

# Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik

Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09\*

Von Prof. Dr. Tonio Walter, Regensburg

## I. Einleitung

Der 2. Senat des Bundesgerichtshofes hat im letzten Jahr die Sterbehilfe strafrechtlich auf neue Beine gestellt. Sie steht dort sicher und an der richtigen Stelle; aber die Beine sind krumm und laden dazu ein, auf sie noch gefährlich mehr zu stützen oder dies zu versuchen. Und es wäre für das Strafrecht insgesamt gefährlich, wenn derart krumme Beine – dogmatisch falsche Begründungen – Schule machten.

Der Sachverhalt: Eine Frau, 71 Jahre alt, äußert gegenüber ihrer Tochter, dass sie, wenn ihr etwas zustoße, keine künstliche Ernährung oder Beatmung wolle. Kurz darauf, im Jahr 2002, hat sie eine Hirnblutung und fällt in ein Wachkoma. Sie ist nicht ansprechbar, ihr Zustand wird sich nach ärztlicher Voraussicht nicht bessern. Sie wird über eine PEG-Sonde durch die Bauchdecke künstlich ernährt (Flüssignahrung). Jahr um Jahr vergeht. 2006 wird nach einer Fraktur der linken Arm amputiert. Im Dezember 2007 wiegt die Frau noch 40 Kilogramm. Ihr Hausarzt und ihre Tochter – zugleich ihre Betreuerin – sind sich einig, dass die künstliche Ernährung einzustellen sei. Das Heim, in dem die Frau liegt, ist nach monatelangem Ringen einverstanden. Die Sorge für die künstliche Ernährung wird in die Hände der Tochter gelegt, die sie am 20.12.2007 „beendet“. Doch am nächsten Tag ordnet die Geschäftsleitung des Heimunternehmens an, die künstliche Ernährung wieder aufzunehmen; man hat kalte Füße bekommen. Es muss schnell gehen. Der Tochter wird ein Ultimatum gestellt: Entweder sie stimme binnen zehn Minuten zu, oder sie habe das Heim zu verlassen und bekomme Hausverbot. Die Tochter ruft ihren Anwalt an. Er rät ihr, den Schlauch der Sonde unmittelbar über der Bauchdecke durchzuschneiden. Er nimmt an, dass es das Heim nicht wagen werde, eigenmächtig eine neue Sonde einzusetzen. Einstweiligen Rechtsschutz könne man nicht mehr früh genug erlangen. Die Tochter tut, was ihr der Anwalt rät. Die Pfleger bemerken die Manipulation nach wenigen Minuten. Man ruft die Polizei, und ein Staatsanwalt ordnet gegen den Willen der Tochter an, dass die Frau in ein Krankenhaus gebracht und dort mit neuer Sonde versehen wird, was geschieht. Am 5.1.2008 stirbt sie eines natürlichen Todes aufgrund ihrer Erkrankungen. Ihre Tochter und deren Anwalt werden eines versuchten Tötungsdelikts angeklagt.

## II. Die dogmatischen Schwächen der Entscheidung

### 1. Der Kampf gegen die Abgrenzung von Unterlassen und aktivem Tun

a) *Unterlassen und aktives Tun sind klar trenn- und bestimmbare Verhaltensformen, ihre „Abgrenzung“ ist ein Scheinproblem*

Der Senat betont mehrfach, wie unfruchtbar es sei, für die Sterbehilfe zwischen Unterlassen und aktivem Tun zu unter-

scheiden. Eine „naturalistische Unterscheidung“ nach den „äußeren Erscheinungsformen von Tun und Unterlassen“ sei bei Sterbehilfe und Behandlungsabbruch nicht geeignet, „sachgerecht und mit dem Anspruch auf Einzelfallgerechtigkeit“ die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten zu ziehen.<sup>1</sup> Außerdem sei sie „praktisch kaum durchführbar“. Dem ist sofort zuzugeben, dass die Grenze zwischen verbotenem und erlaubtem Behandlungsabbruch nicht ausschließlich davon abhängen kann, ob die fragliche Person handelt oder unterlässt. Aber das muss man auch gar nicht behaupten, um diese Unterscheidung für §§ 212, 216 StGB lückenlos einzufordern, das heißt ohne Ausnahme für den Behandlungsabbruch. Und wir werden unten IV. sehen, dass sie nicht nur eine dogmatisch stimmige – also nachvollziehbare und vorhersehbare – Lösung ermöglicht, sondern auch eine gerechte.

Zuzugeben ist dem 2. Senat ferner, dass die Unterscheidung von Tun und Unterlassen einige Blüten getrieben hat, die sie diskreditiert erscheinen lassen mögen. Zu nennen ist für das Thema Sterbehilfe zum einen die Ansicht zahlreicher Autoren, der aktive Behandlungsabbruch durch einen Garanten sei ein Unterlassen.<sup>2</sup> Zum anderen ist an die These des 1. Senats zu denken, dass die aktive Weisung an Pfleger, die Behandlung einzustellen, ebenfalls ein Unterlassen sei.<sup>3</sup> Auch in anderen Teilen des Strafrechts führt die „Schwerpunkt-Formel“ der herrschenden Meinung dazu, dass oft im Wertungsnebel bleibt, wann jemandem ein Unterlassen und wann ein Handeln zum Vorwurf gemacht wird.<sup>4</sup> Aber all dies ändert nichts daran, dass es erstens ein recht klares Kriterium gibt, um Handeln und Unterlassen zu unterscheiden, und dass dieses Kriterium zweitens auch sachgerechte Ergebnisse ermöglicht. Die Rede ist von der schlichten Frage, ob das, was man als vielleicht strafbar prüft, der Einsatz von Körperkraft ist oder nicht. Für den strafrechtlichen Handlungsbegriff ist das traditionell auch die Ansicht der Rechtsprechung („natürlicher Handlungsbegriff“). Zwar haben ihn im Schrifttum zahlreiche Autoren lächerlich gemacht und durch vermeintlich überlegene Handlungsbegriffe ersetzt. Doch keiner von ihnen hat gegenüber dem natürlichen Handlungsbegriff auch nur den geringsten dogmatischen Vorzug, im Gegenteil, und dass man sie gleichwohl vertritt, verdankt sich nach meinem Eindruck nur der Angst, als wissenschaftlich unterbelichtet

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 28, 29, 30, 32.

<sup>2</sup> So etwa Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 7 Rn. 7; Roxin, NStZ 1987, 345 (349); Schöch, NStZ 1995, 153 (154).

<sup>3</sup> BGHSt 40, 257 (266) – Magensonden-Fall (Kempten).

<sup>4</sup> Näher und mit zahlreichen Beispielen Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 13 Rn. 1 ff.; Stoffers, Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, 1992, passim.

\* Abgedruckt in NStZ 2010, 630.

zu gelten, nämlich „naturalistisch“ an Äußerlichkeiten zu haften, wo man tiefere Zusammenhänge aufzudecken habe.<sup>5</sup> Und auch im Schrifttum kehren gerade für die Abgrenzung von Unterlassen und Handeln viele zum natürlichen Handlungsbegriff zurück, indem sie für das aktive Tun den Einsatz von Körperkraft verlangen – den man aber um Gottes Willen nicht so nennt, sondern als „positiven Energieeinsatz“ bezeichnet.<sup>6</sup>

Ursache vieler Scheinprobleme der Abgrenzung von Tun und Unterlassen ist zudem schon der Glaube, dass es tatsächlich um eine Abgrenzung gehe; dass man sich nämlich für einen Sachverhalt insgesamt zu entscheiden habe, ob der Täter handle oder unterlasse. Das muss man aber nicht. Wenn ein Autofahrer einen Passanten anfährt, verletzt liegen lässt und flüchtet, um nicht belangt zu werden, und wenn der Passant deswegen stirbt, womit der Fahrer gerechnet hatte, dann ist das tatbestandlich eine aktive fahrlässige Körperverletzung und aktive fahrlässige Tötung, ein Mord durch Unterlassen (Verdeckungsabsicht) und eine aktive Unfallflucht. Auf der Ebene der Konkurrenzen schiebt der Mord die Körperverletzung und die fahrlässige Tötung vom Tisch und steht mit der Unfallflucht in Tateinheit.<sup>7</sup> Eine Kombination von aktivem und passivem Verhalten, doch abzugrenzen ist nichts. Es reicht, sich jeweils klarzumachen, welchen Verhaltensteil oder – mit Blick aufs Unterlassen – welchen Aspekt des Verhaltens man untersucht; und dann genügt es, zu subsumieren und die Konkurrenzregeln zu kennen, vor allem die der sogenannten Gesetzeskonkurrenz.<sup>8</sup> Letzteres ist auch der Grund, warum man diese Sicht: es gibt gar kein Abgrenzungsproblem, „Konkurrenzlösung“ nennen mag.<sup>9</sup>

Sterbehilfe in Form eines Behandlungsabbruchs ist allerdings in der Regel ein Unterfall der Konstellation „tätiger Abbruch eigener Rettungsbemühungen“, und diese Konstellation regt in der Tat an zu überlegen, ob man nicht in diesem einen Fall die Unterscheidung von Handeln und Unterlassen normativ modifizieren sollte; und zwar indem dieses – bei natürlicher Betrachtung – Handeln rechtlich nur unter der zusätzlichen Voraussetzung als aktives Tun einzustufen wäre, dass dem Opfer eine (außerstraf-)rechtlich geschützte Position genommen wird, etwa daran zu erkennen, dass es sich dagegen mit der *actio negatoria* wehren könnte.<sup>10</sup> Doch die herrschende Lehre stellt ausgerechnet an dieser Stelle auf eine faktische Betrachtung ab (das heißt, *horribile dictu*: auf

eine „naturalistische“): Sie nimmt ein aktives Tun an, wenn die Rettungsbemühungen dem Opfer bereits (faktisch) eine Rettungschance eröffnet haben.<sup>11</sup> Für den tätigen Behandlungsabbruch kommt es auf diese Meinungsdivergenz nicht an; er ist nach beiden Ansichten – nach allgemeinen Regeln – ein aktives Tun.

*b) Die Unterscheidung von aktiver und passiver Sterbehilfe war zwar (so) nicht sinnvoll, hing aber gar nicht von der „äußeren Handlungsform“ ab*

Die Absage des 2. *Senats* an die Unterscheidung von Handeln und Unterlassen ist auch deshalb bedauerlich, weil der Mangel der alten Rechtslage gar nicht darin lag, entscheidend auf vermeintlich irrelevante Äußerlichkeiten abzustellen. Denn die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe hing nach herrschender Meinung keineswegs nur davon ab, ob jemand bei rein äußerer Betrachtung gehandelt oder unterlassen hatte (will sagen: Körperkraft eingesetzt hatte oder nicht). Vielmehr machte man im Schrifttum das Passive eines Verhaltens gern davon abhängig, ob die fragliche Person ein Garant war, und stufte der Bundesgerichtshof ein aktives Tun als Unterlassen ein, wenn es im Ergebnis dazu führte, dass eine Behandlung endete, s.o. a). Mit anderen Worten verwirft der 2. *Senat* ein Haften an Äußerlichkeiten unter Hinweis auf ein dogmatisches Chaos, das gerade daher rührte, dass man sich um die äußere – das heißt tatsächliche – Verhaltensform eben nicht mehr gekümmert hatte: „Aktive“ und „passive“ Sterbehilfe waren Schlagworte, die sich von der äußeren Verhaltensform abgekoppelt hatten. Das war verwirrend und deswegen schlecht – ändert aber nichts daran, dass es grundsätzlich leicht möglich, sinnvoll und überdies auch von Gesetzes wegen zwingend geboten ist, zwischen Handeln und Unterlassen zu trennen:

*c) Das Gesetz zwingt dazu, stets zu bestimmen, ob jemand handelt oder unterlässt*

Der 2. *Senat* spricht es selbst aus:<sup>12</sup> Das Gesetz unterscheidet unübersehbar zwischen Handeln und Unterlassen. Davon zeugen § 13 StGB und die Unterlassungsdelikte im Besonderen Teil und im Nebenstrafrecht. Dieser Unterschied hat auch Folgen: Ein Unterlassen ist nur ausnahmsweise tatbestandsmäßig; entweder gibt es einen Tatbestand im Besonderen Teil oder Nebenstrafrecht, der ausdrücklich den Fall erfasst, dass jemand etwas „nicht tut“ oder „unterlässt“ – oder der Unterlassende ist Garant, und sein Unterlassen entspricht aktivem Tun (§ 13 StGB; der zweifelhafte Gehalt der Entsprechungsklausel mag hier dahinstehen<sup>13</sup>). Auch die Strafmilderung des

<sup>5</sup> Näher *meine* Kommentierung, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2006 ff., Vor § 13 Rn. 29 ff. m.w.N.

<sup>6</sup> *Duttge*, JR 2004, 34 (37); *Freund* (Fn. 4) § 13 Rn. 9; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 31 Rn. 78.

<sup>7</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 583 (584). Man könnte auch Tatmehrheit vertreten, es spielt hier keine Rolle.

<sup>8</sup> Näher *meine* Beiträge in den Juristischen Arbeitsblättern, JA 2004, 572 und JA 2005, 468.

<sup>9</sup> Vertreten von *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 28/4; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 13 Rn. 72 ff., sowie von *mir* selbst in ZStW 116 (2004), 555 (567 f.).

<sup>10</sup> So *mein* Vorschlag in ZStW 116 (2004) 555 (568).

<sup>11</sup> Stellvertretend *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 13 Rn. 9.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 29 (in der NSTZ nicht abgedruckt).

<sup>13</sup> Zu ihm *Nitze*, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989, passim; *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 5), § 13 Rn. 77.

§ 13 Abs. 2 StGB kommt nur für ein Unterlassen in Betracht. Es mag in manchen Fällen sein, dass es im Ergebnis und tatbestandlich einerlei ist, ob man jemanden für sein Unterlassen oder für sein Handeln zur Verantwortung zieht, weil beides nach dem Tatbestand im Besonderen Teil oder Nebenstrafrecht und nach der Schuldform (Vorsatz/Fahrlässigkeit) identisch ist. Aber selbst jetzt hat sich der Richter zu entscheiden, denn nur für das Unterlassen kommt § 13 Abs. 2 StGB in Betracht, und diese Entscheidung ist – gerade deshalb – vorgegeben: Das Unterlassen tritt als materiell subsidiär zurück (Gesetzeskonkurrenz). Die Unterscheidung des Gesetzes hat auch ihren vernünftigen Grund: Ein aktives Tun – verstanden als Einsatz von Körperkraft – erfordert im negativen Sinne eine stärkere Überwindung des Täters, stärkere „kriminelle Energie“. Für die Tötungsdelikte hat der Bundesgerichtshof das selbst wirklichkeitsnah formuliert.<sup>14</sup> Es ist aber auch bei einer einfachen Beleidigung etwas anderes, ob jemand die Taste selbst drückt, deren Betätigung eine beleidigende E-Mail verschickt, oder ob er lediglich untätig bleibt, während ein anderer die Taste drückt.

Der 2. Senat erinnert wie gesagt selbst daran, dass unser Gesetz zwischen Handeln und Unterlassen unterscheidet. Doch dann folgt ein Satz, der mindestens als unglücklich einzustufen ist:

„Diese generelle Differenzierung lässt jedoch gleichzeitig die Möglichkeit offen, Tun und Unterlassen wertungsmäßig gleich zu gewichten und damit auch gleich zu behandeln, wenn der zugrundeliegende Lebenssachverhalt dies erfordert.“<sup>15</sup>

Das heißt salopp: Wenn uns eine Unterscheidung des Gesetzes wertungsmäßig nicht passt, kümmern wir uns nicht um sie und behandeln die Sachverhalte gleich. Wenigen liegt es ferner als den Senaten des Bundesgerichtshofes, das Gesetz zu ignorieren. Dann dürfen sie so etwas aber auch nicht schreiben. Und es bestand dafür auch keine Notwendigkeit. Denn auch wenn man peinlichst genau zwischen aktivem Tun und Unterlassen trennt, lässt sich sinngemäß sagen: Bei der Sterbehilfe kann es Umstände geben, die beides erlauben.

## 2. Die Idee, eine Tötung auf Verlangen könnte kraft Einwilligung gerechtfertigt sein

Man mag es kaum glauben, aber es ist so: Der 2. Senat löst unseren Fall, indem er den Beschuldigten eine rechtfertigende Einwilligung der Verstorbenen zugute hält, und zwar in Bezug auf § 216 StGB.<sup>16</sup> Erstaunlich ist nicht, dass es überhaupt nur um eine mutmaßliche Einwilligung gehen könnte, da sich die Verstorbene nie zu einer konkreten Behandlung oder deren Abbruch geäußert hatte.<sup>17</sup> Vielmehr darf man es als höchst gewöhnungsbedürftig bezeichnen, dass es eine

Tötung geben soll, die nach dem Gesetz ausdrücklich tatbestandsmäßig ist, obwohl das Opfer sie ernstlich verlangt, die aber gerechtfertigt wird, weil das Opfer mutmaßlich zustimmt. Das ist aber die Konstruktion. Ich freue mich nicht darauf, sie ausländischen Gästen zu erläutern, die nach Deutschland gekommen sind, weil dessen Strafrechtsdogmatik aufgrund systematischer Stringenz und begrifflicher Klarheit international hohes Ansehen genießt. Wie unter III. zu zeigen sein wird, geht es auch an dieser Stelle nicht um Wortklauberei oder ein „dogmatisches Glasperlenspiel“, sondern um inhaltliche Folgerungen und Ergebnisse. Zur richtigen Lösung siehe unten IV. Hier genügt es festzuhalten: Aus § 216 StGB folgt, seit es diese Norm gibt und solange es sie geben wird, dass eine tatbestandsmäßige Tötung durch keine noch so intensive Einwilligung gerechtfertigt werden kann.

## 3. Die Ableitung des Rechts losgelöst vom Gesetz aus neu geschaffenen Begriffen, die das Gesetz nicht kennt

Der 2. Senat geht in seiner Begründung auch methodisch neue Wege. Angesichts früherer Unklarheiten in Wissenschaft und Praxis, wann ein Behandlungsabbruch strafbar sei, schreiben die Richter:

„Es ist deshalb sinnvoll und erforderlich, alle Behandlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativwertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst [...]“<sup>18</sup>

Denn die Kriterien dafür, wann der Abbruch einer Behandlung strafbar sei, „ergeben sich aus den Begriffen der ‚Sterbehilfe‘ und des ‚Behandlungsabbruchs‘ selbst und aus der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung.“<sup>19</sup>

Einschränkend sei zu berücksichtigen:

„Der Begriff der Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch setzt voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist. Nur in diesem engen Zusammenhang hat der Begriff der ‚Sterbehilfe‘ einen systematischen und strafrechtlich legitimierenden Sinn.“<sup>20</sup>

„Immanent“ sei „dem Begriff des Behandlungsabbruchs“ ferner die „Verwirklichung des auf die Behandlung bezogenen Willens der betroffenen Person“.<sup>21</sup> Ich hatte schon auf jenen unglücklichen Satz hingewiesen, mit dem sich der 2. Senat scheinbar von der Anwendung des Gesetzes (§ 13 StGB) freizeichnet (oben 1. c). Die nun zitierten Passagen sind leider geeignet, diesen Eindruck zu verfestigen. Von ihrer methodischen Verortung weiß man lediglich, dass es um eine rechtfertigende Einwilligung geht. Dafür erfährt man von zwei Begriffen, deren Eigenschaften das Magische streifen. Zwar sind sie dem Gesetz unbekannt, von der Verfas-

<sup>14</sup> BGH NStZ 1992, 125: „In Fällen des Unterlassens bestehen [...] keine psychologisch vergleichbaren Hemmschwellen vor einem Tötungsvorsatz wie bei positivem Tun.“

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 29 am Ende (in der NStZ nicht abgedruckt).

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 21, 25, 28, 32, 34, 35, 39, 40.

<sup>17</sup> Insoweit zutreffend schon Verrel, NStZ 2010, 671 (673).

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 31.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 32.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 33.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 36.

sung bis zum BGB, und der *Senat* sagt auch nicht, wie er sie aus einem geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatz abgeleitet hat oder wie sie sonst mit einem solchen Satz zusammenhängen. Aber in ihnen soll bereits alles liegen, was man zur Falllösung braucht, und deshalb zieht man sie heran.

Demgegenüber ist festzuhalten: Weder der Begriff der Sterbehilfe noch jener des Behandlungsabbruchs enthält strafrechtlich irgendetwas, ohne dass man es zuvor hineingelegt hätte. Vor allem ergeben sich aus diesen Begriffen mitnichten Kriterien dafür, wann das eine oder das andere strafbar ist. Dass dem Begriff des Behandlungsabbruchs „die Verwirklichung des auf die Behandlung bezogenen Willens der betroffenen Person“ immanent sei, ist eine nicht nur lexikalisch äußerst angreifbare These. Und es ist strafrechtsdogmatisch alles andere als „sinnvoll und erforderlich“, mit selbst geschaffenen „normativ-wertenden“ Oberbegriffen „objektive Handlungselemente“ und „subjektive Zielsetzungen“ „zusammenzufassen“. Was der 2. *Senat* inhaltlich will, ist vernünftig. Aber die besagten Begriffe geben dafür nichts her. Dies durch eigene Definitionen des Begriffs ändern zu wollen, ist methodisch ein Zirkelschluss. Der schlichte, gänzlich unsubstantiierte Hinweis auf eine „Abwägung der betroffenen Rechtsgüter“ und den „Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung“ schwebt einsam und schwerelos durchs methodische Vakuum.

#### 4. Anstiftung als Täterschaft

Das Landgericht hatte den Anwalt der Tochter als deren (Versuchs-)Mittäter verurteilt, und der 2. *Senat* hat diese Handlungszurechnung bestätigt.<sup>22</sup> Der Anwalt war nicht am Ort des Geschehens gewesen, sondern hatte der Tochter telefonisch geraten, den Sonderschlauch durchzuschneiden. Er hatte sie nicht genötigt, hatte ihr gegenüber keine Weisungsbefugnisse, auch keine informellen, und auch kein überlegenes Wissen, denn was er wusste, hatte er ihr mitgeteilt, um seinen Rat zu begründen. Wie kommt man bei dieser Lage der Dinge dazu, den Anwalt als Mittäter zu behandeln? Man könnte meinen: zum Beispiel mit jener Ansicht im Schrifttum, die einen „Bandenchef“ auch dann als Mittäter bestraft, wenn er nicht vor Ort ist; und zwar aufgrund seiner Planungen, Vorbereitungen und seiner informellen Weisungsgewalt.<sup>23</sup> Aber unser Anwalt hatte nichts geplant, nichts vorbereitet und hatte keinerlei Weisungsgewalt. Er hat über die Rechtslage informiert und einen Rat erteilt. Das ist – wenn es eine Haupttat gibt – eine Verbindung von Beihilfe und Anstiftung. Und daher lautet die Antwort auf unsere Frage: allein mit einer extrem subjektiven Täterlehre à la Badewannen- und Stachinskij-Fall.<sup>24</sup> Deren Schwächen sind schon so

oft beschrieben worden, dass ich darauf verweise.<sup>25</sup> Es wäre außerordentlich schade, wenn die Rationalisierung und Beschränkung der Täterlehre wieder verloren ginge, die der Bundesgerichtshof in den letzten Jahrzehnten erreicht hat.

#### III. Die Gefahren, die aus den dogmatischen Schwächen folgen

Es soll hier nicht von den allgemeinen Gefahren die Rede sein, die entstehen, wenn der Bundesgerichtshof die Rechtsfindung scheinbar vom Gesetz löst, dessen Unterscheidungen für nur bedingt beachtlich erklärt und dogmatische Konstruktionen wählt, die zu beschreiben unausweichlich absurd klingt (Einwilligung in tatbestandsmäßige Tötung auf Verlangen) – obwohl diese Gefahren schlimm genug sind: Entscheidungen sind nicht mehr nachzuvollziehen und daher auch nicht mehr vorhersehbar, die Untergerichte nehmen sich daran ein schlechtes Beispiel, das Recht ist nicht mehr lehr- und lernbar. Vielmehr soll es hier um zwei Gefahren gehen, die sich sehr konkret auf die Sterbehilfe beziehen. Sie bestehen in zwei Folgerungen, zu denen das Urteil einlädt – und die *Verrel* auch schon gezogen hat.<sup>26</sup> Die erste lautet, dass die Rechtfertigung auch für beliebige Dritte gelten müsse. Die zweite, dass sie nicht davon abhängen dürfe, ob der Handelnde die Verfahrensvorschriften des Betreuungsrechts eingehalten habe. Beide stützen sich darauf, dass es für den Rechtfertigungsgrund der (mutmaßlichen) Einwilligung nicht darauf ankommen könne, dass die §§ 1901a ff. BGB vollständig beachtet würden; also eben jene Normen des Betreuungsrechts, die den Kreis der „Sterbehilfeberechtigten“ begrenzen und das Verfahren regeln: Akteure sind danach nur der handelnde Arzt, der Betreuer oder Bevollmächtigte – mit dem 2. *Senat*<sup>27</sup> darf man ergänzen: und deren Hilfspersonen – sowie das Betreuungsgericht, wenn sich Arzt und Betreuer/Bevollmächtigter nicht einig werden. „Nahe Angehörige und sonstige Vertrauenspersonen des Betreuten“ erwähnt das Gesetz auch, aber nur als beratende Gesprächspartner und nur für den Fall, dass es ohne erhebliche Verzögerung möglich ist, sie beizuziehen, § 1901b Abs. 2 BGB. Das fragliche Gespräch – zwischen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigtem – ist zugleich eine der Verfahrensvorschriften. Die andere ist das Erfordernis, eine Genehmigung des Betreuungsgerichts einzuholen, wenn Arzt und Betreuer/Bevollmächtigter über den Willen des Betreuten uneins sind (§ 1904 BGB).

Zwar hat der 2. *Senat* dankenswert deutlich gesagt, dass er die Sterbehilfe nur den Akteuren erlaubt, die auch nach dem Betreuungsrecht zu ihr befugt sind (einschließlich Hilfspersonen),<sup>28</sup> und dass dessen Verfahrensregeln auch für eine rechtfertigende Einwilligung beachtet werden müssen.<sup>29</sup> Aber

<sup>25</sup> Siehe etwa *Schünemann*, in: Laufhütte/ Rissing-van Saan/ Tiedemann (Fn. 5), § 25 Rn. 32 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> *Verrel*, NStZ 2010, 671 (674 und 675).

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 39.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 39.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 25; dort heißt es zwar nur, dass die Verfahrensregeln zu „berücksichtigen“ seien, und man könnte auf die Idee kommen, das als schwächere Bindung zu verstehen im Vergleich mit einem katego-

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 22 (in der NStZ nicht abgedruckt).

<sup>23</sup> Für diese Ansicht *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 528; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 25 Rn. 66 f. m.w.N.

<sup>24</sup> RGSt 74, 84 und BGHSt 18, 87.

diese Einschränkungen sind schwer zu begründen, wenn die Straffreiheit aus einer rechtfertigenden (mutmaßlichen) Einwilligung folgen soll. Denn in deren Voraussetzungen kommt eine solche partielle und strenge Zivilrechtsakzessorietät nun einmal nicht vor.<sup>30</sup> Zudem hat der 2. Senat zum Verhältnis von Straf- und Zivilrecht Ausführungen gemacht, die durchsichtiger hätten sein können und die einige Steilvorlagen dafür enthalten, Strafrecht und Betreuungsrecht zu entkoppeln („strafrechtsspezifische Frage“, „autonom nach materiell strafrechtlichen Kriterien zu entscheiden“).

Am Rande: Jene Ausführungen scheinen mir von der Sorge bestimmt, „das Zivilrecht“ könne „dem Strafrecht“ allzu viele Vorgaben machen. Diese Sorge ist auch anderen Entscheidungen der *Strafsenate* anzumerken. Sie kann nur zwei Ursachen haben: Entweder sind sich die Richter ihrer Fähigkeiten und Befugnisse nicht voll bewusst, nämlich sämtliche zivilrechtlichen (Vor-)Fragen selbst zu entscheiden. Oder es ist der „horror pleni“, das heißt die Abneigung dagegen, die *Vereinigten Großen Senate* anzurufen, wenn die Richter von der Rechtsprechung eines *Zivilsenats* abweichen wollen und der an seiner Ansicht festhält. Vermutlich ist es letzteres – verständlich, aber eine vertane Chance und ein falsches Signal, denn das Strafrecht ist zu hundert Prozent sekundäres Recht, das Strafe nur androhen kann, wenn ein Verhalten auch zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich verboten ist. Verweise in die andere Richtung – auf das Strafrecht – sind formal möglich und technisch sinnvoll, etwa in § 2333 BGB, ändern aber materiell nichts.<sup>31</sup>

#### IV. Wie die dogmatischen Schwächen des Urteils zu beheben sind

##### 1. Die Unterscheidung von aktivem Tun und Unterlassen

Das Gesetz zwingt, aktives Tun und Unterlassen zu trennen, und dies ist auch für die Fälle der Sterbehilfe lückenlos möglich. Voraussetzung ist allerdings erstens, dass man den Unterschied nicht in wolkigen Abstracta sucht, etwa der „Sozialerheblichkeit“ eines Verhaltens oder dem „Schwerpunkt“ einer erst noch zu ermittelnden Vorwerfbarkeit, sondern dass man mit der klassischen Lehre, dem gesunden Menschenverstand und der Rechtsprechung zum strafrechtlichen Handlungsbegriff darauf abstellt, ob sich, umgangssprachlich formuliert, jemand rührt oder nicht (dass der Einsatz von Körperkraft auch dazu führen kann, dass sich jemand nicht rührt,

---

rischen „beachten“ oder „einhalten“ – so offenbar *Verrel*, NStZ 2010, 671 (674). Doch damit verstünde man den 2. Senat höchstwahrscheinlich falsch. Gleichwohl eine weitere Mahnung, sich stets zum treffenden Wort zu zwingen, vgl. *Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen, 2. Aufl. 2009, S. 83 ff.

<sup>30</sup> Vgl. zur Einwilligung *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 23) Vor §§ 32 ff. Rn. 38; zur mutmaßlichen Einwilligung *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, Vor § 32 Rn. 4; ganz konsequent daher *Verrel*, NStZ 2010, 671 (674).

<sup>31</sup> Näher *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 51 ff.

mag hier getrost auf sich beruhen; auch dieser Fall ist unproblematisch ein aktives Tun<sup>32</sup>).

Zweitens hat man ein Verhalten nicht immer einheitlich und insgesamt nur als ein Unterlassen oder ein aktives Tun einzuordnen. Vielmehr ist es ohne weiteres möglich und nötig, einzelne Verhaltensteile und, beim Unterlassen, Verhaltensaspekte getrennt zu betrachten und ihr Verhältnis erst in den Konkurrenzen zu klären, wenn sie alle strafrechtlich relevant sind. Für die Sterbehilfe ergibt sich etwa, dass es ein Handeln ist, eine Flasche mit Flüssignahrung zu entfernen, aber ein Unterlassen, eine leere Flasche nicht zu tauschen; dass es ein Handeln ist, Pflegern Weisungen zu erteilen, aber ein Unterlassen, sie nicht rückgängig zu machen – und so weiter. (Ist der Patient bei Bewusstsein, kann fraglich werden, ob eine eigenverantwortliche Selbstschädigung vorliege oder eine Fremdschädigung. Das ist aber zum einen ein anderes Problem und zum anderen ebenfalls klar beantwortbar.<sup>33</sup>)

##### 2. Für ein Unterlassen: Die Garantenpflicht entfällt, und für Dritte ist eine Hilfe nach § 323c StGB nicht mehr „zumutbar“

Steht ein Unterlassen in Rede, kann die Strafbarkeit nur aus § 13 StGB folgen (in Verbindung mit § 216 StGB) oder aus § 323c StGB. § 13 StGB verlangt, dass der Täter „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“. Das ist auf den ersten Blick ähnlich tautologisch wie die Mahnung „Zutritt für Unbefugte verboten“, aber nach unseren Sprachkonventionen im Ergebnis doch klar: Der Täter muss besonders, stärker als jedermann, verpflichtet sein, den Erfolg zu verhindern. Darin liegt unstreitig eine Verweisung auch auf vorstrafrechtliche Normen. Offen bleiben kann hier, ob sie als normatives Tatbestandsmerkmal zu behandeln ist oder als (konkludentes) Blankett.<sup>34</sup> Als solche vorstrafrechtlichen Normen kommen für die Sterbehilfe neben dem Familienrecht und dem Schuldrecht (Behandlungsvertrag) auch §§ 1901a ff. BGB in Betracht. Das Familienrecht begründet eine Garantenstellung naher Angehöriger, jedenfalls der Kinder, das Schuldrecht begründet eine Garantenstellung des Behandlungspersonals, und die §§ 1901a ff. BGB schränken diese Pflichten wieder ein nach Maßgabe des Patientenwillens. Diese Sicht bleibt davon unberührt, dass die Garantenpflicht nach heute herrschender, zutreffender Ansicht nicht vollakzessorisch zu Schuld- und Familienrecht zu bestimmen ist und etwa auch bestehen kann, wenn ein Vertrag nichtig ist, und entfallen kann, obwohl ein familienrechtliches Verhältnis, namentlich die Ehe, fortbesteht.<sup>35</sup> Denn gute Gründe, vom Zivilrecht abzuweichen, sind für die Sterbehilfe nicht ersichtlich.<sup>36</sup> Methodisch wäre das zwar – wie gesagt – grundsätzlich möglich. Doch ist auch an dieser Stelle zu berücksichtigen, was für die Frage einer teleologischen Re-

---

<sup>32</sup> Siehe *Walter* (Fn. 31), S. 27, sowie die Kommentierung *Walter* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 30.

<sup>33</sup> Näher *Walter* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 123 ff.

<sup>34</sup> Näher *Walter* (Fn. 31), S. 250, 253 ff.

<sup>35</sup> Siehe BGHSt 48, 301 (304 f.); *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 23) § 13 Rn. 19/20 m.w.N.

<sup>36</sup> Anderer Ansicht *Verrel*, NStZ 2010, 671 (674).

duktion des § 216 StGB noch deutlicher in den Blickpunkt rückt: Wann und wie Sterbehilfe in Heimen und Krankenhäusern zulässig ist, hat der Gesetzgeber in den neuen §§ 1901a ff. BGB festgelegt als Ergebnis eines mühsamst ausgehandelten Kompromisses und breitester gesellschaftlicher Debatte. Wirksam absichern lassen sich diese Schranken und Verhaltensregeln nur mit dem Strafrecht – was dafür spricht, bei ihrer Missachtung §§ 212, 216 StGB eingreifen zu lassen; nicht nur, weil andere Tatbestände kaum in Frage kommen, sondern auch, weil es nun einmal um das Leben des Patienten geht. Umgekehrt jedoch ist es auch ausgeschlossen, ein Verhalten zu bestrafen, das nach §§ 1901a ff. BGB in Ordnung geht. Das hat der 2. Senat unter dem Strich zutreffend mit der Einheit der Rechtsordnung begründet<sup>37</sup> und folgt aus der Natur des Strafrechts als sekundärer Normenordnung. Und daher ist es richtig, die Garantenpflicht der Angehörigen und des medizinischen oder des Pflegepersonals einzuschränken, wenn §§ 1901a ff. BGB die Sterbehilfe erlauben.

Für Außenstehende entfällt dann die Zumutbarkeit einer Hilfe nach § 323c StGB. Aber auch für sie sind die §§ 1901a ff. BGB von Belang: Solange diese Vorschriften die Sterbehilfe (noch) nicht erlauben, hat der Außenstehende zu helfen. Beispiel: Ein Besucher sieht, dass an einem Apparat eine Warnlampe blinkt, dass die Flasche an einem Tropf oder einer Sonde leer ist oder dass der Patient Laute ausstößt oder Bewegungen macht, die Schmerzen zeigen. Er hat unverzüglich das behandelnde Personal zu holen; auch wenn er zu wissen meint, dass der Patient sterben will. Nur wenn die §§ 1901a ff. BGB Arzt und Betreuer erlauben, untätig zu bleiben, darf dies auch der Besucher.

### 3. Für ein aktives Tun: teleologische Reduktion des § 216 StGB

#### a) Lösung auf Tatbestandsebene

Wer einen Sondenschlauch durchschneidet, handelt aktiv. Daran führt kein vernünftiger Weg vorbei. Wer dadurch den Tod des Patienten verursacht, tötet ihn und begeht also eine „Tötung“ im Sinne des § 216 StGB. Dessen Wortlaut lässt keine andere Wahl. Wenn man dann seine Rechtsfolge gleichwohl nicht will, gibt es verbrechenssystematisch zunächst – theoretisch – drei Möglichkeiten: eine teleologische Reduktion des Tatbestandes, eine Entschuldigung (etwa aus Art. 4 GG) und ein Strafausschließungs- oder -aufhebungsgrund. Dass eine Rechtfertigung ausscheidet, hat für § 34 StGB der 2. Senat selbst zutreffend festgestellt (es sind nur Güter ein und desselben Rechtsgutträgers betroffen).<sup>38</sup> Zur Einwilligung ist das Nötige gesagt, oben II. 2. In der Reihe der verbleibenden verbrechenssystematischen Möglichkeiten hat man mit derjenigen zu beginnen, die auch systematisch an erster Stelle steht. Das ist die teleologische Reduktion. Sie setzt voraus, dass der Wortlaut eines Tatbestandes den Fall unumgänglich erfasst, während sein Zweck (Telos) verlangt, auf die Rechtsfolge zu verzichten. Im Strafrecht ist die teleologische Reduktion nur zugunsten der Rechtsunterworfenen

zulässig; ebenso wie die Analogie, ihr methodisches Gegenstück. Beide Voraussetzungen liegen für die Sterbehilfe nach §§ 1901a ff. BGB und § 216 StGB vor.

Zu dessen Wortlaut oben. Zum Normzweck ist zu bedenken: Dieser Zweck kann nie etwas rein Objektives sein, das sich wie die Allvernunft stoischen Denkens unabhängig von den Verfassern eines Gesetzes aus dessen Buchstaben und Stellung ergäbe.<sup>39</sup> Vielmehr sind Zweck- und Sinnstiftung das Privileg geistig tätiger Wesen; in diesem Fall der Personen, die für das Gesetz verantwortlich sind. Dieser „Wille des Gesetzgebers“ mag schwer und manchmal gar nicht zu ergründen sein. Er ist gleichwohl das, worauf es ankommt. Allerdings kann nicht der Wille des historischen Gesetzgebers maßgeblich sein. Verantwortlich dafür, dass es ein Gesetz gibt, ist stets der aktuelle Gesetzgeber. Dass er in der Regel und im Zweifel die gleichen Ziele verfolgt, ändert nichts. Und dass es vom aktuellen Gesetzgeber zu einer Norm oft keine ausdrücklichen Aussagen gibt, ist ebenfalls unschädlich. Es ist dann sein mutmaßlicher Wille zu erforschen – wie bei der mutmaßlichen Einwilligung im Strafrecht und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag im Zivilrecht in Bezug auf den Willen des Opfers beziehungsweise des Geschäftsherrn. Für diesen mutmaßlichen Willen sind die Äußerungen des historischen Gesetzgebers der erste und oft einzige Anhalt – aber nicht das letzte Wort. Das Thema Sterbehilfe ist ein gutes Beispiel dafür, dass der aktuelle Gesetzgeber die Ansichten des historischen nur noch eingeschränkt teilt und dass dessen Normen daher eine neue, hier: beschränktere Zwecksetzung bekommen.

Der überkommene Zweck des § 216 StGB lässt sich als ein dreifacher bestimmen.<sup>40</sup> Das Töten fremden Lebens soll ein Tabu sein (Tabufunktion); ein Suizident soll bis zuletzt selbst Herr des Geschehens bleiben, um bei einem Sinneswandel möglichst lange die Chance zu haben, das Ruder herumzuwerfen (Schutzfunktion), und es soll sich niemand, der einen anderen tötet, auf dessen Willen berufen können, weil der ex post oft schwer zu ermitteln ist und dann in dubio pro reo auch Täter freizusprechen wären, zu deren Gunsten sich die Aufforderung des Opfers lediglich nicht ausschließen lässt (Beweisfunktion). In den Fällen einer Sterbehilfe gemäß den §§ 1901a ff. BGB nehmen der zweite und der dritte Zweck keinen Schaden: Der Betreute hat von vornherein keine Möglichkeit, sich alternativ selbst zu töten und dabei bis zuletzt Herr des Geschehens zu bleiben. Und die Schranken und Kautelen des Gesetzes stellen so weit wie möglich sicher, dass sich der Handelnde nicht missbräuchlich auf den Willen des Betreuten beruft; wenn auch zu bedenken ist, dass noch die raffiniertesten gesetzlichen Schranken- und Verfahrensvorschriften nie einen lückenlosen Schutz vor Missbrauch bieten.

Der weitere überkommene Zweck des § 216 StGB, die Tabuisierung des Tötens anderer, nimmt bei der Sterbehilfe

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 25.

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Rn. 20.

<sup>39</sup> Siehe, auch zum Folgenden, die methodischen Ausführungen in *Walter*, Kleinen Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 210 ff. (Auslegungslehre), 224 ff. (teleologische Auslegung).

<sup>40</sup> Siehe *Walter* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 124 m.w.N.

allerdings Schaden. Aber den §§ 1901a ff. BGB und ihrer Genese ist zu entnehmen, dass der aktuelle Gesetzgeber diesen Zweck nicht mehr mit derselben Radikalität verfolgt wie die Schöpfer des § 216 StGB. Das 19. Jahrhundert hatte dem physischen Leben rücksichtslosen Vorrang eingeräumt vor dem menschlichen Geist und Willen; *Thomas Mann* hat es in seinen „Buddenbrooks“ geschildert. Das ist nun vorbei; man mag dazu rechtspolitisch stehen, wie man will. Ich meine, dass die §§ 1901a ff. BGB einen richtigen, vorsichtigen Weg gefunden haben. Richtig ist vor allem, den tätigen Abbruch einer Behandlung dem Fall gleichzustellen, dass die Behandlung von Anfang an unterbleibt. Und auch wenn der Gesetzgeber der neuen BGB-Normen § 216 StGB unberührt lassen wollte, geht aus den Materialien klar hervor – und ist selbstverständlich –, dass die §§ 1901a ff. BGB auch einen tätigen Behandlungsabbruch zulässig machen und dass der dann auch straffrei bleiben soll.<sup>41</sup> Mehr muss man eigentlich nicht wissen, um § 216 StGB teleologisch zu reduzieren.

Beschränkt man sich so auf das, was §§ 1901a ff. BGB erlauben, und zwar mit allen Anforderungen und Sicherungsmechanismen, bleibt auch das Strafrecht auf dem Boden des mühsam errungenen gesellschaftlichen Kompromisses und liegt es methodisch und dogmatisch fern, die Sterbehilfe auch in Fällen straflos zu lassen, in denen sie nach betreuungsrechtlichen Regeln verboten ist.

#### **V. Schluss: vom Nutzen der Dogmatik**

Entgegen dem Eindruck, den diese Zeilen erweckt haben mögen, ist dem 2. Senat zunächst einmal zu danken: Er hat auf rechtspolitisch heiklem, praktisch wichtigem und immer wichtiger werdendem Terrain im Ergebnis Klarheit geschaffen und dafür sachgerecht die hart erarbeiteten Regelungen des Betreuungsrechts übernommen. Dies allerdings in wahrlich undogmatischer Manier, und dafür muss sich der Senat Kritik gefallen lassen. Es geht dabei nicht um ästhetische Bedürfnisse, die methodischen Marotten eines Professors oder das Ansehen des deutschen Strafrechts im Ausland. Es geht auch nicht nur darum, dass die Entscheidung zu Folgerungen einlädt, die der 2. Senat ablehnt. Es geht um mehr. Es geht um Rechtssicherheit. Der Weg zu ihr führt über Regeln: die Regeln des Gesetzes und die Regeln, auf die man sich für dessen Anwendung geeinigt hat. Sie alle sind unvollkommen; schon deshalb, weil ihr Baustoff, die Sprache, unvollkommen ist. Aber nur, wer sich erkennbar bemüht, diese Regeln zu beachten und fortzuentwickeln, kann eine Entscheidung nachvollziehbar und vorhersehbar begründen. Hochschullehrer fügen hinzu: Und nur solche Entscheidungen sind lehr- und lernbar in einer Kultur des Wissens und Denkens. Die Alternative ist eine Unkultur des Auswendiglernens und der Stichwortsuche in Datenbanken.

---

<sup>41</sup> Siehe BT-Drs. 16/8442, S. 9, 12, 16 f., 18.