

Rechtliche Aspekte von Sterben und Tod

Einleitung

Sterben ist ein Prozess, der in einem Zustand, dem Tod, endet. In den Worten der bundesrätlichen Botschaft zum Transplantationsgesetz markiert der Tod den «Übertritt vom Sterben zur Desintegration».¹ Ausgangspunkt jeder rechtlichen Betrachtung ist die Feststellung von Fakten, an die sodann Rechtsfolgen geknüpft werden. Es liegt deshalb auf der Hand, dass im Recht vorwiegend auf den feststellbaren Zustand (Tod) und nicht auf den fließenden Prozess (Sterben) abgestellt wird. Wenn in der Folge die rechtlichen Aspekte von Sterben und Tod thematisiert werden, so liegt der Fokus perspektivenbedingt mehr auf den Rechtsfolgen des Todes als des Sterbens. Eine Ausnahme hiervon bildet immerhin § 30 des Zürcher Patientengesetzes,² wonach Sterbende Anrecht auf angemessene Behandlung und Begleitung haben und den Angehörigen eine würdevolle Sterbebegleitung und ein würdevolles Abschiednehmen von der verstorbenen Person ermöglicht wird.

Sterben und Tod liegen im Spannungsfeld zwischen Medizin, Ethik und Recht. Rechtlich ist dieser Bereich gezeichnet durch den Gegensatz von Selbstbestimmungsrecht und der staatlichen Pflicht, Leben zu schützen.³ Regelungen reichen von internationalen Konventionen,⁴ Standesordnungen,⁵ Richtlinien

1 Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, Bundesblatt (BBl) 2002 S. 88 (online: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/29.pdf>).

2 Patienbasf813.13).

3 BGE 133 I 58 E. 6: Aus der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK (Fn. 4) wird u. a. das Recht abgeleitet, über die Art und den Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden. Andererseits hat der Staat grundsätzlich die Pflicht, das Leben zu schützen (Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 2 EMRK), allerdings nicht gegen den ausdrücklichen Willen des urteilsfähigen Betroffenen; explizit auch Nationale Ethikkommission (NEK) im Bereich der Humanmedizin, Sorgfaltskriterien im Umgang mit Suizidbeihilfe, Stellungnahme 13/2006 (Oktober 2006), S. 3 (online: www.bag.admin.ch/nek-cne, Publikationen).

4 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101); Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin [Biomedizin-Konvention]; SR.0.810.2); Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2; Uno-Pakt II).

5 Standesordnung der FMH vom 12. Dezember 1996 (in der Fassung vom 29. Mai 2008; online: <http://fmh.ch/fmh.html>, rechtliche Grundlagen); international vgl. die Deklarationen des Weltärztebundes (World Medical Association/WMA) von Genf vom September 1948, von Helsinki vom Juni 1964 über Ethische Grundsätze für die medizinische Forschung am Menschen (publiziert: www.wma.net/e/policy/b3.htm) sowie World Medical Association, Medical Ethics Manual, 2nd edition, 2009 (online: http://www.wma.net/e/ethicsunit/pdf/manual/ethics_manual.pdf).

von Ärzteakademien⁶ und Stellungnahmen von Ethikkommissionen⁷ bis in die eidgenössische und kantonale Gesetzgebung hinein. Immer wieder wird in diesem Zusammenhang auch der nach dem griechischen Arzt Hippokrates von Kós (um 460–370 v. Chr.) benannte hippokratische Eid erwähnt. Dieser enthält unter anderem den Schwur, auch auf ausdrückliches Verlangen niemandem ein tödliches Medikament/Gift zu geben.⁸

Im Recht wurden Grenzfragen der Medizin in jüngerer Zeit vermehrt zum Gegenstand spezialgesetzlicher Erlasse gemacht (Transplantationsgesetz, Stammzellenforschungsgesetz, Biomedizin-Konvention, Heilmittelgesetz).⁹ Hierbei wurde der in der medizinethischen Literatur eingeleitete Wandel von einem paternalistisch-fürsorglichen Arzt-Patienten Verhältnis hin zu einem von Autonomie und Selbstverantwortung geprägten Umgang mit Patienten für das Recht nachvollzogen. Therapeutische und experimentelle Behandlungen am Anfang und während des Lebens sind mittlerweile umfassend geregelt. Gesetzliche Bestimmungen zu Sterben und Tod sind erst im Entstehen. Auch in diesem Bereich sind die SAMW-Richtlinien wegweisend.¹⁰

Tod und Sterben setzen notwendig menschliches Leben voraus. Zunächst wird deshalb auf den rechtlichen Schutz menschlichen Lebens eingegangen, sodann auf die exakte Eingrenzung des Todeszeitpunktes. Es ist zu erläutern, wie ein Todesfall rechtlich abgewickelt wird. Ein Schwerpunkt liegt auf den rechtlichen Aspekten selbstbestimmten Sterbens («Sterbehilfe»). Im Zusammenhang mit der Selbstbestimmung am Lebensende ist schließlich noch die «Patientenverfügung» zu thematisieren. Es folgt eine zusammenfassende Schlussbetrachtung.

6 Sämtliche aktuell gültigen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) sind publiziert unter: www.samw.ch (Rubrik: Richtlinien).

7 Die Stellungnahmen der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK) sind publiziert unter: www.bag.admin.ch/nek-cne, Publikationen. Die NEK ist eine beratende, unabhängige, außerparlamentarische Fachkommission. Sie wurde am 3. Juli 2001 vom Bundesrat eingesetzt. Nach Art. 1 der NEK-Verordnung (SR 810.113; www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.113.de.pdf) verfolgt sie Entwicklung der Wissenschaften über die Gesundheit und Krankheit des Menschen und ihrer Anwendungen. Sie nimmt zu den damit verbundenen gesellschaftlichen, naturwissenschaftlichen und rechtlichen Fragen aus ethischer Sicht *beratend* Stellung.

8 Griechischer Originaltext und Übersetzung auf: <http://www.uni-heidelberg.de/institute/fak5/igm/g47/bauerhip.htm>.

9 Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz; SR 810.21; www.admin.ch/ch/d/sr/c810_21.html); Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen (Stammzellenforschungsgesetz, StFG; SR 810.31; www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.31.de.pdf) vom 19. Dezember 2003; zur Biomedizin-Konvention vgl. Fn. 4; Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21; www.admin.ch/ch/d/sr/8/812.21.de.pdf).

10 Vgl. nur die SAMW Richtlinien zu den Patientenverfügungen (2009), zur Verwendung von Leichen und Leichenteilen in der medizinischen Forschung sowie Aus-, Weiter- und Fortbildung (2008), zu Reanimationsentscheidungen (2008), zur «Palliative Care» (2006), zur Betreuung von Patienten/-innen und Patienten am Lebensende (2004), zur Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten (2003), alle publiziert unter: www.samw.ch (Rubrik: Richtlinien).

Lebensschutz und Tod

Das menschliche Leben ist juristisch umfassend geschützt. Art. 10 Abs. 1 der Bundesverfassung garantiert jedem Menschen das Recht auf Leben. Ebenso garantiert Art. 2 Abs. 1 EMRK das Recht auf Leben. Art. 6 Abs. 1 des «UNO Pakts II» sichert jedem Menschen ein angeborenes Recht auf Leben, welches gesetzlich zu schützen ist. Diese allgemeinen menschenrechtlichen Lebensschutzgarantieren bedürfen der Konkretisierung. In der Folge wird der juristische Lebensschutz chronologisch aufgezeigt:

Das Fortpflanzungsmedizingesetz¹¹ unterwirft bereits die *imprägnierte Eizelle*, das heißt die befruchtete Eizelle vor der Kernverschmelzung¹² rechtlichem Schutz. So dürfen außerhalb des Körpers der Frau nur so viele imprägnierte Eizellen zu Embryonen entwickelt werden, als innerhalb eines Zyklus für die Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich sind; jedoch höchstens drei.¹³ Der *Embryo* darf außerhalb des Körpers der Frau nur so weit entwickelt werden, als dies für die Einnistung in der Gebärmutter unerlässlich¹⁴ ist. Nach Art. 17 Abs. 2 Fortpflanzungsmedizingesetz hat der Embryotransfer somit zum frühest möglichen Zeitpunkt zu erfolgen. Interessanterweise wird aber nach Art. 30 Abs. 1 Fortpflanzungsmedizingesetz erst bestraft, wer einen Embryo außerhalb des Körpers der Frau über den Zeitpunkt hinaus sich entwickeln lässt, in dem die Einnistung in der Gebärmutter *noch* möglich ist. Für die Strafbarkeit wird somit auf den spätest möglichen Transferzeitpunkt abgestellt.

Ebenso wie das Fortpflanzungsmedizingesetz schützt auch das Stammzellenforschungsgesetz Embryonen vor Missbräuchen.¹⁵ Als Embryo gilt die Frucht von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung.¹⁶ Der kernstrafrechtliche Schutz pränatalen Lebens nach Art. 118 f. des Strafgesetzbuchs (StGB) setzt mit der *Einnistung (Nidation)* der befruchteten Eizelle in der Gebärmutterschleimhaut ein.¹⁷ Vor der Mutter ist das werdende menschliche Leben aber erst nach Ablauf der 12. Woche seit Beginn der letzten Regel-

11 Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizin-gesetz, FMedG; SR 810.11; www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.11.de.pdf) vom 18. Dezember 1998.

12 Art. 2 lit. h Fortpflanzungsmedizingesetz (Fn. 11).

13 Art. 17 Abs. 1 Fortpflanzungsmedizingesetz (Fn. 11).

14 Art. 17 Abs. 2 Fortpflanzungsmedizingesetz (Fn. 11); vgl. auch CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 2. Auflage, Basel 2007 (nachfolgend Basler Kommentar StGB II), Vor Art. 111 N 1.

15 Wobei zu präzisieren ist, dass das Stammzellenforschungsgesetz (Fn. 9) sog. überzäh-lige, das heißt im Rahmen der In-vitro-Fertilisation erzeugte, jedoch nicht zur Herbei-führung einer Schwangerschaft verwendbare, Embryonen schützt (Art. 1 und Art. 2 lit. b); vgl. die Strafbestimmungen von Art. 24 f. a.a.O.

16 Art. 2 lit. a Stammzellenforschungsgesetz (Fn. 9); Art. 2 lit. i Fortpflanzungsmedizinge-setz (Fn. 11).

17 H.L., vgl. SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, Basler Kommentar StGB II (Fn. 14), Vor Art. 118 N 4 m.H.; TECHSEL/FINGERHUTH, Praxiskommentar Strafgesetzbuch, Zürich/St. Gallen 2008, Vor Art. 118 N 3.

blutung geschützt.¹⁸ In diesem Stadium der Schwangerschaft ist die Organentwicklung und damit die Embryonalphase bereits abgeschlossen.¹⁹ Der umfassende strafrechtliche Schutz werdenden menschlichen Lebens (auch vor der Mutter) setzt somit erst in der *Fötalphase* ein. Auch in dieser Phase nach der 12. Schwangerschaftswoche bleiben selbstverständlich die sozial und/oder medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbrüche nach Art. 119 Abs. 1 StGB möglich, um von der schwangeren Frau die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage abzuwenden. Die Gefahr muss umso größer sein, je fortgeschrittener die Schwangerschaft ist.²⁰

Nach Eintritt der Geburtswehen gilt der Fötus als Kind²¹ und hat somit am strafrechtlichen Schutz des Menschenlebens (Art. 111 ff. StGB) teil.²² Bei der natürlichen Geburt ist auf das Einsetzen der Eröffnungswehen, beim künstlich induzierten Geburtsvorgang auf den Zeitpunkt des ärztlichen Eingreifens abzustellen.²³ Der *zivilrechtliche* Persönlichkeitsschutz beginnt erst *nach* der vollendeten Lebendgeburt (Art. 31 Abs. 1 ZGB). Solange die Mutter noch unter dem «Einfluss des Geburtsvorgangs» steht, fällt die Tötung ihres Neugeborenen unter den (privilegierten) Tatbestand der Kindstötung (Art. 116 StGB).

Während des Lebens, das heißt ab Eintritt/Auslösung der Geburtswehen bis zum noch zu definierenden Todeszeitpunkt, ist jeder Mensch vor einer Tötung durch Dritte geschützt. Art. 111 StGB stellt die vorsätzliche, also die wissentliche und willentliche Tötung unter Strafe. Nach Art. 112 StGB werden skrupellose vorsätzliche Tötungen als Mord mit bis zu lebenslänglicher, jedoch mindestens 10-jähriger Freiheitsstrafe bestraft. Vorsätzliche Tötungshandlungen in entschuldbarer heftiger Gemütsbewegung oder unter großer seelischer Belastung gelten als Totschlag (Art. 113 StGB). Selbst eine Tötung auf ernsthaftes und eindringliches Verlangen des Betroffenen bleibt strafbewehrt (Art. 114 StGB).²⁴ Wer einen Menschen fahrlässig, also durch pflichtwidrige Unvorsicht tötet, wird nach Art. 117 StGB bestraft. Der Schutz vor Tötung ist nur ein Aspekt des umfassenden Schutzes menschlichen Lebens. Der Mensch wird darüber hinaus vor körperlichen, sexuellen und psychischen Beeinträchtigungen geschützt; das Recht gewährt ihm ferner persönliche Handlungsfreiheiten.²⁵

18 Art. 118 Abs. 3 und Art. 119 Abs. 2 StGB.

19 Mit Abschluss der Organogenese in der 8. Schwangerschaftswoche beginnt die Fötalperiode (ab der 9. Schwangerschaftswoche nach der Befruchtung bis zur Geburt; Quelle: <http://de.wikipedia.org/wiki/Fetus>).

20 Vgl. GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. Auflage, Bern 2009, Art. 119 N. 5–8

21 Vgl. hierzu Art. 116 StGB, welcher die Mutter, welche ihr «Kind» während der Geburt tötet, mit Strafe bedroht.

22 Im Detail SCHWARZENEGGER, Basler Kommentar StGB II (Fn. 14), Vor Art. 111 N 10 ff.

23 STRATENWERTH/WOHLERS (Fn. 20) Art. 111 N 1.

24 Dazu unten Ziff. 5 zur Sterbehilfe.

25 Vgl. etwa den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ff. ZGB); Art. 122 ff. StGB (Körperverletzungstatbestände); Art. 180 ff. StGB (Delikte gegen die Freiheit); Art. 187 ff. StGB (Sexualstrafrecht).

Die aufgezählten Tatbestände schützen nur Lebende. Nach dem Tod ist nur noch der menschliche Leichnam über Art. 262 StGB (Störung des Totenfriedens) vor Verunehrung geschützt.²⁶ Im Fall von Uwe Barschels Angehörigen gegen die deutsche Stern-Zeitung anerkannte das Bundesgericht etwas erweiternd, dass der strafrechtliche Persönlichkeitsschutz über den Tod hinaus, bis zur Beerdigung fortdaure.²⁷ Gegen einen postmortalen Persönlichkeitsschutz wird von der Lehre eingewandt, dass eine Rechtsträgerschaft von Toten, mangels Rechtssubjektivität, begrifflich undenkbar ist. Vielmehr geht es um den Andenkensschutz der Hinterbliebenen und/oder die Pietäts- und Tabuvorstellungen der Allgemeinheit.²⁸ Dies anerkennt auch das Bundesgericht. In einem Entscheid betreffend die Suizidbegleitung für einen 30-jährigen Franzosen und dessen 28-jährige Schwester durch den Verein DIGNITAS verwarf das Bundesgericht die «*deutsche Theorie des postmortalen Persönlichkeitsschutzes*». Mangels Rechtspersönlichkeit der Verstorbenen (Art. 31 Abs. 1 ZGB) konnte deshalb auch deren umfassend bevollmächtigter Vertreter keine Beschwerde in deren Namen führen.²⁹

Todeszeitpunkt

Da der Mensch nicht über seinen Tod hinaus *als Mensch* geschützt wird, ist entscheidend, ab welchem Zeitpunkt ein Mensch rechtlich als tot gilt.³⁰ Die Diskussionen um den juristisch relevanten *Todeszeitpunkt* wurden vor allem im Zusammenhang mit dem Erlass des Transplantationsgesetzes geführt. Zur Debatte standen der Herzkreislauftod und der sogenannte Hirntod. Gegen den Hirntod als relevantes Todeskriterium wurde angeführt, dass Hirntote aufgrund der (künstlich) aufrechterhaltenen Atmung intuitiv nicht als Leichen wahrgenommen würden. Vielmehr handle es sich beim Hirntod um ein nor-

26 FOLKA, Basler Kommentar StGB II (Fn. 14), Art. 262 N 5 ff.

27 BGE 118 IV 319 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Uwe Barschel war CDU-Politiker und Ministerpräsident von Schleswig-Holstein. Im Gefolge eines Bespitzelungs- und Verleumdungsskandals um die Landtagswahlen musste Uwe Barschel auf öffentlichen Druck hin am 2. Oktober 1987 zurücktreten. Neun Tage später wurde er von einem Journalisten (K.) und einem Fotografen der Stern Zeitung im Hotel Beau-Rivage in Genf tot in der Badewanne aufgefunden. Er starb an einer Medikamentenvergiftung. Das Foto des toten Uwe Barschel auf der Titelseite der Illustrierten Stern ging um die Welt. Die Angehörigen Barschels erhoben in der Folge Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs (Art. 186 StGB) und Störung des Totenfriedens (Art. 262 StGB). K. wurde der Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (Art. 179quater StGB) und des Hausfriedensbruchs für schuldig befunden. Eine Verurteilung nach Art. 262 StGB erfolgte nicht.

28 KURT SEELMANN, «Körperwelten» und Pietät – Der Umgang mit den Toten und die Würde der Lebenden, NZZ vom 4. Oktober 1999, S. 11; FOLKA, Basler Kommentar StGB II (Fn. 14), Art. 262 N 5; umfassend: PATRIZIA SCHMID, Organentnahmen an Verstorbenen – Rechtsgut und Rechtfertigung, Basel 2003.

29 BGE 129 I 302.

30 Zur Definitionsmacht über den Todeszeitpunkt umfassend: PASCAL LACHENMEIER, Der Tod im liberalen Staat, Basel 2008.

matives Todeskriterium, welches den Interessen der Transplantationsmedizin diene. Für diese sei ein Abstellen auf den Herzkreislauftod unzweckmässig, da sie auf «lebensfrische» Organe angewiesen ist. Eine Explantation ex mortuo ist nur bei ganz kurzem Durchblutungsstopp und dem damit einhergehenden Sauerstoffmangel («Ischämiezeit») erfolgversprechend.³¹ Aus diesem Grund werde der Hirntod als Todeskriterium propagiert.³²

Der Gesetzgeber ist dem Vorschlag des Bundesrates gefolgt und hat den Hirntod als relevanten Todeszeitpunkt festgesetzt.³³ Nach Art. 9 des Transplantationsgesetzes («Todeskriterium und Feststellung des Todes») ist ein Mensch tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschließlich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind (Abs. 1). Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Feststellung des Todes. Er legt insbesondere die klinischen Kriterien für einen irreversiblen Hirnausfall sowie die Anforderungen an die den Tod feststellenden Ärzte fest (Abs. 2). Hierzu verweist Art. 7 der Transplantationsverordnung³⁴ direkt auf die SAMW-Richtlinie zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen in der Fassung vom 24. Mai 2005. Darin werden die Todeskriterien aus medizinischer Sicht ausführlich erläutert. Ferner enthält die Richtlinie eine Checkliste zur Feststellung des Todes.³⁵

Noch offen ist bisher die Frage, ob der Hirntod als relevantes Todeskriterium rechtlich verallgemeinerbar ist, oder ob das Konzept des Hirntodes einzig im Rahmen der Transplantationsmedizin verwendet werden darf, wie dies das «PubliForum Transplantationsmedizin»³⁶ forderte. Belange der Rechtssicherheit und der Einheit der Rechtsordnung sprechen dafür, den vollständigen irreversiblen Funktionsausfall des Gehirns als alleiniges Todeskriterium anzuerkennen.

31 Zu den seltenen «Non-Heart-Beating Donors» vgl. Botschaft-Transplantationsgesetz (Fn. 1) S. 91 ff.

32 Zur Debatte um den Hirn- und den Herzkreislauftod umfassend: PASCAL LACHENMEIER, Der Tod im liberalen Staat – die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Basel 2008, S. 113 ff.; ferner Botschaft-Transplantationsgesetz (Fn. 1) S. 86 ff.

33 Vgl. Art. 9 Abs. 1 des bundesrätlichen Entwurfs zum Transplantationsgesetz (BBI 2002 S. 250; online: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/247.pdf>) mit der geltenden Fassung von Art. 9 Abs. 1 Transplantationsgesetz (Fn. 9).

34 Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen vom 16. März 2007 (Transplantationsverordnung; SR. 810.211; www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.211.de.pdf).

35 Vgl. SAMW-Richtlinie zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen in der Fassung vom 24. Mai 2005, S. 24 f.: Protokoll zur Feststellung des Todes wegen primärer Hirnschädigung oder hypoxischer Schädigung nach vorübergehendem Herz-Kreislaufstillstand.

36 Botschaft-Transplantationsgesetz (Fn. 1) S. 74 f.: Das PubliForum war eine «Konsensus-Konferenz» von Wissenschaft, Industrie, Politik, Betroffenen sowie der breiten Öffentlichkeit. 28 zufällig ausgewählte Personen, die bezüglich Sprachregion, Alter, Geschlecht und Beruf eine möglichst ausgeglichene Gruppe garantierten, bildeten das Bürgerpanel. Die Konferenz fand vom 24. bis 27. November 2000 statt.

Rechtliche Abwicklung von Todesfällen

Ist ein Mensch gestorben, so hat ein Arzt über den Verstorbenen eine Todesbescheinigung auszustellen. Nach § 6 Abs. 2 der heute noch geltenden Zürcher Bestattungsverordnung vom 7. März 1963³⁷ darf der Arzt die Todesbescheinigung nur aufgrund einer persönlichen Untersuchung des Toten ausstellen. Dass dies nicht selbstverständlich ist, zeigt der Fall eines Zürcher Assistenzarztes, der einen Totenschein über eine an einer Penicillin-Allergie verstorbene Patientin ausstellte, ohne eine Leichenschau vorgenommen zu haben.³⁸ Bei Verdacht auf gewaltsamen Tod, bei plötzlichem Tod oder bei nicht sicher erkennbarer Todesursache hat der Arzt unverzüglich die Polizei zu benachrichtigen.³⁹ Im eben erwähnten Penicillin-Allergiefall wurde der zuständige Klinikdirektor nach dem kantonalen Gesundheitsgesetz dafür gebüßt, den Vorfall nicht (rechtzeitig) gemeldet zu haben.⁴⁰ Im Gesundheitswesen tätige Personen haben außergewöhnliche Todesfälle, insbesondere solche zufolge Unfall, Delikt oder Fehlbehandlung einschließlich ihrer Spätfolgen sowie Selbsttötung unverzüglich der Polizei zu melden.⁴¹

Bei außergewöhnlichen Todesfällen («AgT»)⁴² veranlasst die Polizei die Leichenschau und erstattet dem Zivilstandsamt Anzeige.⁴³ Die Gemeinde bewilligt eine Feuerbestattung nur, wenn der die Todesursache feststellende Arzt bestätigt hat, dass der Tod aus einer natürlichen Ursache erfolgt ist. Wurde die Polizei benachrichtigt, ist die Feuerbestattung nur mit Einwilligung der Strafuntersuchungsbehörde zulässig.⁴⁴

Auch die neue Schweizer Strafprozessordnung regelt das Vorgehen bei außergewöhnlichen Todesfällen: Bestehen bei einem Todesfall Anzeichen für einen unnatürlichen Tod, insbesondere für eine Straftat, oder ist die Identität des Leichnams unbekannt, so ordnet die Staatsanwaltschaft zur Klärung der Todesart oder zur Identifizierung des Leichnams eine Legalinspektion durch

37 Verordnung des Kantons Zürich über die Bestattungen vom 7. März 1963 (Bestattungsverordnung; LS. 818.61).

38 Vgl. Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 3. Mai 2006 (Geschäfts-Nr. F-1/2006/3231 betreffend Assistenzarzt).

39 6 Abs. 3 Bestattungsverordnung (Fn. 37).

40 Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 3. Mai 2006 (Geschäfts-Nr. F-1/2006/3231, betreffend Klinikdirektor).

41 15 Abs. 3 lit. a des Gesundheitsgesetzes des Kantons Zürich vom 2. April 2007 (LS. 810.1); eingehend zu den Meldepflichten und -rechten bei Behandlungsfehlern eingehend U. ZOLLINGER/K. HARTMANN, Ärztliche Melderechte und Meldepflichten gegenüber der Justiz und Polizei, Schweizerische Ärztezeitung 2001, Nr. 26, S. 1384 ff.; weiter ANDREAS BRUNNER, Der fehlerhaft behandelnde Arzt in den Mühlen der Justiz – auch eine Illusion? in: Andreas Donatsch/Felix Blocher/Annemarie Hubschmid Volz (Hrsg.), Strafrecht und Medizin, Bern 2007, S. 48 ff.

42 Zur Definition außergewöhnlicher Todesfälle vgl. auch die Richtlinien der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für die Untersuchungsführung, Ziff. 33.2 (Stand: 1. Januar 2009; online: www.staatsanwaltschaften.zh.ch; Rubrik: Weisungen).

43 20 der Zivilstandsverordnung des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2004 (ZVO; LS 231.1).

44 23 Bestattungsverordnung (Fn. 37).

einen sachverständigen Arzt an. Bestehen nach der Legalinspektion keine Hinweise auf eine Straftat und steht die Identität fest, so gibt die Staatsanwaltschaft die Leiche zur Bestattung frei. Andernfalls ordnet die Staatsanwaltschaft die Sicherstellung der Leiche und weitere Untersuchungen durch eine rechtsmedizinische Institution, nötigenfalls die Obduktion an. Sie kann die Leiche oder Teile davon zurückbehalten, solange der Zweck der Untersuchung es erfordert.⁴⁵ Eine Exhumierung einer bestatteten Leiche oder die Öffnung einer Aschurne ist zulässig, wenn es zur Aufklärung einer Straftat nötig erscheint.⁴⁶ Weder die Legalinspektion noch die Obduktion ziehen indes ohne Weiteres die Eröffnung einer Strafuntersuchung nach sich. Eine solche ist erst einzuleiten, wenn sich die Anzeichen für ein Tötungsdelikt aufgrund dieser rechtsmedizinischen Vorabklärungen oder aus anderen Gründen verdichten.⁴⁷

Das Verfahren bei außergewöhnlichen Todesfällen ist somit klar und detailliert geregelt. Die praktische Schwierigkeit liegt jedoch oft darin, außergewöhnliche Todesfälle als solche zu erkennen. Dies setzt eine besondere Schulung und Fachkenntnis der Ärzte voraus, die für die Leichenschau und die Ausstellung des Totenscheins zuständig sind. Im Hinblick auf die Aufarbeitung möglicher Behandlungsfehler erscheint es ferner problematisch, dass der Totenschein auch vom behandelnden Arzt ausgestellt werden kann. In jüngerer Zeit wurde deshalb vermehrt gefordert, die Leichenschau zu professionalisieren und entsprechende Qualitätsstandards einzuführen. Im Sinne einer unabhängigen Kontrolle könnte die Ausstellung von Todesscheinen aus den Händen der behandelnden Ärzte genommen und spezialisierten Amtsärzten oder Gerichtsmedizinern überlassen werden.⁴⁸

«Sterbehilfe»

Zu den heikelsten rechtlichen Aspekten im Zusammenhang mit Sterben und Tod gehört sicherlich die Sterbehilfe.⁴⁹ Klassischerweise befasst sich das Strafrecht mit Tötungen und Verletzungen durch vom Opfer ungewollte Fremdeinwirkungen (z. B. fahrlässige Körperverletzung bei Autounfällen; Morde etc.). Bei der Sterbehilfe geht es um die rechtliche Erfassung selbstbe-

45 Art. 253 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO/CH) vom 5. Oktober 2007 (Referendumsvorlage; BBl 2007 S. 6977 ff.; www.admin.ch/ch/d/ff/2007/6977.pdf); in der (geltenden) Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 (StPO/ZH; LS 321) werden die Obduktion in § 118 StPO/ZH, die Bestattungsfreigabe in § 121 Abs. 1 StPO/ZH, die Leichenidentifizierung in § 120 StPO/ZH geregelt.

46 Art. 254 StPO/CH (Fn. 45); zur Exhumierung heute vgl. § 121 Abs. 2 StPO/ZH (Fn. 45).

47 22 Abs. 4 StPO/ZH (Fn. 45); Art. 309 Abs. 1 StPO/CH (Fn. 45); eingehend CORNELIA HÜRLIMANN, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, Zürich 2006, S. 152.

48 Zur Professionalisierung der Leichenschau vgl. BRUNNER, der fehlerhaft behandelnde Arzt (Fn. 41) S. 58 f.

49 Vgl. ANDREAS DONATSCH, die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe, recht 2000, Heft. 3, S. 141 ff.

stimmten Sterbens. Nachfolgend wird die in der Schweiz geltende Regelung kurz umrissen und anhand von praktischen Beispielen erläutert, bevor auf die organisierte Suizidhilfe eingegangen wird.

«Sterbehilfe» in der Schweiz

Zwei sich teilweise überschneidende Bereiche sind zu unterscheiden.⁵⁰ Der erste Bereich der eigentlichen Sterbehilfe (sog. «Hilfe beim Sterben») ist dadurch gekennzeichnet, dass tödlich erkrankten Personen mit einer sehr kurzen verbleibenden Lebenserwartung *beim* Sterben geholfen wird. Die (organisierte) Suizidhilfe⁵¹ betrifft heute vorwiegend den zweiten Bereich, in welchem Personen, deren Tod nicht unmittelbar bevorsteht, Hilfe *zum* Sterben angeboten wird. Sterbehilfe erfolgt meist im Kontext medizinischer Behandlungen und Interventionen am Lebensende. Suizidhilfe wird von Menschen in allen möglichen Lebens- und Leidenslagen in Anspruch genommen.⁵²

Die Bereiche überschneiden sich aber auch. Suizidhilfe kann auch Sterbehilfe sein. Dann nämlich, wenn einem Menschen, der im Sterben liegt, geholfen wird, sich selbst das Leben zu nehmen. Für die Abgrenzung entscheidend ist somit, ab welchem Zeitpunkt ein Mensch als sterbend gelten kann. Ohne diese Frage abschließend beantworten zu können, lässt sich von Sterbehilfe als «Hilfe beim Sterben» sinnvoll nur sprechen, wenn der Tod aufgrund einer infausten Prognose Tage, allenfalls wenige Wochen bevorsteht.⁵³ Je entfernter der sichere Tod, desto mehr wird aus der Hilfe beim Sterben eine Hilfe zum Sterben. Insofern lässt sich zwischen todesnaher und todesferner Suizidhilfe unterscheiden, wobei sich nur erstere mit dem Bereich der eigentlichen Sterbehilfe überschneidet.

50 Zur Abgrenzung vgl. ANDREAS BRUNNER, Graubereiche in der Sterbehilfe, in: Frank Petermann (Hrsg.), *Sterbehilfe im Fokus der Gesetzgebung*, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis IRP-HSG, St. Gallen 2009 (im Druck) Ziff. 1.; FRANK TH. PETERMANN, *Sterbehilfe: eine terminologische Einführung*, in: DERS. (Hrsg.), *Sterbehilfe – grundsätzliche und praktische Fragen*, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis IRP-HSG, St. Gallen 2006, S. 31 ff.; kritisch ANNEKATRIN HABICHT, *Sterbehilfe – Wandel in der Terminologie*, Frankfurt a.M. 2009, S. 31 ff.

51 Der in den NEK-Stellungnahmen (Fn. 84) und den SAMW Richtlinien (Fn. 83) verwendete Ausdruck «Suizidbeihilfe» unterscheidet sich inhaltlich nicht vom hier verwendeten Begriff «Suizidhilfe».

52 Vgl. etwa den bereits erwähnten BGE 129 I 302 (vgl. Fn. 29), in welchem ein rund 30-jähriges französisches Geschwisterpaar organisierte Sterbehilfe in Anspruch nahm. Nach eigenen Angaben litten sie seit ihrer Kindheit unter einer durch Medikamente unbeeinflussbaren Geisteskrankheit mit Ängsten und Verfolgungswahn.

53 So die Definition der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), *Medizinisch-ethischen Richtlinie zur Betreuung von Patienten/-innen und Patienten am Lebensende* vom 25. November 2004 (online: www.samw.ch, Richtlinien), wonach als Patienten am Lebensende Kranke gelten, bei welchen ein Prozess begonnen hat, der erfahrungsgemäß innerhalb von *Tagen oder einigen Wochen* zum Tod führt.

Innerhalb der Sterbehilfe ist weiter zu differenzieren: Bei der *passiven Sterbehilfe* geht es um das Sterbenlassen durch *Unterlassung* lebenserhaltender Maßnahmen.⁵⁴ Richtigerweise kann nur die Nichtaufnahme oder -weiterführung lebenserhaltender Maßnahmen als passive Sterbehilfe gelten. Wird die lebenserhaltende Maßnahme hingegen durch ein Tun (z. B. Abstellen der Beatmungsmaschinen) beendet, so liegt darin strafrechtsdogmatisch betrachtet eindeutig eine aktive Handlung.⁵⁵ Die *aktive Sterbehilfe* ist gekennzeichnet durch eine *Vornahme* einer Tötungshandlung durch den helfenden Dritten. Es werden wiederum zwei Konstellationen unterschieden: Die *direkt aktive Sterbehilfe*, bei der die aktive Lebensbeendigung das direkte Handlungsziel des Täters sein soll. Bei der *indirekt aktiven Sterbehilfe* soll die (beschleunigte) Herbeiführung des Todes die bloß indirekte «Nebenwirkung» einer palliativen Schmerzbehandlung von Patienten im Terminalstadium sein.

Auch die strafrechtliche Erfassung der Sterbehilfe und der Suizidhilfe ist unterschiedlich.⁵⁶ Sofern der Helfer die Tötung durch ein Tun oder Unterlassen bewirkt, fallen Sterbehilfemaßnahmen in den Anwendungsbereich der Tötungstatbestände von Art. 111–114 StGB. Die Suizidhilfe andererseits fällt unter Art. 115 StGB. Danach ist die «Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord» nur strafbar, wenn sie aus selbstsüchtigen Beweggründen erfolgt. Während *der Helfer* bei der Sterbehilfe eine Todesursache setzt (aktive Sterbehilfe) oder in einen tödlichen Kausalverlauf nicht rettend eingreift (passive Sterbehilfe), agiert er bei der Suizidhilfe als Zudiener. Die Tötungshandlung muss bei Art. 115 StGB durch den Sterbewilligen selbst vorgenommen werden. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist somit die Tatherrschaft.⁵⁷

Wie bereits erwähnt, lassen sich Sterbehilfemaßnahmen grundsätzlich unter die Tötungstatbestände von Art. 111 ff. StGB fassen. Dies gilt vor allem für die direkt aktive Sterbehilfe. Am eindeutigsten ist dies, wenn die Betroffenen den Tod gar nicht selbst wünschen, sondern auf eigene Initiative des Täters von

54 Vgl. hierzu Art. 17 der Standesordnung FMH (Fn. 5), wonach Ärzte – unter Vorbehalt des Willens von urteilsfähigen Patienten – auf lebensverlängernde Maßnahmen verzichten und sich auf die Linderung der Beschwerden beschränken, wenn ein Hinausschieben des unvermeidbaren Todes für die sterbende Person lediglich eine unzumutbare Verlängerung des Leidens bedeuten würde (Abs. 1). Die passive Sterbehilfe ist unter diesen Bedingungen erlaubt, hingegen ist die aktive Sterbehilfe mit der ärztlichen Ethik nicht vereinbar. Im übrigen gelten die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (Abs. 2).

55 So zu Recht SCHWARZENEGGER, Basler Kommentar StGB II (Fn. 14), Vor Art. 111 N 24 und PETERMANN (Fn. 50), S. 35; eingehend HABICHT, Sterbehilfe (Fn. 50), S. 145 ff., S. 160.

56 Guter Überblick bei KURT SEELMANN, Sterbehilfe: Die Rechtslage in der Schweiz, in: G. Brudermüller et al. (Hrsg.), Suizid und Sterbehilfe, Würzburg 2003, S. 135 ff. und bei BRIGITTE TAG, Sterbehilfe in Deutschland und in der Schweiz, in: Ethik im Kontinuum, Leipzig 2008, S. 268 ff.

57 SCHWARZENEGGER, Basler Kommentar StGB II (Fn. 14), Art. 115 N 6; STRATEN-WERTH/WOHLERS (Fn. 20) Art. 115 N 2; Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirks Dielsdorf (Kanton Zürich) vom 15. Dezember 2003 (Nr. GG030076) Ziff. 1.4. dazu unten Fall zu Fn 74.

«ihren Leiden befreit» werden.⁵⁸ Mangels explizitem Sterbewunsch der Betroffenen liegen solche Fälle freilich außerhalb der eigentlichen Sterbehilfe im Sinne einer selbstbestimmten Lebensbeendigung. Sofern die Fremdtötung jedoch auf eindringlichen Wunsch des Betroffenen erfolgt, ist Art. 114 StGB (Tötung auf Verlangen) anwendbar.⁵⁹ Rein dogmatisch betrachtet muss das Gesagte auch für die indirekt aktive Sterbehilfe gelten. Die am (zustimmungswürdigen) Ergebnis einer Rechtfertigung palliativmedizinischer Terminalbehandlungen orientierte Unterscheidung zwischen direkt und indirekt aktiver Sterbehilfe ändert nämlich nichts daran, dass es in der Sache jeweils um die aktive und kausale Herbeiführung eines Todeserfolges geht. Einig ist man sich heute lediglich darüber, dass die indirekt aktive Sterbehilfe nicht strafwürdig ist. Uneinigkeit herrscht jedoch zur Frage, wie sich ein Verfolgungs- oder Bestrafungsverzicht nach geltendem Recht begründen lässt.⁶⁰ Der Streit ist indes rein dogmatischer Natur. In der strafrechtlichen Praxis finden sich (noch) keine Fälle zu lebensverkürzenden Maßnahmen der Palliativmedizin.

Die passive Sterbehilfe erfüllt grundsätzlich den Tatbestand der Tötung durch Unterlassen, sofern der Täter aufgrund einer Garantenstellung (z. B. behandelnder Arzt) für das Weiterleben des Betroffenen verantwortlich ist (Art. 111 ff. und Art. 11 StGB). Hier lässt sich die Straflosigkeit dogmatisch ohne Weiteres begründen. Verweigert der Sterbewillige lebenserhaltende Maßnahmen, so können ihm keine Rettungseingriffe gegen seinen Willen aufgenötigt werden. Sein Recht auf Selbstbestimmung über seinen Körper wiegt in diesem Fall schwerer als die Pflicht zur Lebenserhaltung durch den Garanten. Letzterer würde sich mit einem eigenmächtigen Eingreifen gegen den expliziten Willen des Betroffenen sogar strafbar machen.⁶¹ Bei der aktiven Sterbehilfe ist die Situation umgekehrt. Hier will der Betroffene ein (aktives) Eingreifen. Nach der klaren gesetzgeberischen Entscheidung von Art. 114 StGB steht das Tötungsverbot in diesem Fall über dem Selbstbestimmungsrecht. Selbst ein «ernsthafte und eindringliches Verlangen» legitimiert die aktive Fremdtötung nicht.

Diese qualitative Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe reiht sich nahtlos in die auf IMMANUEL KANT zurückgeführte rechtsphiloso-

58 Vgl. den Luzerner «Todespfleger-Fall», in dem ein Pfleger über 20 Patienten «aus Mitleid» getötet haben wollte. Er wurde wegen siebenfachen Mordes (Art. 112 StGB) und 15-facher vorsätzlicher Tötung (Art. 111 StGB) zu lebenslänglichem Zuchthaus verurteilt (Urteil der II. Kammer des Obergerichts Luzern vom 3. Februar 2006; NR. 21 05 104); vgl. BRUNNER, Graubereiche (Fn. 50), Ziff. 2.4.

59 Vgl. dazu das Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirks Dielsdorf (Kanton Zürich) vom 15. Dezember 2003 (Nr. GG030076), Besprechung unten Ziff. 5.2.

60 Diskussionstand bei SCHWARZENEGGER, Basler Kommentar StGB II (Fn. 14), Vor Art. 111 N 25 und 26.

61 Art. 5 Abs. 1 Biomedizin-Konvention (Fn. 4); SCHWARZENEGGER, Basler Kommentar StGB II (Fn. 14), Vor Art. 111 N 22; zum eigenmächtigen Eingreifen vgl. MARC THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter – eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Basel 2004, S. 129 ff.

phische Pflichtenlehre ein.⁶² Die Pflicht, anderen nicht zu schaden, wiegt immer schwerer als die Pflicht, sich anderen solidarisch zuzuwenden. Übertragen auf die vorliegende Diskussion heißt dies, dass die Verletzung der Pflicht, andere nicht aktiv zu töten, gravierender ist, als die Verletzung der Pflicht, einem Menschen das Leben zu retten.

Die Frage, ob eine der erläuterten Formen der Sterbehilfe auch tatsächlich verfolgt und bestraft wird, hängt nebst der Einteilung in aktive und passive Tatbegehung hauptsächlich von zwei Faktoren ab. Erstens vom gesundheitlichen Zustand des Sterbewilligen und zweitens von seiner Urteilsfähigkeit⁶³. Bezüglich des Gesundheitszustands ist – wie oben bereits angetönt – zu unterscheiden zwischen Sterbewilligen in der Terminalphase einer unheilbaren Krankheit, die *Hilfe beim Sterben* beanspruchen und nicht mit infauster Prognose Erkrankten, die sterben wollen (sog. *Hilfe zum Sterben*). Solche kommt etwa in Betracht für Menschen mit schmerzhaften aber nicht tödlichen chronischen Leiden. Vereinfacht lässt sich sagen, dass je näher der unvermeidbare Tod ist, desto eher wird dem Sterbewunsch entsprochen und desto eher werden auch der Abbruch lebensverlängernder oder die Vornahme indirekt aktiver Sterbehilfemaßnahmen geduldet. Umgekehrt wird bei nicht infauster Prognose grundsätzlich⁶⁴ nur die Beihilfe zum Suizid toleriert. In beiden Fällen jedoch nur unter der Voraussetzung – und hier sind wir beim zweiten Faktor –, dass die lebensbeendende Maßnahme freiverantwortlicher Entscheidung entspringt. Der Sterbewillige muss hinsichtlich des Sterbewunschs urteilsfähig sein.⁶⁵ Auch in Bezug auf die Urteilsfähigkeit gilt jedoch, je «gesünder» der Betroffene und damit je ferner sein Tod, desto rigoroser sind die Anforderungen, welche an die Freiverantwortlichkeit seiner Sterbeentscheidung und die Abklärung seiner Urteilsfähigkeit gestellt werden. Andererseits lässt man bei äußerungsunfähigen Todkranken oder nicht mehr zu rettenden bewusstlosen Patienten teilweise auch deren bloß mutmaßliches Einverständnis mit der Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen genügen. Hier gilt die Umkehrung: je gravierender der Gesundheitszustand, desto eher kann der Entscheid auch von Dritten (fremd-)bestimmt werden.

62 Vgl. dazu KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Basel 2007, S. 104 m.w.H.; DERS. *Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, München 2004, S. 80 ff.; DERS., *Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen*, in: Knut Amelung et. al. (Hrsg.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie*, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, Heidelberg 2003, S. 865 f.

63 Zur Urteilsfähigkeit bezüglich des Sterbewunsches vgl. BRUNNER, *Graubereiche* (Fn. 50), Ziff. 2.1.

64 Zu den Spezialfällen (Tetraplegiker, Apalliker, Anenzephalie etc.) vgl. SCHWARZENEGGER, *Basler Kommentar StGB II* (Fn. 14), Vor Art. 111 N 20 m.H.

65 Eingehend Bundesgerichtsurteil 6B_48/2009 vom 11. Juni 2009, E. 2.1; dazu die prägnante Besprechung des «zweiten Basler Falls» von GUNTHER ARZT, *Sterbehilfe in der Grauzone*, *Recht* 4/2009, S. 140 f.; ferner NZZ vom 25. Juni 2009 Nr. 144, S. 17, «Vier Jahre unbedingt für Sterbehelfer».

Beispiele

Diese heiklen Unterscheidungen lassen sich am besten anhand praktischer Beispiele erläutern: Großes Aufsehen erregte der Fall der US-Amerikanerin **Terri Schiavo**, die eine durch Sauerstoffmangel ausgelöste schwere Gehirnschädigung erlitten hatte und sich in der Folge 15 Jahre lang in einem irreversiblen Wachkoma (Apallisches Syndrom) befand. Unter Berufung auf den oft geäußerten Wunsch Schiavos bei unheilbarer Krankheit nicht künstlich am Leben erhalten zu werden, ließ sich ihr Ehemann (letztlich erfolgreich) gerichtlich ermächtigen, die künstliche Ernährung abzubrechen.⁶⁶

Hier fehlte es an der Todesnähe. Es ging um Hilfe *zum* Sterben.⁶⁷ Die Entfernung einer Ernährungssonde ist richtigerweise als direkt aktive Sterbehilfebehandlung einzustufen⁶⁸. Interessant ist der Fall Schiavo vor allem deshalb, weil nicht auf eine unmittelbare Willensäußerung der Betroffenen abgestellt werden konnte. Vielmehr wurde der vollständig urteilsunfähigen Wachkomapatientin aufgrund früherer Äußerungen ein Einverständnis mit der lebensbeendenden Maßnahme unterstellt.⁶⁹ Inwiefern sich die Sterbehilfe insbesondere bei nicht unmittelbarer Todesnähe über die mutmaßliche Einwilligung des Komapatienten rechtfertigen lässt, ist lebhaft umstritten.⁷⁰ Die Kontroverse dreht sich um die alte Streitfrage, ob bei einer Rechtfertigung aufgrund mutmaßlicher Einwilligung ein Handeln in Übereinstimmung mit dem vermuteten Willen ausreichend ist, oder ob die Verletzungshandlung zusätzlich noch im objektiven Interesse des Betroffenen liegen muss.⁷¹ Auf die Frage, inwiefern

66 Zur Biografie von Terri Schiavo vgl.

http://www.dieterwunderlich.de/Terri_Schiavo.htm

67 Zum Ernährungsverzicht bei zerebral schwerst Geschädigten vgl. ANDREAS DONATSCH, Gilt die Pflicht zu ernähren bis zum Tode? Beurteilung der Fragestellung aus strafrechtlicher Sicht, Schweizerische Rundschau für Medizin/Praxis, Jg. 82, Nr. 38, Bern 1993, S. 1050 f.

68 Umstritten; für passive Sterbehilfe durch Unterlassen unter Zugrundelegung der Schwerpunkttheorie REHBERG/SCHMID/DONATSCH, Strafrecht III, 8. Auflage, Zürich 2003, S. 17; wie hier: SCHWARZENEGGER, Basler Kommentar StGB II (Fn. 14), Vor Art. 111 N 24 und PETERMANN (Fn. 50), S. 35 ff.

69 Insofern gleich gelagert war der Fall der Italienerin **Eluana Englaro**, die nach einem Autounfall während 17 Jahren in einem irreversiblen Wachkoma lag. Unter Berufung auf eine entsprechende Äusserung Englaros ersuchte ihr Vater um die gerichtliche Erlaubnis, die künstliche Ernährung einzustellen (vgl. THOMAS KOCH, Streitpunkt: PEG-Sonde, CNE.magazin 03/2009, S. 23 ff.). Die verfassungsgerichtliche Erlaubnis zur Ernährungseinstellung wurde schließlich gegen den Widerstand des Papstes und des italienischen Ministerpräsidenten durchgesetzt. Eluana Englaro starb am 9. Februar 2009.

70 Vgl. den «Kemptener Sterbehilfe Entscheid» des deutschen Bundesgerichtshofs in Strafsachen, BGH, NJW [1995] 204, 205; kritisch dazu REINHARD MERKEL, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten mit apallischem Syndrom, ZStW 107 [1995] 563 ff. und OLIVER TOLMEIN, Tödliches Mitleid – Kritische Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichtshofes im «Kemptener-Fall», KJ [1996] S. 520 ff.

71 Dazu KURT SEELMANN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Basel 2007, S. 65 f.; zur mutmaßlichen Einwilligung allg. vgl. THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen (Fn. 61), S. 13 f.; S. 32 f. und S. 122 f.

die Unterlassung lebenserhaltender Maßnahmen in Patientenverfügungen angeordnet werden können, ist zurückzukommen.⁷²

Das **Schweizerische Bundesgericht** hatte den Fall eines manisch Depressiven zu beurteilen, der sich von DIGNITAS in den Tod begleiten lassen wollte. Für die hierzu erforderlichen 15 Gramm Natrium-Pentobarbital (NaP) konnte kein ärztliches Rezept erhältlich gemacht werden. Er versuchte daraufhin vergeblich, einen Anspruch auf rezeptfreie NaP-Abgabe gerichtlich zu erstreiten. Zwar anerkannte das Bundesgericht, dass die Selbstbestimmung nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK das Recht umfasse, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden. Vom Recht auf den eigenen Tod zu unterscheiden sei aber der Anspruch auf Beihilfe zum Suizid seitens des Staates. Im Rahmen der Interessenabwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen und dem Lebensschutz, welcher gebiete, die Freiverantwortlichkeit des Sterbewillens durch die verschreibenden Ärzte überprüfen zu lassen, stehe es dem Staat frei, an der Rezeptpflichtigkeit von NaP festzuhalten.⁷³

Dieser Fall betrifft nicht die Sterbehilfe im engeren Sinn, sondern die (organisierte) Suizidhilfe. Der Betroffene wollte sich das Leben mittels NaP-Einnahme selbst nehmen. Es ging um einen Fall der Hilfe *zum* Sterben. Der an der bipolaren affektiven Störung leidende Bittsteller war nicht todkrank, sondern empfand sein schwer behandelbares Leiden schlicht als «menschenunwürdig». Verfassungsrechtlich zutreffend ist sicherlich, dass sich aus dem Recht auf Selbstbestimmung über das eigene Lebensende nicht ein Anspruch auf staatliche Suizidassistierung in Form rezeptfreier NaP-Abgabe ableiten lässt. Faktisch wird der Betroffene damit aber zur Umsetzung seines Suizidwunschs auf schmerzvollere und weniger sichere Methoden verwiesen. Der Entscheid äußert sich nicht darüber, ob der Sterbewillige nur deshalb kein NaP-Rezept erhältlich machen konnte, weil die Ärzte von einer krankheitsbedingten Einschränkung seiner Urteilsfähigkeit ausgingen oder deshalb, weil sie seinen Suizidwunsch mangels unmittelbarer Todesnähe (medizinisch) nicht nachvollziehen konnten. Im ersten Fall wäre die Verweigerung der NaP-Abgabe legitim, zumal der Sterbewunsch nicht einer freien, sondern einer diesbezüglich pathologischen Willensentscheidung entsprang. Lag der Rezeptverweigerung aber bloß die Missbilligung der Lebensmüdigkeit zugrunde, ohne dass die Urteilsfähigkeit des Sterbewilligen zweifelhaft gewesen wäre, so läge darin eine paternalistische Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts, die sich mit einem ernstgemeinten Recht auf Autonomie am Lebensende nur schwer in Einklang bringen lässt.

72 Ziff. 6 unten.

73 BGE 133 I 58; Zu den konfligierenden Interessen vgl. BRUNNER, Graubereiche (Fn. 50), Ziff. 2.

Das **Bezirksgericht Dielsdorf** hatte den Fall einer Winterthurerin zu beurteilen, bei der ein bösartiger Bauspeicheldrüsentumor in fortgeschrittenem Stadium diagnostiziert wurde. Aufgrund der infausten Prognose entschied sich die Frau für eine Freitodbegleitung durch eine Suizidhilfeorganisation. Infolge eines krebsverlaufsbedingten Magenverschlusses war ihr die orale Nahrungsaufnahme nicht mehr möglich. Das NaP sollte daher mittels Infusion verabreicht werden. Der Hausarzt der Frau setzte die Infusion. Der Freitodbegleiter spritzte das NaP durch den offenen «Dreiweghahn» in die laufende Infusion, worauf die Frau verstarb. Der Vertreter der Organisation wurde wegen Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB) zu einer 10-tägigen bedingten Gefängnisstrafe verurteilt.⁷⁴

Angesichts der fortgeschrittenen Krebserkrankung ging es vorliegend wohl eher um eine Hilfe beim Sterben. Die Freiverantwortlichkeit des Sterbewunsches stand außer Diskussion. Das NaP gelangte nicht durch eine Handlung der Sterbewilligen (z. B. Öffnen des Infusionsschlauchs) in ihren Körper. Vielmehr wurde es ihr vom Sterbehelfer direkt eingespritzt. Mangels Tatherrschaft über die Selbsttötung ging das Gericht deshalb zu Recht von einer verlangten Fremdtötung in der Form direkt aktiver Sterbehilfe aus.

Organisierte Suizidhilfe

Insbesondere die organisierte Suizidhilfe durch Vereine wie EXIT oder DIGNITAS war in der Vergangenheit wiederholt Gegenstand lebhafter Diskussionen. Viele Graubereiche harren noch der Klärung.⁷⁵ Klar geregelt ist derzeit einzig die Verschreibung von Natrium-Pentobarbital (NaP). Dieses früher als Schlafmittel verwendete Medikament fällt unter die Heil- und Betäubungsmittelgesetzgebung und untersteht der Rezeptpflicht.⁷⁶ Gegenüber anderen Sterbehilfemethoden hat die Verschreibungspflicht den Vorteil, dass vorgängige ärztliche Konsultationen stattzufinden haben.⁷⁷

74 Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirks Dielsdorf (Kanton Zürich) vom 15. Dezember 2003 (Nr. GG030076).

75 BRUNNER, Graubereiche (Fn. 50), Ziff. 3; zu «Grauzonen bezüglich der Urteilsfähigkeit» vgl. ARZT (Fn. 65).

76 Gemäß BGE 133 I 58 Ziff. 4.1 ist Natrium-Pentobarbital ein abhängigkeiterzeugender psychotroper Stoff (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 1 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe [BetmG; SR 812.121; www.admin.ch/ch/d/sr/8/812.121.de.pdf]; Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 12. Dezember 1996 des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe [BetmV-Swissmedic; SR 812.121.2; www.admin.ch/ch/d/sr/8/812.121.2.de.pdf]), das zudem als Wirkstoff in einigen wenigen zugelassenen Arzneimitteln (Anästhetika) dient. In der Heilmittelgesetzgebung ist es der Abgabekategorie B zugeteilt (Abgabe auf ärztliche oder tierärztliche Verschreibung hin; Art. 24 der Arzneimittelverordnung vom 17. Oktober 2001 [VAM; SR 812.212.21; www.admin.ch/ch/d/sr/8/812.212.21.de.pdf]).

77 Nach Art. 26 Abs. 2 Heilmittelgesetz (Fn. 9) darf ein Arzneimittel nur verschrieben werden, wenn der Gesundheitszustand des Patienten bekannt ist.

Fraglich ist, ob die Bestimmungen zur Rezeptpflichtigkeit sich überhaupt eignen, die Suizidhilfe zu regeln. Die Heilmittelgesetzgebung dient dem Schutz der Gesundheit und soll dazu beitragen, dass die in Verkehr gebrachten Heilmittel ihrem Zweck entsprechend und maßvoll verwendet werden.⁷⁸ Gerade der oben referierte Bundesgerichtsentscheid⁷⁹ lässt Zweifel daran aufkommen, ob die auf Lebens- und Gesundheitsschutz ausgerichtete Heilmittelgesetzgebung im Kontext der Sterbehilfe überhaupt sinnvoll angewendet werden kann. Will man das Recht auf Selbstbestimmung über den eigenen Tod ernst nehmen, so erscheint fraglich, inwieweit man Sterbewillige unter Berufung auf das Heilmittelgesetz vor sich selbst schützen kann und muss. Die entscheidenden Fragen beantworten die Bestimmungen zur Rezeptpflichtigkeit nicht: Welche «Sterbeindikationen» werden akzeptiert? Welches Maß an Urteilsfähigkeit⁸⁰ wird diesbezüglich gefordert und wie kann die Freiverantwortlichkeit dieser Entscheidung überprüft werden? Es muss die Frage beantwortet werden, ob Lebensmüde im Rahmen eines freiverantwortlichen Bilanzsuizids organisierte Sterbehilfe unter Verwendung von NaP sollen in Anspruch nehmen können.

Um in diesem heiklen Bereich die Abläufe zu standardisieren und Transparenz zu schaffen, hat die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich am 7. Juli 2009 mit EXIT eine **Vereinbarung über die organisierte Suizidhilfe** geschlossen.⁸¹ Darin werden die Art und Weise der Durchführung der Suizidbegleitung, die Überprüfung der Urteilsfähigkeit des Sterbewilligen sowie der Freiverantwortlichkeit seines Sterbewunsches, die Dokumentation der Sterbebegleitung sowie die ausschließliche Verwendung von Natrium-Pentobarbital als Sterbemittel festgehalten. Ferner verpflichtet sich EXIT freiwillig zur Offenlegung und Transparenz hinsichtlich Organisation und finanzieller Mittel.⁸²

78 Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b Heilmittelgesetz (Fn. 9).

79 BGE 133 I 58.

80 Die Abstufung der Urteilsfähigkeit widerspricht auf den ersten Blick dem traditionellen juristischen «Schwarz-Weiss»-Verständnis der Urteilsfähigkeit: Entweder ist jemand urteilsfähig oder nicht. Praktisch tritt die Urteilsfähigkeit jedoch in allen möglichen Schattierungen auf. In der neueren medizinrechtlichen Gesetzgebung wird diesem Umstand Rechnung getragen, indem schon oder noch vorhandene Bestimmungsfähigkeiten mitberücksichtigt werden müssen (Art. 6 Abs. 2 und 3 Biomedizin-Konvention [Fn. 4], zur Urteilsfähigkeit als «Schwellenkonzept» THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen [Fn. 61], S. 2 f.). Dass im Bereich des selbstbestimmten Sterbens auch Abstriche bei der Urteilsfähigkeit gemacht werden, ergibt sich nur schon daraus, dass man in Extremsituationen auch ein bloß mutmaßliches Sterbeeinverständnis des Urteilsunfähigen genügen lässt (vgl. Fall Schiavo, oben Ziff. 5.2).

81 Die Vereinbarung ist publiziert unter: www.staatsanwaltschaften.zh.ch (Rubrik: Aktuelles); zur Frage der verwaltungsrechtlichen Zulässigkeit der Vereinbarung vgl. ANDREAS ABEGG, in: NZZ vom 25. Juli 2009.

82 Vgl. Medienmitteilung der Oberstaatsanwaltschaft vom 10. Juli 2009 (online: www.staatsanwaltschaften.zh.ch; Rubrik: Medienmitteilungen).

Die Vereinbarung zu den Sorgfaltskriterien im Umgang mit Suizidhilfe bewegt sich im Spannungsfeld zwischen den Richtlinien der SAMW zur Betreuung von Patienten am Lebensende,⁸³ den Richtlinien der Nationalen Ethikkommission (NEK) zum Umgang mit Suizidbeihilfe,⁸⁴ und der Rechtsprechung.⁸⁵ Die Geltungsbereiche der beiden außergesetzlichen Regelungswerke divergieren. Die SAMW-Richtlinie betrifft nur Patienten am Lebensende: «*Damit sind Kranke gemeint, bei welchen der Arzt aufgrund klinischer Anzeichen zur Überzeugung gekommen ist, dass ein Prozess begonnen hat, der erfahrungsgemäß innerhalb von Tagen oder einigen Wochen zum Tod führt*».⁸⁶ Die NEK-Stellungnahme schränkt die Suizidhilfe nicht in diesem Sinne auf *Sterbende* ein. Gefordert wird ein krankheitsbedingtes, schweres Leiden. Hierzu gehören auch Leiden, die in Folge von Unfall oder schwerer Behinderung entstehen.⁸⁷ Nach der Vereinbarung vom 7. Juli 2009 ist «schweres Leiden» eine der Zulässigkeitsvoraussetzungen. Suizidhilfe ist nur zu gewähren, wenn der Suizidwunsch aus einem schweren, krankheitsbedingten Leiden heraus entstanden ist. Der Begriff der Krankheit ist weit auszulegen und umfasst zum Beispiel auch Leiden infolge eines Unfalls oder einer schweren Behinderung.⁸⁸ Damit dürfte die oben gestellte Frage beantwortet sein: Bei bloßer Lebensmüdigkeit steht die organisierte Suizidhilfe mittels NaP nicht zur Verfügung.⁸⁹

Die Organisationen Human Life International (KMI) Schweiz, die Vereinigung katholischer Ärzte der Schweiz (VKAS) sowie die Schweizerische Gesellschaft für Bioethik (SGBE) haben beim Bundesgericht Beschwerden erhoben gegen die Vereinbarung der Zürcher Oberstaatsanwaltschaft und EXIT⁹⁰.

Die Vereinbarung mit EXIT hat die Debatte um die Sterbehilfe neu entfacht. Hierbei wurde – außerhalb der *organisierten* Suizidhilfe – auch die Frage aufgeworfen, inwiefern die Beihilfe zum Suizid als Bestandteil ärztlicher Tätigkeit anzuerkennen sei. Als Befürworter plädierte Franco Cavalli dafür, dass Suizidhilfe – ähnlich wie bei den niederländischen und belgischen Regelungen zur

83 Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Medizinisch-ethischen Richtlinie zur Betreuung von Patienten/-innen und Patienten am Lebensende vom 25. November 2004 (www.samw.ch, Richtlinien).

84 Nationale Ethikkommission (NEK) im Bereich der Humanmedizin: 1. «Beihilfe zum Suizid», Stellungnahme Nr. 9/2005 (verabschiedet 27. April 2005); 2. Sorgfaltskriterien im Umgang mit Suizidbeihilfe, Stellungnahme 13/2006 (Oktober 2006); beide online: www.bag.admin.ch/nek-cne, Publikationen.

85 Ziff. 4.1 der Vereinbarung vom 7. Juli 2009; zur Rechtsprechung vgl. etwa BGE 133 I 58 und Bundesgerichtsurteil 6B_48/2009 vom 11. Juni 2009.

86 SAMW-Richtlinie zur Betreuung am Lebensende (Fn. 83), II. Ziff. 1 («Geltungsbereich»).

87 Vgl. die NEK-Stellungnahme 13/2006 (Oktober 2006), Sorgfaltskriterien im Umgang mit Suizidbeihilfe (Fn. 84) Ziff. 4.2.

88 So explizit Ziff. 4.2 (schweres Leiden) der Vereinbarung vom 7. Juli 2009.

89 Vgl. bereits BRUNNER, Graubereiche (Fn. 50), Ziff. 2.3.4; auch die NEK spricht sich in ihrer Stellungnahme 13/2006 (Oktober 2006), Sorgfaltskriterien im Umgang mit Suizidbeihilfe (Fn. 84), S. 4, bei Personen mit bloß «lebensverneinender Haltung» mit überzeugenden Argumenten für den Vorrang der Fürsorge vor der Autonomie aus.

90 Tagesanzeiger vom 12. September 2009, S. 17.

aktiven Sterbehilfe – tendenziell nur noch durch Ärzte soll geleistet werden dürfen.⁹¹ Der Präsident der Zentralen Ethikkommission der SAMW, Christian Kind, lehnt es stellvertretend für die Gegnerschaft ab, die Suizidbeihilfe und die Tötung auf Verlangen als Teil der ärztlichen Tätigkeit zu definieren.⁹² Ersterer argumentiert, das Dogma, wonach Ärzte nur einen Heilauftrag hätten, sei veraltet. Vielmehr gehöre «heutzutage auch das Sterben in den Kompetenzbereich der Ärzte». Kind bringt dagegen vor, dass «Handlungen, die das Sterben erleichtern», wozu er die passive und die indirekt aktive Sterbehilfe zählt, klar zu den ärztlichen Aufgaben gehören. Keinesfalls jedoch «Handlungen, die das Sterben absichtlich herbeiführen», wie die Suizidhilfe, die (aktive) Tötung auf Verlangen und die Tötung ohne Verlangen.

Die ablehnende Stellungnahme gibt aus juristischer Sicht zu klärenden Bemerkungen Anlass: Es ist begrifflich verwirrend, die Suizidhilfe als «Handlung, die das Sterben absichtlich herbeiführt» mit der Tötung auf Verlangen auf eine Stufe zu stellen. Bei der Suizidhilfe dürfen es begriffsnotwendig gerade keine Handlungen des Arztes sein, die den Tod herbeiführen. Auch das Abstellen auf die zugrunde liegende Absicht führt nicht weiter. Rechtlich ist es allenfalls für die Strafzumessung, nicht aber für die Strafbarkeit an sich relevant, ob mit dem Verzicht auf lebenserhaltende und dem Ergreifen palliativmedizinischer Maßnahmen die Absicht verfolgt wird, Leiden zu lindern.⁹³ Entscheidend ist einzig der Vorsatz. Also ob den Ärzten bewusst ist, mit dem Maßnahmenverzicht oder der palliativen Schmerzlinderung den Tod des Betroffenen herbeizuführen resp. zu beschleunigen und sie diese Folge zumindest in Kauf nehmen.

Nach den Richtlinien der SAMW zur Betreuung am Lebensende ist die Beihilfe zum Suizid nicht Teil der ärztlichen Tätigkeit, weil sie den Zielen der Medizin widerspricht. Andererseits ist die Entscheidung, im Einzelfall Beihilfe zum Suizid zu leisten, als solche zu respektieren. In jedem Fall hat der Arzt das Recht, Suizidbeihilfe abzulehnen.⁹⁴

Die Forderung des Befürworters, Franco Cavalli, Suizidhilfe nur noch durch Ärzte leisten zu lassen, geht über das geltende Recht hinaus. Heute darf jedermann Suizidhilfe leisten. Alleinige Voraussetzung ist die Uneigennützigkeit (Art. 115 StGB). Einzig die Suizidhilfe mittels NaP ist faktisch in ärztlicher Hand. Dieses Mittel darf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch zu Suizidhilfefzwecken nur auf Verschreibung hin abgegeben werden.⁹⁵ Wollte man aber jegliche Suizidhilfe der Ärzteschaft vorbehalten, bedürfte dies einer Neuregelung.

91 FRANCO CAVALLI, Suizidbeihilfe sollten nur Ärzte leisten dürfen, NZZ am Sonntag vom 9. August 2009, Nr. 32, S. 15.

92 Vgl. dazu die Stellungnahme des Präsidenten der Zentralen Ethikkommission der SAMW, CHRISTIAN KIND, das Sterben erleichtern, aber nicht herbeiführen, in: NZZ am Sonntag vom 16. August 2009, Nr. 33, S. 15.

93 Ebenso SCHWARZENEGGER, Basler Kommentar StGB II (Fn. 14), Vor Art. 111 N 25.

94 SAMW-Richtlinie zur Betreuung von Patienten/-innen und Patienten am Lebensende vom 25. November 2004 (online: www.samw.ch, Richtlinien) Ziff. 4.1.

95 BGE 133 I 58.

Die exklusive ärztliche Zuständigkeit wäre *eine* Möglichkeit, die Suizidhilfe im Rahmen einer Neuregelung zu professionalisieren. Eine andere bestünde darin, generelle Qualitäts- und Mindeststandards für Sterbehelfer aufzustellen.

Die Anerkennung oder Ablehnung der Suizidhilfe als Teil der ärztlichen Arbeit ist primär eine Frage des standesinternen Selbstverständnisses der Ärzteschaft, die auf die juristische Einschätzung keinen Einfluss hat. Unbestrittenermaßen fällt die Betreuung Sterbender zu einem Großteil medizinischem Fachpersonal zu. Dass diese Betreuung auch Hilfe beim Sterben im Sinne passiver und indirekt aktiver Sterbehilfe beinhaltet, anerkennt auch die diesbezüglich skeptische Ärzteschaft. Vor diesem Hintergrund muss zumindest die Suizidhilfe an (unmittelbar) Sterbende ebenfalls zu den ärztlichen «Handlungen, die das Sterben erleichtern» gezählt werden. Die heutige Medizin befasst sich zunehmend mit Menschen, die ohne unmittelbar mit dem Tod bedroht zu sein, krankheits- oder unfallbedingt schwer leiden. Für die Zukunft ist zu erwägen, auch die Suizidhilfe an diese im Sinne der NEK-Stellungnahme⁹⁶ schwer Leidenden als Bestandteil ärztlicher Tätigkeit anzuerkennen.

Patientenverfügung

Vollkommen unbestritten ist heute, dass Patienten über die Vornahme resp. Unterlassung medizinischer Eingriffe in Eigenverantwortung entscheiden. Die Einwilligung ist aus rechtlicher Sicht das Kernstück des modernen Arzt – Patienten Verhältnisses. War dieses früher von zuweilen paternalistischer Fürsorge des Arztes für den Patienten geprägt, so steht der Patient nach heutigem Verständnis als autonome Person mit dem Arzt auf Augenhöhe. Nicht der Arzt entscheidet für den Patienten, sondern der Patient – nach umfassender Aufklärung – in Selbstverantwortung für sich. Fehlt einem Patienten die Fähigkeit zu selbstverantwortlicher Entscheidung, so geht die Entscheidungsmacht nicht einfach zurück an den Arzt, sondern über an einen als «Treuhandler» agierenden Vertreter des Betroffenen. Der Vertreter ist vom Arzt aufzuklären und hat dem Eingriff stellvertretend für den Betroffenen zuzustimmen.⁹⁷ Bei Personen, die aufgrund von Alter oder Krankheit nicht mehr selber entscheiden können, standen früher vormundschaftliche Maßnahmen im Vordergrund. Heute geht der Trend eindeutig weg von staatlicher Fürsorge hin zu privater Vorsorge. Der noch urteilsfähige Patient soll in erster Linie selber entscheiden, was im Fall einer späteren Urteilsunfähigkeit geschehen oder unterbleiben soll. In zweiter Linie sollen seine Vertrauenspersonen oder Angehörigen entscheiden.⁹⁸

96 Vgl. die NEK-Stellungnahme 13/2006 (Oktober 2006), Sorgfaltskriterien im Umgang mit Suizidbeihilfe (Fn. 84) Ziff. 4.2.

97 Zur stellvertretenden Einwilligung THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen (Fn. 61), S. 1 ff.

98 Vgl. hierzu MARC THOMMEN, Medizinischer Standard und experimentelle Heilmitteltherapie – Rechtliche und ethische Fragen bei der Heilmittelforschung an Urteilsunfähigen, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät der Yeditepe Universität Istanbul et. al. (Hrsg.), Ethik und Recht im Bereich der Gesundheit, Tagungsband zum internationalen Symposium vom 17.–19. April 2008 in Istanbul/Türkei, Istanbul 2009, Ziff. 4.2 ff., S. 242.

Der schweizerische Gesetzgeber hat die Zeichen der Zeit erkannt und das alte Vormundschaftsrecht durch ein modernes Erwachsenenschutzrecht ersetzt.⁹⁹ An erster Stelle steht hierbei die private Vorsorge. Personen sollen für den Fall ihrer Entscheidungsunfähigkeit vorsorgen und ihre Wunschvertreter sowie deren Kompetenzen selbstständig regeln können. In Art. 370 revZGB wird die Patientenverfügung erstmals bundesgesetzlich verankert: Eine urteilsfähige Person kann in einer Patientenverfügung festlegen, welche medizinischen Maßnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit billigt oder ablehnt (Abs. 1). Sie kann auch eine natürliche Person bezeichnen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die medizinischen Maßnahmen mit den behandelnden Ärzten besprechen und in ihrem Namen entscheiden soll. Sie kann dieser Person Weisungen erteilen (Abs. 2).¹⁰⁰ Die SAMW hat diese gesetzliche Neuerung zum Anlass genommen, um Richtlinien zu Patientenverfügungen zu erlassen.¹⁰¹

Die Neuregelung ist zu begrüßen.¹⁰² Das neue schweizerische Erwachsenenschutzrecht dürfte auch international wegweisend sein.¹⁰³ Gleichwohl bestehen noch diverse Ungewissheiten. Ungeklärt ist beispielsweise das Verhältnis der Patientenverfügung zum Vorsorgeauftrag. Nach Art. 360 revZGB kann eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten. Während die Patientenverfügung auf die vorweggenommene Regelung *medizinischer* (Not-)Situations im Fall einer späteren Urteilsfähigkeit abzielt, können mit dem Vorsorgeauftrag alle sich bei späterer Urteilsfähigkeit stellenden Belange (insbesondere auch finanzielle) einer Vertrauensperson übertragen werden. Der allgemeine

99 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Änderung vom 19. Dezember 2008, BBl 2009 S. 141 (Referendumsvorlage; nachfolgend: revZGB; www.admin.ch/ch/d/ff/2009/141.pdf), die Referendumsfrist ist am 16. April 2009 unbenutzt abgelaufen. Nach Auskunft von Natascia Nussberger, Rechtsanwältin beim Bundesamt für Justiz, werden die revidierten Bestimmungen voraussichtlich am 1. Januar 2013 in Kraft treten. Allgemein zur Revision des (alten) Vormundschaftsrechts: www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft.html.

100 Art. 370 des bundesrätlichen Entwurfs zum Erwachsenenschutzrecht (Patientenverfügung) wurde in der parlamentarischen Debatte diskussionslos angenommen: Amtliches Bulletin Ständerat 2007, S. 831, Sitzung vom 27. September 2007; Amtliches Bulletin Nationalrat 2008, S. 1518, Sitzung vom 2. Oktober 2008).

101 Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Medizinisch-ethische Richtlinie – Patientenverfügungen vom 19. Mai 2009 (www.samw.ch, Richtlinien).

102 Kritisch im Detail CHRISTOPHER GETH/MARTINO MONA, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht: Verbindlichkeit, mutmaßlicher Wille oder objektive Interessen?, ZSR 2009/I, S. 157 ff.

103 Vgl. auch das am 18. Juni 2009 verabschiedete und voraussichtlich am 1. September 2009 in Kraft tretende deutsche Änderungsgesetz zum Betreuungsrecht: Im neuen § 1901a BGG wird eine Patientenverfügung definiert als die schriftliche Festlegung eines einwilligungsfähigen Volljährigen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (vgl. den Gesetzesentwurf auf: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/084/1608442.pdf>).

Vorsorgeauftrag unterliegt den qualifizierten Formvorschriften eines Testaments, während die Patientenverfügung lediglich schriftlich abzufassen und zu unterschreiben ist.¹⁰⁴ Die Regelungen überschneiden sich aber auch: So kann die Patientenverfügung in den Vorsorgeauftrag integriert werden.¹⁰⁵ Andererseits kann auch in der Patientenverfügung eine Vertrauensperson für vertretungsberechtigt erklärt werden. Man hätte sich daher ohne Weiteres auf ein Vorsorgeinstrument beschränken können. Dies ist wohl deshalb unterblieben, weil in Art. 370 des Vorentwurfs zum Erwachsenenschutzrecht¹⁰⁶ mit dem «Vorsorgeauftrag für medizinische Maßnahmen» noch zusätzlich ein kombiniertes Instrument vorgesehen war. Auf berechtigte Kritik hin wurde die Kombinationsvariante fallengelassen,¹⁰⁷ ohne jedoch gleichzeitig ein einheitliches Vorsorgeinstrument für alle Belange zu schaffen.

Unabhängig von der rechtlichen Gestaltung als Patientenverfügung oder Vorsorgeauftrag können Gesundheitsbelange in zwei Formen geregelt werden: Zu unterscheiden sind *inhaltliche* Anweisungen zu gewünschten und/oder abgelehnten Eingriffen von *personellen* Verfügungen zur Delegation von Entscheidungsbefugnissen oder zur Überwachung von inhaltlichen Wünschen an eine Vertrauensperson. Inhaltlich kann mit einer Patientenverfügung einerseits das *Einverständnis* mit bestimmten Eingriffen erklärt werden. So kann sich eine Person beispielsweise vorab bereit erklären, an Forschungsuntersuchungen zu Demenzerkrankungen teilzunehmen.¹⁰⁸ Über den Tod hinaus kann ferner das Einverständnis mit Organentnahmen verfügt werden.¹⁰⁹ Die Patientenverfügung kann somit auch Organspendeausweis sein.¹¹⁰ Andererseits kann aber auch angeordnet werden, bestimmte Eingriffe zu *unterlassen*. Praktische Bedeutung haben eingriffsverweigernde Patientenverfügungen etwa für Zeugen Jehovas, die für den Fall ihrer unfallbedingten Bewusstlosigkeit sichergehen wollen, kein Blut transfundiert zu erhalten.¹¹¹ Im vorliegenden Kontext von

104 Nach Art. 361 revZGB ist der Vorsorgeauftrag eigenhändig schriftlich abzufassen oder öffentlich zu beurkunden. Für das Testament: Art. 505 Abs. 1 ZGB; zu den Formvorschriften der Patientenverfügung vgl. Art. 371 revZGB.

105 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBI 2006 S. 7031.

106 Der Vorentwurf vom Juni 2003 zum neuen Erwachsenenschutzrecht ist publiziert auf: www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormund-schaft.Par.0001.File.tmp/entw-zgb-d.pdf.

107 Botschaft Erwachsenenschutz (Fn. 104) S. 7031; Kritik bei MAX BAUMANN, Vorsorgeauftrag für medizinische Maßnahmen und Patientenverfügung, Zeitschrift für Vormundschafswesen [ZVW] 2005, S. 59 ff.

108 Zu den «Forschungsverfügungen» THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen (Fn. 61), S. 61 ff.

109 Art. 8 Transplantationsgesetz (Fn. 9).

110 SAMW Richtlinie – Patientenverfügungen (Fn. 100) Ziff. 4.4.4.

111 Zu diesen «Transfusionsvetos» THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen (Fn. 61), S. 30 ff.

Sterben und Tod interessieren aber vor allem Patientenverfügungen, in denen lebenserhaltende oder verlängernde Maßnahmen abgelehnt werden.¹¹²

Verbreitet ist etwa der Wunsch, nicht über «Maschinen und Schläuche künstlich am Leben» gehalten zu werden.¹¹³ Es ist zentral, solch vage Wunschvorstellungen in Patientenverfügungen zu konkretisieren. Es macht einen großen Unterschied, ob die künstliche Flüssigkeitszufuhr eine temporäre postoperative Behandlungsmaßnahme oder eine langandauernde Intervention (z. B. bei zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten) darstellt. In den Richtlinien wird deshalb nahegelegt, die unterschiedlichen Situationen in Beratungsgesprächen anzusprechen.¹¹⁴ Die Lebenssituation und Wertvorstellungen des verfügenden Patienten sollen eruiert und allenfalls eine «Vertretungsperson» bezeichnet werden.¹¹⁵ Mit der Ersetzung des bisher geläufigen Terminus «Vertrauensperson» durch «Vertretungsperson» soll wohl zu Ausdruck gebracht werden, dass nicht zwingend eine Vertrauensperson (z. B. Angehörige) zur vertretungsberechtigten Person gemacht werden muss. Die Vertretungsbefugnis kann auch einer Fachperson übertragen werden, um Angehörige vor schweren Entscheiden zu entlasten.

Weitgehend ungeklärt war bisher auch die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen.¹¹⁶ Art. 372 Abs. 2 revZGB bestimmt, dass Patientenverfügungen zu entsprechen ist. Es sei denn, sie verstießen gegen gesetzliche Vorschriften. Mit dem Gesetz unvereinbar soll gemäß der parlamentarischen Debatte die aktive Sterbehilfe sein.¹¹⁷ Richtig daran ist, dass eine (aktive) Tötung nach Art. 114 StGB selbst auf ernsthaftes und eindringliches Verlangen hin strafbar bleibt. Bei genauerer Betrachtung ist mit der angeordneten Unbeachtlichkeit gesetzeswidriger Patientenverfügungen nicht viel gewonnen: So wäre es widersprüchlich, die aktive Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen etwa bei Apallikern gestützt auf deren mutmaßlichen Willen (Fälle Schiavo und Englaro),¹¹⁸ nicht aber gestützt auf eine explizite Patientenverfügung zu akzeptieren. Eine selbst verfasste Patientenverfügung stellt gegenüber einem bloß

112 Eingehend KATHRIN REUSSER, *Patientenwille und Sterbebeistand : eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung*, Zürich 1994, S. 176 ff.; GETH/MONA (Fn. 101), ZSR 2009/I, S. 160 ff.; BRIGITTE TAG, *Sterbehilfe in Deutschland und in der Schweiz*, in: *Ethik im Kontinuum*, Leipzig 2008, S. 279 ff.

113 Vgl. den Fall Terri Schiavo oben Ziff. 5.2; ferner den dort bereits erwähnten «Kempener Fall» – BGH Urteil vom 13. September 1994 (BGHSt 40, 257 ff. = NJW 1995, 204 f), indem die künstliche Ernährung einer irreversibel schwerst zerebral geschädigten 70-jährigen Frau eingestellt werden sollte. Das mutmaßliche Einverständnis mit dem Behandlungsabbruch wurde abgestützt auf eine frühere Äußerung der Betroffenen. Anlässlich einer Fernsehsendung zu einen Pflegefall mit Gliederversteifung und Wundliegen hatte sie erklärt, so nicht enden zu wollen.

114 SAMW Richtlinie – Patientenverfügungen (Fn. 100) Ziff. 5.

115 SAMW Richtlinie – Patientenverfügungen (Fn. 100) Ziff. 4.3.

116 Zur Verbindlichkeit im neuen Recht grundlegend GETH/MONA (Fn.101), ZSR 2009/I, S. 163 ff.

117 Vgl. Votum vom Ständerat FRANZ WICKI, *Amtliches Bulletin Ständerat 2007*, S. 831, Sitzung vom 27. September 2007.

118 Zum Fall Schiavo vgl. oben Fn. 66 passim; zum Fall Englaro Fn. 69.

unterstellten mutmaßlichen Willen ein klares Plus an autonomer Entscheidung dar. Hier besteht noch Klärungsbedarf.

Patientenverfügungen sind nach Art. 372 Abs. 2 revZGB ferner unbeachtlich, wenn zweifelhaft ist, ob sie (noch) dem Patientenwillen entsprechen.¹¹⁹ Zweifel daran, dass aufgrund einer freien Willensentscheidung verfügt wurde oder das Verfügte im Eingriffszeitpunkt noch dem Willen des Betroffenen entspricht, müssen aufgrund konkreter Anhaltspunkte (z. B. Wandel in der Lebensanschauung) begründet werden.¹²⁰ Auf keinen Fall darf von der bloßen Unvernünftigkeit oder Unnachvollziehbarkeit des Verfügtens auf die Urteilsunfähigkeit des Anordnenden oder die Unfreiwilligkeit des Angeordneten geschlossen werden.¹²¹ Patientenverfügungen haben gerade dort ihre Bedeutung, wo das subjektiv Gewünschte vom objektiv Gebotenen abweicht. Wer das paternalistische «over-ruling» von Patientenverfügungen im «wohlgemeinten» Betroffeneninteresse zulässt, der missachtet genau die autonome Entscheidung, deren Respektierung mit der Verfügung abgesichert werden sollte. In der Theorie gilt deshalb für Patientenverfügungen: Wille vor Wohl. In der Praxis bleibt nur insofern Spielraum, dem objektiven Betroffenenwohl Rechnung zu tragen, als die konkrete Eingriffssituation in der Patientenverfügung nicht hinreichend klar antizipiert wird. Auch hierbei ist Zurückhaltung geboten. Wesensgemäß müssen künftige Eingriffssituationen abstrakt vorweggenommen werden. Man kann deshalb an Patientenverfügungen nicht die gleich rigiden Informations- und Aufklärungsanforderungen stellen wie an die normale Eingriffseinwilligung. Patientenverfügungen sind unter Betonung des Autonomie- und nicht des Fürsorgeprinzips auszulegen.¹²²

Soweit die Patientenverfügung mangels hinreichender Konkretisierung nicht als vollwertiger Einwilligungersatz fungieren kann, kommen die neuen Bestimmungen über die Vertretung Urteilsunfähiger zur Anwendung. Der behandelnde Arzt hat den Vertretungsberechtigten und soweit möglich auch den betroffenen Urteilsunfähigen umfassend über die Chancen und Risiken aufzuklären. Gemeinsam ist ein Behandlungsplan aufzustellen.¹²³ Auszugehen ist dabei vom mutmaßlichen Willen des Betroffenen, welcher nicht zuletzt auch anhand der Patientenverfügung erschlossen werden kann. Mit dieser

119 Hierzu GETH/MONA (Fn. 101), ZSR 2009/I, S. 171 f.

120 Zu diesen «Willensänderungen» eingehend SAMW Richtlinie – Patientenverfügungen (Fn. 100), Ziff. 9.

121 Dies ergibt sich bei genauer Lektüre auch aus Art. 16 revZGB (BBI 2009, S. 171), wonach als urteilsfähig gilt, wem nicht wegen Kindesalters, geistiger Behinderung, psychischer Störung oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, *vernunftgemäß* zu handeln. Vernunftgemäß bedeutet nicht, dass der Entscheid (objektiv) vernünftig ist, sondern lediglich, dass er vom Betroffenen (subjektiv) «gemäß», d. h. unter Gebrauch seiner Vernunft getroffen wurde.

122 THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen (Fn. 61), S. 61 ff.

123 Art. 377 revZGB (Behandlungsplan); Art. 378 revZGB (vertretungsberechtigte Personen).

interaktiven Entscheidungsfindung zwischen dem Betroffenen, Ärzten und Angehörigen wird die Idee des «*negotiated consent*» erstmals für das schweizerische Recht umgesetzt.¹²⁴

Die Praxis wird viele Fragen noch beantworten müssen. Erstreckt sich die Personenvorsorge im Vorsorgeauftrag automatisch auch auf medizinische Belange? Inwieweit können Angehörige für den betroffenen Urteilsunfähigen entscheiden? Was gilt bei Konflikten zwischen mehreren Entscheidungsberechtigten? Was bei sich widersprechenden Patientenverfügungen? Allen Ungewissheiten zum Trotz zielt das neue Erwachsenenschutzrecht, in welchem die private Autonomie konsequent über die staatliche Fürsorge gestellt wird, in die richtige Richtung.

Schlussbetrachtungen

Von Papst Johannes XXIII ist der Ausspruch überliefert: «Oft an den Tod zu denken ist auch eine Art, sich mehr des Lebens zu freuen».

In der jüngsten Vergangenheit hat sich der schweizerische Gesetzgeber schwierigen Fragen zu Leben und Tod angenommen. Im Rahmen der Gesetzgebung zur Fortpflanzungsmedizin und zur Stammzellenforschung hat er sich mit dem Beginn des menschlichen Lebens und dessen Schutz auseinandergesetzt. Der Tod stand im Transplantationsgesetz zur Debatte. Mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht wurden die Voraussetzungen geschaffen, um über medizinische Entscheidungen am Lebensende selbst zu bestimmen.

Was noch fehlt, ist die eine Regelung zum selbstbestimmten Sterben. Hierzu sollte sich der Gesetzgeber demnächst Gedanken machen. Gerade im Recht muss die Auseinandersetzung mit Sterben und Tod deshalb am Leben erhalten werden.

124 Vertieft zum «*negotiated consent*» THOMMEN, in: Recht und Ethik (Fn. 97) Ziff. 4.3, S. 243 ff.