

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

Der aktuelle Stand der Diskussion über die Sterbehilfe in Japan

MAKOTO IDA

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	59
II.	Bemerkungen zur direkten aktiven Sterbehilfe	62
III.	Bisherige Gerichtsentscheidungen zur Frage des Behandlungsabbruchs	65
IV.	Tun und Unterlassen beim Behandlungsabbruch	66
V.	Über den Stellenwert der Selbstbestimmung des Patienten	68
VI.	Objektive Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht	70
VII.	Flucht ins Soft Law?	71
VIII.	Schluss	72

I. Einleitung

Infolge des medizinischen Fortschritts ist der Tod des Menschen von einem unverrückbaren und nur passiv hinzunehmenden zu einem *künstlich manipulierbaren*, d.h. in einem gewissen Grade aufschiebbar oder auch zu beschleunigenden Ereignis geworden. Durch diese nicht mehr rückgängig zu machende Entwicklung scheint der strafrechtliche Lebensschutz nun in ein kaum lösbares Dilemma geraten zu sein. Das menschliche Leben, dessen Schutz nach dem bisherigen Verständnis «absolut» gelten muss und das «nicht relativiert» werden darf, hat sich nunmehr als ein in seiner Tragweite *im mehrfachen Sinne eingeschränktes* und *mit anderen Interessen abwägbares* Rechtsgut erwiesen.

Die Problematik der Sterbehilfe stellt auch in praktischer Hinsicht ein besonders brisantes Thema für Japan dar, weil unser Land rascher als jedes Land irgendwo sonst auf dieser Welt den Weg zu einer *Gesellschaft der alten Menschen* beschreitet. Japan hatte im Jahre 2014 127 Millionen Einwohner; 33 Millionen davon sind Senioren, d.h. Personen, die 65 Jahre und älter sind. Ihr Anteil beträgt 26 %

an der Gesamtbevölkerung.¹ Die Zahl der Japaner über 65 Jahren nähert sich der Gesamtpopulation Kanadas. Man schätzt, dass im Jahre 2060 Personen, die 65 und älter sind, 39,9%, Personen, die 75 und älter sind, 26,9% der Bevölkerung ausmachen werden.² Wir betreten damit die Dimension eines Science-Fiction-Films. Diese demographische Tatsache gibt der Sterbehilfeproblematik in Japan eine besondere gesellschaftliche Brisanz.

Die Problematik der *passiven Sterbehilfe*, insbesondere in Form des Abbruchs der ärztlichen Weiterbehandlung eines irreversibel bewusstlosen Patienten, ist im Vergleich zur Frage der direkten aktiven Sterbehilfe *praktisch viel wichtiger* und im Kern *weit weniger geklärt*. Bevor ich auf das eigentliche Thema eingehe, möchte ich aber noch auf einen uns eigentümlichen Umstand, der eine Bewältigung dieses ohnehin sehr schwierigen Problems zusätzlich stark behindert, hinweisen.³ Der Hirntod hat sich in Japan als allgemeines Todeskriterium sowohl in der medizinischen Praxis als auch in der juristischen Fachwelt noch immer *nicht* durchgesetzt. Das hat seine Ursache in der Mentalität der Japaner und ihrer *emotionsgeladenen Einstellung gegenüber dem Tod*. Die meisten Japaner können nicht akzeptieren, dass ihre Angehörige oder ihr Angehöriger bereits gestorben ist, solange bei ihr oder bei ihm die Herzfunktion und damit die Blutzirkulation noch aufrechterhalten werden. Auch die Ärzte haben gegen diese Sicht der Leute nichts zu erwidern und es offenbar versäumt, die Familien der Patienten über den medizinischen Befund aus fachlicher Sicht aufzuklären. In der ärztlichen Praxis in Japan herrscht deshalb heute noch *grosse Unsicherheit bezüglich der Diskonnektion des Respirators bei Hirntoten*. Man geht bei der Beurteilung des Vorgehens in diametral entgegengesetzte Richtungen: von einer strafwürdigen vorsätzlichen Tötung über eine unter zusätzlichen Voraussetzungen (u.a. der Zustimmung der Angehörigen) zwar juristisch erlaubten, aber moralisch eher zu vermeidenden Massnahme bis zu einer makellosen Behandlungseinstellung.

In der heutigen medizinischen Praxis nehmen die allermeisten Ärzte nicht gleich den Respiator ab, sondern verfahren normalerweise so, dass sie in *Absprache mit den Angehörigen* das *Niveau der Behandlung langsam senken*, bis es schliesslich zum Herzstillstand kommt. Das Empfinden, dass ein solcher Umgang mit dem

¹ Siehe *Cabinet Office* (ed.), Annual Report on the Aging Society: 2015 (jap.), S. 2.

² *Cabinet Office* (Fn. 1), S. 3 f.

³ Zum Folgenden vgl. *Makoto Ida*, Strafrechtliche Probleme der Todesbestimmung in Japan, FS Udo Jesionek, 2002, S. 339 ff.; *ders.*, Über den strafrechtlichen Schutz des Lebens in Japan, FS Kristian Kühl, 2014, S. 770 ff. jeweils m.w.N.

Hirntoten eine die Totenruhe störende Behandlung sein könnte, liegt den Japanern fern. Es finden sich keine Mediziner, die gleich mit dem Eintritt des Hirntodes (oder eines hirntodnahen Zustandes) sämtliche Behandlungsmassnahmen einstellen und damit auch den Respirator abschalten. Das Entstehen dieses wirklich seltsamen Rechtszustandes haben m.E. auch die japanischen Juristen zu verantworten. Denn sie haben sich, so scheint mir jedenfalls, nicht genügend Mühe gegeben, um untereinander einen klaren Konsens hinsichtlich dieser Frage zu erzielen.

Das Problembewusstsein, mit dem die Japaner die Frage der Sterbehilfe angehen, ist wohl etwas anders gelagert als bei den Europäern. Es gibt zwar viele Japaner, die Angst davor haben, dass sie einer *übermässigen Behandlung* durch die Ärzteschaft unterzogen und zu einem künstlich verlängerten, qualvollen und unwürdigen Leben gezwungen werden könnten. Unter den Japanern ist aber genauso ein *starkes Misstrauen gegenüber der Ärzteschaft verbreitet*.⁴ Viele Leute hegen die Befürchtung, dass ihr Leben den utilitaristischen Überlegungen der Ärzte zum Opfer fallen und dadurch verkürzt oder zu früh beendet werden könnte. Diese gespaltenen, untereinander widersprüchlichen Einstellungen der Japaner belasten die Diskussion um die Sterbehilfe sehr und erschweren eine diesbezügliche Konsensbildung. Andererseits verlangen die Ärzte hinsichtlich dieser Frage, dass der *Strafbarkeitsbereich klar und eindeutig abgegrenzt* wird. Sie wollen nicht einmal hinnehmen, dass ein Behandlungsabbruch Anlass zu einer polizeilichen Ermittlung wegen vorsätzlicher Tötung geben kann.

⁴ Unsere Erfahrungen mit der ersten Herztransplantation, die im Jahre 1968 an der medizinischen Hochschule in *Sapporo* durchgeführt wurde, trugen zum Verlust an Vertrauen gegenüber der jap. Ärzteschaft wesentlich bei: Durch diese nach dem damaligen Stand der Medizin an ein Humanexperiment grenzende Operation wurden zwei junge Männer getötet. Die Zweifel, dass einerseits der 21-jährige Organspender, aus dem das Herz entnommen wurde, gar nicht hirntot gewesen war und andererseits beim 18-jährigen Organempfänger keine Indikation zu einer Herztransplantation bestand, konnten niemals behoben werden. Nachdem der die Operation durchführende Medizinprofessor *Juro Wada* wegen Mordes angezeigt wurde, eröffnete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren, es kam aber aus Mangel an Beweisen nicht zur Anklage. Die Ärzteschaft hat diesen Professor für Herzchirurgie zu keinerlei Verantwortung disziplinärer oder sonst informeller Art gezogen. Er durfte ungestört seine weitere elitenärztliche Karriere fortsetzen. Zu diesem «Wada-Herztransplantationsfall» ausführlich *Hirokazu Kawaguchi*, *Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation in Japan*, 2000, S. 46 ff.

II. Bemerkungen zur direkten aktiven Sterbehilfe

1. Die *direkte aktive Sterbehilfe* wird vom Tatbestand des § 202 jap. StGB⁵ erfasst, kann aber nach der in Japan heute noch überwiegend vertretenen Ansicht *gerechtfertigt* sein. Obwohl es bisher keine einzige Gerichtsentscheidung gibt, die in der konkreten Fallgestaltung der direkten aktiven Sterbehilfeleistung eine Rechtfertigung zugebilligt hat, haben die japanischen Gerichte die *theoretische* Möglichkeit einer Rechtfertigung immer bejaht. Die *Begründung für die Rechtfertigungslösung* erblickte man früher in der Humanität oder der sittlichen Makellosigkeit einer rein altruistischen, von starkem Mitleid getragenen Tat. Bei dieser Sicht wurde der Wille des Getöteten, sich die Befreiung von Schmerzen unbedingt – auch auf Kosten des Lebens – zu wünschen, für zweitrangig und nicht immer erforderlich erachtet. In diesem Sinne verlangte das Obergericht Nagoya in seiner einflussreichen Entscheidung v. 22.12.1962⁶ nur insofern die Einwilligung des Patienten, als «dieser seinen Willen noch äußern kann».⁷ Man sieht aber heute eine solche «täterorientierte» Begründung der Rechtfertigungslösung als überholt an. Der tragende Gesichtspunkt, der für die Rechtfertigungslösung spricht, soll vielmehr sein, dass die *Selbstentscheidung des Sterbenden für den eigenen Tod* gerade in einer extremen Ausnahmesituation, in der *das Interesse zu leben mit dem Interesse der Befreiung von Schmerzen auswegslos kollidiert*, respektiert werden müsse.

Zu berücksichtigen ist hierbei, dass § 202 jap. StGB nicht nur die Tötung eines anderen unter Einwilligung desselben, sondern auch die *Teilnahme am Selbstmord eines anderen* unter Strafe stellt. Die Vertreter der Rechtfertigungslösung halten

⁵ § 202 jap. StGB lautet: «Wer einen anderen zum Selbstmord anstiftet oder ihm beim Selbstmord Hilfe leistet oder ihn auf sein Verlangen oder mit seiner Zustimmung tötet, wird mit Zuchthaus oder Gefängnis von sechs Monaten bis zu sieben Jahren bestraft.» Im Übrigen: Eine deutsche Übersetzung des geltenden jap. StGB ist bereits im Jahr 1907 durch den späteren Richter am japanischen Reichsgericht *Shigema Oba*, der an der Universität Erlangen promoviert hatte, fertiggestellt und im Jahr 1908 veröffentlicht worden: Strafgesetzbuch für das Kaiserlich Japanische Reich vom 23.4.1907, Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung Nr. 23. Ausserdem liegt eine deutsche Übersetzung des «abgeänderten Japanischen Strafgesetzbuches vom 10. August 1953» durch *Kinsaku Saito/Haruo Nishihara* vor: Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. 65.

⁶ Ko-Keishu Bd. 15, Nr. 9, S. 674.

⁷ Zu dieser Entscheidung siehe *Kenji Ueda*, Die Sterbehilfe in Japan als Beispiel der Japanisierung westlicher Rechtskultur, in: Heinrich Scholler/Silvia Tellenbach (Hrsg.), Die Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und der Rechtskultur, 2001, S. 106 f.

aber diese gesetzliche Barriere gegen die autonome Entscheidung des Sterbenden für *überwindbar*, sofern es sich um einen derart aussergewöhnlichen Konfliktfall wie bei der aktiven Sterbehilfe handelt. Diese heute wohl einzig vertretbare Begründung für die Rechtfertigungslösung, die die Legitimation der aktiven Sterbehilfe darin sieht, dass sie einen *selbstgewählten Ausweg aus einer sonst nicht lösbaren Interessenkollision* darstellt, hat sich auch das Untergericht in Yokohama in seiner vielbeachteten Entscheidung v. 28.3.1995⁸ zu eigen gemacht, obwohl das Gericht für den konkreten Fall eine Rechtfertigung verneint hat.

2. In der Tat hat eine Rechtfertigungslösung dieser Art eine hohe Überzeugungskraft. Niemand kann die betreffende Person rechtlich verpflichten, kaum erträgliche Schmerzen bis zum Ende auszuhalten. In einer Lage, in der es keine Möglichkeit der Schmerzlinderung mehr gibt, den *allerletzten Ausweg* zu verbauen, kann nicht die Aufgabe des Rechts sein. Dieser Gesichtspunkt hat für das japanische Strafrecht ein noch grösseres Gewicht als für das schweizerische und das deutsche, weil dort, wie bereits erwähnt, auch die Teilnahme am Suizid strafbar ist.

Andererseits könnte man durchaus bezweifeln, ob sich die Rechtfertigungslösung mit den bisherigen *Rechtsprinzipien des Lebensschutzes* in Einklang bringen liesse. Unsere heutige Rechtsordnung geht davon aus, dass man über das Rechtsgut «Leben» nicht verfügen darf. Auch mit der Berufung auf das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen könnte schlecht begründet werden, dass die eingewilligte Vernichtung des Lebens *nur im Fall einer kurz vor dem Tod stehenden Person* gerechtfertigt werden kann. Dies wäre logisch nur zu begründen, wenn man das Leben eines Todgeweihten als weniger wertvoll und schutzwürdig einstufte als das «normale Leben»: Das würde eine *Differenzierung unter den lebenden Menschen nach qualitativen Gesichtspunkten* bedeuten.⁹ Gravierend sind die

⁸ Hanrei-Jiho Nr. 1530, S. 28: Das Untergericht *Yokohama* verlangt zur Rechtfertigung der direkten aktiven Sterbehilfe 4 Voraussetzungen, obwohl das Gericht für den konkreten Fall eine Rechtfertigung verneint hat: 1. Der Patient leidet unter unerträglichen körperlichen Schmerzen. 2. Sein Tod steht unabwendbar und unmittelbar kurz bevor. 3. Es wurden zuvor alle möglichen Behandlungsmethoden zur Beseitigung oder Linderung der körperlichen Schmerzen angewendet und es gibt kein anderes Mittel mehr. 4. Es besteht eine ausdrückliche Willenserklärung des Patienten zum lebensverkürzenden Behandlungsabbruch.

⁹ Vgl. *Haruo Nishihara*, Die Rechtfertigung der Sterbehilfe in Japan, in: Andrzej J. Szwarz (Hrsg.), Das dritte deutsch-japanisch-polnische Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung, 2006, S. 56. Bei der sog. *indirekten aktiven Sterbehilfe* verhält es sich anders: Hier handelt es sich nicht um eine Lebensaufopfe-

Bedenken bei den möglichen Folgen, die bei der Legalisierung und Institutionalisierung der direkten aktiven Sterbehilfe auftreten können. Es ist fraglich, ob man die Äusserung «Bitte lass mich sterben!» aus dem Mund eines stark leidenden Patienten wirklich als eine Selbstentscheidung für den Tod deuten darf. Die rechtliche Wirksamkeit einer solchen Äusserung gerade in so einer extremen Ausnahmesituation lässt sich hinterher immer bezweifeln, aber schwer nachprüfen. Es ist sogar denkbar, dass der Sterbende – insb. in Japan – nur aus Rücksichtnahme auf die Belastung seiner Angehörigen den Wunsch zum Sterben äussert.

Die japanischen Juristen sind heute darüber einig, dass die direkte aktive Sterbehilfe, auch wenn sie überhaupt gerechtfertigt sein sollte, nur *unter äusserst strengen Voraussetzungen* erlaubt sein kann und die Fälle, in denen diese strengen Voraussetzungen erfüllt werden, in der Praxis kaum vorkommen werden. Insbesondere deshalb, weil dank der Entwicklung der Schmerztherapie die Fälle, in denen die Sterbenden mit vollem Bewusstsein unter unerträglichen Schmerzen leiden müssen, immer seltener geworden sind.

Aber die Diskussion um die direkte aktive Sterbehilfe hat an einem eigentlich gar nicht einschlägigen Ort verhängnisvolle Folgen mit sich gebracht: Es kann *beim Vorgang des Behandlungsabbruchs* vorkommen, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem *aktiven Tun* und dem Tod des Patienten besteht. Einen klassischen Fall hierfür stellt das *Abstellen des Respirators* dar. Hier ist die Versuchung gross, dass man in einem kleinen Abschnitt des Vorgangs irgendein aktives Tun, dem der Tod des Patienten zugerechnet werden kann, entdeckt und sogleich für unerlaubt – im Sinne eines Tötungsdelikts – erklärt, weil die *strengen Voraussetzungen der direkten aktiven Sterbehilfe* hier nicht erfüllt sind. Die wissenschaftliche Aufgabe liegt nun darin, die *richtige Verortung dieses aktiven Tuns im ganzen Vorgang des Behandlungsabbruchs* und damit seine sachgemässe strafrechtliche Beurteilung zu ermöglichen.

rung, sondern allein um eine wahrscheinliche Lebensverkürzung, die zum Zweck der Leidensminderung hingenommen werden muss.

III. Bisherige Gerichtsentscheidungen zur Frage des Behandlungsabbruchs

In Japan wird im Allgemeinen anerkannt, dass für die Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs zwei Gesichtspunkte, nämlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und die Grenzen der strafrechtlichen Behandlungspflicht, tragend sein können. Dies hat das Distriktgericht Yokohama in seiner bereits oben zitierten Entscheidung v. 28.3.1995¹⁰ zutreffend festgestellt. Der Behandlungsabbruch ist danach nur zulässig, wenn der Tod des Patienten wegen einer unheilbaren Krankheit unabwendbar kurz bevorsteht und im Zeitpunkt des Behandlungsabbruchs eine ausdrückliche oder sonst nachweisbare Willenserklärung des Patienten dafür besteht.

Unsere bisher einzige höchstrichterliche Entscheidung zur Frage des Behandlungsabbruchs, Beschluss des Obersten Gerichtshofs (OGH) vom 7.12.2009,¹¹ basiert auf den gleichen Grundgedanken. Dieser Entscheidung liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Ein unter schwerem Asthma bronchiale leidender Patient, bei dem durch zahlreiche Anfälle das Gehirn stark geschädigt war, wurde im Zustand des Herz-Kreislauf-Stillstandes ins Krankenhaus eingeliefert (sog. CPAOA). Nach zwei Wochen stellte die ihn behandelnde Ärztin die Diagnose, dass es keine Hoffnung mehr gebe, und sie entschloss sich mit Zustimmung seiner Angehörigen, sämtliche Behandlungsmassnahmen einzustellen. So entfernte sie in Anwesenheit seiner Angehörigen beim Patienten den Schlauch in der Luftröhre, der ihm zur Sicherung des Atemweges eingesetzt worden war, um ihn so sterben zu lassen. Wider Erwarten fing er an sich zu wälzen. Die Ärztin gab ihm – nach mehreren gescheiterten Versuchen, ihn zu beruhigen – schliesslich eine hohe Dosis von Pancuroniumbromid und der Patient war sofort tot. Der Staatsanwalt war der Meinung, dass ihre beiden Handlungsteile, die Entfernung des Schlauchs und die tödliche Spritze, zusammen eine vorsätzliche Tötung konstituierten. Die angeklagte Ärztin wurde sowohl in erster als auch in zweiter Instanz wegen vorsätzlicher Tötung (§ 199 jap. StGB) zu einer ausgesetzten Freiheitsstrafe verurteilt. Vor dem Revisionsgericht ging es ausschliesslich darum, ob der erste Handlungsteil, nämlich die Entfernung des Schlauchs, an sich eine zulässige Behandlungseinstellung gewesen sei. Diese Frage verneinte der OGH. Er formulierte dabei zwar die allgemeinen Voraussetzungen für den le-

¹⁰ Vgl. Fn. 8.

¹¹ Keishu Bd. 63, Nr. 11, S. 1899.

galen Behandlungsabbruch nicht, aber ging davon aus, dass die Rechtmässigkeit der Behandlungseinstellung erst in Betracht komme, wenn eine sichere Diagnose darüber, ob und inwieweit eine Besserungschance besteht, und wie lange der Patient noch am Leben erhalten werden kann, gestellt ist *und* die Behandlungseinstellung dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht. Nach der Ansicht des OGH fehlten bei der vorliegenden Fallgestaltung die beiden Voraussetzungen.

Diese Entscheidung, mit der der OGH zu diesem sehr umstrittenen Problemkreis eine klare Stellung bezogen hat, hat grosse Bedeutung für die Praxis, obwohl sie nur eine eingeschränkte Tragweite besitzt. Es gibt aber zahlreiche Mediziner, die gegenüber dieser Entscheidung kritisch eingestellt sind. Sie stellen die Frage, ob man zum selben Ergebnis gekommen wäre, wenn der Patient nach der Entfernung des Schlauchs ruhig gestorben wäre. Die Ärzte behaupten, dass dann das Verhalten der Ärztin gar nicht problematisiert worden wäre. Im Übrigen war der Fall dieser Ärztin erst drei Jahre nach dem Tod des Patienten zufällig an den Tag gekommen.

IV. Tun und Unterlassen beim Behandlungsabbruch

Hier möchte ich unsere Diskussionslage zur Frage, ob der Behandlungsabbruch als *Tun oder Unterlassen* anzusehen ist, zusammenfassend vorstellen. Wenn beispielsweise ein lebensrettender ärztlicher Eingriff zwar in Betracht gezogen, aber nicht durchgeführt wird, und der Patient demzufolge früher stirbt, handelt es sich offensichtlich um ein Unterlassen. Nimmt man dagegen eine lebensnotwendige Infusionsflasche weg oder stellt man das lebenserhaltende Gerät ab und stirbt der Patient unmittelbar als Folge davon, wird die Klassifizierung schwieriger. Die Mehrheitsauffassung in Japan ordnet dieses Verhalten dem Tun zu (*Tun-Konstruktion*). Die Folge ist aber, dass ein Behandlungsabbruch dieser Art nach der Mehrheitsauffassung nur unter engen Voraussetzungen gerechtfertigt werden kann, nämlich wenn der Behandlungsabbruch dem *ausdrücklichen oder sonst nachweisbaren Willen des Patienten* entspricht und es ausserdem feststeht, dass der Patient das Bewusstsein nicht mehr wiedererlangen wird und sein Tod unvermeidbar in Kürze bevorsteht, wie das Distriktgericht *Yokohama* in der bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahre 1995¹² formu-

¹² Vgl. Fn. 8.

liert hat. Nach dieser Ansicht ist eine passive Sterbehilfe bei denjenigen Patienten von vornherein ausgeschlossen, bei denen zwar das Grosshirn irreparabel geschädigt ist, aber die Zentren im Hirnstamm und damit die sog. vegetativen Funktionen weiterhin intakt sind. In solchen Fällen kann man nicht sagen, dass der Tod unvermeidbar in Kürze bevorsteht.¹³

Ordnet man demgegenüber den Behandlungsabbruch wie die Minderheitsauffassung in Japan einem *Unterlassen* zu,¹⁴ dann wird bei der strafrechtlichen Bewertung darauf abgestellt, wieweit die *ärztliche Behandlungspflicht* reichen soll. Wird beim betreffenden Arzt eine Garantenstellung bezüglich der Lebenserhaltung, die durch die ärztliche Behandlungspflicht begründet wird, verneint, dann liegt kein tatbestandsmässiges Unterlassen vor. Der *Unterschied zur mehrheitlich vertretenen Tun-Konstruktion* liegt vor allem darin, dass nach der Unterlassungskonstruktion die Behandlungspflicht auch unabhängig vom Willen des Patienten irgendwo ihre Grenze findet und über sie hinaus der Arzt ohne Rücksicht auf den Patientenwillen von einer weiteren Behandlung absehen darf. Die Strafbarkeit ist jedoch bei dieser Konstruktion nicht unbedingt weiter eingeschränkt als bei der mehrheitlichen Tun-Konstruktion. Die sachlichen Differenzen können minimal sein, je nachdem, wo man die Grenze der Behandlungspflicht ansetzt.

Ich habe mich 1999 in diesen Streit zwischen der Tun- und der Unterlassungskonstruktion eingemischt und bin immer noch ein Befürworter der minderheitlichen Unterlassungskonstruktion.¹⁵ Zur heutigen japanischen Diskussion über die Klassifizierung von Tun oder Unterlassen lässt sich jedoch feststellen, dass ihr *keine Bedeutung mehr für die Frage der Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs* zugemessen wird. Es wird als entscheidend angesehen, ob und inwieweit eine strafrechtlich relevante Behandlungspflicht besteht. In dieser Hinsicht sind sich die japanischen Juristen darüber einig, dass der Arzt nur dazu verpflichtet sein

¹³ Andererseits scheint die mehrheitliche Tun-Konstruktion für die Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs den unmittelbar bevorstehenden Tod *nicht unbedingt* voraussetzen, insb. hinsichtlich des Falles, in dem der Patient sich die sofortige Beendigung einer invasiven Behandlung *ausdrücklich* wünscht.

¹⁴ Demgegenüber ist in Deutschland die Meinung herrschend, die den technischen Behandlungsabbruch als Unterlassen beurteilt; dazu ausführlich *Kristian F. Stoffers*, Die Formel «Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit» bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, 1992, S. 386 ff. und *Christian Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1997, insb. S. 164 ff.

¹⁵ *Makoto Ida*, Behandlungsabbruch und Strafrecht (jap.), *Hoso Jiho* Bd. 51, Heft 2, 1999, S. 1 ff.

kann, je nach Zustand des Kranken mehr oder weniger intensiv zu behandeln. Je hoffnungsloser der Zustand des Patienten ist, desto «sparsamer» darf der behandelnde Arzt deshalb die Behandlungsmassnahmen einsetzen. Hier gilt der folgende Grundsatz: Die ärztliche Behandlung muss vom Willen des Patienten getragen sein. Die Behandlungspflicht wird deshalb durch sein *Veto* verneint. Sie reicht nur so weit, wie die Behandlung durch seinen Willen gedeckt ist. Die ärztliche Behandlungspflicht kann andererseits auch unabhängig vom Willen des Patienten, d.h. *ohne Rücksicht auf den Patientenwillen*, verneint werden, wenn sie ihren Zweck nicht mehr erreichen kann. Hier kann man von *objektiven Grenzen der strafrechtlichen Behandlungspflicht* sprechen.

Ich habe bereits ausgeführt, dass in Japan für die Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs *zwei Gesichtspunkte*, nämlich einerseits das *Selbstbestimmungsrecht des Patienten* und andererseits die *Grenzen der strafrechtlichen Behandlungspflicht*, als tragend erachtet werden. Die hier entscheidende Frage ist, wie sie sich zueinander verhalten sollen. Nach meiner Auffassung lässt sich zum *Verhältnis der beiden Gesichtspunkte* Folgendes feststellen:

1. Keine Strafbarkeit ohne eine ärztliche Behandlungspflicht.
2. Keine ärztliche Behandlungspflicht ohne einen ausdrücklichen oder mutmasslichen Willen des Patienten.
3. Die ärztliche Behandlungspflicht kann aber auch unabhängig vom Willen des Patienten (objektiv) verneint werden.

V. Über den Stellenwert der Selbstbestimmung des Patienten

Was die *Selbstbestimmung des Patienten* betrifft, muss auch nach japanischem Recht jede ärztliche Behandlungsmassnahme von der Zustimmung des Patienten gedeckt sein. Dies gilt auch für die lebensverlängernde Behandlung eines Todgeweihten. Auch eine zum Tode führende Einstellung der Behandlung ist deshalb, solange sie auf dem ausdrücklichen und ernsthaften Wunsch des Patienten beruht, nicht nur zulässig, sondern auch geboten. Äussert der Patient den ernsthaften Willen, dass die Infusionsflasche, von der er eine lebensnotwendige Infusionslösung erhält, weggenommen werden soll, dann kann die Wegnahme nicht rechtswidrig sein, auch wenn der Patient sogleich darauf verstirbt. Es ist nicht verwunderlich, dass in Japan mit zunehmender Anerkennung des Selbst-

bestimmungsgedankens inzwischen die Stimmen dominieren, die postulieren, der Mensch müsse ein *Vetorecht* gegen eine übermässige medizinische Behandlung im Sinne einer «unnatürlichen» Verlängerung des Sterbevorgangs haben. Das Mittel, dieses Vetorecht und damit die Selbstbestimmung beim Sterbeprozess zur Geltung zu bringen, ist die *Patientenverfügung*. Nur durch sie hat der Sterbende die Möglichkeit, im Falle des künftigen Eintritts eines Zustandes der Willensunfähigkeit die eigenen Angelegenheiten beim Sterbevorgang autonom zu regeln.

Die *Frage der Gültigkeit der Patientenverfügung* hat jedoch in Japan bisher keine eindeutige Lösung gefunden. Einerseits kommt in der Praxis die Patientenverfügung so gut wie nicht vor und eine Kultur, die bei der Behandlung des Sterbenden auf den im Voraus erklärten Patientenwillen achtet, ist (noch) nicht vorhanden. Andererseits werden gegen die Patientenverfügung eine Reihe prinzipieller Bedenken geäussert. Es wird *erstens* vorgebracht, der im Voraus erklärte Patientenwille habe den Nachteil, dass es fast immer ungewiss bleibt, ob er auch tatsächlich dem *jetzigen* Willen des Patienten entspricht. *Zweitens* wird behauptet, dass in einer kollektivistischen Gesellschaft wie in Japan die «advance directives» keine Glaubwürdigkeit besitzen, weil der Sterbende nur aus Rücksichtnahme auf seine Angehörigen und deren psychische Belastung den Wunsch zum Sterben äussere. Darüber hinaus wird es *drittens* auch als Hindernis angesehen, dass § 202 jap. StGB nicht nur die Tötung eines anderen unter Einwilligung desselben, sondern auch die *Teilnahme am Selbstmord* eines anderen unter Strafe stellt, so dass das geltende Recht strikt am Grundsatz, man dürfe über das Rechtsgut «Leben» nicht verfügen, festhalte. Man hält deshalb ein neues Gesetz für nötig, um diese schwierige Abwägungsfrage zu überwinden und den Patientenverfügungen rechtliche Bindungskraft zu verleihen.

Es entspricht andererseits der japanischen Tradition, bei der ärztlichen Behandlung eines willensunfähigen Patienten *dem Willen der Angehörigen* einen hohen Stellenwert zuzuerkennen. Es ist gut vorstellbar, dass der Arzt auch beim Vorhandensein eines erkennbaren Patientenwillens gegen jede künstliche Lebensverlängerung nicht etwa die Behandlungen auf einmal einstellt, sondern *in Absprache mit den Angehörigen* das Niveau der Behandlung langsam senkt. Eine weiche Landung («*soft landing*») ist ein in Japan in diesem Zusammenhang häufig gebrauchtes Wort.

Der Patientenwille muss zwar nicht unbedingt mit dem Angehörigenwillen identisch sein. Die Angehörigen können trotz des ihnen bekannten Wunsches

des Sterbenden ihren eigenen Willen durchsetzen wollen. Die Identifizierung des Patientenwillens mit dem Angehörigenwillen kann auf eine Fiktion hinauslaufen. Aber es ist in der Tat in den meisten Fällen so, dass die Japaner, für den Fall, dass sie sich in einem willensunfähigen Zustand befinden sollten, die wichtigen Entscheidungen ihren Angehörigen überlassen wollen. Ausserdem ist es kaum möglich, an Ort und Stelle oder nachträglich zu untersuchen, ob der Angehörigenwille dem Patientenwillen entspricht, solange er nicht objektiviert ist.

VI. Objektive Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht

Aus meinen bisherigen Ausführungen hat sich ergeben, dass die Selbstbestimmung des Sterbenden im gegenwärtigen japanischen Rechtszustand eine ziemlich unsichere Basis für die strafrechtliche Beurteilung des Behandlungsabbruchs darstellt. Es kommt nicht selten vor, dass der Arzt beim Patienten, der sich in einem zumindest hirntodnahen Zustand befindet, die Behandlungsmassnahmen einstellt und daraus ein Rechtsstreit zwischen dem Krankenhaus und den Angehörigen, die behaupten, mit dem Behandlungsabbruch nicht einverstanden gewesen zu sein, entsteht.

Angesichts dieser Lage ist es nötig, klar zu definieren, wieweit die strafrechtliche Behandlungspflicht reicht und wo genau sie ihr Ende finden soll, und zwar unabhängig von dem Willen der Sterbenden und ihrer Angehörigen. Demgegenüber ergeben sich auch Bedenken daraus, dass der Gedanke von einer «nutzlosen Behandlung» und damit einem «objektiv nicht mehr aufrechtzuerhaltenden Leben» makaber ist. Nach dieser Auffassung findet die strafrechtliche Behandlungspflicht, solange der Patient noch nicht gestorben ist, nur durch seine Selbstbestimmung ihr Ende. Dieses Gegenargument ist jedoch nicht stichhaltig. Mit der Frage der objektiven Grenzen der Behandlungspflicht müssen wir uns auch beschäftigen und auf sie eine Antwort geben, wenn der Arzt sich überlegt, ob er bestimmte Behandlungsmassnahmen *überhaupt erst beginnen* soll oder nicht. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen angesichts des Zustandes des Patienten ein Unterlassen bestimmter Massnahmen wie Infusion, Respiратор, Magensonde, heute insbesondere PEG (Perkutane endoskopische Gastrostomie), usw. nicht pflichtwidrig ist, auch wenn die Angehörigen diese Behandlungsmassnahmen vehement fordern sollten. Wenn das Unterlassen dieser Massnahmen nach dem Patientenzustand objektiv nicht pflichtwidrig sein

kann, dann sollte auch der Abbruch von einmal begonnenen Massnahmen nicht pflichtwidrig sein.

Ich habe deshalb vor einiger Zeit vorgeschlagen, in diesem Sinne «*withhold*» und «*withdraw*» bei der strafrechtlichen Betrachtung konsequent gleich zu behandeln.¹⁶ Dieser Vorschlag hat leider sowohl in der juristischen als auch in der medizinischen Fachwelt keine grosse Resonanz gefunden. Das finde ich sehr schade. Denn ich wollte durch meine Konstruktion insbesondere gegen die oft zu beobachtende Neigung der Ärzte kämpfen, bei Schwerkranken bestimmte Behandlungsmassnahmen, die für sie hilfreich sein könnten, von Anfang an nicht anzuwenden, weil sie glauben, dass die einmal begonnenen Massnahmen nicht eingestellt werden dürfen.

VII. Flucht ins Soft Law?

Vor dem Hintergrund dieser wirren Diskussionslage versuchen die japanischen Ärzte und Juristen in den letzten Jahren verstärkt, einen *prozeduralen Lösungsweg* zu beschreiten. Als *Hintergrund* hierfür ist *erstens* darauf hinzuweisen, dass ein neues Gesetz zur Sterbehilfe, das insbesondere der Patientenverfügung rechtliche Wirksamkeit verleihen soll, sich in Japan in naher Zukunft wohl nur schwer realisieren lassen wird, obwohl einige Parlamentsabgeordnete sich um eine gesetzliche Problemlösung bemühen und bereits im Jahre 2012 einen Gesetzesentwurf veröffentlicht haben. Man hat *zweitens* diesen prozeduralen Lösungsweg deshalb vorgezogen, weil sich hinsichtlich der Frage, wann der Behandlungsabbruch erlaubt sein soll, ein *Konsens in inhaltlicher Hinsicht* derzeit *kaum erzielen lässt*. Wir pflegen auch sonst nach einer prozeduralen Gerechtigkeit zu suchen, wenn wir uns über die Kriterien der materiellen Gerechtigkeit nicht einigen können.

Dieser prozedurale Lösungsansatz, der in Japan auch als der «*Lösungsversuch durch das Soft Law*» bezeichnet wird, liegt darin, dass man vorab gewisse Leitlinien oder Übereinkünfte über das Entscheidungsverfahren hinsichtlich der Behandlung von Schwerkranken und die Einstellung von Behandlungsmassnahmen formuliert und die in ihnen enthaltenen Verfahrensregeln so in der

¹⁶ Makoto Ida, Sterbebegleitende Medizin und Strafrecht (jap.), Jurist Nr. 1339, 2007, S. 44 ff.; ders., Aufgabe des Strafrechts bei der Sterbebegleitung (jap.), Jurist Nr. 1377, 2009, S. 84 ff.

Praxis Beachtung finden. Die Leitlinien («Guidelines») dieser Art sind bisher durch eine Expertenkommission im Gesundheitsministerium (2007) und auch durch mehrere fachärztliche Vereinigungen, wie z.B. die Gesellschaft für die Notfallmedizin (2007; 2014), den Japanischen Gesamtverband der Krankenhäuser (2009) oder die Gesellschaft für die Gerontomedizin (2012) erstellt und veröffentlicht worden.

Sie haben fast identische Inhalte. Beispielsweise sollen die wichtigen Entscheidungen über die Behandlung schwerstkranker und sterbender Patienten nicht von einem einzelnen Arzt getroffen werden, sondern ein *Team*, das aus mehreren Ärzten verschiedener Fachrichtungen und anderem medizinischen Personal bestehen soll, soll diese *unter Achtung des Willens des Patienten selbst* treffen. Wenn der Patientenwille nicht klar erkennbar ist, dann soll das Team zusammen mit den Angehörigen des Patienten eingehend darüber beraten, was für den jeweiligen Patienten am besten sein soll.

Es ist selbstverständlich, dass die Einhaltung dieses Prozedere die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidungen über die Behandlung und ihre Einstellung nicht verbürgen kann. Die japanischen Ärzte und Juristen, die diesen Lösungsansatz durch das Soft Law befürworten, hoffen und erwarten allerdings, dass eine Strafverfolgung de facto nicht stattfinden kann, wenn diese vorab formulierten Leitlinien genau beachtet worden sind. Es handelt sich um eine Verlegenheitslösung.

VIII. Schluss

Die japanische Diskussion über die Sterbehilfeproblematik wird von *drei gegensätzlichen Kräften* bestimmt. Die eine will das menschenwürdige Leben vor einer übermässigen medizinischen Behandlung bewahren. Die zweite will sich gegen die Gefahr der utilitaristischen Lebensverkürzung wehren. Die dritte will die Grenzen der Strafbarkeit klar umrissen sehen. Die Sterbehilfeproblematik ist deshalb schwierig zu lösen, weil man diesen drei Anforderungen kaum gleichzeitig genügen kann.

In der japanischen medizinischen Praxis ist die sog. indirekte Sterbehilfe, d.h. das Einsetzen der zum Zweck der Leidensminderung – auf Grund eines ausdrücklichen oder mutmasslichen Willens des Patienten – vorgenommenen Massnahmen mit einer wahrscheinlichen Lebensverkürzung, eine ganz gewöhnliche

Sache. Diese grosszügige Einstellung zur indirekten Sterbehilfe steht in einem *merkwürdigen Kontrast* zur strikten Ablehnung der direkten aktiven Sterbehilfe, obwohl zwischen den beiden ein fließender Übergang besteht. Hinsichtlich des Behandlungsabbruchs wird bevorzugt die Methode des «soft landing» angewendet, d.h. die Ärzte senken in Absprache mit den Angehörigen des Patienten das Niveau der Behandlung langsam, bis es schliesslich zum Tod kommt. Durch den häufigen Gebrauch der indirekten Sterbehilfe und der Methode des soft landing wird jedoch das Problem nicht etwa gelöst, sondern nur verdeckt. Insgesamt lässt sich in Japan ein äusserst unbefriedigender Rechtszustand konstatieren.

Literatur

MAKOTO IDA, Fragen der Sterbehilfe im japanischen Strafrecht, in: Dieter Dölling/Volker Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, Heidelberg: Müller, 2002, S. 383 ff.

MAKOTO IDA, Strafrechtliche Probleme der Todesbestimmung in Japan, in: Reinhard Moos (Hrsg.), Festschrift für Udo Jesionek zum 65. Geburtstag, Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2002, S. 339 ff.

