

Christian Schwarzenegger/ Makoto Ida (Hrsg.)

Autonomie am Lebensende – Kultur und Recht

Die aktuelle Diskussion in der Schweiz und in Japan

DIKE 

© 2018 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-977-6
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung
gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum 6 Monate nach Erschei-
nen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröf-
fentlichen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2018 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03751-977-6

www.dike.ch

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
MAKOTO IDA	
Selbsttötung und Selbstbestimmung im Sterben Eine Problemskizze aus japanischer Perspektive	1
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER	
Verfassungsrechtliche Aspekte der Sterbehilfe und die Konsequenzen für das Strafrecht	9
KATSUNORI KAI	
Entscheidungen am Lebensende in Japan	25
BRIGITTE TAG	
Lebensende – Sterbehilfe und assistierter Suizid in der Schweiz	43
MAKOTO IDA	
Der aktuelle Stand der Diskussion über die Sterbehilfe in Japan	59
SHINTARO KOIKE	
Strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe in Japan	75
GIAN EGE	
Die Rechtfertigung der indirekt aktiven Sterbehilfe Einwilligung in eine nicht einwilligungsfähige Handlung?	89

KANAKO TAKAYAMA

**Über die Problematik der «Advance Directives»
in Japan**

Patientenverfügung und ärztliche Behandlung am Lebensende 125

Anhang

**Tribunal de police du district de Boudry, Jugement
du 6 décembre 2010**

135

Verzeichnis der Autoren

149

Strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe in Japan

Shintaro Koike

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	75
II.	Direkte aktive Sterbehilfe	77
	A. <i>Tōkai</i> Uni-Klinik Fall: Landgericht <i>Yokohama</i> Urteil v. 1995	77
	B. Die heutige Bewertung	79
III.	Behandlungsabbruch (Passive Sterbehilfe)	80
	A. <i>Tōkai</i> Uni-Klinik Fall: Landgericht <i>Yokohama</i> Urteil v. 1995 (<i>obiter dictum</i>)	80
	B. <i>Kawasaki-Kyodo</i> -Klinik-Fall: Oberster Gerichtshof Beschluss v. 2009	81
	C. Dogmatische Analyse	83
	D. «Leitlinien über den Entscheidungsprozess in der Sterbebegleitung» vom Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Soziales (2007)	86

I. Einleitung¹

Zum Begriff der Sterbehilfe gehören die direkte aktive, die indirekte und die passive Sterbehilfe. In der ersten Hälfte des Beitrages (II.) werde ich mich mit der direkten aktiven Sterbehilfe befassen, die als gezielte Tötung eines Patienten gilt, um dessen Wunsch zu erfüllen, sich von unerträglichen Schmerzen zu befreien. Während früher über die direkte aktive Sterbehilfe am häufigsten diskutiert wurde, hat mittlerweile diese Problematik wegen der Entwicklung der Schmerztherapie an praktischer Bedeutung verloren. Stattdessen stösst die passive Sterbehilfe, unter der man überwiegend einen Behandlungsabbruch durch den Arzt versteht, auf grösseres Interesse. Bei dieser Handlung, die den

¹ Es handelt sich um eine überarbeitete Fassung meines Vortrages, der am 28. November 2013 im Symposium «Sterbehilfe und Suizidbeihilfe aus internationaler Perspektive» an der Universität Zürich gehalten wurde. Auf Quellenangaben japanischsprachiger Fachliteratur wird weitgehend verzichtet. Zum Thema vgl. auch *Makoto Ida*, Fragen der Sterbehilfe im japanischen Strafrecht, in: Dieter Dölling/Volker Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2002, S. 383 ff.

klinischen Alltag von *terminal care* prägt, geht es aus strafrechtlicher Sicht darum, ob und unter welchen Bedingungen sich ein Arzt wegen Tötungsdelikten strafbar macht, wenn er eine für die Lebensverlängerung erforderliche Massnahme wie künstliche Ernährung oder Beatmung nicht einleitet bzw. einstellt. Dieser Problembereich wird in der zweiten Hälfte (III.) behandelt.²

Davor aber wird das System der Tötungsdelikte im japanischen StGB kurz dargestellt: Die Herbeiführung des Todes eines Patienten durch Sterbehilfe erfüllt entweder den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung (§ 199 jap. StGB)³ oder den der Tötung auf Verlangen bzw. mit Einverständnis (§ 202 2. Halbsatz jap. StGB), je nachdem, ob dies dem konkreten Willen des Getöteten entspricht oder nicht. Weil § 202 1. Halbsatz jap. StGB auch Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord allgemein unter Strafe stellt, macht die normative Umwertung, die den aktiven Tatbeitrag leistende Person unter Berücksichtigung der Initiative des Getöteten nicht als Täter, sondern als Gehilfen darzustellen, im japanischen Recht keinen Sinn. Nach überwiegender Auffassung handelt es sich bei der strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe um die Rechtfertigung, die auch im Folgenden im Mittelpunkt steht.

² Die indirekte Sterbehilfe bezeichnet ärztliche Verabreichung von Medikamenten, die zur Schmerzbekämpfung bestimmt sind, aber als unbeabsichtigte Nebenwirkung den Todeseintritt des Patienten beschleunigen. Auf die in ihr steckenden theoretischen Probleme kann hier nicht eingegangen werden. Die Praxis geht ganz überwiegend von ihrer weitgehenden Straflosigkeit aus.

³ Diese Vorschrift stellt den universalen Tatbestand der vorsätzlichen Tötung dar, für den ein breiter Strafrahmen von einer fünfjährigen Freiheits- bis zu einer Todesstrafe gilt. Bei Anwendung des § 66 jap. StGB, mit dem das Gericht die Untergrenze des Strafrahmens nach Ermessen halbieren darf, kann bei der Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung auch eine bedingte Strafe verhängt werden.

II. Direkte aktive Sterbehilfe

A. *Tôkai* Uni-Klinik Fall: Landgericht *Yokohama* Urteil v. 1995

Japanische Gerichte nehmen stets die *theoretische* Möglichkeit der Rechtfertigung aktiver Sterbehilfe an, obwohl es bislang kein Urteil gibt, das im konkreten Fall davon Gebrauch machte.⁴

⁴ Lange Zeit galt als Grundsatzentscheidung das Urteil des Obergerichts Nagoya vom 22.12.1962. In diesem Fall klagte der Patient, der sich nach einer Hirnblutung ohne Aussicht auf Besserung in einer Hemiplegie, also halbseitigen Lähmung, befand, über heftige Schmerzen und forderte seinen Sohn wiederholt auf, ihn bald sterben zu lassen. Der Sohn, der diese Situation nicht länger aushalten wollte, tötete anlässlich des ärztlichen Befundes, dass der Patient nicht länger als zehn (weitere) Tage zu leben habe, den Vater mithilfe von Agrarpestizid vergifteter Milch. Das Obergericht Nagoya als zweite Instanz nannte hierbei die folgenden sechs Voraussetzungen: (1) Der Kranke muss an einer nach Kenntnisstand und Kunst der modernen Medizin unheilbaren Krankheit leiden und sein Tod muss unmittelbar bevorstehen. (2) Die Schmerzen des Kranken müssen so erheblich sein, dass niemand dessen Anblick zugemutet werden kann. (3) Die Tat muss ausschliesslich zum Zwecke der Beseitigung der Todesschmerzen des Kranken erfolgen. (4) Es muss ein ernsthaftes Verlangen oder die Einwilligung des Kranken vorliegen, soweit dieser noch bei klarem Bewusstsein und äusserungsfähig ist. (5) In der Regel soll die Massnahme durch einen Arzt durchgeführt werden, es sei denn, dass besondere Umstände dafür vorliegen, die dies unmöglich erscheinen lassen. (6) Die Art und Weise der Tötung muss auch unter sittlichen Gesichtspunkten akzeptabel sein. In diesem konkreten Fall wurden zwar die Voraussetzungen (1) bis (4) vom Obergericht bejaht, jedoch (5) und (6) verneint. Dies führte dazu, dass der Angeklagte wegen Tötung auf Verlangen (§ 202 jap. StGB) zu einer Bewährungsstrafe verurteilt wurde.

Charakteristisch für die vom Obergericht Nagoya aufgestellten Voraussetzungen ist einerseits, dass die Unerträglichkeit der Schmerzen des Patienten aus der Sicht einer anderen Person abzuschätzen ist, andererseits, dass die Einwilligung des Patienten nur insoweit verlangt wird, als er noch äusserungsfähig ist. Diesem Urteil lag also die heute als überholt angesehene Auffassung zugrunde, dass es für die Rechtfertigung der Sterbehilfe nicht auf den Wunsch des Patienten, sondern darauf ankommt, dass die durch Altruismus motivierte Tat aus humanistischer Sicht als nicht so schlimm bewertet wird.

Dieser Ansicht nach ist es für die Rechtfertigung von Bedeutung, dass die Tat auch bei beobachtenden Dritten keinen «grausamen Eindruck» erwecken darf. Dieses Urteil hatte in Japan über 30 Jahre lang einen grossen Einfluss auf die Gerichtspraxis. Innerhalb dieses Zeitraums hat es einige Entscheidungen auf erstinstanzlicher Ebene gegeben, die von gleichen oder ähnlichen Voraussetzungen ausgingen. Bei all diesen Fällen, in denen die Gerichte die Rechtfertigung der Tötungshandlung ablehnten, ging es um die aktive Sterbehilfe durch einen Angehörigen des Patienten.

Das erste Urteil, das die Rechtfertigung der aktiven Sterbehilfe *durch einen Arzt* behandelte, war das Urteil des Landgerichts *Yokohama* vom 28.3.1995 (*Tôkai Uni-Klinik Fall*). Der Angeklagte, der erst seit zwei Wochen bei der Klinik der *Tôkai* Universität arbeitete, schätzte die verbleibende Lebenszeit seines Krebspatienten auf einige Tage bis zu einer Woche. Der junge Arzt nahm auf Wunsch der Angehörigen des Patienten erstens die Tropfeninjektion sowie den Blasen-katheter ab und verabreichte ihm darüber hinaus ein eventuell lebensverkürzendes Beruhigungsmittel, um dessen Atembeschwerden zu lindern. Der Sohn des Patienten beschwerte sich jedoch heftig darüber, dass der Vater trotz ärztlicher Massnahmen doch noch schwer atmete («Was machen Sie denn? Er atmet noch, nicht wahr? Machen Sie es schon!»). Unter dem Druck des Sohnes entschloss sich der Angeklagte dazu, dem Patienten Kaliumchlorid zu spritzen.

In diesem Fall erhob der Staatsanwalt Anklage gegen den Arzt wegen vorsätzlicher Tötung (§ 199 jap. StGB). Zum Gegenstand dieser Anklage wurde lediglich die letzte direkte Tötungshandlung, also das Spritzen von Kaliumchlorid, gemacht. Das Landgericht *Yokohama* sah die Grundlagen der Rechtfertigung im «Rechtsgedanken des Notstandes, nach dem als alternativloses Mittel zur Befreiung von Schmerzen das Leben geopfert werden darf, und in der Lehre vom Selbstbestimmungsrecht, wonach diese Entscheidung der Selbstbestimmung des Patienten überlassen wird» und stellte die folgenden vier Voraussetzungen auf:

- (1) Der Patient muss an unerträglichen körperlichen Schmerzen leiden.
- (2) Der Tod des Patienten ist nicht vermeidbar und steht unmittelbar bevor.
- (3) Alle möglichen Massnahmen zur Beseitigung oder Eindämmung der Schmerzen wurden ergriffen und es gibt keine Alternative mehr.
- (4) Es muss eine explizite Willensäußerung des Patienten vorliegen, mit der er in dessen Lebensverkürzung einwilligt.

Das Gericht verurteilte den Angeklagten wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen (1), (2) und (4) zu einer Bewährungsstrafe, denn der Patient war (bei Einleitung der lebensverkürzenden Massnahmen) bereits bewusstlos und somit nicht mehr in der Lage, Schmerzen zu spüren, worüber die Angehörigen aber nicht informiert waren.

Unter den vom LG *Yokohama* geforderten Voraussetzungen ist vor allem charakteristisch, dass eine explizite Willensäußerung des Patienten *ohne Vorbehalt* erforderlich ist, was das Gericht wie folgt begründete: «Weil es hierbei um eine

direkt zur Lebensverkürzung führende Entscheidung geht, ist eine Willens-
 äusserung zum Zeitpunkt der Massnahme zu verlangen. Anders als bei der in-
 direkten Sterbehilfe [...] genügt ein mutmasslicher Wille nicht.»

B. Die heutige Bewertung

Der Grundgedanke des Urteils vom LG *Yokohama* entspricht der Mehrheitsmeinung im japanischen Schrifttum. Seit den 1970er Jahren mehren sich nämlich Meinungen, die grossen Wert auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten legen. Dieser Ansicht nach solle bei einem unmittelbar bevorstehenden Tod die (bewusste) Entscheidung des Patienten, nicht an einer qualvollen Restlebenszeit festzuhalten und sich eher von Schmerzen zu befreien, respektiert werden. Es wird von den heutigen Vertretern dieser Ansicht ausgeführt, dass die Grenze zwischen der (weitgehend als legale Behandlung anerkannten, lebensverkürzenden) indirekten Sterbehilfe und der direkten aktiven Sterbehilfe in der Tat so fließend sei, dass die Möglichkeit der Rechtfertigung auch bei der letzten Version nicht auszuschliessen sei.⁵

Ungeachtet dessen, dass die Überzeugungskraft dieser Argumentation in letzter Zeit immer wieder in Frage gestellt wird,⁶ hat der Streit um die *theoretische* Möglichkeit der Rechtfertigung allerdings mittlerweile an *praktischer* Relevanz verloren. Im Bewusstsein der überwiegenden Mehrheit der japanischen Ärzte stellt die aktive Sterbehilfe keine ernst zu erwägende Option dar. Bezüglich der Voraussetzungen des Landgerichts *Yokohama*, insbesondere der «Alternativlosigkeit», sind sich viele Autoren darüber einig, dass die vollständige Erfüllung dieses Kriteriums wegen der Entwicklung der Schmerztherapie fast unvorstellbar geworden ist. Die Kunst der Sedierung ist mittlerweile so weit entwickelt, dass eine Tötung zur Beseitigung von Schmerzen nicht mehr alternativlos erscheint.

⁵ Z.B. *Atsushi Yamaguchi*, *Keihō Sōron* [Strafrecht Allgemeiner Teil], 3. Aufl. 2016, S. 179.

⁶ Z.B. *Satoko Tatsui*, *Chiryō fukaishi/chūshikōi no keihōteki hyōka* [Strafrechtliche Beurteilung des Nichteintritts und Abbruchs von Behandlung], *Hōgaku Kenkyū*, Nr. 86, 2009, S. 91 weist darauf hin, dass bei einer aktiven direkten Sterbehilfe eine Rechtfertigung *als (ärztliche) Behandlung* auszuschliessen sei, weil es am erforderlichen Behandlungszweck fehle. Vgl. auch *Makoto Ida*, *Sairon-Syūmatsuki Iryō to Keihō* [Wieder zur Terminal Care und Strafrecht], *Machino Saku Sensei Koki Kinen Keijihō-Ijinhō no aratana Tenkai Gekan* [Festschrift für Saku Machino zum 70. Geburtstag 2. Band], 2014, S. 133.

III. Behandlungsabbruch (Passive Sterbehilfe)

A. *Tôkai* Uni-Klinik Fall: Landgericht *Yokohama* Urteil v. 1995 (*obiter dictum*)

Vor diesem Hintergrund wurde seit der Jahrhundertwende der Schwerpunkt der Diskussion um die Sterbehilfe verlagert: der Behandlungsabbruch stösst auf vermehrtes Interesse.

Hier ist wiederum vom Urteil des LG *Yokohama* von 1995 auszugehen. In diesem Fall machte der Staatsanwalt lediglich das Spritzen von Kaliumchlorid zum Prozessgegenstand. Das Gericht aber bewertete in seiner Urteilsbegründung als *obiter dictum* auch die vorangehende Abnahme der Tropfeninjektion und des Blasenkatheters mit langen strafrechtlichen Ausführungen. Diese Handlung erfülle nämlich den Tatbestand der (versuchten) Tötung und es gehe um die Rechtfertigung des erlaubten Behandlungsabbruchs. Die Grundidee und die vom Urteil aufgezeigten Voraussetzungen können wie folgt zusammengefasst werden:

- (1) Der Behandlungsabbruch ist unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, und zwar aufgrund der Theorie des Selbstbestimmungsrechts, nach der die Entscheidung eines Patienten respektiert werden solle, sinnlose Behandlungen abzulehnen und dadurch in Würde zu sterben, sowie aufgrund der Grenze der ärztlichen Behandlungspflicht.
- (2) Die grundsätzlichen Voraussetzungen seien zum einen, dass der Patient an einer unheilbaren Krankheit leide und sein unvermeidbarer Tod unmittelbar bevorstehe, und zum anderen, dass seine Willensäußerung zum Behandlungsabbruch existiere.
- (3) Liegt keine explizite Willensäußerung vor, so darf der mutmassliche Wille des Patienten ermittelt werden. Eine Vorausverfügung gelte als ein gewichtiges Indiz dafür. Falls keine solche existiere, können Angehörige angehört werden, um den Willen des Patienten zu ermitteln. Voraussetzung hierfür sei allerdings, dass der jeweilige Angehörige sowohl über Charakter bzw. Lebens- und Todesanschauung als auch über den aktuellen körperlichen Zustand des Patienten gut informiert sei.⁷

⁷ Nach dem Urteil soll die Rechtfertigung in diesem konkreten Fall angesichts folgender Tatsachen abgelehnt werden: Einerseits war der Patient nicht einmal über seine Krank-

B. *Kawasaki-Kyodo-Klinik-Fall*: Oberster Gerichtshof Beschluss v. 2009

Die Stellungnahme des LG *Yokohama* fand zwar mehrheitlich grundsätzliche Unterstützung im Schrifttum, jedoch stand damals der Behandlungsabbruch noch nicht im Mittelpunkt der Diskussion. Demgegenüber wurde im *Kawasaki-Shimin-kyodo-Klinik-Fall*, der in seiner Fallkonstellation eine gewisse Ähnlichkeit zum *Tōkai-Uniklinik-Fall* aufweist, vom Staatsanwalt zum ersten Mal der ärztliche Behandlungsabbruch zum Prozessgegenstand gemacht.

Jenem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein unter Bronchialasthma leidender Patient, den die angeklagte Ärztin lange betreut hatte, bekam schwere mehrmalige Anfälle und wurde im Zustand des Herz-Kreislauf-Stillstandes ins Krankenhaus eingeliefert. Nach der erfolgreichen Reanimationsmassnahme war aber sein Gehirn stark geschädigt und der Patient lag mit einem Schlauch in der Luftröhre im Koma. Nach zwei Wochen baten die Angehörigen, denen die Angeklagte ihren Befund – jedoch ohne gründliche und konkrete Diagnose über die geschätzte Restlebensdauer – mitgeteilt hatte, sie darum, da es keine Hoffnung mehr gebe, den Schlauch zu entfernen. Diesem Wunsch kam die Angeklagte noch am selben Tag in Anwesenheit der Angehörigen nach, unerwarteterweise fing der Patient jedoch an, sich zu wälzen und schwer zu atmen. Nach einigen erfolglosen Beruhigungsversuchen spritzte die Angeklagte dem Patienten schliesslich eine tödliche Dosis *Pancuronium Bromide*, woraufhin er verstarb.

Der Staatsanwalt vertrat die Meinung, dass nicht nur das tödliche Spritzen an sich, sondern bereits die Entfernung des Schlauchs wegen vorsätzlicher Tötung (§ 199) strafbar sei. Die Angeklagte wurde in erster und zweiter Instanz zu einer Bewährungsstrafe verurteilt und ihr Verteidiger legte Revision ein. So kam es zum Beschluss des Obersten Gerichtshofes (*Saiko-Saibansho*) vom 7.12.2009, der ersten höchstrichterlichen Entscheidung, in der die Strafbarkeit des ärztlichen Behandlungsabbruchs zum Streitpunkt gemacht wurde. Der OGH bejahte ebenfalls die Strafbarkeit beider Handlungen, was wie folgt begründet wurde:

(1) Bis zur fraglichen Handlung fand keine Elektroenzephalographie statt, die für die Diagnose über die verbleibende Lebensdauer des Patienten als erforderlich gilt. Des Weiteren vergingen seit der Einlieferung des Patienten le-

heit informiert und er konnte dementsprechend keinen Behandlungswunsch äussern. Andererseits haben die Angehörigen nicht gewusst, dass der Patient nicht mehr in der Lage war, Schmerzen zu spüren.

diglich zwei Wochen, so dass in Bezug auf Heilungsmöglichkeiten oder die verbleibende Lebensdauer des Patienten noch keine Diagnose möglich sein konnte.

- (2) Die Entfernung des Schlauchs habe die Angeklagte zwar auf Forderung der Angehörigen durchgeführt, jedoch habe sich diese Forderung nicht auf ausreichende Informationen über den Zustand des Patienten gestützt. Deshalb lasse sich nicht sagen, dass die Entfernung der Schläuche dem mutmasslichen Willen des Patienten entspreche.
- (3) Daraus folgt schliesslich, dass die Entfernung in der konkreten Situation keinen rechtlich erlaubten Behandlungsabbruch darstellt.

Ungeachtet des konkreten Ergebnisses ist diese Entscheidung insoweit epochemachend, als der OGH zum ersten Mal die Kategorie des «rechtlich erlaubten Behandlungsabbruchs» eindeutig anerkannt hat.

Nach einer halbamtlichen Erläuterung⁸ basiere dieser Beschluss auf der Auffassung, dass bei der Rechtfertigung eines Behandlungsabbruchs gemäss der Mehrheitsmeinung in der Literatur zwei tragende Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssten, nämlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und die Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht.

Da es sich hierbei um die Lebensverkürzung beim Patienten handle, dürfe einerseits sein eigener Wille selbstverständlich nicht wegzudenken sein. Dieser Wille dürfe allerdings durch den sich von einer Vorausverfügung durch den Patienten oder von Aussagen der Angehörigen ergebenden mutmasslichen Willen ersetzt werden, da sich rechtlich kein wesentlicher Unterschied erkennen lasse. Zu beachten sei, dass die Angehörigen keine Disposition über das Leben des Patienten hätten, sodass immer *sein* mutmasslicher Wille ermittelt werden müsse.

Andererseits sei dies für sich allein für die Straflosigkeit nicht ausreichend, weil es ansonsten zum Wertungswiderspruch darüber führen würde, ob § 202 jap. StGB die Tötung auf Verlangen bzw. mit Einverständnis allgemein unter Strafe stellt. Deshalb sei zusätzlich die Grenze der ärztlichen Behandlungspflicht heranzuziehen. Die Frage, ob diese Grenze jemals erreicht sei, könne man zumindest im Fall, in dem eine Heilung nicht mehr möglich sei und der Tod unmittel-

⁸ Takeshi Irie, in: Saikō Saibansho Hanrei Kaisetsu Keijihen (Heisei 21 nendo) [Erläuterungen der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs, Strafsachen (2009)], S. 580 ff.

bar bevorstehe, bejahen. Demgegenüber sei offen und diskussionsbedürftig, wie der Zustand, in dem der Patient ohne Aussicht auf Heilung andauernd bewusstlos sei (aber dem Tod noch nicht nahe), bewertet werden soll.

C. Dogmatische Analyse

Ob und inwieweit der Gedanke des Selbstbestimmungsrechts trotz des § 202 jap. StGB und seines unvermeidbaren gewissen Fiktionscharakters wirklich tragend sein dürfte, ist ungeachtet der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Schrifttum so umstritten, dass nicht einmal bekannt ist, welche Auffassung als «herrschend» bezeichnet werden kann. Häufig wird darauf hingewiesen, dass § 202 jap. StGB, der nicht nur die Tötung auf Verlangen bzw. mit Einverständnis, sondern auch die Beihilfe zum Selbstmord im Allgemeinen unter Strafe stellt, den Willen des Gesetzgebers zeigt, dass die Schutzwürdigkeit des menschlichen Lebens trotz Verzichts seines Besitzers nicht verloren geht. Daher stellt sich die Frage, ob man trotzdem nur dem unmittelbar vor dem Tod stehenden Patienten die Verfügbarkeit des Lebens einräumen und eine Relativierung des Wertes menschlichen Lebens hinsichtlich der Länge der verbleibenden Lebenszeit hinnehmen darf.

Angesichts der Skepsis gegenüber der Tragfähigkeit des Selbstbestimmungsrecht-Argumentes wird nicht selten thematisiert, ob der Behandlungsabbruch dogmatisch als Tun oder Unterlassen eingestuft werden sollte, und für die Unterlassens-Konstruktion votiert.⁹ Nach einer solchen Sichtweise handle es sich beim Behandlungsabbruch, z.B. dem Abschalten eines Beatmungsgeräts, trotz des Vorliegens der Tun-Elemente unter normativer Betrachtungsweise um ein Unterlassen der Weiterbehandlung. Dies führe dazu, dass man die Strafbarkeit nicht von der Rechtfertigung der aktiven Tötung, sondern von der ärztlichen Pflicht zur (Weiter)Behandlung abhängig machen kann. Ansonsten müsse die unbefriedigende Folge in Kauf genommen werden, dass der Behandlungsabbruch nur unter sehr engen Voraussetzungen in Betracht kommt. Dadurch sollte eine problematische Tendenz ärztlicher Praxis gebremst werden: Es kommt nämlich häufig vor, dass der Notarzt mit Zustimmung der Angehörigen des Patienten keine lebenserhaltenden Massnahmen ergreift, obwohl sein Zustand noch nicht «hoffnungslos» ist. Das typische Verständnis von Ärzten ist wie

⁹ Vgl. *Ida* (o. Fn. 1), S. 387, *ders.* Shūmatsuki Iryō ni okeru Keihō no Yakuwari [Die Rolle des Strafrechts bei der Terminal Care], *Jurist* Nr. 1377, 2009, S. 84.

folgt: Wenn einmal ein Respirator eingeschaltet wurde, dann darf er nicht mehr ausgeschaltet werden, da mit dessen Abschaltung das Risiko strafrechtlicher Ermittlung in Kauf genommen werden muss. Rational wäre dann, lebensverlängernde Handlungen von Anfang an zu unterlassen. Daran ist die Notwendigkeit, das Abschalten der Geräte mit dem Unterlassen ihres Einschaltens gleichzustellen, durchaus sichtbar.

Aber aus sachlicher und naturalistischer Sicht sieht die japanische Mehrheit¹⁰ diese Umdeutung des Tuns zum Unterlassen doch als unmöglich an. Offensichtlich ist auch der OGH von der Tun-Konstruktion ausgegangen. Tun und Unterlassen sind voneinander unabhängige Begriffe. Dass man nämlich in einem Geschehen *auch* ein Unterlassen sehen kann, bedeutet nicht, dass dort *kein* aktives Tun vorliegt. Der richtige Weg zur Problemlösung liegt nicht in einem dogmatischen Kunstgriff, sondern darin, die sowohl für das Unterlassen *als auch* für das aktive Tun geltende Begründung der Rechtfertigung zu erforschen.¹¹

Meiner Ansicht nach könnte die Mehrheitsmeinung wie folgt ergänzt werden: Bei einer Einschaltung eines behandelnden Geräts geht es nicht einfach um die (fehlende) Schutzwürdigkeit des Lebens, auf das der Patient explizit oder mutmasslich verzichtet hat. Dass die Schutzwürdigkeit eines solchen Lebens nicht ohne weiteres verneint werden darf, stellt eine unverzichtbare Kernaussage des § 202 jap. StGB dar. Dass der Tod des Patienten unvermeidbar ist und sein Leben schon in der Endphase liegt, ändert nichts daran, dass der Wert menschlichen Lebens immer gleich ist und nicht abhängig von der Länge der Restlebensdauer gemacht werden darf.

Vielmehr ist hier meines Erachtens eine gewisse Pflichtenkollision zu sehen, die eine dogmatische Grundlage für die Rechtfertigung bietet: Soweit der Patient weitere Behandlung durch körperliche Eindringung explizit oder mutmasslich ablehnt und eher den daraus folgenden Tod in Kauf nehmen will, haben sich Arzt und Angehörige zu entscheiden, welches Interesse schwerer wiegt, nämlich entweder das vom Besitzer aufgegebene, aber noch wegen § 202 jap. StGB

¹⁰ Siehe z.B. *Atsushi Yamaguchi* u.a., *Zadankai «Shûmatsuki Iryô to Keihô»* [Kolloquium «Terminal Care und Strafrecht»], *Jurist* Nr. 1377, 2009, S. 106 (Wortmeldungen von Yamaguchi und Saeki).

¹¹ Auch der Vertreter der Unterlassens-Konstruktion geht nun diesen Weg und spricht von der «Selbstbestimmung zur Verteidigung gegen unerträgliche (Weiter)behandlungen», mit der man auch beim aktiven Tun die Hürde des § 202 jap. StGB überwinden kann. *Ida* (o. Fn. 6), S. 142.

schutzbedürftige Leben, oder die körperliche Unversehrtheit, die im japanischen StGB von § 204 geschützt wird.

Für den Grundsatz «Im Zweifel für das Leben» könnte hier nur tendenziell votiert werden, denn es sollte auch das Risiko bedacht werden, dass der Patient dauernd die für ihn (im immateriellen Sinne) unerträgliche körperliche Behandlung hinnehmen muss. Immerhin zeigt meines Erachtens der Vergleich der Strafdrohungen der Körperverletzung (§ 204 jap. StGB: max. 15 Jahre Freiheitsstrafe) und der Tötung auf Verlangen/mit Einverständnis (§ 202 jap. StGB: max. 7 Jahre Freiheitsstrafe), dass dem Interesse der körperlichen (und damit verbundenen seelischen) Unantastbarkeit nach Umständen eines Einzelfalls ein höherer Wert beizumessen ist. Sodann dürfte man die Interessenabwägung im Rahmen der Rechtfertigung u.a. davon abhängig machen, wie zuversichtlich der Wille des Patienten im jeweiligen Fall ermittelt werden kann, und wie genau der ermittelbare Patientenwille sich der konkreten Situation anpasst. Ob der Wille eines äusserungsunfähigen Patienten etwa durch eine Patientenverfügung ermittelt werden kann – was aber in Japan äusserst selten vorkommt – oder ob es um blosse Vermutungen der Angehörigen geht, spielt in dieser Struktur eine wichtige Rolle.¹²

Angesichts der Schwierigkeit dieser Abwägungen müsste wohl dem Entscheidenden schliesslich ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden. Daraus folgt, dass lediglich derjenige, der von diesem Spielraum deutlich abweicht, z.B. ohne ernste Überprüfung der gesamten Lage voreilig lebenserhaltende Massnahmen einstellt, sich eines Tötungsdelikts strafbar machen kann, wie bspw. im *Kawasaki-Kyodo-Klinik-Fall*. Mit dieser Interpretation kann meiner Meinung nach zumindest auf der Ebene des *materiellen* Rechts eine angemessene Basis geschaffen werden, auf der sich der Arzt einerseits stetig näherungsweise am Patientenwille orientieren soll, andererseits aber unter der schwierigen Abwägungssituation nicht jeder Fehler oder jede Abweichung der Qualität der «Tötung als Straftat» gleichgesetzt werden soll.

¹² Vgl. *Hitoshi Saeki*, Syūmatsuki Iryō to Kanja no Ishi-Kazoku no Ishi [Terminal Care und der Wille des Patienten und der Familie], in: Norio Higuchi (Hrsg.), *Case Study Seimei Rinri to Hō* [Bioethik und Recht], 2. Aufl. 2012, S. 69 ff.

D. «Leitlinien über den Entscheidungsprozess in der Sterbebegleitung» vom Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Soziales (2007)

Zu beachten ist auch die Entwicklung, dass verschiedene Organisationen inklusive verschiedener Ärztekammern inzwischen inhaltlich sehr ähnliche Leitlinien (*Guidelines*) über die prozedurale Vorgehensweise bei der Behandlung von Schwerstkranken veröffentlicht haben. Als eine der wichtigsten werden die «Leitlinien über den Entscheidungsprozess der Behandlung bei der Sterbebegleitung» vom Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Soziales von 2007 angesehen.

Dort sind als Grundlagen die folgenden vier Punkte festgeschrieben:

- (1) Auf Basis der durch den Arzt vermittelten zutreffenden Informationen und Erklärungen soll nach dem Gespräch mit dem Pflorgeteam grundsätzlich der Patient selbst eine Entscheidung über den Vorgang der Behandlung treffen.
- (2) Beginn oder Nichtbeginn ärztlicher Behandlung soll von einem Team von mehreren Ärzten verschiedener Fachrichtungen und anderem Pflegepersonal sorgfältig bestimmt werden.
- (3) Schmerzen oder sonstige unangenehme Symptome sollen durch das Pflorgeteam möglichst beseitigt werden, wobei die gesamte Pflege inklusive psychischer und sozialer Unterstützung des Patienten und der Angehörigen notwendig ist.
- (4) Aktive Sterbehilfe stellt keinen Gegenstand dieser Leitlinien dar.

Neben diesen Grundprinzipien werden dort auch konkretere prozedurale Vorgaben vorgeschrieben, je nachdem, ob der Patient noch äusserungsfähig ist. Einerseits soll der Wille des noch äusserungsfähigen Patienten und die Inhalte der Verständigung mit dem Pflorgeteam schriftlich formuliert werden, wobei diese bei jeder Änderung des körperlichen oder sonstigen Zustandes überprüft werden müssen. Soweit wie möglich sollen auch den Angehörigen alle wichtigen Informationen zugänglich gemacht werden. Andererseits sollen bei äusserungsunfähigen Patienten vor allem die Angehörigen angehört werden. Falls sie den Willen des Patienten vermuten können, muss dies respektiert werden. Ist diese Vermutung schwierig, so soll das Pflorgeteam mit den Angehörigen darüber sprechen, «was für den jeweiligen Patienten am besten» ist.

Es liegt durchaus nahe, dass es bei einem leitlinienkonformen Verhalten zumindest *de facto* keineswegs zu einer strafrechtlichen Verfolgung kommen wird. Dadurch wird wohl eine für Ärzte sehr unangenehme Situation weitgehend vermieden. Trotzdem darf sich selbstverständlich die Strafrechtswissenschaft nicht mit der ein wenig beruhigenden Lage zufrieden geben. Denn es ist gerade ihre Aufgabe, die theoretische Basis zu entwickeln, um auf eher abweichende Ereignisse richtig zu reagieren.¹³ Hoffentlich wird durch den Austausch mit deutschsprachigen Kollegen die Diskussion eine neue Dimension erreichen können.

¹³ Vgl. *Ida* (o. Fn. 6), S. 139; *Satoko Tatsui, Syûmatsuki Iryô to Rûru no Arikata* [Terminal Care und ihre Regelung], in: *Katsunori Kai* (Hrsg.), *Syûmatsuki Iryô to Keijihô* [Terminal Care und Strafrecht], 2013, S. 218.

