Dr. T. stellte daraufhin seine Behandlung der Frau ein.<sup>28</sup> Frau S. wurde von einem anderen Arzt weiterbehandelt und verstarb in Folge eines Lungenödems am 29. Dezember 1993.

Bemerkenswert ist, daß weder die beiden Tatsacheninstanzen noch der BGH erkennbar Überlegungen angestellt oder Ermittlungen veranlaßt haben, um festzustellen, ob es eventuell noch andere als die durch Einlassung eingestandenen Motive zumindest des Sohnes für die Herbeiführung des Todes von Frau S. gegeben hat: Immerhin ist wahrscheinlich, daß der Sohn einen erheblichen Teil der Heimpflegekosten, die bei einer Rund-um-die-Uhr-Versorgung zwischen 3000 und 8000 DM monatlich betragen, zahlen mußte<sup>29</sup> und daß der geplante vorzeitige Tod seiner Mut-

<sup>24</sup> BGH, NJW 1995, 204.

<sup>25</sup> Doman et. al., in: MacMillan/Wilson (ed.), *Coma and persistant vegetative status*, 1993, 203; zu den Erfahrungen von Angehörigen apallischer Patienten mit inadäquater Versorgung eindrucksvoll Axel Hacke, *Der grausame Ruckzug vom Ich*, *Süddeutsche Zeitung Magazin* 29. 4. 1993.

<sup>26</sup> Siehe Hacke (Fn. 25); Zieger, *Informationen und Hinweise für Angehörige schädel-hirnverletzter Menschen im Koma und apallischen Syndrom*, Oldenburg, 1995.

<sup>27</sup> LG Kempten, S. 8.

<sup>28</sup> Entgegen den ärztlichen Standesrichtlinien, wie Dorner, *ZRP* 1996, 93 anmerkt.

<sup>29</sup> Der angeklagte Sohn verdiente als Zahntechnikermeister den Feststellungen des LG Kempten zufolge monatlich ca. 5000 DM netto, die Pflegeversicherung gab es zu diesem Zeitpunkt noch nicht. Die Sozialhilfe durfte wohl nur einen Teil der Pflegekosten übernommen haben. Prekar ist in diesen Fällen die Verknüpfung von ökonomischen und ideellen Motiven: Wenn das, was ökonomisch gunstig erscheint,

ter auch seine materielle Belastung spürbar verringert hätte – ein mögliches Motiv, das im übrigen nicht im Widerspruch zu anderen, »humaneren« Motiven stehen muß, sondern gerade im Zusammenspiel mit diesen wirksam werden konnte: Wenn sich, was menschlich erscheint, auch noch auszahlt, besteht die große Gefahr, daß die Hemmschwelle, die Tötungen entgegensteht, drastisch abgesenkt wird.

### B. Sterbehilfe oder Sterbeprozess?

Der BGH stellt zutreffend fest, daß kein Fall der sogenannten passiven Sterbehilfe vorliege, weil das Grundleiden weder einen tödlichen Verlauf angenommen hätte noch davon auszugehen gewesen wäre, daß der Tod in kurzer Zeit eintreten werde.<sup>30</sup> Die Angeklagten hatten ja im Gegenteil ihren Plan gefaßt, weil der Tod ihrer Meinung nach bereits zu lange auf sich warten ließ. Diese an sich klare Beschreibung wird im Folgenden im Urteil aber mehrfach relativiert: So wird festgestellt, Frau S. sei »lebensfähig« gewesen – tatsächlich war sie aber nicht nur »fähig« zum Leben, sie lebte. Dann ist die Rede davon, »Sterbehilfe im eigentlichen Sinn« habe nicht vorgelegen. Auch diese zutreffende Feststellung wird im Folgenden mit Verweis auf die Literatur<sup>31</sup> dahingehend ihrer Durchschlagskraft beraubt, daß behauptet wird, der Abbruch einer einzelnen lebenserhaltenden Maßnahme könne als »Hilfe zum Sterben« interpretiert werden.<sup>32</sup> Später wird in Zusammenhang mit dem Tod der Frau S. erwogen, daß es sich um ein »zulässiges Sterbenlassen« gehandelt haben könnte. Eine ähnlich deutliche Tendenz, die Tatsache zu verwischen, daß Frau S. eine Patientin war, die sich nicht an der Schwelle zum Tode befand, der also durch Nahrungsentzug nicht im Sterben geholfen, sondern die durch diesen Nahrungsentzug getötet worden wäre, findet sich auch in der Literatur: Verrel definiert Sterbehilfe zwar eindeutig als »alle diejenigen Verhaltensweisen, die bei Menschen mit letalen Erkrankungen zur Verkürzung des Sterbens führen«<sup>33</sup>, gleichwohl ist im Vorspann die Rede davon, der BGH habe ein überzeugendes Konzept zur »Lösung der Sterbehilfefälle« vorgelegt.<sup>34</sup> Später wird die Möglichkeit von »Fällen passiver Sterbehilfe ohne unmittelbare Todesnähe«<sup>35</sup> konstruiert. Schöch geht ebenfalls davon aus, es habe sich bei dem vom BGH entschiedenen Fall um »passive Sterbehilfe« gehandelt<sup>36</sup>, und kritisiert, daß die Bundesärztekammer den bisher anerkannten Bereich der passiven Sterbehilfe nicht einschränken könne, wie sie es mit den Richtlinien von 1993 getan habe, in denen als Voraussetzung festgeschrieben wurde, daß »der Eintritt des Todes in kurzer Zeit zu erwarten ist«.<sup>37</sup> Stattdessen stellt er auf die Richtlinien alter Fassung ab, die auch für einen »dem Tode nahe Erkrankten« den Behandlungsverzicht zulassen. Frau S. war aber weder dem Tode nahe noch traf auf sie, wie die Feststellungen des LG Kempten ergaben, zu, was Schöch mit Blick auf den § 214 I Var. 2 AE-Sterbehilfe als zweiten anerkannten Beendigungstatbestand ansieht: den irreversi-

auch humanitär wirkt, entfaltet es leicht hohe Anziehungskraft. Vgl. Tolmein, Wann ist der Mensch ein Mensch?, 1993, 16 ff.

<sup>30</sup> BGH, NJW 1995, 204.

<sup>31</sup> Speziell: Eser, in: Schonke/Schroder, StGB, Vorb. 27, §§ 211 ff., Rn 21 mwN.

<sup>32</sup> Wohl niemand kame auf die Idee, es als »Hilfe zum Sterben« zu bezeichnen, wenn ein Skin einen kranken Flüchtling mit dem Messer niedersticht. Festzuhalten ist: Die Differenz zwischen Hilfe im Sterben und Hilfe zum Sterben ist eine ums Ganze.

<sup>33</sup> Verrel, JZ 1996, 224 (225).

<sup>34</sup> Der Sterbeprozess selbst wäre bei der von Dr. T. und dem Sohn angestrebten Lösung im Vergleich zu dem später tatsächlich eingetretenen, vielleicht sogar durch die Notwendigkeit eines langandauernden Nahrungsentzuges verlängert worden.

<sup>35</sup> Wie Verrel, JZ 1996, 224 (225).

<sup>36</sup> Schoch, NStZ 1995, 153.

<sup>37</sup> Schöch, NStZ 1995, 153 (154 f.).

blen Verlust jeglicher Reaktions- und Kommunikationsfähigkeit.<sup>38</sup> Insofern ist auch Merkels Behauptung, der apallische Patient erlebe nicht mehr als ein Hirntoter, nämlich nichts<sup>39</sup>, nicht nur allgemein unzutreffend<sup>40</sup>, sondern auch im konkreten Fall falsch. Auch Bernsmann, der die BGH-Entscheidung kritisch kommentiert, grenzt die Situation von Frau S. vom »Sterbeprozess im engeren Sinn« ab und suggeriert damit und mit dem zuvor äußerst unglücklich gewählten Begriff der Menschenhülse<sup>41</sup>, das Wachkoma sei ein Sterbeprozess im weiteren Sinn.<sup>42</sup> Zutreffend stellt Merkel in diesem Zusammenhang fest, daß vielen Stellungnahmen für die Zulässigkeit einer »passiven Sterbehilfe« die moralische Erwägung zugrunde liege, man lasse in solchen Fällen bloß der Krankheit ihren natürlichen, schicksalhaften Verlauf.<sup>43</sup> In dem vom BGH verhandelten Fall wäre Frau S. nach dem Willen ihres Sohnes und des Arztes aber gerade nicht am apallischen Syndrom oder einer adäquat daraus resultierenden anderen Krankheit gestorben. Sie hätte vielmehr den direkt von Dritten als neue Ursache gesetzten Entzug der Nahrung nicht überlebt und wäre wie jeder andere Mensch, der nichts mehr zu essen bekommt, verhungert.

### C. Der mutmaßliche Wille von Frau S.

Die versuchte Tötung von Frau S. hat eine Vielzahl von dogmatischen Fragen des Allgemeinen Teils aufgeworfen, die hier nur gestreift werden können: Stiften ein Arzt bzw. ein Betreuer, die dem Krankenpflegepersonal Anweisung geben, die von ihnen versorgte Patientin verhungern zu lassen, zu einem Totschlag an, handeln sie als mittelbare Täter oder werden sie zu Mittätern?<sup>44</sup> Handelt es sich um einen Totschlag durch Unterlassen oder durch Tun?<sup>45</sup> Und wo ist in einem Geschehen wie diesem der Übergang von den Vorbereitungshandlungen zum Versuch anzunehmen?<sup>46</sup> Hier soll nur auf die Frage eingegangen werden, welche Bedeutung eine eventuell festzustellende mutmaßliche Einwilligung der Frau S. in den notwendig zum Tode führenden Behandlungsabbruch im Urteil des BGH und in der anschließenden Diskussion hat.

Die mutmaßliche Einwilligung gilt allgemein als eigenständiger Rechtfertigungs-

38 Schoch, NStZ 1995, 153 (154); dazu s. o.

39 Merkel, ZStW 107, 545 (571).

40 Vgl. Dörner, ZRP 1996, 93; Hacke (Fn. 25); Ziegler (Fn. 26). Es steht allerdings nicht fest, was ein Hirntoter wahrnimmt.

41 Bernsmann, ZRP 1996, 87 (88).

42 Bernsmann, ZRP 1996, 87 (88 f.).

43 Merkel, ZStW 107, 545 (562).

44 Gegen die vom BGH gewählte Lösung, mittelbare Täterschaft anzunehmen, spricht nicht nur, daß damit das Pflegepersonal, das dieser Anweisung Folge leisten und das Sterben der Patientin bewußt bis zum Tode vorantreiben wurde, nur als Werkzeug behandelt werden könnte, was dem selbständigen Tatbeitrag nicht gerecht werden würde. Die mittelbare Täterschaftslösung erinnert auch fatal an die wenig glanzvolle Bewältigung der NS-Verbrechen durch die bundesdeutsche Justiz. Müller, Furchtbare Juristen, 1989, 250 ff.; zur Kritik der mittelbaren Täterschafts-Lösung detailliert: Merkel, ZStW 107, 545 (555 f.).

45 Der BGH entscheidet sich für die Annahme von Tötung durch Unterlassen. Damit wird aber, zumindest was den Arzt angeht, die Grenze zwischen bloßem Unterlassen, also Nicht-Verschreiben des Rezeptes, und Tätig-Werden, seiner Anweisung an das Personal, verwischt, zumal ja auch das Personal nicht einfach Nicht-Ernähren, sondern statt kalorienreicher Nahrung nur noch Tee zuführen sollte. Hier erscheint mit Blick auf den sozialen Sinn des Handelns auch die Annahme eines Tuns plausibel: Zielgerichtet soll ein genau bestimmter Erfolg (Tod durch Verhungern) herbeigeführt werden, der, wenn man den Dingen ihren regulären Lauf lassen würde (ordnungsgemäße umfassende Pflege), nicht eintrate. Mit Recht weisen einige Autoren darauf, daß hier die Zulässigkeit des Geschehens nicht von der Einordnung als Tun oder Unterlassen abhängen sollte. Vgl. Pelzl, An der Grenze von Leben und Tod, KJ 1994, 179 (186 f.) mwN.

46 Dazu kritisch: Merkel, ZStW 107, 545 (550).

grund<sup>47</sup>, weil sie ein objektiv bestimmtes Interesse gemäß dem mutmaßlichen Willen seines Inhabers erhält.<sup>48</sup> Vom rechtfertigenden Notstand unterscheidet sich die mutmaßliche Einwilligung dadurch, daß es bei ihr nicht auf eine objektive Interessenabwägung, sondern auf den hypothetischen Willen des Rechtsgutträgers ankommt.<sup>49</sup> Trotzdem bleibt sie, weil sie eben gerade keine Willensäußerung des Rechtsgutträgers darstellt, ein normatives Konstrukt.<sup>50</sup> Der Normativität sollen aber dadurch Grenzen gezogen werden, daß nicht das »wahre Wohl« der Betroffenen, sondern deren vermutete Wünsche handlungsleitend sein sollen. Jede Form von »Zwangsfürsorge«<sup>51</sup> ist also rechtswidrig.<sup>52</sup>

In der Rechtsprechung kommt das Institut der mutmaßlichen Einwilligung vor allem zum Einsatz, wenn Ärztinnen oder Ärzte Notfälle behandeln müssen, etwa bewußtlose Unfallpatienten, deren Einwilligung nicht eingeholt werden kann, oder wenn im Verlauf einer Operation unvorhergesehene Probleme auftreten, die unverzügliche Entscheidungen in substantiellen, aber nicht notwendig lebensentscheidenden Fragen verlangen.<sup>53</sup> Während es in diesen an sich unproblematischen Fällen sinnvoll erscheint, ein begrifflich nicht sonderlich weit entwickeltes Mittel wie die »mutmaßliche Einwilligung« zum Einsatz zu bringen, erscheint das im Fall eines Handelns oder Unterlassens, das mindestens den objektiven Tatbestand eines Totschlags erfüllt, außerordentlich problematisch. Dogmatisch ist es wenig einleuchtend, die »Tötung auf Verlangen« unter Strafe zu stellen, einen Totschlag (und sei es wie hier vom BGH angenommen auch ein Totschlag durch Unterlassen<sup>54</sup>) andererseits aber aufgrund einer nur »mutmaßlichen Einwilligung« zu rechtfertigen.

Die Annahme des BGH, das Institut der mutmaßlichen Einwilligung könne für den verhandelten Fall einschlägig sein, ist angesichts dessen keineswegs selbstverständlich.<sup>55</sup> Als Dr. T. und der Sohn der Frau S. entschieden, das Leben der Patientin zu beenden, bestand im übrigen auch kein unmittelbarer medizinischer Handlungsbedarf. Weder lag ein Notfall vor noch mußte sich Frau S. zu diesem Zeitpunkt z. B. einer ambulanten Kontrolle ihrer Magensonde unterziehen. Der Zeitpunkt der geplanten Tötung, die nach Meinung des BGH durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt werden könnte, war rein willkürlich durch den Arzt bestimmt – es gab weder einen objektiven noch einen auf Frau S. selbst bezogenen subjektiven Anlaß, ab dem 15. März 1993 einen zum Tode führenden Prozeß in Gang zu setzen. Das Kriterium für die Wahl des Tötungszeitpunktes bildete dem Urteil zufolge der Termin, ab dem die Flaschennahrung von Frau S. aufgebraucht sein sollte.

47 BGHSt 35, 249; Roxin, AT, 516; Lackner, StGB, vor § 32, Rn 20.

48 Jakobs, AT, § 15, Rn 17.

49 Roxin, AT, 517.

50 Roxin, AT, 517.

51 Im vorliegenden Fall also auch die fürsorgliche Entscheidung, es sei besser, die Behandlung abzubrechen.

52 Jakobs, AT, § 15, Rn 18.

53 Vgl. Laufs, Arztrecht, Rn 226 f.; BGHSt 35, 249 f.

54 Zur Problematik dieser Setzung des BGH s. o. Fn. 45.

55 Wengleich der BGH in BGHSt 37, 376 erstmals explizit den »mutmaßlichen Willen« als Erlaubnismaßstab für Sterbehilfe bestimmt (im Fall von fünf als Totschlag qualifizierten »Mitleidstötungen« in einem Wuppertaler Krankenhaus), allerdings mit dem Ziel, dadurch »dem Sterben seinen natürlichen, der Würde des Menschen gemäßen Verlauf zu lassen« (379). Im vorliegenden Fall billigt der BGH dem Angeklagten einen unvermeidbaren Verbotsirrtum über die Einschlagigkeit des Betreuungsrechts zu; BGH, NJW 1995, 204.

Dieser Sichtweise ließe sich allenfalls entgegenhalten, daß die künstliche Ernährung selbst eine sich täglich wiederholende medizinische Behandlung darstellt<sup>56</sup>, die mithin, zumindest theoretisch, täglich aufs Neue auf ihren Sinn hin untersucht werden kann und muß. Gegen diese Vorstellung spricht grundsätzlich, daß die Ernährung eines Menschen sich nicht gegen eine bestimmte Krankheit richtet, den Menschen auch nicht therapieren soll, sie befriedigt im Gegenteil ein menschliches Grundbedürfnis und ist mithin Bestandteil der pflegerischen Basisversorgung.<sup>57</sup> Daß die Nahrung Frau S. verabreicht werden mußte und nicht mehr von ihr selbst aufgenommen werden konnte, steht dem nicht entgegen. Auch ein Säugling wird über Monate gefüttert, bis er selbständig essen kann, und doch würde kaum jemand akzeptieren, den Nahrungsentzug beim kleinen Kind als Sterbehilfe zu qualifizieren, die durch mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt sein könnte. Gegen den Charakter der Ernährung als medizinischer Behandlung spricht auch, daß der Arzt in diesem Zusammenhang ausschließlich tätig wurde, um das Rezept zu schreiben, und auch diese Tätigkeit erfolgte ausschließlich, um dadurch die Kosten für die (nicht rezeptpflichtige) Nahrung von der Krankenkasse erstattet zu bekommen.

Geht man aber dennoch, wie der BGH und weite Teile der Literatur<sup>58</sup>, davon aus, daß auch die künstliche Ernährung als medizinische Behandlung zu betrachten ist, bei der sich die Frage nach der mutmaßlichen Einwilligung stellt, muß man aber auch genau darauf abstellen: Es geht dann nicht darum, ob die Patientin ganz allgemein leiden will oder nicht, ob sie ein Leben an Apparaten wünschenswert findet oder nicht, es geht darum, ob sie mutmaßlich den Willen hat, Nahrung zu sich zu nehmen oder lieber zu verhungern.<sup>59</sup>

Hätten Arzt und Sohn auf den Zeitpunkt gewartet, an dem die Magensonde neu verlegt werden mußte, also tatsächlich ein Eingriff vorlag, hätte sich die Lage anders dargestellt. Denn das Verlegen einer Magensonde stellt tatsächlich, anders als die daran anschließende Zuführung der Nahrung, einen medizinischen Eingriff dar<sup>60</sup> –

<sup>56</sup> Künstliche Ernährung wird allerdings in der medizinischen Literatur von der überwiegenden Meinung als medizinische Behandlung wie Dialyse, Bluttransfusion und künstliche Beatmung angesehen, die auch im Rahmen des Behandlungsabbruchs, wie andere Behandlungen beendet werden kann. Vgl. Senate of Canada, *Of Life and Death-Report of the Special Senate Committee of Euthanasia and Assisted Suicide*, 1995, 42 ff.; Kamisar, *Physician assisted suicide: the last bridge to active voluntary euthanasia*, in: Keowh, *Euthanasia Examined*, 1995, 225 (248); Merkel, *ZStW* 107 545 (561 f.); aA: Anscombe, in: Leist, *Um Leben und Tod*, 1990, 365. Bemerkenswert ist, daß manche Autoren das Leiden und die Belastungen, die das Verhungernlassen für das medizinische Personal bewirken können, als Argument dafür anführen, daß die aktive Tötung die humanere Form von »Euthanasie« darstelle. Vgl. Singer (Fn. 13) 105 ff.; Rachels, in: Sass (Hg.), *Medizin und Ethik*, 1989, 256 ff.

<sup>57</sup> Anders gelagert sind vorstellbare Fälle, in denen pflegebedürftige Menschen, z. B. mit Alzheimerscher Erkrankung, die Nahrungsaufnahme selbst verweigern, indem sie trotz Fähigkeit zum Schlucken nicht mehr essen und trinken oder sich gegen Fütterung zur Wehr setzen. Hier drückt sich allerdings, wenn gleich möglicherweise unartikuliert, ein tatsächlicher Wille aus, den zu brechen es, auch wenn er unvernünftig erscheint, keinerlei Anlaß gibt. Dabei geht es aber nicht um einen von Dritten initiierten »Behandlungsabbruch«, sondern um das Geschehenlassen einer Form von Suizid, der mit einer durch »mutmaßlichen Willen« gerechtfertigten Tötung durch Verhungernlassen nicht gleichzusetzen ist.

<sup>58</sup> Schoch, *NStZ* 1995, 153 (155); Zielinski, *Arztrecht* 1995, 188 (191 f.) – beide allerdings mit unklarer Abgrenzung zu § 1904 BGB; Deichmann, *MDR* 1995, 983.

<sup>59</sup> Wie hier: Dörner, *ZRP* 1996, 93 (95), der zusätzlich auf die Unzumutbarkeit des Verhungernlassens für die Pflegenden abstellt. Ein hier zutreffender, prinzipiell aber problematischer Gedanke, denn es sind auch andere Konstellationen vorstellbar, in denen das Pflegepersonal die Ernährung gegen den Willen der Angehörigen abbrechen und den Tod der Patientin herbeiführen will: vgl. Brody, in: Sass, *Medizin und Ethik*, 1989, 296 ff.

<sup>60</sup> Allerdings ist aufgrund der Verwendung moderner, sehr flexibler Materialien die Eingriffsintensität bei der durch die Nase verlegten Sonde, die häufig mit anesthesierenden Mitteln behaftet ist, niedrig: Einige Patienten mit Morbus Crohn werden zeitweise durch Nasensonden ernährt und können ihren Alltag regulär fortführen. Bei Magensonden wie der hier beschriebenen Witzel-Fistel, die durch die Bauchdecke

fraglich ist aber, ob es sich dabei tatsächlich, wie die Rechtsprechung es bei jedem medizinischen Eingriff ganz schematisch unterstellt<sup>61</sup>, immer um eine körperliche Mißhandlung oder eine Gesundheitsbeschädigung handelt, die den objektiven Tatbestand des § 223 StGB erfüllt. Bei der durch die Bauchdecke eingeführten Sonde ist davon allerdings anders als bei der Nasensonde auszugehen. Andererseits ist zu beachten, daß auch das Nicht-Verlegen einer Sonde als Verstoß gegen die *lex artis* gewertet werden müßte und mithin zumindest den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung erfüllt – das Hungernlassen, das auch weitere körperliche Schäden nach sich zieht, verursacht einen körperlichen Substanzverlust und muß als unangemessene, üble Behandlung bewertet werden.

Merkel hat auf die paradoxe Situation hingewiesen, die an diesem Punkt entsteht, wenn man die »mutmaßliche Einwilligung« zum maßgeblichen Kriterium für die Entscheidung für eine der beiden Möglichkeiten, Sonde verlegen oder Verhungernlassen, macht: »Je mehr Sicherheit man für die mutmaßliche Einwilligung in die eine der beiden Alternativen verlangt, um eine diesbezügliche Strafbarkeit auszuschließen, desto sicherer erzwingt man gerade die Strafbarkeit der anderen Alternative.«<sup>62</sup>

#### *E. Mutmaßliche Einwilligung – Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts?*

Gemeinhin wird angenommen, die Prüfung der mutmaßlichen Einwilligung sichere das Selbstbestimmungsrecht des Patienten.<sup>63</sup> Tatsächlich spricht, wie sich gerade an der »Euthanasie«-Debatte zeigt, wenig für die Richtigkeit dieser Annahme. Die menschlichen Schicksale, um die es geht, wenn von »Euthanasie« und mutmaßlicher Einwilligung die Rede ist, sind regelmäßig extrem. Es sind hier Entscheidungen über das Leben in seinen Grenzbereichen zu treffen. Grenzsituationen, Situationen extremer Belastung und außerordentlicher Erfahrungen zeichnen sich dadurch aus, daß sie sich nicht planen lassen, daß in ihnen unkalkulierbare Emotionen, irrationale Wünsche oder tiefgreifende Depressionen bestimmend sind<sup>64</sup>, oder daß es sich, wie im Fall des Wachkomas, um einen für uns nicht vorstellbaren Zustand des Lebens handelt. Was der Wille eines Menschen zum Zeitpunkt der von Dritten geplanten Aktion ist, läßt sich nicht erschließen. Dies gilt um so mehr, als selbst Menschen, die sich in extremen Phasen ihres Lebens befinden, die sich aber noch äußern können, oft in kurzer Zeit ihre Meinungen und Ansichten darüber wechseln, ob und wie sie weiterleben möchten.<sup>65</sup> In Palliativstationen wird beobachtet, daß gerade kurz vor dem Tod stehende Patienten, eine sorgfältige und kunstgerechte medizinische Behandlung und psychosoziale Betreuung vorausgesetzt<sup>66</sup>, in für Außenstehende manchmal unvernünftig wirkender Weise an ihrem Leben hängen.<sup>67</sup> Die us-amerikanische Philosophin Philippa Foot hat ausgehend von den Erfahrungen und Berichten

eingeführt wird, ist allerdings ein kleinerer ambulanter operativer Eingriff erforderlich. Im Folgenden kommt es entscheidend auf eine sehr gute pflegerische Versorgung der Sonde an.

61 Lackner, StGB, § 223, Rn 8; RGSt 25, 37; Eser, ZStW 97, 1 (17 ff.); Laufs, 1993, Rn. 174 ff.

62 Merkel, ZStW 107, 545 (560).

63 So auch der BGH (Urteil S. 10), vgl. auch Verrel, JZ 1996, 224 ff.; Pelzl, KJ 1994, 179.

64 Vgl. Verrel, JZ 1996, 224 (228).

65 Vgl. Tolmein (Fn. 29), 127 ff.; Senate of Canada (Fn. 56), 43 f.

66 Daran fehlt es allerdings erschreckend oft. In den Niederlanden, wo »Euthanasie« in erheblichem Umfang praktiziert wird, haben 1987 und 1989 publizierte Studien ergeben, daß die Mehrheit der an Krebs erkrankten Patienten an Schmerzen aufgrund unzureichender Schmerztherapie litt. Keown, *Euthanasia Examined*, 1995, 261 (280). Auch in der Bundesrepublik stellen Palliativ-Mediziner fest, daß viele Hausärzte aufgrund unzureichender Ausbildung keine angemessene Schmerztherapie geben. Tolmein, (Fn. 29), 128 f.

67 Vgl. Tolmein (Fn. 29), 127–141.

überlebender Gefangener aus den Konzentrationslagern der Deutschen resümiert, daß sich »jemand verzweifelt ans Leben klammern (mag), wo wir mit Überzeugung sagen würden, daß es für ihn besser wäre, wenn er stürbe und er mag dem zustimmen«. <sup>68</sup> Und Jean Amery beschreibt in seinem Buch »Hand an sich legen« das andere Extrem, die »totale und unverwechselbare Einzigartigkeit« der Situation dessen, der den Tod sucht, »so daß also jedesmal, wenn einer stirbt von eigener Hand, ein Schleier fällt, den keiner mehr heben wird«. <sup>69</sup>

Die Ergebnisse von statistischen Erhebungen, die Auskunft darüber geben, wieviele Patienten sich vorstellen können, im Koma künstlich ernährt oder nach einer Querschnittlähmung künstlich beatmet werden zu wollen <sup>70</sup>, ändern an diesem Dilemma nichts. Sie geben zwar Hinweise für Wahrscheinlichkeiten, sagen aber gerade über den individuellen Willen zum entscheidenden Zeitpunkt nichts aus. Insbesondere die us-amerikanischen Untersuchungen, die so klare Präferenzen gegen den Lebenserhalt feststellen, werfen zudem die Frage nach möglichen Ursachen auf – und stoßen damit auf ein gravierendes Problem, das schon die »tatsächliche Einwilligung« in einen Behandlungsabbruch fragwürdig machen kann: Gerade die Zahlen in den USA sind stets dadurch geprägt, daß eine lange Krankenhausbehandlung aufgrund der oft unzureichenden Versicherungssituation die Familie von Patienten in den Ruin treiben kann, die Betroffenen sich also möglicherweise gezwungen sehen, durch Behandlungsverzicht ihre Angehörigen zu entlasten. <sup>71</sup> Auch diese Motivation ist selbstverständlich respektabel, fraglich ist aber, ob man sie als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts gelten lassen will.

Insbesondere in der feministischen Debatte wird versucht, das reduzierte Freiheitsverständnis, das dem bürgerlichen Selbstbestimmungsbegriff anhaftet, zu hinterfragen. <sup>72</sup> Wenn die mit dem Selbstbestimmungskonzept verknüpfte Vorstellung von Autonomie mehr beinhalten soll als bloße eigentümerähnliche Verfügungsgewalt über den Körper, kann der Selbstbestimmungsbegriff nicht nur eine individuelle Kategorie sein, sondern muß um eine soziale Dimension erweitert und im Licht z. B. der Grundrechte gesehen werden. Die Aussage, man wolle im Fall eines Komas nicht behandelt werden, weil man befürchtet, den Angehörigen finanziell (oder auch

68 Foot, in: Leist, Um Leben und Tod, 1990, 285 (290).

69 Amery, Hand an sich legen, 1976, 19.

70 Merkel präsentiert Zahlen empirischer Untersuchungen aus den USA, die belegen sollen, »daß die weit-aus meisten Patienten – und zwar auch gerade solche, die an der Schwelle eines entsprechenden Risikos stehen – nicht in eine lebenserhaltende Behandlung einwilligen würden und eine gleichwohl aufgenommene eingestellt wunschten«. Merkel, ZStW 107, 559. Der von ihm zitierte Aufsatz in NEJM 324 (1991), 882 ff. ermöglicht auch eine andere Lesart: Nicht nur ist die befragte Kohorte von 126 Bewohnerinnen und Bewohnern eines Altersheimes nicht repräsentativ. Bei permanenter Bewußtlosigkeit wollen auch 16 Prozent künstliche Ernährung, 49 Prozent der Befragten sprechen sich dagegen aus: weitere 35 Prozent sind sich aber nicht sicher und wollen entweder den Arzt oder die Angehörigen entscheiden lassen oder treffen gar keine Präferenz. Bei permanenter Bewußtlosigkeit und Pflegebedürftigkeit wollen 20 Prozent Behandlung, nur 25 Prozent keine, und 55 Prozent verlagern die Entscheidung. Offensichtlich prägt Unsicherheit die Situation also mindestens genauso wie die Angst vor forcierter Therapie. Dafür spricht auch, daß sich zwar viele für eine vorausschauende Planung des Sterbeprozesses durch regulierende Verfügungen aussprechen, tatsächlich aber nur eine kleine Minderheit solche Verfügungen trifft: Diese Diskrepanz kann erklärt werden durch das Bemühen, Erwartungen gerecht zu werden, und der Unsicherheit, die die erwartete Festlegung ausschließt. Bemerkenswert ist auch, daß die ebenfalls befragten Angehörigen von nicht mehr kompetenten Bewohnern des Altenheimes weitaus eher für Behandlungsabbruch votierten als die kompetenten Patienten das für sich selbst taten.

71 Bemerkenswert deutlich wird das z. B. auch in den Klageschriften von Bürgern des US-Bundesstaates Oregon gegen das dortige, einstweilig suspendierte Gesetz zu »assisted suicide«, die sogenannte »Measure 16«: Vgl. Tolmein, Sterben und sterben lassen, in: Jahrbuch für Kritische Medizin 25, 1995, 204 (211 f.).

72 Vgl. Mies, Selbstbestimmung – Das Ende einer Utopie, in: Frauen gegen Gen- und Reproduktionstechnologie, 1989, 111–116; Brockmann, »Gehört mein Bauch mir?« in: Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis, 24, 1989, 105–118; einen Überblick gibt: Degener/Kobell, Hauptsache es ist gesund – Weibliche Selbstbestimmung unter humangenetischer Kontrolle, 1992, 67–84.

sonstwie) zur Last zu fallen, ist dann schwerlich als Ausdruck persönlicher Autonomie zu begrüßen. Sie ist kein Zeichen von Freiheit, sondern der Versuch, einer Zwangslage durch frühzeitige Preisgabe des eigenen Lebensrechts zu entkommen. Zudem ist es ein Verstoß gegen die Menschenwürde, wenn jemand in eine Lage gebracht wird, in der er den Eindruck gewinnen muß, sein Leben stelle vor allem eine Belastung für andere dar.<sup>73</sup>

Die us-amerikanischen Zahlen sind sicher auch als Ausdruck einer Furcht vor der »Apparatemedizin« zu bewerten. Wünschenswert wäre aber nicht die Erfüllung des aus einer oft wenig reflektierten Ablehnung moderner medizinischer Möglichkeiten resultierenden Willens, sondern ein aufklärendes und abwägendes Gespräch über Chancen, Risiken und Möglichkeiten einer Behandlung, das Voraussetzungen dafür schafft, daß die Patienten aufgrund umfassender Information eine eigene Entscheidung, einen »informed consent« oder eben auch einen »informed dissent« abgeben können.

Die »Informiertheit« kann bei bewußtlosen Patienten nicht hergestellt werden. Auch bei umfassender Informiertheit im Voraus bleibt das Problem, daß sich die Interessen und Erfahrungen des Patienten mit Eintritt der Erkrankung oder Behinderung radikal, und das heißt: auf kaum vorhersehbare Weise, verändern.<sup>74</sup> Die »mutmaßliche Einwilligung« hat deswegen mit dem tatsächlichen Willen des Patienten zum Zeitpunkt der geplanten Tat so wenig zu tun, daß sie nicht als Ausdruck seines Selbstbestimmungsrechts verstanden werden kann und deswegen auch als möglicher Rechtfertigungsgrund einer Tötung ausscheidet.

#### F. Die mutmaßliche Einwilligung der Frau S.

Die Ermittlungen der 2. Strafkammer des LG Kempten, an die der BGH den Fall zur Neuverhandlung zurückverwiesen hat, bestätigen diese Bedenken. Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil festgehalten, entscheidend sei der »mutmaßliche Wille des Patienten im Tatzeitpunkt, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt«. In »tatsächlicher Hinsicht« seien strenge Anforderungen an das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung zu stellen.<sup>75</sup>

Die Kammer befragte mehrere Menschen, die mit Frau S. bekannt waren oder die sie vor ihrer Zeit im Pflegeheim medizinisch oder pflegerisch betreut hatten. Die Aussagen der Zeuginnen und Zeugen stimmten darin überein, daß Frau S. immer wieder, anlässlich von Fernsehsendungen oder auch anlässlich des Todes ihres Mannes geäußert hatte, Angst vor Krebs zu haben, nicht leiden und nicht abhängig sein zu wollen. Aus der Häufung dieser, bezogen auf die Situation zum Zeitpunkt der geplanten Tat wenig aussagekräftigen allgemeinen Äußerungen schließen die Richter, ohne sich mit den möglichen Auswirkungen der völlig veränderten Situation auf Frau S.' gegenwärtige Interessen auseinanderzusetzen, es gebe eine »Grundeinstellung« der Patientin, »die vor allem auch unter Berücksichtigung der weiteren Umstände mutmaßlich mit dem Vorgehen der Angeklagten einverstanden war«. Als weitere Umstände werden angeführt: die religiösen Überzeugungen, die einem Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen nicht entgegenstünden, die geringe Belastbarkeit der Patientin, ihre unbegründete Tumorfurcht, ein hoher Tablettenkonsum, ihre Neigung, die Diskussion über Krankheiten zu verdrängen, und die infauste Prognose ihrer Krankheit.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Das heißt nicht, daß der ausdrückliche Wunsch nicht trotzdem im Einzelfall berücksichtigt werden soll: Kritisiert wird hier die positive Konnotation, die erfolgt, wenn ein solches Begehren als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechtes gewürdigt und damit in seinem sozialen Bedeutungsgehalt verkannt wird.

<sup>74</sup> So auch Merkel, ZStW 107, 545 (566). Ähnlich Dorner, ZRP 1996, 93 (94 f.).

<sup>75</sup> BGH NJW 1995, 204 (205).

<sup>76</sup> LG Kempten 2 Ks 13 Js 13155/93, 16.

Der Großteil der zur Kenntnis genommenen Äußerungen von Frau S. bezieht sich auf Ängste, die mit ihrem tatsächlichen Leiden nur am Rande zu tun haben. Daß Frau S. litt, ist nach allem, was wir über das »apallische Syndrom« wissen, unwahrscheinlich. Nicht über Frau S., ihr Verhalten und mögliche Anhaltspunkte für ihre Wünsche<sup>77</sup> befragt wurde anscheinend das Pflegepersonal, das immerhin ständig mit Frau S. zu tun hatte und das sich gegen den Behandlungsabbruch ausgesprochen hatte. Die Feststellungen der Kammer vermitteln nicht den Eindruck einer »umfassenden Würdigung« der Gesamtumstände, sondern eines einseitigen Zusammensuchens aller Indizien, die sich in irgendeiner Hinsicht für das beabsichtigte Ergebnis, die mutmaßliche Einwilligung, heranziehen lassen.<sup>78</sup>

### G. Mutmaßliche Einwilligung und allgemeine Werte

Die Probleme bei der Feststellung der »mutmaßlichen Einwilligung« eines Menschen im Wachkoma in den zum Tode führenden Nahrungsentzug hat der BGH antizipiert. Für den Fall, daß sich der individuelle mutmaßliche Willen nicht feststellen lasse, sei auf Kriterien zurückzugreifen, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen.<sup>79</sup> Dabei sei einerseits Zurückhaltung geboten, andererseits erscheine, »je weniger die Wiederherstellung eines nach allgemeinen Wert-Vorstellungen menschenwürdigen Lebens zu erwarten ist«, desto eher ein Behandlungsabbruch vertretbar – auch ohne mutmaßliche Einwilligung. Daß Leben mit bestimmten Krankheiten in einer bestimmten Phase nicht menschenwürdig sei, stimmt schwerlich mit der Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts überein, daß jeder Mensch in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten sei.<sup>80</sup> Die Ansicht des BGH widerspricht auch der philosophischen Ansicht, daß es eine Graduierung menschlichen Lebens nicht geben kann, daß es den Wert menschlichen Lebens ausmacht, daß über das Leben als solches nicht verfügt werden kann.<sup>81</sup>

In der Literatur zu Recht kritisiert worden ist der vom BGH verwandte äußerst unscharfe Begriff der »allgemeinen Wertvorstellungen«.<sup>82</sup> Besonders bedenklich erscheint, daß die »allgemeinen Wertvorstellungen« ggf. sogar eine Tötungshandlung rechtfertigen sollen. Wenn konkrete Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens nicht festgestellt werden können, legt der Rekurs auf weitere Kriterien, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen sollen, die Befürchtung nahe, daß eine Bresche für künftige Rationierungen von Gesundheitsleistungen ge-

77 Diese müssen sich nicht verbal äußern; daß es oft Kommunikations-Codes von Apallikern gibt, ist vor allem Berichten von Angehörigen über ihr Leben mit apallischen Angehörigen zu entnehmen.

78 Daß die »mutmaßliche Einwilligung« auch in anderen Fällen wenig mit einem individuellen Willen zu tun haben dürfte, zeigen auch Beispiele für »mutmaßliche Einwilligungen«, wie sie Jakobs bildet (AT, § 15, Rn 17): Bei einer Frau, die aufgrund von »Schwachsinn« (einer an sich schon vorurteilsbeladenen Einstufung einer geistigen Behinderung) unfähig sein soll, ein Kind verantwortlich zu erziehen oder über das hohe Risiko einer schweren Erbkrankheit zu entscheiden, soll das Unterbleiben der Schwangerschaft auch im Interesse der Frau selbst sein, weil das Interesse eine normative Komponente haben soll, die vom faktischen Desinteresse der nicht verantwortlich entscheidenden Frau nicht tangiert werden soll. Fragwürdig ist bei diesem Beispiel aber schon, daß Jakobs hier die objektivierte Kategorie der »verantwortlichen Entscheidung« einführt, zu der die Frau nicht fähig sein soll: Gerade das ist in Fällen der Sterilisation ohne Einwilligung oft strittig. Unklar ist auch, warum die geistig behinderte Frau ein Interesse daran haben soll, das hohe Risiko einer Erbkrankheit zu vermeiden. Aus dem Selbstbestimmungsrecht ließe sich besser ein Recht auch auf ein behindertes Kind ableiten. Jedenfalls zeigt sich, daß das Anführen einer mutmaßlichen Einwilligung schnell in Gefahr läuft zu verdecken, daß es tatsächlich nicht um einen mutmaßlichen individuellen Willen geht, sondern um ein gesellschaftlich erwünschtes Ergebnis.

79 BGH, NJW 1995, 204 (205).

80 BVerfGE 88, 203 (296).

81 Tappe/Thyen, An den Grenzen moralischer Urteilskraft, FR 9. 3. 1993.

82 Weißauer/Opderbecke, MedR 1995, 456 (460).

schlagen werden soll.<sup>83</sup> Daß ökonomische Motive für die BGH-Entscheidung eine gewisse Rolle gespielt haben, hat der stellvertretende Vorsitzende des Senats, Heinrich Maul, in einem Hörfunkinterview eingeräumt.<sup>84</sup>

Damit erfolgt eine unvertretbare Preisgabe des Strafrechtsgutes des Lebens: Wenn die Verfügung über das eigene Leben durch § 216 StGB schon für dessen Träger nachhaltig eingeschränkt wird, erscheint nicht akzeptabel, daß Ärzten oder Institutionen des Gesundheitswesens zugestanden wird, es aus Kostengründen oder mit Blick auf eine bestimmte Gruppe von Patientinnen oder Patienten preiszugeben. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und Lebensschutz (Art. 2 Abs. 2 GG) würden substantiell beeinträchtigt, ließe man zu, daß das Rechtsgut Leben qualitativ unterteilt wird und daß von einer daraus resultierenden Einstufung das Maß des strafrechtlichen Schutzes abhängt. Die Finanzierbarkeit einer guten pflegerischen Grundversorgung aller im Geltungsbereich des Grundgesetzes lebenden Menschen ist keine Frage des Könnens, sondern des Wollens. Selbst in einer ernstzunehmenden Krise wäre die Verhinderung von Selektion nach qualitativen Aspekten<sup>85</sup> aus Kostengründen durch Verlagerung von Mitteln möglich und erforderlich: Sie hängt ab von Entscheidungen des Gesetzgebers über die Mittelverteilung im Haushaltsplan, von Entscheidungen der Exekutive und der Krankenkassen bzw. der Pflegekassen über Mittelzuweisungen und ist steuerbar – sowohl was das Ausgabevolumen als auch was die Allokation dieser Mittel betrifft.

Der Unterordnung des strafrechtlichen Lebensschutzes unter instrumentelle Überlegungen und Sachzwänge muß, will man eine sich perspektivisch totalitär auswirkende Ökonomisierung der Grundrechte und damit der Gesellschaft verhindern, entschieden entgegengetreten werden. Gerade weil es so verlockend scheint, das scheinbar Humanitäre mit dem ökonomisch scheinbar Erforderlichen zu verbinden, drohen hier erhebliche Gefahren.<sup>86</sup>

### III. Die Bedeutung des Betreuungsrechts

Das Beharren des BGH auf der »mutmaßlichen Einwilligung« als Rechtfertigungsgrund für das zum Tode des Patienten führende Verhalten von Arzt und Sohn der Frau S. ist umso weniger verständlich, als mit Inkrafttreten des neuen Betreuungsrechts eine spezialgesetzliche Regelung für Betreute existiert, die in § 1904 BGB die Genehmigung für ärztliche Eingriffe, die nachhaltige Schäden oder sogar den Tod verursachen können, regelt.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Vgl. Verrel, JZ 1996, 224 (228).

<sup>84</sup> Dr. Maul in WDR III, 30. 5. 1995: »Der Weg ist schon sehr gefährlich. Aber der Ansatz aller dieser Überlegungen sind eben die neuen technischen Möglichkeiten, ein Leben, das noch vor dreißig Jahren mit Sicherheit sein Ende schon auf natürlichem Wege gefunden hatte, nun fortzusetzen in ziemlich unbestimmte Zeiträume hinein. Z. B. die Menschen mit schweren Kopfverletzungen nach einem Motorradunfall, die sind früher alsbald am Unfallort verstorben. Jetzt werden sie reanimiert und dann an die entsprechenden Maschinen angeschlossen und können damit sehr lange leben, ohne daß auch nur die geringste Aussicht besteht, daß sie wieder ein normales Leben erlangen können. Wenn ich dann diese Ärzte vor mir sehe und sie spreche, dann sagen sie: Wir können diese Leute nicht so lange am Leben halten, weil es auch nicht mehr geht, sie sehen auch keinen Sinn mehr, und sie sagen auch: Ihre Kapazität wurde in einer Weise allmählich beschränkt, die ihnen nicht mehr ermöglicht, neue Patienten aufzunehmen, wenn sie dort etwa eine Vielzahl solcher Patienten in der Intensivstation haben. Da wird es natürlich ganz bedenklich. Es kommen schon gewisse Nutzlichkeits- und Wirtschaftlichkeitsabwägungen in den Gedankengang, aber das wird so vorgebracht, wenn man mit den Praktikern drüber redet.«

<sup>85</sup> Zur Erforschung von Lebensqualität: Nussbaum/Sen (ed.), *The Quality of Life*, 1993; kritisch zu diesen Konzepten: Tolmein (Fn. 29), 142–151.

<sup>86</sup> Eingehend dazu Kühn, *Ökonomische Moral der Ausgrenzung*, in: Stossel (Hg.), *Tüchtig oder tot*, 1991, 115 (125 ff.); vgl. auch die Diskussion über Rationierung von Gesundheitsversorgung für alte Menschen: Callahan, *Setting limits*, 1987.

<sup>87</sup> So auch der BGH, NJW 1995, 204; vgl. Weißauer/Opderbecke, *MedR* 1995, 456 (460 f.); ebenso Kutzer,

Pflicht des Betreuers ist nach § 1904 I BGB, die Angelegenheiten der Betreuten so zu besorgen, wie es deren Wohl entspricht. § 1901 II BGB ergänzt, daß der Betreuer den Wünschen der Betreuten zu entsprechen habe, soweit dies deren Wohl nicht zuwiderläuft. Ausdrücklich sollen dadurch auch Wünsche umfaßt sein, die die Betreute vor Bestellung des Betreuers geäußert hat. Dem Betreuer wird in § 1901 III BGB zudem aufgetragen, dafür zu sorgen, daß Möglichkeiten genutzt werden, die Krankheit oder Behinderung der Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern.

Der Katalog ist umfassend angelegt. Um eventuelle »Euthanasie«-Aktionen in den Pflichtenkreis des Betreuers einzuführen, müßte man davon ausgehen, daß sie dem Wohl des Betreuten dienen. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, daß dies der Fall sei, wenn die Lasten des Lebens eindeutig schwerer wiegen als seine Vorteile.<sup>88</sup> Wer aber versucht, zwischen Vorteilen, die das Leben bringt, und den Nachteilen, die es haben mag, abzuwägen, übersieht, daß Leben im Verständnis des Grundgesetzes und im westlichen Kulturverständnis eine Einheit darstellt<sup>89</sup>, die nicht zu Bewertungszwecken durch Aufrechnen von positiven und negativen Posten bilanziert werden kann. In den in unserer Gesellschaft vorkommenden Situationen, in denen das höchste Rechtsgut Leben übergangen wird<sup>90</sup>, wird der Tod von Menschen stets nur in Kauf genommen und niemals beabsichtigt. Daß es dem Wohl eines Menschen dienen könnte, getötet, zu einem Nichts zu werden, das keine Interessen und keine Hoffnungen mehr haben, keine Erfahrungen mehr machen kann, ist ein Gedanke, der unserer Rechtsordnung fremd und schwer einzusehen ist. Der Verweis auf den Schutz der Menschenwürde, der Artikel 2 II GG suspendieren könnte<sup>91</sup>, überzeugt nicht: Warum sollte die Würde ausgerechnet durch Verhungernlassen gewahrt werden und nicht durch eine den Grundbedürfnissen entsprechende, sorgfältige Pflege bis zum Tode?<sup>92</sup> Das gilt unabhängig von der Dauer des Lebens und der Art der Behinderung: Auch die Apallikerin, die zehn Jahre im Wachkoma liegt, hat ein Recht auf Leben und menschenwürdige Behandlung.<sup>93</sup> Durch ihre Behinderung wird sie nicht zu einem Menschen, dem keine eigenen Grundrechte mehr, sondern

NStZ 1994, 110 (114) mit der Einschränkung, daß der Betreuer der Genehmigung nur bedürfen soll, wenn die Einstellung der Maßnahmen zu einem wesentlich früheren Tod führen würde, als dies bei Fortsetzung der vom Arzt für sinnvoll angesehenen Behandlung der Fall wäre; a. A. Deichmann, MDR 1995, 983 (984), dem, angesichts dessen, daß es um Leben und Tod geht, wenig überzeugend, der Weg der Betreuerbestellung und vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung für diese Fälle zu kompliziert scheint. Auch sein zweiter Einwand, ein nach Betreuungsrecht formal korrekter Beschluß, der den Behandlungsverzicht beinhaltet, sei nichtig, wenn der Arzt erkennen könne, daß dem mutmaßlichen Willen des Patienten die Weiterbehandlung entspreche, geht fehl. Wenn der Patient die Weiterbehandlung mutmaßlich wünscht, dürfen Betreuer und Vormundschaftsgericht keineswegs den Behandlungsabbruch beschließen.

88 Frost, *Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechts*, 1994, 42.

89 Vgl. Sartre, Saint Genet, 1982, insbesondere 910–916.

90 In Notwehr darf ein Mensch auch getötet werden; der Straßenverkehr wird in Kauf genommen und sogar ausgebaut, obwohl er bekanntermaßen jährlich tausende von Menschenleben fordert; Polizisten ist in einzelnen Bundesländern der »finale Rettungsschuß« erlaubt; Bundeswehrsoldaten werden zum Toten ausgebildet.

91 Kunig, GG, Art. 1, Rn 5, 36.

92 Vgl. Bernsmann, ZRP 1996, 87 (91).

93 A. A. Merkel, ZStW 107, 545 (572), der im Rahmen einer, hier allerdings wegen der Einschlägigkeit des Betreuungsrechts deplazierten, Prüfung der Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB, dagegen nur etwas unvermittelt »unsere intuitive Gewißheit« setzt, daß der Erhalt des Rechtsgutes Leben mit zunehmender Dauer immer furchtbarer erscheint. Mir scheint, daß das »spezifisch Gespenstische« ganz wesentlich von der Perspektive abhängt, aus der man diese Behinderten betrachtet: Sieht man sie als interessenlose, quasi-Hirntote an, überwiegt sicher die verständnislose Abwehr – versucht man sich mit den Codes und Reaktionen auseinanderzusetzen und zu realisieren, daß gerade auch die Lebensdauer diese These, hier handele es sich um eine faktisch nicht mehr existente Person, widerlegt, eröffnet sich ein anderer Zugang.

nur noch die »postpersonalen Interessen« zustehen, die ausgerechnet durch das Verhungernlassen gesichert werden sollen.<sup>94</sup>

Wenn dem Wohl des Betreuten nicht entsprechen kann, daß der Betreuer eine Behandlung einleiten bzw. abbrechen läßt, die zum Ziel hat, seinen Tod herbeizuführen, darf sie nach §§ 1901, 1904 BGB nicht vorgenommen werden.<sup>95</sup> Damit ist auch eine »mutmaßliche Einwilligung« ausgeschlossen.<sup>96</sup> Andernfalls würde die spezialgesetzliche Regelung, die eine Tötung ausschließt, unzulässigerweise umgangen.

## Peter Derleder Touristenschutz contra Umweltschutz\*

»Besuchen Sie diesen Ort, solange er noch unberührt ist.«<sup>1</sup> Das ist die Losung des fröhlich-eschatologisch Reisenden seit Jahrzehnten, erst des Individual-, dann des Pauschaltouristen. Die Landschaftsfresser, wie sie Krippendorf genannt hat<sup>2</sup>, bewegen sich jeweils im Kreislauf von Entdeckung, Erschließung, Übermaßbebauung und Zerstörung der Erholungsräume. Immer exotischer sind die Ziele. Die Sehnsucht nach unberührter Landschaft führt geradewegs zur Ausbildung dröhnender Urlaubsghettos. Die Ökosysteme bersten im Konsum, so wenn im kenianischen Luxushotel 600 Liter pro Tag und Bett verbraucht werden, während das wasserarme Land der Kleinbauern rings um die Swimmingpoolgelände verkrustet<sup>3</sup>. Aber auch dem Touristenheimatland geht es nicht viel besser. Selbst die ökologisch-ambitionierten Skilangläufer im Hochschwarzwald, an schneereichen Wochenenden alle 27 Meter einer, stören nicht nur Rothirsche und Auerhühner<sup>4</sup>, und Zehntausende von Booten an der deutschen Seite des Bodensees sowie die ungezählten Surfer werden nur die abgehärtetste Vegetation und Vogelwelt überleben lassen. Ein operationalisierbares ökologisch-touristisches Frühwarnsystem und die statistischen Instrumente hierfür sind auch im Inland noch nicht entwickelt<sup>5</sup>. Die Alpen werden immer mehr zum ökologischen Alptraum, bis nur noch die Helikopter-Skifans durch makellosen Schnee rasen können<sup>6</sup>. Die »kostbarsten Tage des Jahres« sind wirklich äußerst kostbar. Am wenigsten kosten sie allerdings den Touristen, wie in der Literatur dazu<sup>7</sup> zu Recht hervorgehoben wird. Seine Kosten sind gemessen an

94 So aber Merkel, ZStW 107, 545 (573).

95 So auch Jürgens, Das neue Betreuungsrecht, 1994, Rn 170.

96 Das gilt auch für andere ärztliche Eingriffe bei Betreuten, die nach der Losung des BGH im vorliegenden Fall trotz einer Verweigerung der Genehmigung durch den Betreuer vorgenommen werden konnte, wenn die behandelnden Ärzte alternativ das Vorliegen einer »mutmaßlichen Einwilligung« behaupten konnten. Damit würden auch die Schutzvorschriften des neuen Betreuungsrechts faktisch unwirksam gemacht.

\* Siehe BGHZ 100, 57. Der Text geht auf ein Referat beim Symposium des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Bremen zum Thema »Aktuelle Probleme der Umweltverfassung in der Europäischen Union« zurück.

1 Siehe zu diesem Hinweis der Afrikawerbung Eva Kurt, Tourismus in der Dritten Welt – Das Beispiel Kenya, 1986, S. 70.

2 Krippendorf, J., Die Landschaftsfresser. Tourismus und Erholungslandschaft – Verderben oder Segen?, Bern 1975.

3 Siehe das Beispiel von Kurt (Fn. 1), S. 71.

4 Maier/Troeger-Weiß, Tourismus und Umwelt – Ökologische Wechselwirkungen, in: Statistisches Bundesamt, Tourismus in der Gesamtwirtschaft, Ergebnisse der 4. Wiesbadener Gespräche am 28./29. März 1990, 1991, S. 97.

5 Maier/Troeger-Weiß (Fn. 4), S. 103 ff.

6 Prah/Steinecke, Der Millionen-Urlaub, 1979, S. 45.

7 Siehe dazu und zum folgenden Prah/Steinecke, ebd., S. 226.