

... gehört zu den
interessantesten Darstellungen
der Gegenwart ..."

Strafprozessrecht

Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts

Von Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne, Trier
7., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2007
XXXV, 796 Seiten. Gebunden. € 85,-
ISBN 978-3-8114-4063-0
(C.F. Müller Lehr- und Handbuch)

Die Neuauflage ist auf dem Stand August 2006 und berücksichtigt damit eine Vielzahl von gesetzlichen Änderungen, die seit Februar 2003 zusammen mit einer sehr aktiven Rechtsprechung des BGH wie auch des BVerfG das Strafverfahrensrecht bereichert oder auch nur komplexer gemacht haben. Verschiedene Problemfelder wurden neu eingefügt oder gänzlich neu bearbeitet.

Die deutsche StPO und ihre Auslegung wird nach wie vor auch im Lichte der Rechtsprechung des EGMR betrachtet, wobei vor allem auch die vielfältigen Entscheidungen des Gerichtshofs zu anderen Konventionsländern miteinbezogen wurden, die üblicherweise in der deutschen strafprozessualen Diskussion nicht oder nur bruchstückhaft berücksichtigt werden.

Auch im Übrigen wird das ständig größer werdende Feld des Europäischen Strafverfahrensrechts auf den Ebenen der EU, dort insbesondere der sog. Dritten Säule, des Europarats, der Schengener Abkommen und der sonstigen bilateralen und multilateralen Abkommen in seinen neuesten Entwicklungen intensiv aufgearbeitet.

Der zweite Hauptteil zu den Strafverfahrensrechten wichtiger EU-Mitgliedstaaten wurde auf den neuesten Stand gebracht, da auch in den meisten der hier behandelten Ländern die Entwicklung des Strafverfahrensrechts deutlich an Schwung gewonnen hat.

Bestellen Sie beim Buchhandel oder direkt bei:
C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Im Weiher 10, 69121 Heidelberg
Kundenbetreuung München, Bestell-Tel. 089/54852-8118
Fax 089/54852-8137, E-Mail: kundenbetreuung@hjr-verlag.de

**NEU:
7. Auflage**



Wie schon in den Voraufgaben geht der Verfasser intensiv auf die Wechselbeziehungen von Polizei- und Strafprozessrecht ein, die besonders auf dem Gebiet der Zwangsmaßnahmen von großer Bedeutung sind.

Dogmatische Fragen werden jenseits einer weitgehend unkritischen Wiedergabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch weiterhin in einen Kontext mit der real existierenden, taglichen Strafverfahrenspraxis und ihren pragmatischen Erfordernissen gestellt.

Pressestimmen:
... gehört zu den interessantesten Darstellungen der Gegenwart ...
www.duessellaw.de
... eine herausragende Darstellung ...
www.jurawell.com 12/2003

 **C.F. Müller**
www.cfmüller-verlag.de

Goldammer's Archiv für Strafrecht

ISSN 0017-1956

Herausgegeben von
Jürgen Wolter, Paul-Günter Pötz, Wilfried Küper, Michael Hettinger

154. Jahrgang
Seiten 311–317

Aus dem Inhalt

Das Ende des Lebens und das Strafrecht
José de Faria Costa

Auch Terroristen haben einen Rechtsanspruch auf Freiheit
Die Aussetzung der Reststrafe in Mordfällen mit besonderer Schuldschwere
Gabriele Kett-Straub

Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt
Ulrich Eisenberg

 **R.v. Decker**

Der nachfolgende Beitrag von *de Faria Costa* gehört zu einem Zyklus über »Sterbehilfe und Tötung auf Verlangen« (vgl. schon *AE-Sterbebegleitung* GA 2005, 553; *Schroth* GA 2006, 549; *Dutige* GA 2006, 573), der voraussichtlich in Heft 12/2007 vorläufig abgeschlossen werden soll (Beiträge von *von Hirsch/Neumann* und *Scheinfeld*). Die Abhandlung erweitert zugleich den Bogen, der das Archiv mit der spanischen und italienischen Strafrechtsdogmatik verbindet, um die portugiesische Strafrechtswissenschaft (wiederum zum spanischen Strafrecht demnächst *Esquinas* in Heft 9/2007 und *Robles Planas* in Heft 1/2008 u. a. zur Unterlassenen Hilfeleistung).

Das Ende des Lebens und das Strafrecht*

Von Professor Dr. José de Faria Costa, Coimbra

Das Problem des Lebensendes stellt in vielerlei Hinsicht einen jener Stoffe dar, deren Behandlung – unabhängig von der ethischen, religiösen, juristischen oder philosophischen Quelle, aus der wir schöpfen¹ – auf atavistische Zurückweisung stößt. Außerdem kann es eine Stätte für alle nur möglichen Arten von Missdeutungen werden. Gerade heutzutage² gibt es so etwas wie eine irrationale Besessenheit, alles abzuwehren, was mit dem Tod zu tun hat. Doch wir müssen keine Anhänger Heideggers sein, um zu begreifen, dass wir für den Tod bestimmt sind,³ d. h. Wesen sind, die sich innerhalb eines (endlichen) Horizonts bewegen,⁴ eines Horizonts, der als allerletzte Linie jenes Tor hat, das, niemals je geöffnet oder enträtselt, den Tod bedeutet. Von besonderem Interesse ist die Disparität bei der Behandlung des Stoffes: Einerseits stößt man auf eine Flut von Untersuchungen zu den Folgen des Todes als eines sozialen Phänomens, während andererseits begründete und rational abgesicherte Studien, die den Tod nicht (nur) in Bezug auf seine notwendigerweise eintretenden rechtlich-sozialen Folgen hin, sondern vor allem auch durch schlichte Hinterfragung seines wahren Ur-Sinnes zu verstehen suchen, kaum vorhanden sind.⁵

* Bearbeitung der deutschen Fassung von Prof. Dr. Urs Kindhäuser, Bonn.

1 Es gibt hier einen unentrinnbaren, vor-juristischen Horizont, der in diesem Kontext die Juridizität selbst determiniert, vgl. *Fausto Giannata*, *Diritto di morire e diritto penale* (I termini di una relazione problematica), *Rivista Italiana di Diritti e Procedura Penale* 40 (1997), 74–77. Eine Übersicht über die Problematik der Euthanasie seit dem klassischen Altertum findet sich bei *Udo Benzenhöfer*, *Der gute Tod?*, 1999, S. 13–60.

2 Vgl. *Giorgio Mecellari*, *La morte tra medicina e filosofia*, in: *La fine della vita*, Bologna 2001, S. 165: »L'odierno occultamento della morte nasconde, in realtà, la nostra grande paura e smaschera l'impreparazione culturale di una società i cui membri si riconoscono incapaci di convivere con l'idea di finitezza e di transitorietà, l'idea che ciascuno di noi implacabilmente destinato a scomparire.«

3 Vgl. auch so unterschiedliche Denker wie *Voltaire* und *Max Scheler*: *Voltaire* schrieb unter der »Voce Homme«: »L'espèce humaine est la seule qui sache qu'elle doit mourir, et elle ne le sait que par expérience. Un enfant élevé seul, et transporté dans une île déserte, ne s'en douterait pas plus qu'une plante et un chat« (*Dictionnaire Philosophique*, Edition Touquet, vol. V, Paris 1821, S. 480). Solchermaßen ist die Gewissheit des Todes ausschließlich eine Gegebenheit der durch Erfahrung angeeigneten Erkenntnis. Und *Voltaire* vergleicht sogar, auf seine entmystifizierende und radikale Art und Weise, die Abwesenheit jedweden Zweifels eines auf einer einsamen Insel aufgewachsenen Kindes mit der Abwesenheit des Zweifels (über den Tod) bei einer Pflanze oder einer Katze. Am Gegenpol dieses Verständnisses befindet sich *Scheler*, für den es außer Frage steht, dass ein Mensch, wäre er auch das einzige Lebewesen auf dieser Erde, ein Bewusstsein davon hätte, dass ihn einst der Tod ereilen wird (vgl. seine Studie »Tod und Fortleben«, Schriften aus dem Nachlass I, Berlin 1933, S. 9).

4 Zu diesem Horizont *Jan Asmann*, *La morte come tema culturale*, Turin 2002, S. 6.

5 Aus diesem Grund schreibt *Patricia S. Mann*: »We philosophers are always trying to get on death, and always failing. Anthropologists and social historians are likely to do better than philosophers in their efforts to characterize death, insofar as they can investigate the many faces of death in different

G-5514



I. Einführung

1. Der Tod wird somit als ein zentrales Problem des individuellen und kollektiven Lebens postuliert, und dennoch möchten wir uns mit ihm nur im Hinblick darauf, was er bewirkt, auseinandersetzen.⁶ Auf alles, was den sozialen und rechtlichen Folgen des Todes vorangeht und sich als das eigentliche Phänomen des Todes darstellt, entfallen lediglich poetische Reflexionen, Projektionen, religiöse Überzeugungen und Gefühle – oder es wird eine künstliche Wüste eingerichtet, die jegliche klare und gutgemeinte Absicht einer tatsächlichen Reflexion über diese Frage hinfällig macht. Drücken wir es noch deutlicher aus: Man kann den Tod im Hinblick auf das, was er auslöst, untersuchen; eine andere Frage ist die nach seinen Ursachen; ein ganz anderes Abenteuer ist jedoch das Studium der Wesentlichkeit des Todes.

2. Die Behauptung oder Bestätigung der Wesentlichkeit von irgendetwas erleichtert uns jedoch noch nicht die gedankliche Annäherung und das Begreifen der Dinge. Man kann sogar sagen, je mehr wir uns der *essentia* annähern, desto weiter entfernen wir uns von der *comprehensio*. Es gibt so etwas wie eine anankastische Resistenz dagegen, das Wesen durch den forschenden und notwendigerweise auch analytischen Blick, der immer mit dem Verstehen einhergeht, zu beflecken. Aber paradoxerweise gibt es parallel zu dieser realen und heftigen Ablehnung einen gleichen, vielleicht sogar noch eindringlicheren Schwindel, der uns dazu treibt, unbedingt das im Tod verschlossene Mysterium erkennen zu wollen. Gerade diese Ambivalenz, wird sie nicht von Anbeginn an in ihrer ganzen Reichweite entlarvt, kann allzu leicht das Denken korrumpieren, das sich in die wesentliche Dimension dessen, was der Tod ist, vorwagt. Und damit werden wir unwiderruflich in den Bereich der innewohnenden theoretischen Schwierigkeit abgedrängt, welche die Auseinandersetzung mit dem Tod mit sich bringt, und zwar, wie schon erwähnt, unabhängig von unserem jeweiligen Ausgangspunkt und methodischen Ansatz. Es ist klar, dass der schmale Steg sowie die große Gefahr des Abgleitens uns zu einer anderen Geisteshaltung bringen können, die uns ganz einfach eine solche Problemstellung aufgeben lässt. Und dass wir sie sogar gestützt auf die pragmatische Vernunft aufgeben, die uns nahe legt, der mögliche Nutzen dieser gedanklichen Mühen sei (unendlich) geringer im Vergleich zu dem daraus sich ergebenden praktischen oder theoretischen Gewinn.⁷ Dabei scheint mir jedoch, dass man einen solchen Gegenstand auf keinen Fall in dieser Weise abfertigen darf. Wenn wir die Dinge des Geistes behandeln, dürfen wir uns vor allem nicht auf das logische Spiel der reinen Nützlichkeit einlassen, und das gilt umso mehr, wenn es um die Undurchdringlichkeit einer Frage geht, die, trotz ihrer bekannten dornenreichen Eigenart und ihrer notorischen Resistenz gegen die Analyse, sich ohne jeden Zweifel als für das Leben der Menschen und der menschlichen Gemeinschaft außerordentlich wichtig erweist. Insofern ist es erforderlich, den Tod zumindest in Ansätzen verstehen zu wollen, um dann, gestützt auf diese Erkenntnis, praktische Folgerungen ziehen zu können.

cultural contexts; death in battle may be heroic; death in youth may be tragic; death in old age benign« (Meanings of death, in: Physician Assisted Suicide, edited by Margaret P. Battin, Rosamond Rhodes and Anita Silvers, New York 1998, S. 11).

⁶ Vgl. hierzu Death Rites (Law and ethics and the end of life), edited by Robert Lee and Derek Morgan, London 1996.

⁷ Die Kapitulation vor dieser Problematik muss sich nicht notwendigerweise auf die erwähnten Gründe stützen. Ihr kann auch das Axiom zu Grunde liegen, nach dem der Tod nicht zum unmittelbar verstehbaren und rationalisierbaren Leben gehört, da er selbst kein Phänomen des Lebens ist. *Wittgenstein* geht genau diesen Weg, wenn er schreibt: »Der Tod ist kein Ereignis des Lebens. Den Tod erlebt man nicht« (Tractatus logico-philosophicus, Logisch-philosophische Abhandlung, Frankfurt/M. 2003).

3. Die Wahrnehmung der Wirklichkeit, ihr Begreifen oder sogar ihre ganz nüchterne Analyse erweisen sich als unerlässlich, wenn man sich bewusst ist, dass man ein gewisses Vor-Verständnis mitbringt, welches erst ermöglicht, auf die zu untersuchende Wirklichkeit Zugriff zu nehmen. Anders gesagt: Haben wir nicht einen Mindestbestand an Bezugspunkten, so bleibt uns die Wirklichkeit völlig fremd, feindselig und unnahbar. Natürlich brauchen die Phänomene nicht selbst erfahren zu werden von demjenigen, der sie analysiert, um sie begreifen und verstehen zu können. Andere können uns ihr Erleben weitergeben, und indem wir auf diese existenzielle Weise den »Anderen« verinnerlichen, finden wir auch verstehenden Zugang zu dem, was uns beschäftigt, sowohl als einfache Bürger als auch als Bewahrer einer Wissenschaft oder eines Wissensbereichs.

Selbstverständlich gibt es auch andere Phänomene des »Lebens«, die sich als zu tiefst undurchsichtig darbieten. Denken wir nur etwa, um zwei einfache und konkrete Beispiele zu nennen, an das menschliche Erleben während der Schwangerschaft oder im Komazustand. Es liegt auf der Hand, dass sich diese beiden Zustände radikal voneinander unterscheiden. Während das subjektive Selbst-Verständnis des Fötus gegen Null tendiert, ist das Erleben eines Komazustands eine völlig andere Situation. Tatsächlich haben wir alle im Mutterleib gewohnt, aber nur wenige kennen die Erfahrung des Komas. Zum Glück muss sich unsere Aufmerksamkeit vor allem darauf richten, was dem Tode symmetrisch gegenübersteht. Das bedeutet, in einem ersten Augenblick sind wir auch unabänderlich dem Leben anheim gegeben. Im Gegensatz zu den Dingen, die lediglich existieren, *sind* wir. Das bringt mit sich, dass in jenem Augenblick, in dem wir *leben*, sich die Undurchsichtigkeit *auch* hier einzig und unwiederholbar zeigt.⁸ Doch im Gegensatz zum Tod (dem Nicht-Sein) tut sich uns hier ein Spalt für ein mögliches Verstehen auf. Diese Erfahrung kann von anderen studiert, gewertet und analysiert werden. Indem sie die Phänomene miteinander in Beziehung setzt, sehnt und erklärt uns die Wissenschaft, in ihren verschiedenen und spezifischen Zweigen, den *iter* der Phänomenologie des vorgeburtlichen menschlichen Lebens. Somit sind wir fähig, sie zu erlernen und zu begreifen. Ein Begreifen, das, obgleich nicht selbstreflexiv, sich doch verdichtet, wieder zusammensetzt und verinnerlicht wird, zumal es gewiss ist, dass jeder von uns diese Erfahrung durchlebt hat. Wir alle haben, jeder für sich, dieses Fehlen der ursprünglichen selbstreflexiven Erfahrung erlitten, und dieses Gefühl der gleichen Teilhabe an dem, was man nicht hat, lässt uns angesichts eines Stücks von uns, das wir nicht kennen, da es undurchsichtig ist, ohne besondere Sorgen leben. Besser gesagt: Wir kennen es nur, weil »andere« uns gesagt haben, dass es so war und weil wir jetzt in den »anderen« erfahren, dass es so ist. So lässt sich aus dem hier Erörterten ein plausibler Text herstellen, gestützt auf die intersubjektiven Bezugspunkte, die das soziale Beziehungsgeflecht stets errichtet. Eine Plausibilität, die nicht einfach Fiktion ist, sondern eher eine mitteilbare Realität, wenn auch offensichtlich innerhalb von außerordentlich differenzierten Parametern und Ebenen. Kurz: Auch wenn es sicherlich Phänomene des Lebens von tiefer Undurchsichtigkeit gibt, so ist es dennoch möglich, sie kognitiv zu enthüllen, wissenschaftlich zu analysieren und gedanklich zu begreifen. Das einzige absolut undurchsichtige Phänomen des Lebens ist, trotz seiner Unvermeidbarkeit, jedoch unlegbar der Tod.

⁸ M. E. ändert das Phänomen des unweigerlich früher oder später kommenden Klonens des Menschen in nichts die hier angestellten Überlegungen. Der »verdoppelte« Mensch wird ebenso einen Augenblick der Genesis haben, in dem alles undurchsichtig ist und der außerdem an einem anderen Ort und zu einer anderen Zeit stattfindet. Von diesen Koordinaten ausgehend stehen wir mit absoluter Gewissheit vor einem »anderen«. Dazu kommt als allgemeiner sozial legitimierender Rahmen, wertende Gelassenheit und ethische Akzeptanz, dass *mater natura* – hier als *natura naturans* und nicht als *natura naturata* – als erste *geklimt* hat: die eineiigen Zwillinge.

4. Es versteht sich von selbst, dass sich das Problem des Lebensendes unter verschiedenen Perspektiven stellt.⁹ Zu denken ist hierbei in erster Linie an den religiösen¹⁰ Horizont.¹¹ Daneben gibt es vor allem den umfangreichen normativen Bereich des Strafrechts, in dem die Problematik des Todes sich uns in einer besonders dringlichen Weise ergibt. Mein Anliegen als Strafrechtler ist es selbstverständlich nicht, eine erschöpfende theoretische Untersuchung über das Lebensende vorzulegen. Der Tod, wenn er, einfach gesagt, aus normalen oder natürlichen Ursachen eintritt, hat gewiss Rechtsfolgen, die aber nicht notwendig strafrechtlicher Natur sind. Ein sich in den normalen Lebenszyklus einfügender Tod wird nicht vom strafrechtlichen Diskurs erfasst. Er dringt lediglich in das Gebiet des Strafrechts ein, wenn dieser Zyklus in seinem normalen Lauf durch absichtliche Einwirkung von menschlichem Verhalten eines Dritten – durch Handeln oder Unterlassen – in strafrechtlich unrechtmäßiger Weise unterbrochen wird.¹² Der Tod hat mit anderen Worten nur dann strafrechtliche Relevanz, wenn durch ihn eine Verkürzung des Lebens eintritt, selbst wenn es sich bei dieser Verkürzung nur um wenige Sekunden gegenüber dem unvermeidbaren Lebensende handelt.¹³

II. Das menschliche Leben aus strafrechtlicher Sicht

1. Das portugiesische Strafrecht wertet die geschützten Rechtsgüter und Rechtswerte hierarchisch, im Gegensatz zur Vorgehensweise etwa des portugiesischen Verfassungsrechts. Aus diesem Grund kommt der Systematik der verschiedenen Tatbestandsbereiche in den »Besonderen Teilen« der diversen nationalen Strafgesetzbücher eine besondere Bedeutung zu, wenn wir die normative Hierarchie verstehen wollen, für die der jeweilige Gesetzgeber sich entschieden und die er somit festgeschrieben hat.

9 Es gibt auch ein historisches Verständnis der Fragen, die das Lebensende aufwirft. D.h., wir können die Euthanasie auch durch die Zeiten verfolgen. Tatsächlich wird diese Erfassung der Problematik fast immer angerufen, um die Euthanasie zu rechtfertigen. Hier soll lediglich auf die historische Existenz von sozial getragenen Euthanasiepraktiken hingewiesen werden; vgl. für Griechenland und Rom, J. Michael Rainer, Zur Euthanasie in der griechischen und römischen Antike, in: Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod, Graz, S. 19 f.

10 Für eine vergleichende Gegenüberstellung ist für diesen Bereich außerordentlich nützlich und übersichtlich: Religioni e Bioetica (a cura di Lorenzo Biagi e Renzo Pegoraro), Padova 1977.

11 Dennoch ist es von Interesse und sogar recht kurios, dass ein Heiliger der Katholischen Kirche, Thomas Morus (kanonisiert im Jahr 1935), in seinem Werk »Utopia« in einem erstaunlichen Ausmaß die Praxis der Euthanasie verteidigt (Thomas More, Utopia, edited by Gorge M. Logan and Robert M. Adams, Cambridge 1989). Hier ist nicht der Ort, um über die Rolle der Utopien und darüber, was sie für unser Denken bedeutet haben und bedeuten, zu reflektieren. Eines scheint jedoch unbestreitbar: Man darf die Macht von Gedanken oder Lösungen nicht nur deshalb automatisch als gering achten, weil sie den komplexen und fruchtbaren Welten der Utopien angehören. Zu erwähnen wäre hier auch z. B. David Hume, der in seinem Essay zur Verteidigung des Freitodes sogar behauptet: »Es wäre leicht zu beweisen, dass der Freitod im Lichte der christlichen Verheißung so berechtigt ist wie er es für die Heiden war. Es gibt keinen einzigen Text der heiligen Schrift, der ihn verbietet« (Do suicídio [On Suicide], in: Ensaios Morais, Políticos e Literários, tradução de João Paulo Monteiro, Sara Albiéri e Pedro Galvão, Lisboa 2002, S. 472, Fn 4).

12 Vgl. hierzu, insbesondere in Bezug auf den Gedanken, dass das Tötungsverbot ein in Grnde öffentlich-rechtliches Prinzip verkörpert, José Belez, A ortotanásia como problema jurídico penal, in: Asténcias modernas de reanimação; conceito de morte, aspectos médicos, teológico-morais e jurídicos, Porto 1973, S. 57.

13 Das bekannte Schulbeispiel lehrt uns, dass der Vater des Opfers, der der Hinrichtung des Mörders seines Sohnes beiwohnt, wobei er dem Henker einige Sekunden zuvorkommt und selbst den elektrischen Schlag auslöst, damit das Verbrechen des Totschlages begeht. Die Tat ist eindeutig, selbst wenn man mit Sicherheit behaupten kann, dass auch im Falle ihrer Unterlassung der Tod des Delinquenten unvermeidbar gewesen wäre.

Die Tatsache, dass das portugiesische Strafgesetzbuch (CP) seinen »Besonderen Teil«¹⁴ (BT) mit den Verbrechen gegen das Leben eröffnet, enthüllt eindeutig, dass das menschliche Leben das am höchsten bewertete strafrechtliche Gut ist.¹⁵ Gleichwohl ist der Wert des menschlichen Lebens durch den portugiesischen Gesetzgeber nicht auf eine monolithische Art und Weise festgeschrieben: Zum Schutze des menschlichen Lebens gibt es, ebenso wie in allen anderen Strafrechtsordnungen, nicht nur einen einzigen Straftatbestand. Das menschliche Leben wird nicht nur in den unterschiedlichen Phasen seiner Verwirklichung und Autonomie geschützt (intrauterines menschliches Leben sowie eigenständiges menschliches Leben¹⁶), sondern der CP bezieht auch als spezifische Momente dieses Schutzes die Art und Weise mit ein, in der das Rechtsgut Leben verletzt wird.¹⁷

2. Schon lange haben wir den Gedanken hinter uns gelassen, dass es sich bei einem Rechtsgut nur um etwas Materielles oder Empirisches handeln kann. Ebenso steht fest, dass die Begründungen neu-kantianischer Couleur, die strafrechtlich geschützte Güter innerhalb eines streng wertenden oder axiologischen Horizontes sahen, überholt sind. Heutzutage bezieht sich das strafrechtlich zu begreifende Rechtsgut zumindest teilweise immer auch auf die Realität. In diesem Sinn sind die Strafrechtsgüter axiologisch relevante Teile der Wirklichkeit; sie bilden die Stützpfiler für die freie Entfaltung der Persönlichkeit.¹⁸ Wenn nun die »menschliches Leben« genannte Wirklichkeit Veränderungen erfahren hat, und seien diese auch lediglich quantitativer Art, so veranlasst jene Wandlung, den Sinn und den Inhalt des Strafrechtsguts »menschliches Leben« zu überdenken.

Die am weitesten reichende Veränderung, die in den vergangenen Jahrzehnten in Bezug auf das menschliche Leben stattgefunden hat, liegt m. E. im Ansteigen der Lebenserwartung.¹⁹ Man kann immer mehr Menschen in einem »biblischen Alter« finden,²⁰ und zwar dank der besseren Lebensgrundlagen, der Entdeckung der Antibiotika, der Transplantationen, vor allem aber dank der außerordentlichen Entwicklung der Medizin in ihrer Gesamtheit. In soziologischen Kontexten spricht man bereits vom »vierten Alter«.²¹ Selbstverständlich stellt uns diese Verlängerung der

14 Zu dem Konzept (und seinen normativen Bedeutungen), das den BT einschließt, siehe meine Untersuchung »Relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal«, BFD 71 (1995), 117–144.

15 Vgl. in diesem Kontext die sinngemäß völlig gleichlautenden Ausführungen von Karl Heinz Auer, Verfassung und Strafrecht im Kontext rechtsphilosophischer Ethik, Wien 2000, S. 146 f.

16 Vgl. hierzu Jorge de Figueiredo Dias, Anmerkung zu Art. 131, (§ 5), in: Comentário Conimbricense do Código Penal, unter der Leitung von Jorge de Figueiredo Dias, t. I, Coimbra, 1999, S. 5.

17 Wenn man das portugiesische StGB (CP) betrachtet, so springt das Gesagte sofort ins Auge. Bereits der systematische Tatbestandsaufbau der Verbrechen gegen das eigenständige Leben (die sog. gesetzgeberische Technik) lässt keinen Zweifel aufkommen: Es werden unterschieden die Grundform des Verbrechens (einfacher Totschlag / homicídio simples – Art. 131 CP), das »qualifizierte« Verbrechen (der schwere Fall des Totschlages / homicídio qualificado – Art. 132 CP) und schließlich das »privilegierte« Verbrechen (der besonders schwere Fall des Totschlages / homicídio privilegiado – Art. 133 CP). Hinzu kommt die völlig unterschiedliche Behandlung des intrauterinen Lebens (mit all seinen Besonderheiten, deren unbedeutendste gewiss nicht diejenige ist, dass bei Schwangerschaftsabbruch nicht auf Sorgfaltswidrigkeit als Strafgrund erkannt werden kann), und schließlich die wahrhaft multi-forme Tatbestandsbeschreibung sowohl des schweren Falles des Totschlages als auch, und zwar in besonders auffälliger Weise, des besonders schweren Falles.

18 Über den Begriff des Strafrechtsguts siehe meine Ausführungen in »O perigo em direito penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)«, Coimbra, 2000, S. 183 ff.

19 In Portugal hat sich zwischen 1990 und 1995 die Lebenserwartung der Männer von 70,2 auf 71,5 und die der Frauen von 77,3 auf 78,6 erhöht (Enciclopédia Verbo, Edição XXI, voce »esperança de vida«).

20 So hatte z. B. die mittlere Lebenserwartung weißer Männer in den USA im Jahr 1900 nur 48,0 Jahre betragen, während sie bis 1971 bereits auf 68,3 Jahre angestiegen war (vgl. Nachw. Fn 19).

21 Im Portugiesischen nennt man das Rentenalter »terceira idade« = drittes Alter.

Lebensdauer vor neue Probleme,²² und zwar nicht nur in der Medizin,²³ sondern unvermeidlicherweise auch im Strafrecht.

3. Bevor wir zur Folgenabwägung der hier erörterten Fakten kommen, muss zur Vermeidung von Missverständnissen die eine oder andere Grundsatzüberlegung zu dem ethischen Standpunkt des *Verfassers* in Bezug auf das menschliche Leben vorangestellt werden. Die erste lautet, dass das Leben unantastbar ist. Das entspricht schlicht einem Verfassungsgebot²⁴ und stellt keine außerordentliche Behauptung dar. Die zweite postuliert, dass dieses Axiom stets der Horizont sein wird, an dem sämtliche weiteren Überlegungen auszurichten sind. Die dritte hat mit der Natur des Strafrechts selbst zu tun, vor allem, wenn man die Ausschlussgründe für strafrechtliche Verantwortlichkeit ins Spiel bringt, sowohl in Bezug auf die Rechtswidrigkeit als auch auf die Schuld und sonstige Kriterien strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Das Strafrecht postuliert durchaus als Gerechtigkeitsgebot, dass die Verletzung des Lebens unter gewissen, vom Gesetz festgelegten Umständen nicht unter Strafe steht, etwa im Falle einer Tötung in Notwehr. Das Strafrecht zeigt sich somit offen für eine Abwägung der Güter, die in Konflikt miteinander stehen. Und dieser Abwägung kann sich kein Gut entziehen, auch nicht das Rechtsgut Leben, das eindeutig den Grundstein der gegenwärtigen Hierarchie der Inkriminierung bildet.

Niemandem kann es entgehen, dass eine so weitreichende Veränderung der Lebenserwartung deutliche Spuren bei unserem ethisch-sozialen Verständnis vom menschlichen Leben hinterlassen muss. Noch vor wenigen Jahrzehnten war es üblich, dass ein Mensch in seiner gewohnten Umgebung das Ende seines Lebens erwartet hat. Heute stirbt man im Krankenhaus oder einer anderen Einrichtung des Gesundheitswesens.²⁵ Nicht nur, weil dies der am besten geeignete Ort für intensive Pflege und für die Lebensverlängerung ist, sondern auch, da es im Schoß der Familie aus offensichtlichen Gründen nicht möglich ist, einen kranken und pflegebedürftigen Angehörigen bis zu seinem Lebensende zu versorgen. Auf der einen Seite steht also die umsichtige und engagierte Verlängerung der Lebensdauer, die die Gemeinschaft uns gewährt, auf der anderen Seite die Abwendung, Anonymität und Einsamkeit, in der man stirbt. Selbst wer dieses Paradox nicht fühlt, kann doch nicht den Antagonismus einer immer weniger solidarischen, da immer individualistischer werdenden Gesellschaft leugnen, der ihm entgegenschlägt.²⁶ Nach dieser Schilderung der Um-

22 Zur Umschichtung der Verteilung wirtschaftlicher Ressourcen vgl. *Etica e allocazione delle risorse nella sanità*, a cura di Elio Sgreccia e Antonio G. Spagnolo, Milano 1996.

23 Mit dem neuen Fachbereich Gerontologie.

24 Art. 24 (1) der Portugiesischen Verfassung. Außerdem erfährt m.E. der Schutz des menschlichen Lebens eine weitere Verstärkung durch den Art. 70 des Zivilgesetzbuchs (CC), vgl. hierzu *Rabindranath de Sousa*, *O direito geral de personalidade*, Coimbra 1995, S. 203, sowie insbesondere *Orlando de Carvalho*, *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra 1973, S. 41 ff.

25 So strebt das *Hospice Movement*, entstanden 1967 in Großbritannien durch den geistigen und materiellen Einsatz von *Cecile Saunders*, danach, letztendlich den *total pain* durch die *total care* zu ersetzen (*Rosangelo Bacaro*, »Le cure palliative: aspetti etici«, in: *La fine della vita*, Bologna 2001, S. 153 ff.). Außerdem lässt sich belegen, dass in den sog. entwickelten Ländern 70–90% der Ableben in Einrichtungen des Gesundheitswesens stattfinden, vgl. *Antônio Barbosa*, *Pensar a morte nos cuidados de saúde*, *Análise Social* 38 (2003), 37.

26 Vertiefend: Warum Antagonismus, wenn doch der Diskursverlauf im Prinzip gar keinen antagonistischen Gedanken aufkommen lässt? In einer bipolaren Logik ist eine Gesellschaft weniger solidarisch, eben weil sie sich als individualistisch erweist. M.E. nach gibt es jedoch einen Grund für den Antagonismus. Und zwar erscheint der Individualismus in unserer Zeit als ein Ausdruck des sozial solidarischen So-Seins. Man glaubt, dass man nur »solidarisch« sein kann, wenn man zunächst radikal individualistisch ist. Die Register, mit denen solche Perspektiven heute ausgedrückt und gewertet werden, zeigen Feinheiten und Schattierungen, die sehr wohl Anlass zu solchem Antagonismus bieten können.

stände ist die (fast) völlige Unbeholfenheit und Unfähigkeit der Gemeinschaft im Umgang mit den neuen Problemstellungen zu betonen. Der Wandel erfolgt in Schwund erregendem Tempo. Die kollektive Absorption, der Metabolismus dieses gemeinsamen Hintergrundes, den wir kollektives Bewusstsein nennen, ist in seiner DNS für viel langsamere Mutationen bestimmt. Ein heute 80-Jähriger hat in seinem Leben eine solche Vielfalt von Phänomenen, Ereignissen, Wertungen und Wandlungen erlebt, wie sie sich zu anderen Zeiten in vielleicht vier oder fünf Generationen ereignet haben. Die von jedem von uns in dieser Zeit angesammelte Erfahrung findet vielfach keinen angemessenen Raum mehr in uns. Und das macht in vielerlei Hinsicht ratlos. Wenn die Umwelt uns in einem solchen Zustand der Verwirrung zurücklässt, dann ist es klug, mit ganz besonderer Vorsicht voranzuschreiten. Insoweit kann man nicht genug die Bedeutung der gebotenen Vorsicht hervorheben, ohne jedoch daraus ein religiöses Prinzip zu machen.²⁷

4. Nachdem sich innerhalb der letzten hundert Jahre die normale Dauer eines menschlichen Lebens fast verdoppelt hat, stellt sich heutzutage nicht mehr so sehr die Frage nach der »Quantität« des Lebens,²⁸ sondern vielmehr die nach der neuen Kategorie der Lebensqualität. Man ist sich heutzutage einig, dass die informierte Zustimmung im Bereich des Medizinstrafrechts noch nicht als rechtmäßig abgegeben gelten kann, wenn – nach dem Stand der Wissenschaft – lediglich über die Wahrscheinlichkeit der Lebenserwartung nach einem Eingriff aufgeklärt wurde. Weiteres bedarf der Klärung! Dem Patienten, der z. B. vor einer Krebsoperation steht, müssen eine Reihe von Antworten gegeben werden, etwa: Wie lange hätte er voraussichtlich ohne Operation noch zu leben? Wie lange könnte er wahrscheinlich leben, wenn der Eingriff vorgenommen wird? Mit welcher Lebensqualität könnten seine Tage enden, wenn nichts unternommen wird? Wie gestaltet sich sein Alltag nach einer Intervention? Hierbei bedarf der Begriff der Lebensqualität besonderer Aufmerksamkeit.²⁹ Denn es ist nicht einfach, qualitative Maßstäbe zu finden, sobald man sich auf dem rutschigen Gelände der Subjektivität bewegt. Trotz dieser Schwierigkeit erscheint es hier wie in vielen anderen Bereichen möglich, Muster der Objektivität ausfindig zu machen, die es erlauben, sich ein Urteil über die Lebensqualität zu bilden. Kriterien sind etwa der Mindeststandard einiger Lebensfunktionen, die Wahrscheinlichkeit eines nur mit immer höheren Dosen von Analgetika zu kontrollierenden dauerhaften Schmerzzustandes oder geistiger Verfall.³⁰

Das hier gezeichnete Bild darf nicht als etwas Aseptisches verstanden werden, das die medizinische Wissenschaft in ihrer Praxis ausarbeitet, um es im geschlossenen Kreis innerhalb der medizinischen Wissenschaft selbst anzuwenden. Die Anforderungen an eine vernünftige und gute Lebensqualität müssen vielmehr vor allem von dem Hauptadressaten verstanden werden: dem über sein eigenes Leben entscheidenden Patienten. Somit muss die verwendete Sprache begreifbar sowie dem Bildungsstand, den Kenntnissen, dem Alter und der Sensibilität des jeweiligen Patienten angemessen sein. Es muss immer gegenwärtig sein, dass es gerade »dieser« Patient ist,

27 *Oliver Godard*, *Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science e démocratie*, *Philosophie Politique* 11 (2000), 17 ff.

28 Man spricht heute von der »demographischen Alterung«, vgl. *Antônio Barbosa* (Fn 25), S. 36.

29 Lebensqualität hängt nicht nur von der Qualität der ärztlichen Behandlung, sondern auch von deren Ressourcen und ihrem Zugang ab; zum letzten Punkt vgl. *John F. Kilmer*, *Who lives? Who dies?*, New Haven 1990.

30 Es gibt heute einen breiten Konsens innerhalb der Ärzteschaft, der besagt, dass das Mindestmaß der sog. Lebensqualität die Fähigkeit zur Kommunikation mit der äußeren Welt voraussetzt. Wer auf keinen Stimulus mehr reagiert, dessen Lebensqualität – die viele nicht einmal mehr »Leben« nennen würden – ist auf ein nicht mehr messbares Niveau reduziert.

der einen Namen, Angehörige und eine eigene Geschichte hat, und der gut informiert sein muss. Denn es geht um sein Leben.³¹

5. Leid und physischer Schmerz³² sind stark durch Faktoren nicht physiologischer Natur mitbedingt.³³ Die Erträglichkeitsgrenze des Schmerzes hängt stark von der jeweiligen Person ab; außerdem wird sie in verschiedenen geschichtlichen Epochen unterschiedlich gezogen.³⁴ Zudem gibt es immer eine physiologische Schmerzgrenze, unabhängig davon, wie leidensfähig eine Person bei intensiven Schmerzen ist. Reicht der Schmerz bei rein physiologischer Bewertung sehr nahe an diese Grenze heran, so liegt er jenseits des Zumutbaren. Diese Argumentation schließt die Möglichkeit aus, die Linie, von der an Schmerzen als unerträglich eingestuft werden können, inakzeptabel niedrig zu ziehen. Auch hier ist operativ die Generalklausel anzuwenden, die sich auf das Verhalten des sog. Durchschnittsmenschen bezieht. Insoweit handelt es sich bei dem Begriff des unerträglichen Schmerzes im strafrechtlichen Kontext um einen normativen Begriff. Die hier herausgearbeiteten Überlegungen haben also nichts mit den existenziellen Lebensentscheidungen zu tun, die jeder Einzelne in Bezug auf sein Leiden oder seinen Schmerz treffen kann. Wenn jemand in der Opferbereitschaft ein Mittel der geistigen und religiösen Hingabe sieht, so muss das Strafrecht eine solche Haltung zwar achten. Innerer Reichtum und Unerschütterlichkeit sind Tugenden, die die Gesellschaften veredeln, dürfen aber nicht zu Werten erhöht werden, die den Schutz des Strafrechts verdienen. Das Strafrecht lebt von der praktischen Vernunft; es existiert und lebt für den normalen und gewöhnlichen Bürger und darf deshalb keinesfalls Heiligengeschichten oder Heldentaten als Wertungsmaßstab heranziehen.

6. Nach den bisherigen allgemeinen Vorüberlegungen stellt sich die Frage, was das Leben für den Einzelnen innerhalb der Strafrechtsordnung bedeutet. Das Rechtsgut Leben ist insoweit unstreitig disponibel, als es durch die Person selbst verletzt werden kann. Die Selbstzerstörung ist also ein strafrechtlich unerhebliches Verhalten³⁵ und damit auch nicht Gegenstand des strafrechtlichen Diskurses. Nicht verfügbar ist das Leben dagegen, sofern es um seine Verletzung durch Dritte geht. Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung ist mithin irrelevant, wenn es sich um das Rechtsgut Leben handelt.

Das Verhältnis des »Ich« mit seinem Seins-Grund und seiner Seins-Ermöglichung – d. h. das Verhältnis zwischen »Ich« und »Leben« – war schon immer aus einer rein juristischen Sicht heraus schwierig zu begreifen. Folglich ist es aus der Perspektive des vom Nützlichkeitskalkül gelciteten Strafrechtlers wichtiger und notwendig, dass dem Rechtsgut Leben, so gut es geht, ein Rahmen verliehen wird. Indessen hilft es

31 Hierzu *Seneca*: »Quae, ut scis, non semper retinenda est; non enim vivere bonum est, sed bene vivere« (Epistulae morales ad Lucilium, VIII, 70, 4): »quam bene vivas referre, non quam diu; saepe autem in hoc esse bene, ne diu« (idem, XVII–XVIII, 101, 15).

32 Hervorzuheben ist, dass auch im Bereich des katholischen Denkens behauptet wird: »Quand a la douleur, il paraît que le catholicisme se refuse désormais à lui accorder une valeur rédemptrice«, *Jaques Pohier*, La mort opportune (Les droits des vivants sur la fin de leur vie), Seuil, S. 333.

33 In diesem Zusammenhang besonders relevant: La douleur et le droit (Textes remis et présentés par Bernard Durand, Jean Poirier, Jean-Pierre Royer), Paris 1997, namentlich *Bérengrère Legros*, La douleur comme fondement de l'eutanasie, S. 389 ff.; der Autor verneint kategorisch, dass Schmerz unter irgendwelchen Umständen eine Begründung für die Legalisierung der Euthanasie sein könne.

34 »Nous envisageons la douleur comme une construction culturelle et sociale: Le rapport des hommes à la douleur est lié à la croyance modifiant la perception de la douleur infligée et ressentie« (*Éric Gallibour*, Le médecin, le juriste et le sociologue face à la douleur: approche sociologique sur le rapport entre douleur et droit, in: La douleur et le droit [Fn 33], S. 51).

35 Vgl. zu diesem Punkt *Jorge de Figueiredo Dias*, Anmerkung zu Art. 131 (§ 29), in: Comentário Comin-briçense do Código Penal (Fn 16), S. 15f.

wenig, sich mit Argumenten und Gegenargumenten über die Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen der »Person« und ihrem eigenen Leben anzuhalten. Denn einerseits ist es nicht möglich, eine Person ohne physiologisches Leben zu konzipieren; andererseits lässt sich kein menschliches Leben, das keine Person ist, konzipieren.

Nun ließe sich einwenden: Geschieht nicht genau dasselbe mit der körperlichen Unversehrtheit? Tatsächlich kann man auch hier behaupten, es ließe sich keine körperliche Unversehrtheit konzipieren, die nicht menschlich sei, wie es umgekehrt auch kein menschliches Leben ohne körperliche Unversehrtheit gebe. Gewiss! Aber das ist nur ein Teil des Problems und verbirgt nur das Wesentliche und Entscheidende unserer Frage. Blickt man genau auf die körperliche Unversehrtheit, so wird es intuitiv möglich, eine Objektivierung zu konzipieren. »Meine« physische Integrität kann nicht mit meinem »Ich« verwechselt werden. Mehr noch: Eben weil sie objektiviert werden kann, sind auch partielle Angriffe gegen die körperliche Unversehrtheit vorstellbar. Bei der Verletzung des Lebens dagegen kann man, anders als bei der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit, nicht mehr die Folgen eben dieser Verletzung kontrollieren. Daher sind partielle Angriffe auf das Leben undenkbar; mit einer einzigen Verletzungshandlung ist alles beendet.

Bei dieser Sicht stellt sich die Frage, bis wohin die »faktische Gewalt« über unser eigenes Leben reicht. Kann das Rechtsgut Leben ggf. seine Annullierung erfahren, wenn andere Werte im Spiel sind, oder bildet das Leben die absolute Grenze? Ergibt es Sinn, dass diese »faktische Gewalt«, die wir über unser eigenes Leben haben, auf Dritte übertragen werden kann, indem wir uns auf andere Werte berufen? Und überhaupt, können wir eine »faktische Gewalt« übertragen oder stellt die Ausübung dieser Gewalt naturgemäß die Handlung der Person selbst dar und erweist sich somit als eine unübertragbare?

7. Im heutigen Verständnis hat das Subjekt³⁶ einen zentralen Ort im Bau der Rechtsordnung eingenommen. Das Rechtsbewusstsein, die Verfassungstexte, die unterschiedlichsten Gesetzeswerke, alle zielen auf das Subjekt als eine unentrinnbare Kategorie, eine juristische Figur oder ein juristisches Axiom der Struktur der Rechtsordnung und damit auch – spezifischer – der Strafrechtsordnung. Die Rechtsgewalt, die das Subjekt³⁷ trägt, ist nichts anderes als die Selbstbestimmung. Alles dreht sich, schaut man auf das Subjekt, um den Begriff der Selbstbestimmung. Die grundlegenden Kraftlinien dieser wichtigen Rechtskategorie lassen sich als zwei Achsen, eine vertikale und eine horizontale, beschreiben.

Die vertikale Linie beim Erfassen der Selbstbestimmung stützt sich auf den Gedanken, dass es nur das Subjekt ist, welches im Prozess der Selbstreflexion seine Art, zu sein und mit sich selbst zu leben, zu finden hat, und vor allem, dass es auch nur die einzige Entscheidungsinstanz³⁸ für sein Verhalten gegenüber anderen sein dürfe. Diese Selbstbestimmung kann nur durch die Achtung, die alle anderen ihr schulden, realisiert werden. Dieser horizontalen Linie kommt jedoch für den Begriff der Selbst-

36 Hilfreich für einen allgemeinen, vollständigen und integrierten Überblick über den »Ort« des Subjekts in unserer Kultur sind die zwei Bände: Geschichte und Vorgeschichte der modernen Subjektivität, Reto Luzius Fetz, Roland Hagenbüchle und Peter Schulz (Hrsg.), Berlin 1988.

37 Das hier vorausgesetzte Subjekt ist nicht im Geringsten identisch mit dem fast omnipotenten Subjekt des Neoliberalismus. Aus diesem Grund hat *Castanheira Neves* völlig Recht, wenn er in seiner gelungenen Zusammenfassung sagt: »Das Individuum kann nicht ohne Gemeinschaft, die Vernunft nicht ohne den Geist und der Mensch ohne die Person sein«, Os Elementos de Direito Natural: de Vicente Ferrer Neto Paiva, in: *A. Castanheira Neves*, Digesta, Bd. I, Coimbra 1995, S. 342).

38 Selbstverständlich wird hier eine – auf die Selbstbestimmung der Person gestützte – ethische Entscheidungsinstanz vorausgesetzt. Die heteronome Entscheidungsinstanz dagegen gebührt in ihrer Gesamtheit dem Recht.

bestimmung³⁹ nicht dieselbe Wichtigkeit zu wie jener, die die Senkrechte des Diagramms zu seiner Bestimmung beiträgt. Außerdem zieht die Selbstbestimmung vor allem auch den Begriff der Immunität⁴⁰ nach sich. Es ist eben das Subjekt, das immun gegenüber dem Äußeren sein muss, und das vom Staat, vom Recht, den Schutz eben dieser Immunität einfordert.⁴¹

8. Der Weg, den wir bis hierher zurück gelegt haben, erlaubt uns nicht nur, besser dasjenige zu verstehen, was auf der theoretischen Ebene konstitutiv ist, sondern auch die Vielfältigkeit und die Überkreuzung der Werte zu erfassen, die jedwede Entscheidung immer mit sich bringt. Dazu kommt, dass die stets im Hintergrund stehende Frage selbst ein *definitional stop*⁴² ist. Tatsächlich darf bei der Suche nach dem Ausschlaggebenden und Entscheidenden nie vergessen werden, dass wir in einem Grenzbereich arbeiten. Stets ist im Bewusstsein zu behalten, dass das Problem der strafrechtlichen Behandlung des Lebensendes einen *definitional stop* erfährt, wenn das Verlangen nach diesem Ende ernstlich, dringlich und ausdrücklich vorgebracht wird. Eine der möglichen Lösungen – jene, die von der Nicht-Strafbarkeit dessen ausgeht, der dem Leben einer Person auf deren dringliches und ausdrückliches Verlangen ein Ende setzt – läuft Gefahr, die Entscheidung des Verlangenden absolut zu setzen.⁴³ Das ist die letzte und dichteste der Alternativen; es ist ein *definitional stop*. Wenn man freilich davon ausgeht, dass die gegenwärtige Situation beibehalten werden sollte, so führt auch dies zu einer Absolutsetzung des Lebens für diejenigen, die ehrlich, ernstlich und offen nicht mehr zu leben wünschen. Auch hier steht man vor dem Drama der Grenzlinie, des *definitional stop*. Das Problem stellt sich also innerhalb dieser beiden Achsen. Gibt es stichhaltige und grundlegende Gründe, dass wir uns für die Achse der Nicht-Strafbarkeit entscheiden, und zwar unter genau festgelegten Umständen, oder sprechen dieselben stichhaltigen und humanitären Gründe weiterhin für das Absolute des Lebens?

III. Das Ende des menschlichen Lebens

1. Um die Euthanasie als zentrales strafrechtliches Problem erfassen zu können, bedarf es zunächst einer Begriffsbestimmung. Hierbei können und müssen zwei große Typen der Euthanasie unterschieden werden: die aktive Euthanasie und die

39 Von Bedeutung in diesem Kontext ist eine der vier Thesen von Ach: »Sterben ist als Teil des Lebens auch ein Teil der Persönlichkeitsentwicklung des Menschen«, in: *Dagmar Schäfer*, *Patientenverfügungen* (Krank – aber entscheidungsfähig), Lage 2001, S. 29. Wenn nun für die vollständige umfassende Verwirklichung von »meiner« Persönlichkeit »mein« Tod ein wesentliches Element darstellt, dann sind die »anderen« verpflichtet, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sich »meine« Persönlichkeit vollständig verwirklicht. Diese Sicht verdichtet axiologisch das hier herausgearbeitete horizontale Element. In den Worten von *Pinto Bronze*: »Die wirkliche Person ist durch die Dialektik eines »einzelnen ich« und eines »sozialen ich« konstituiert«, in: *Fernando José Pinto Bronze*, *Lições de introdução ao direito*, Coimbra 2002, S. 479. Dieses Verständnis der Realität des Todes kollidiert freilich frontal mit der Position *Wittgensteins* (Fn 7).

40 M. E. ist der Begriff der Immunität gerade aus der Sicht des Rechtssubjekts besonders dicht und operativ. Der letzte Kreis der Selbstbestimmung muss gegen jeden äußeren Druck immun sein. Denn nur so verwirklicht sie sich auch. Und eine Gesellschaft ist umso solidarischer, je mehr sie dazu fähig ist, diesem allerletzten Entscheidungsort »Immunität« zu gewähren.

41 »La funzione immunitaria che il diritto svolge nel confronto della comunità è di evidenza immediata e come tale universalmente riconosciuta anche al di fuori della letteratura giuridica«, *Roberto Esposito*, *Immunitas*, Torino 2002, S. 25.

42 Diese Kategorie stammt von *Hart*. Durch sie lässt sich in schlüssiger Form der Gedanke einer unüberwindbaren Hürde vermitteln, eben jener bei der Auseinandersetzung mit dieser Problematik ständig gegenwärtige Grenzgedanke.

43 *Jörg Laber* verteidigt das »Absolute« des Lebensschutzes, wobei er allerdings das Absolute schüchterer zwischen Kommas setzt (Der Schutz des Lebens im Strafrecht, Frankfurt/M. 1997, S. 115ff.).

passive Euthanasie.⁴⁴ Zu übergehen ist dagegen sowohl die perverse und ethisch unbegreifliche Euthanasie mit kollektiver oder kollektivistischer Färbung⁴⁵ als auch die sog. indirekte Euthanasie. Auch nur die Möglichkeit einer kollektiven Euthanasie in Betracht zu ziehen, bedeutete einen moralischen Rückschritt, bei dem man sich in die Nähe der puren und entsetzlichen Barbarei begeben und auf den niedersten Wertegrad der menschlichen Würde absinken würde. Bei der sog. indirekten Euthanasie handelt es sich bei genauem Hinsehen nicht um Euthanasie. Die sog. indirekte Euthanasie ist lediglich ein allgemein als zulässig erachtetes Verhalten, das gegeben ist, wenn die Verabreichung eines Schmerzmittels – eine unerlässliche Behandlung, falls der Patient über das zumutbare Maß hinausgehende Schmerzen erleidet – zu einer gewissen Verkürzung der zu erwartenden Lebensdauer führt oder führen kann.⁴⁶

Die passive Euthanasie wiederum steht nicht im Zentrum dieser Untersuchung, auch wenn sie einen Fall von Euthanasie darstellt. Sie wird hier nur betrachtet, sofern sie ein Unterlassen darstellt, das zum Tod einer Person auf deren eindeutiges, inständiges und unerschütterliches Bitten hin führt und von einem Arzt ausgeführt wird. Mit dieser begrifflichen Reduktion wird das Problem deutlich umrissen: Wenn man heutzutage die Frage der Euthanasie aufwirft, so erfolgt dies nicht vor dem diskursiven Horizont sämtlicher Formen der Euthanasie; im Mittelpunkt der öffentlichen Diskussion steht vielmehr die aktive Euthanasie.

2. Die Akzeptanz der Euthanasie, insbesondere der aktiven Euthanasie, zieht Probleme nicht nur im Grundsätzlichen, sondern auch unter der Perspektive einer Risikobegrenzung und -vorbeugung nach sich. Wie bereits hervorgehoben wurde, entspricht die Ermöglichung aktiver Euthanasie mit Einwilligung und auf Verlangen einer radikalen Änderung des Paradigmas dessen, das als *definitional stop* bezeichnet wurde. Dem Absoluten des Lebens⁴⁷ steht das Absolute eines »Ich« gegenüber, das die volle Selbstbestimmung bis hin zu seiner eigenen Auslöschung beansprucht. Diese Wende kann nicht als eine einfache theoretische Operation ohne Folgen im Bereich der praktischen Vernunft betrachtet werden, sondern verändert das Problem selbst. Indem man die absolute Selbstbestimmung adoptiert, wenn auch in ganz genau bestimmten Grenzen, zerfällt die Konsistenz des *definitional stop*; man reißt eine Lücke, die später für eine Erweiterung des Euthanasiekonzepts genutzt werden kann. Und dieses Argument des »Dammbruchs«⁴⁸ sollte nicht als inkonsistent oder gar als irrelevant abgetan werden. Die Lehren der Rechtssoziologie wie auch die alltägliche Erfahrung lassen leicht einsehen, dass die Beschädigung von jedem beliebigen Grenzfall Situationen nach sich ziehen kann, die nicht im Blickwinkel jener gelegen hatten, die das Siegel an der ursprünglichen und eindeutigen Grenzlinie abgerissen haben.

44 Eine gelungene Annäherung an diese Kategorien findet sich in der Untersuchung von *Luca Monticelli*, *Eutanasia, diritti penale e principio di legalità*, l. *Indice Penale*, Nuova Serie, I (1998), 474 ff.

45 Zu einer Abhandlung dieser Kategorie vgl. *Fernando Mantovani*, *Eutanasia*, in: *Digesto delle Discipline Penali*, Torino 1995, IV, S. 423.

46 Auch bekannt als die Lehre von der »Doppelwirkung« (sie nimmt oder mildert den Schmerz, verursacht jedoch andererseits auch eine gewisse Lebensverkürzung). In Übereinstimmung mit dem hier vertretenen Standpunkt *Manuel Costa Andrade*, *Consentimento de acordo com o direito penal*, Coimbra 1991, S. 441, sowie in jüngerer Zeit *Figueiredo Dias*, der vertritt, dass der so handelnde Arzt dies im Schutz einer Rechtfertigung tut (Anmerkung zu Art. 131, [§ 5], in: *Comentário Conimbricense do Código Penal* [Fn 16], S. 5).

47 Der Standpunkt, der das menschliche Leben als absolut betrachtet, wird normalerweise von Strömungen des religiösen Denkens verteidigt, die ihm einen sakralen Charakter zuschreiben, vgl. *Maria Beatrice Magro*, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001, S. 26, vor allem Fn 28.

48 Die Gefahr des »Dammbruchs« in religiös inspirierten wie auch in laizistischen Studien wird hervorgehoben von *Sergio Sminara*, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1995, 717.

Geht man also – i.S. einer rein akademischen Hypothese – von der Möglichkeit aus, die aktive Euthanasie mit Einwilligung und auf Verlangen sei innerhalb von strengen, im Voraus bestimmten Grenzen nicht strafbar, so stellt sich sofort die Frage nach der Garantie, dass die Nicht-Strafbarkeit für diese Art von Handlungen nicht auch auf Situationen ausgedehnt wird, die einer weniger strengen gesetzlichen Bestimmung unterliegen. Und dass man in der Folge, Schritt für Schritt, nicht sogar die völlig ausgeschlossene aktive Euthanasie ohne Einverständnis mit einbezieht.

Die aus der Furcht vor einem unaufhaltsamen Dammbbruch vorgebrachten Argumente und Forderungen nach Abwägung sind außerordentlich wichtige Elemente bei der Konsolidierung des menschlichen Lebens. Offensichtlich sind die Gefahren real.⁴⁹ Jedoch kann die Verneinung jeglicher Legitimität der sog. aktiven Euthanasie, mit Einwilligung und auf Verlangen und von Ärzten durchgeführt, ihre Argumentationslinie nicht ausschließlich auf die Risiken der »Folgeschritte« aufbauen. Jede Entwicklung findet unter solchen Risikovoraussetzungen statt, und bereits dadurch verliert dieses Argument viel von seiner Schlagkraft. Damit soll diesem Einwand nicht sein ihm zukommendes Gewicht abgesprochen werden.

3. Die Erfahrung des Holocaust war etwas so tiefgreifend Brutales, dass sie unheilbare Narben hinterlassen hat.⁵⁰ Darüber hinaus war in anderen geographischen und ideologischen Breitengraden die Versuchung oder sogar Verwirklichung von sog. »Euthanasieprogrammen« nicht nur eine Randbemerkung der Geschichte über kollektiven Wahnsinn oder moralischen Verfall. Auch die Gulags und die Konzentrationslager der Roten Khmer waren solche Orte, wo entsprechende Ideen wuchsen. Dieser Ausstrahlungseffekt von einem anscheinend ursprünglichen Bösen⁵¹ ist so mächtig, dass alles, was auch nur leise an jenen unbeschreiblichen Erfahrungen rührt, sofort mit einem Bannfluch belegt wird. Wenn jedoch die Entwicklung nicht stehen bleibt, so kann man auch wieder neu über jene Probleme nachdenken, ohne durch die Schmerzen der Vergangenheit gelähmt und blockiert zu sein. Die befreiende Geisteshaltung ist eine einfache, aber sehr sinnvolle Art und Weise, das Andenken an jene unschuldigen Opfer zu ehren. Deshalb sollte man sich keine Denkblockaden auferlegen, aber nur unter einer Voraussetzung: Es gilt, das Gedächtnis stets wach zu halten, denn anderenfalls wäre Gegenwart und Zukunft ein zufälliges und undifferenziertes Gemisch aus zusammengewürfelten Fakten.

4. Art. 24 (1) der Portugiesischen Verfassung ist der Eckstein im Bau der portugiesischen Rechtsordnung. Indem sich der Verfassungsgeber auf solch eine eindeutige und eindringliche Weise über das Leben äußert – »das menschliche Leben ist unverletzlich« –, kann niemand bezweifeln, dass er damit weitreichende Rechtsfolgen beabsichtigt hatte. Es ist undenkbar, dass ein solches Verfassungsgebot lediglich das flüchtige Merkmal einer programmatischen Norm besitzt. Art. 24 (1) der Portugiesischen Verfassung trägt die Merkmale eines *definitional stop*, was jedoch nicht bedeutet, dass sie in der portugiesischen Strafrechtsordnung als ein absoluter *definitional stop* angesehen werden müsste. So bezieht sich die von Art. 24 der Portugiesischen Verfassung garantierte Unverletzlichkeit zunächst und an hervorragender Stelle auf den Staat. Schon aus diesem Grund scheidet jeder Versuch einer Verankerung der

49 Eine andere Gefahr kann durch die schändliche Suggestion, anderen »zur Last zu fallen«, geweckt werden, vgl. dazu John Hartwig, *Is there a duty to die?*, New York 2000.

50 Stellvertretend für das reichhaltige Schrifttum Gernot D. Hasiba, *Euthanasie im Dritte Reich*, in: *Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod*, Graz 1993, S. 27ff.; Horacio Riquelme U., *Medizinische Ethik in Krisenzeiten*, Baden-Baden 1998, S. 108ff.

51 Über das Böse siehe Jérôme Porée, *Le mal (Homme incapable, homme souffrant)*, Paris 2000.

Todesstrafe aus.⁵² Ebenso bildet diese Unverletzlichkeit in ihrer Verdichtung ein für die gesamte Strafrechtsordnung wesentliches Rechtsgut. Womit sich das Strafrecht dieses Gut – im Gegensatz zum portugiesischen Verfassungsrecht, das keine konstitutionell anerkannte Wertehierarchie kennt – gleich in der Vorhalle seines BT einrichtet. Dies besagt freilich keineswegs, dass etwa das Leben eines Anderen nicht verletzt werden dürfte, wenn unser eigenes Leben, da es angegriffen wird, in Gefahr ist. Hier sei wieder an die Notwehr als ein für die Hermeneutik des Lebens zentraler Topos in der Diskursivität des Strafrechts erinnert.

Außerdem hebt die Lehre stets hervor, dass das vorausgesetzte und den Schutz des Art. 24 (1) der Portugiesischen Verfassung verdienende Leben nicht wertunabhängig als monolithischer Block begriffen werden darf. Eine Sache ist der Schutz des Lebens im Mutterleib, eine ganz andere ist die Verteidigung und der Schutz des selbstständigen Lebens.⁵³ Dies verdeutlicht die Fragmentierungswirkung der Schutzebenen und ganz besonders die des Strafrechts. Genau diese Diskontinuität des Rechtsgutes Leben wird hinsichtlich der ersten Augenblicke des strafrechtlichen Lebensschutzes erkennbar. Das Strafrecht schützt bereits das selbstständige Leben, wenn die Geburtswehen einsetzen bzw. zum Zeitpunkt der ersten Vorbereitungen für einen Kaiserschnitt, während das Zivilrecht erst ab der vollständigen Lebendgeburt von der entsprechenden »Persönlichkeit« ausgeht. Der gesetzliche Schutz des menschlichen Lebens durch die Verfassung ist also alles andere als ein absoluter *definitional stop*.

IV. Die eigene Rechtslage und rechtsvergleichende Aspekte

1. Das Recht ist eine konstruierte Sache und jeweils von verschiedenen nationalen Rechtsordnungen beeinflusst. Die Abgeschlossenheit einer Rechtsordnung mag eine totalitäre Versuchung gewesen sein, die sich jedoch nie realisieren ließ. Geschichtlich setzten sich stets die am höchsten entwickelten und dogmatisch konsistentesten Rechtsordnungen durch. So wurden die Verhältnisse zwischen den Menschen, wie auch ihr Konfliktpotenzial, nach Maßgabe immer höherer Parameter konstruiert. Aber dies verhindert nicht, dass die besonderen Merkmale eines jeden Volkes, seine Geschichte und seine Zukunft, sich in seinem jeweiligen Recht widerspiegeln. Da es gleichwohl niemals Rechtsordnungen gegeben hat, die gegenüber dem Einfluss anderer Rechtsordnungen immun gewesen wären, verlangt die Komplexität des Rechts den Vergleich mit den Wertungen und Lösungen anderer Rechtsordnungen.

Wenn nun das Recht eines Staates schon immer von anderen Rechtsordnungen beeinflusst worden ist und gleichzeitig andere Rechtsordnungen befruchtet hat, so gewinnt dieses Phänomen in einer Zeit des Zusammenwachsens der einen Welt besondere Aufmerksamkeit, und zwar unter zwei Aspekten: des Zeitraums einerseits und eventuell bestehender Rechtsfamilien aufgrund gemeinsamer kultureller Identität andererseits. Hierbei lässt sich das Phänomen der gegenseitigen Durchdringung in kurzen Zeiträumen leichter wahrnehmen, wenn diese Beeinflussung innerhalb von Rechtsordnungen geschieht, die demselben Stamm angehören.

52 Eventuelle Zweifel an der Unmöglichkeit einer solchen Folge verschwinden definitiv durch die verfassungsmäßige Verankerung des Gebots in Ziffer 2 desselben Artikels.

53 Die Wiederholung dieses Gedankens ist beabsichtigt, zumal er eine Schnittstelle der im Laufe der Untersuchung verfolgte Argumentationslinie darstellt.

Nachdem somit der Reflexionsrahmen abgesteckt ist, kann man die Erschütterung erfassen, als die Niederlande⁵⁴ wie auch Belgien⁵⁵, also Staaten der Europäischen Union und dem gleichen kulturellen, rechtlichen und wirtschaftlichen Raum angehörig, erlaubt haben, dass unter gesetzlich bestimmten Umständen die aktive Euthanasie mit Einwilligung und auf Verlangen durch Ärzte durchgeführt werden kann. Diese Tatsache hat das kollektive Gewissen, das Rechtsdenken und ganz besonders das strafrechtliche Denken aufgewühlt. Keinesfalls soll hier vertreten werden, dass sämtliche in anderen Völkern und Kulturen erprobten kriminalpolitischen Lösungen nachzuahmen seien, selbst wenn sie mit der unseren einen nahen Verwandtschaftsgrad aufweisen. Wichtig erweist sich nur für das Strafrecht, die Zeichen der Zeit aufmerksam zu beobachten und zu deuten. Dabei darf jedoch nie am Bestand der Lehrensätze selbst gerüttelt werden, der die europäische Rechtskultur gefestigt hat. Es sei hinzugefügt, dass namentlich der *EGMR*⁵⁶ genau die entgegengesetzte Richtung eingeschlagen hat, in welche die Niederlande und Belgien gehen – was das Konfliktpotenzial dieses Themas unterstreicht.

2. Es ist offensichtlich, dass der hier behandelte Themenbereich vor allem die inkriminierenden Normen der Art. 134 und 135 CP angeht. Diese Normen wollen in der Werthierarchie der Tötungsdelikte eine Fragmentierung des Lebensschutzes ausdrücken, die sich in der Strafrechtsdogmatik als eine Privilegierung darstellt. Der Gesetzgeber hat befunden, dass gewisse, das Rechtsgut Leben verletzende Verhalten strafrechtlich milder geahndet werden sollen, wenn sie innerhalb der von ihm definierten Voraussetzungen ausgeführt werden. Der gegenüber dem Grunddelikt des Totschlags (Art. 131 CP) deutlich geminderte abstrakte Strafrahmen zeigt einerseits, dass die Gutsverletzung des menschlichen Lebens nicht durchweg mit derselben Intensität mit Strafe belegt ist, und er zeigt andererseits, dass die unbedingte Strafbarkeit von Verstößen gegen menschliches Leben alles andere als ein unumstößliches Dogma darstellt.

Selbst eine nicht strafrechtlich vorgeprägte Lektüre der hier besprochenen Normen würde den Eindruck hinterlassen, dass diese in vielerlei Hinsicht so etwas wie ein Vorspiel zu der Problematik darstellen, die das Ende des Lebens untrennbar mit dem Strafrecht verknüpft. Wenn es heißt, »wer eine andere Person tötet, die ihn ernstlich, eindringlich und ausdrücklich darum ersucht hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft« (Art. 134 [1] CP), oder wenn vorgeschrieben ist, dass derjenige, der beim Suizid »Hilfe leistet«, »mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft« wird, dann stellt sich unweigerlich der Verdacht ein, dass das in diesen Normen erfasste politisch-gesetzgeberische Programm bereits die Problematik der Euthanasie im Sinn gehabt hat.

Lässt man diesen ersten Verstehenszugriff hinter sich und untersucht die Sachlage strafrechtlich, so zeigt sich die hier angedeutete politisch-gesetzgeberische Tendenz nur noch augenfälliger. Der durch ernstliches, inständiges und ausdrückliches

54 Mit dem Gesetz über die Euthanasie und den assistierten Suizid vom 28. 11. 2000, in Kraft getreten am 1. 4. 2002. Zu einem Überblick über die niederländische Auseinandersetzung in Fachkreisen und der Lehre zum Problembereich der Euthanasie vor dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Gesetzes siehe *Euthanasia and law in the Netherlands*, Amsterdam 1998.

55 Gesetz vom 28. 5. 2002, in Kraft getreten am 20. 9. 2002.

56 Zu denken ist dabei an die Entscheidung im Fall von *Diane Pretty* gegen Großbritannien. Frau *Pretty*, verheiratet und Mutter zweier Kinder, leidet an einer degenerativen Krankheit und war bereits querschnittsgelähmt; sie bewahrte jedoch stets ihre geistige Klarheit. Der Staßburger Gerichtshof entschied, dass von Seiten Großbritanniens keine Verletzung der Art. 2 und 3 (u. a.) EMRK vorliegt (Entscheid n° 2346/02, vom 29. 4. 2002).

Verlangen⁵⁷ eingeforderte Tod stellt ein Element des Straftatbestandes dar, das konstitutiv für den normativen Aufbau der gegenwärtigen Gesetzesordnung ist, welche die Strafflosigkeit der aktiven Euthanasie innerhalb eng umgrenzter Voraussetzungen ermöglicht. An erster Stelle der wesentlichen Voraussetzungen steht ein Verlangen, wodurch die Selbstbestimmung des Einwilligenden – des Verlangenden – betont wird. Die Merkmale jenes Verlangens bestätigen dann die Strenge der Anforderungen, mit denen der Gesetzgeber die Legitimität dieser Absicht absichern möchte. Indem schließlich die Beihilfe zum Suizid durch denselben abstrakten Strafrahmen der Tötung auf Verlangen gleichgestellt wird, erhält man einen deutlichen Hinweis darauf, dass beiden Situationen ein identischer strafrechtlicher Unwert zukommen soll. Insoweit könnten die beiden strafbaren Verhaltensweisen sogar innerhalb derselben inkriminierenden Norm betrachtet werden. Diese legislatorische Technik wurde jedoch zu Recht nicht gewählt, da trotz des ähnlichen Unwerts die Art und Weise des Erreichens des Erfolges, kristallisiert im jeweiligen Straftatbestand, als grundverschieden eingestuft werden muss.

3. Die aktive Euthanasie auf ernstliches, inständiges und ausdrückliches Verlangen hin⁵⁸ darf auf keinen Fall von einer beliebigen Person, sondern nur von einem Arzt durchgeführt werden. Diese Forderung darf nicht als eine List betrachtet werden, durch welche die Gemeinschaft ihre Verantwortung lediglich auf einen spezifischen Beruf abschiebt. Vielmehr machen das ärztliche Denken und die tatsächliche Praxis der Euthanasie durch einige Ärzte – sowie die dezidierten Gegenpositionen innerhalb der Ärzteschaft selbst – diese Forderung gewissermaßen selbstverständlich.⁵⁹ Wenn sich heute das Thema der Euthanasie unweigerlich als Brennpunkt von Sorgen, Ratlosigkeiten und Ängsten erweist, so ist dieser Umstand auch ganz wesentlich den Überlegungen von Medizinern entsprungen, vor allem aber der tatsächlichen Praxis einiger Ärzte, die sogar die Straffolgen des Gesetzes nicht scheuen. Selbstverständlich darf man, was nachdrücklich zu betonen ist, den Dingen, nur eben weil sie geschehen, keinen inneren Sinn oder Wert beimessen. Dass eine Minderheit der Ärzteschaft die aktive Euthanasie auf ernstliches, inständiges und ausdrückliches Verlangen hin verteidigt⁶⁰ und durchführt, kann nicht von der Kritik hieran abhalten.⁶¹ Aber andererseits darf man sich auch nicht unkritisch vor einer Entscheidung drücken, wenn sich die Wirklichkeit in Schwindel erregender Schnelligkeit wandelt.

57 Über diese Elemente des objektiven Tatbestandes des Art. 134 CP siehe *Manuel da Costa Anderade*, Anmerkung zu Art. 134 (§§ 20–24), in: *Comentário Coimbraense do Código Penal* (Fu 16), S. 64–66.

58 Die Elemente des Straftatbestandes, wie sie in der von Art. 134 CP beschreibenden inkriminierenden Norm vorgesehen sind, besitzen m. E. eine Dichte der dogmatischen Behandlung und eine solche Tiefe an gefestigten Bedeutungen, dass es töricht wäre, dieses eindeutige Vermächtnis nicht zu nutzen. Daher sei vorgeschlagen, jene Elemente als eine Mindestvoraussetzung für eine etwaige legitime Euthanasie mit Einwilligung zu übernehmen.

59 Beispielhaft: *Rosamond Rhodes*, Physicians, Assisted Suicide, and the Right to Live or Die, in: *Physician Assisted Suicide* (edited by Margaret P. Battin, Rosamond Rhodes, and Anita Silvers), New York 1998, S. 165 ff.

60 Auf jeden Fall ist es beruhigend, dass auf Seiten der Verteidiger der Euthanasie Persönlichkeiten mit vertiefter theoretischer Einsicht stehen, vgl. etwa *H. Tristram Enghardt*: »If life is not always better than death, it may be beneficent to expedite death rather than let nature take its course«. This is the case even when the death is not freely chosen, either personally or in advance, by the dying individual«, *The foundation of bioethics*, New York 1986, S. 316.

61 Folglich ist die vereinfachende Tendenz völlig abzulehnen, die den Ideen und Praktiken des Dr. Kevorkian folgt. Dennoch lassen sich Stimmen nicht einfach ignorieren, bestimmte Umstände vorausgesetzt, die unumwunden behaupten: »... dann ist der Arzt moralisch völlig berechtigt, nicht nur durch sogenannte passive, sondern auch durch aktive Euthanasie das Leiden der Person auf deren Wunsch hin zu beenden«, vgl. *Wolfgang Lentzen*, *Wem könnte Bioethik nützen oder schaden?*, in: *Herausforderung der Bioethik* (Hrsg. Johann S. Ach / Andreas Gaidt), Stuttgart-Bad Cannstadt 1993, S. 210.

Damit ist offenkundig geworden, dass sich das Verständnis eines ärztlichen Eingriffs gründlich geändert hat. Heutzutage wird niemand mehr ernsthaft ein paternalistisches Modell für das ärztliche Handeln verteidigen. Die von der Medizin erwartete Pflege⁶² kann längst nicht mehr ausschließlich als Einsatz zur Lebenserhaltung verstanden werden. Eigentlich erschüttert wurde das paternalistische Modell für die Ausübung des Arztberufes jedoch durch den Selbstbestimmungsgedanken des Patienten. Der Patient wird nicht mehr als lediglich passives Subjekt eines hierarchischen Verhältnisses verstanden, sondern als Subjekt mit eigenen Rechten, das im – praktischen, nicht wissenschaftlichen – Dialog mit dem Arzt der kompetente »Bauherr« seines eigenen Lebens ist. Das Gravitationszentrum dieses dialogischen und komplexen Arzt-Patient-Verhältnisses liegt jetzt beim Patienten. Kurz: Dem paternalistischen Modell folgte das Modell der Patienten-Selbstbestimmung, mit all seinen Implikationen.

4. Die hier interessierende Thematik musste sich irgendwann mit der Problematik des *living will* (Patientenverfügung) kreuzen⁶³. Ist deutlich geworden, dass das sich selbst bestimmende »Ich« ins Zentrum der einschlägigen Diskussion gerückt ist, so wird auch ersichtlich, dass man das Recht, seinen Willen nicht nur zu gegenwärtigen, sondern auch zu künftigen Handlungen zum Ausdruck zu bringen, als bedeutsam zu erachten hat. Analog zu dem klassischen Testament über das »Haben« fordert das »Ich« jetzt auch ein Testament über das »Sein«. Deshalb ist unabhängig von der laufenden Auseinandersetzung über den Sinn, den Wert und die Wichtigkeit der Patientenverfügung allgemein anerkannt, dass sich die Einführung einer solchen Rechtsfigur auch auf den Bereich der Euthanasie auswirkt, und zwar nicht nur auf die passive, sondern auch auf die aktive Euthanasie. Auf die passive Euthanasie, wenn die Patientenverfügung etwa die Unterlassung lebensverlängernder Maßnahmen bestimmt; auf die aktive Euthanasie, wenn im *living will* ausdrücklich verlangt wird, dass dem Leben des Unterzeichnenden ein Ende gesetzt wird, sofern bestimmte Extrembedingungen eintreten sollten, die eine Willensäußerung verhindern, und auch alle anderen Umstände vorliegen, die im Prinzip zur Nicht-Strafbarkeit der aktiven Euthanasie führen.

Die normalerweise an der Aussagekraft der Patientenverfügung geübte Kritik bezieht sich vor allem auf den zeitlichen Abstand zwischen der tatsächlich gegebenen Willenserklärung und dem Augenblick, in dem eben jener Wille verstanden, ausgelegt und durchgesetzt wird. Darf man etwa behaupten, dass sich in einer Patientenverfügung, die heute abgefasst, aber erst nach zwanzig Jahren ausgeführt wird, immer noch der »aktuelle« Wille finden wird? Und: Stellt nicht die Aktualität ein ganz wesentliches Element zur Ermittlung der Gültigkeit des Willens dar? Dass die von diesen beiden Fragen eingebrachten Einwände stichhaltig sind, dürfte außer Frage stehen. Bei der Entscheidung, ob Patientenverfügungen abzulehnen oder zu akzeptieren sind, darf man daher Eines nicht zulassen: Eine Annahme mit Einschränkungen, welche diese Einwände umgingen.

62 Ein onto-anthropologisches Urverhältnis der Pflege teilt sich die Medizin mit dem Recht. Die Pflegehandlung ist ihr gemeinsamer Stamm. In beiden Wissenschaften ist das Sorgeverhältnis der Gefahrenabwehr gegenwärtig. Mehr als das: Es ist ihr Seinsgrund. Über dieses spezifische und »reale« Verhältnis der Gefahrenabwehr vgl. meine Dissertation »O perigo em direito penal« (Fn 18), S. 400 Fn 89.

63 Vgl. hierzu João Carlos Loureiro, *Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal?*, *Cadernos de Bio-Ética* 8 (1994), 39 ff.

V. Das »Sterbenlassen«

1. Die Autonomie des Einzelnen,⁶⁴ die einer der Faktoren der radikalen Abkehr vom paternalistischen Modell des ärztlichen Eingriffs war, erlaubt es auch, das Ende des Lebens von einem anderen Blickwinkel aus zu betrachten. Unsere Lebensumstände verändern die Art und Weise, wie wir das Leben, seine Gegebenheiten und seinen Sinn deuten und werten. Dies versteht man noch besser, wenn man sich die Fortschritte der Medizin vergegenwärtigt, die das Lebensende auf ein hohes durchschnittliches Lebensalter hinausgeschoben haben. Auch wenn es durchaus sinnvoll bleibt, vom Tod als dem Ende des menschlichen Lebens zu sprechen, so zeigt sich doch ein viel komplexeres Bild, wenn man es aus der Perspektive des Subjekts, das den Tod erfährt, analysiert. Subjektiv ist der Tod eher ein »Sterbenlassen« als ein Ende, insbesondere dann, wenn man selbst »kein Interesse« mehr daran hat zu leben. Wenn die Lebenserwartung nach den Daten der Wissenschaft gegen Null tendiert, die Lebensqualität Ausmaß der Erniedrigung und des Leidens jenseits des Zumutbaren annimmt, dann wird der Ausweg des »Sterbenlassens« zu keiner unwürdigen Alternative.

Deshalb ist der ethisch-juristische Sinn des Rufs nach der Möglichkeit, nicht mehr zu leben, ein Wert, gegenüber dem die Rechtsordnung nicht gleichgültig bleiben darf. Anders angedrückt: Eine solche Forderung zu akzeptieren, mag zugegebenermaßen nicht einmal eine Tugend sein; auf keinen Fall kann man jedoch behaupten, dass es sich um eine »apophantische«⁶⁵ moralische Gesinnung oder um eine axiologisch unwerte Handlung handelte. Wenn also diese Überlegungen auch eine positive Seite aufweisen, dann müssen die Rechtsordnung und damit auch das Strafrecht daraus Konsequenzen ziehen.

2. Angesichts dieser Überschneidung der Überzeugungen, der scharfen Kontraste, der Urängste, kann man dennoch eines mit absoluter Bestimmtheit behaupten: Sollte es je zu einer Einführung der Strafflosigkeit der aktiven, durch einen Arzt praktizierten Euthanasie kommen, so nur innerhalb eines rigorosen Verfahrens. Das maßgebliche Recht muss von vornherein gegen jede Öffnungsmöglichkeit gewappnet sein, um den Dammbbruch zu verhindern, den die Folgeschritte reißen könnten. Das Leben kreierte bekanntlich Fälle, welche die stärkste Vorstellungskraft des Gesetzgebers übersteigen. Jedoch ist m. E. weniger zu befürchten, dass der Gesetzgeber sich hier mitreißen ließe. Gegen diese Möglichkeit errichtet das kritische Gewissen der demokratischen Gesellschaft einen unzerstörbaren Wall, zu dem ein ganzes Arsenal von Garantien, wie etwa die Verfassungsgerichte, gehört. Größere Sorgen bereitet vielmehr, wie sich möglichst rigoros und genau die Voraussetzungen bestimmen lassen, unter denen Euthanasie straflos sein soll. Hier liegt der entscheidende Punkt.

3. Eine rigorose Definition strafloser aktiver Euthanasie lässt sich im Rahmen dieser Überlegungen nicht einmal versuchen, und zwar aus verschiedenen Gründen. Zunächst könnte das Wagnis des Entwurfs einer denkbaren gesetzlichen Regelung mit einer gewissen Berechtigung bereits als eine Parteinahme oder zumindest positive Neigung zugunsten einer aktiven Euthanasie gedeutet werden. Sodann sollen die hier

64 Zu einem Verständnis der Selbstbestimmung, bei dem sich Recht und Philosophie überschneiden, vgl. Arno Baruzzi, *Freiheit, Recht und Gemeinwohl: Grundfragen einer Rechtsphilosophie*, Darmstadt 1990, S. 8 ff. und 32 ff.

65 Hier wird *apophantisch* in einer übertragenen Bedeutung verwendet – als absichtlich. Denn die hier betonte moralische Gesinnung sollte mehr als nur »neutral« oder »indifferent« sein; sie sollte als »richtig« oder »falsch« beurteilt werden können. Der übliche Begriff hierfür wäre eigentlich *adiáphoron*, der jedoch das Gemeinte nicht so gut trifft.

einer traditionellen Behandlungskonzeption ausrichten kann.⁶⁶ Insoweit geht der ärztliche Eingriff in eine palliative Pflege über, so dass sich scheinbar Unvereinbares durchaus legitim wieder im Begriff des Heilens verbindet.

5. In der Strafrechtslehre bezieht sich der Schutzbegriff vor allem auf die Schaffung einer ein Rechtsgut sichernden Norm. Insoweit schützt etwa der Straftatbestand des Totschlags das Rechtsgut menschliches Leben. Dies ist jedoch ein reduziertes Verständnis der potenziellen Möglichkeiten des Schutzbegriffs. Geschützt werden kann ein normativer Ausschnitt der Wirklichkeit auch, wenn durch ihn und seinetwegen die Strafbarkeitsgrenzen eingeschränkt werden. Wenn z.B. Art. 34 CP feststellt: »Nicht unrecht handelt, wer die Tat als angemessenes Mittel begeht, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwenden, die rechtlich geschützte Interessen des Täters oder eines Dritten bedrohen«, so werden jene Interessen rechtlich effektiv geschützt, indem unter gewissen Voraussetzungen bestimmt wird, dass die zur Abwehr von akuten Gefahren gegen jene Interessen ausgeführten angemessenen Handlungsweisen nicht unrechtmäßig sind. Güter, Interessen und Werte werden also nicht nur durch die »Herstellung« inkriminierender Normen geschützt, sondern auch durch Rechtfertigungsklauseln. Von daher gesehen ist es durchaus sinnvoll, die Frage nach dem Schutz des als »Sterbenlassen« bezeichneten ärztlichen Eingriffs zu stellen.

VI. Strafrecht und menschliche Würde

1. Zur Aufgabe des Strafrechtlers gehört – neben der wissenschaftlichen Durchdringung seines Stoffes – auch die kriminalpolitische Reflexion über neue Themenstellungen und das Unterbreiten entsprechender Lösungsvorschläge. Daher darf sich der Strafrechtler nicht mit der passiven Auslegung des gesetzten Rechts begnügen. Er darf aber auch nicht die Welt verändern wollen; er hat sie vielmehr menschlich wohnlieher zu machen. Die Erfahrung lehrt, dass jene Epochen, in denen vom Strafrecht verlangt wurde, es solle der Garant, Verteidiger oder Verfechter einer Ideologie sein, die Spur einer tiefen und schmerzhaften Tragödie hinterließen. Hierzu genügt bereits ein Blick in das 20. Jahrhundert, als das Strafrecht im Dienst der nationalsozialistischen oder kommunistischen Ideologie instrumentalisiert wurde. Insoweit darf das Strafrecht stets nur die Funktion einer »ultima ratio« einnehmen.

Auch wenn man deshalb nur wenig erwarten darf, verfügt das Strafrecht doch über genug passende dogmatische Instrumente, um die sog. aktive Euthanasie unter den oben genannten Bedingungen zu behandeln. Somit könnte man, im Rahmen einer rein theoretischen Perspektive, die Aufhebung der Strafbarkeit von Handlungen der aktiven Euthanasie, unter bestimmten Voraussetzungen, nach den traditionellen Maßstäben auf folgende Weise erfassen: als Nichterfüllung des Straftatbestandes, als Rechtfertigungsgrund oder als persönlicher Strafausschlussgrund. Jede dieser Lösungen ist weder harmlos noch axiologisch unbedenklich. Im Folgenden wird kurz auf die Konsequenzen eingegangen, die sich aus der Einführung von einer dieser drei Figuren für die hier behandelte Frage ergeben würden. Begonnen sei mit der letztgenannten.

⁶⁶ Was nicht völlig korrekt ist, denn Francis Bacon z. B. hatte bereits früher das hypokratische Verständnis zerstört, nach dem der Arzt auf keinen Fall den Tod eines Patienten herbeiführen dürfe: »I esteem it likewise to be clearly the office of a physician, not only to restore health, but also to mitigate the pains and torments of diseases; and not only when such mitigation of pain, as of a dangerous symptom, helps and conduces to recovery; but also when, all hope for recovery being gone, it serves only to make a fair and easy passage from life.« (The works of Francis Bacon, London 1860, Bd. IV, S. 387).

Für die ärztlich durchgeführte Euthanasie die Möglichkeit eines persönlichen Strafausschließungsgrundes vorzusehen, hätte bei einem solch empfindlichen und komplexen Gegenstand den nicht unbeachtlichen Vorteil, dass man weiterhin davon ausgehen könnte, dass diese Handlungen auf der ganzen Linie ihren strafrechtlichen Unwert behielten. Sie würden weiterhin den Straftatbestand des Totschlags erfüllen, wenn auch in geringerem Ausmaß, und eben deswegen würde der Gesetzgeber unter Beachtung der Umstände die persönliche Verantwortung des Arztes ausschließen. Audererseits erwiese sich diese Form des Ausschlusses strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Arztes als kaum überzeugend, um die Würde derjenigen zu wahren, welche die Euthanasie durchführen. Ihr Verhalten würde weiterhin von der Strafrechtsordnung als ein verwerflicher Unrechtstatbestand betrachtet. Verstünde man dagegen die gesetzlich genannten Umstände als Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes für den Arztes, so wäre diesen Einwänden Genüge getan und die normative Einheit und Kohärenz dieser Problematik wiederhergestellt.

Hinsichtlich der dritten Möglichkeit des Tatbestandsausschlusses ist zu sehen, dass ärztliche Eingriffe, die in der Absicht durchgeführt werden, vorzubeugen, zu diagnostizieren, eine Krankheit, ein Leiden, eine Verletzung oder körperliche Erschöpfungszustände wie auch geistige Verwirrung zu überwinden oder zu lindern, nach Art. 150 CP nicht als Verletzung der körperlichen Unversehrtheit gewertet werden.⁶⁷ Dieser Artikel drückt ein ärztliches Privileg aus. Die ärztlichen Eingriffe, vorausgesetzt, sie wurden im Rahmen der oben genannten Absichten ausgeführt, erfüllen also nicht den Straftatbestand der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit. Nun ist es innerhalb dieser normativen Konstruktion nicht oder kaum sinnvoll, die Einheit des ärztlichen Eingriffs aufzuspalten. Dies impliziert wiederum, dass auch die aktive, von einem Arzt als Ausführendem praktizierte Euthanasie den Straftatbestand der Tötung nicht erfüllen dürfte. Diese Überlegungen ergeben natürlich nur dann einen – strafrechtlichen – Sinn, wenn man bei medizinischer Betrachtung davon ausgeht, dass die Handlung des »Sterbenlassens« noch ein ärztlicher Eingriff ist. Ob dies der Fall ist, ist eine Frage, die über die Rechtswissenschaft hinausgeht.

2. Dass der Mensch ein endliches Wesen ist, ist offenkundig. Die Erwähnung dieser Tatsache ist hier nicht mehr als ein Hinweis auf den Umstand, dass man daraus vielleicht noch nicht alle Konsequenzen gezogen hat, vor allem jene nicht, die mit den neuen möglichen und obligatorischen Inhalten des ärztlichen Eingriffs einhergehen. Das Geheimnis des Lebens war schon immer ein Thema, das alle, die mit dem Tod in Berührung gekommen sind, immer wieder aufgegriffen haben. So hat sich auch der ärztliche Eingriff, verankert im hypokratischen Eid, vor dem Hintergrund jenes Mysteriums begrifflich konsolidiert.⁶⁸ Bei diesem Verständnis kann die Heilung, als eine Pflege des Anderen, niemals Handlungen einbeziehen, die zur Zerstörung des Lebens führen. Die Heilung würde immer eine Ehrung des Lebens darstellen. Unmöglich wäre nach tradiertem Verständnis auch der Gedanke, dass das »Heilen« oder »Pflegen« des Anderen die Abwehr von Leid und Schmerz durch den Tod einschließen könnte. Mehr noch: Jenes Mysterium verschmolz in vollkommener Einheit mit der transzendenten Kraft des Göttlichen in seiner ganzen Fülle. Deshalb ist es kein Zufall, dass der Ausspruch, »die medizinische Wissenschaft kann hier nichts mehr

67 Zu einer Untersuchung dieses Artikels siehe *Manuel Costa Andrade*, Anmerkung zu Art. 150 do Código Penal, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Fn 16), S. 302 ff.

68 Das Geheimnis des Todes schließt eine Grenze ein, die selbst für die Götter unüberwindlich ist. So hat Asklepios, der Gott der Heilkunst, einen Toten auferstehen lassen, woraufhin er den Zorn des Zeus auf sich gezogen hat, der einen Blitz nach ihm warf. Dies zeigt, dass »la morte rappresenta [...] un limite invalicabile, anche per la divinità« (*Amneris Roselli*, I medici greci e la morte, in: *La fine della vita*, Bologna 2001, S. 71).

ausrichten«, die Bestätigung nicht nur der Grenzen ärztlichen Wissens war und heute noch ist, sondern auch ein einverständlicher Richtungsentscheid hin zu dem geheimnisvollen Transzendenten und Undurchsichtigen ist, welches das Lebensende darstellt. Es ist, als ob der Arzt das Sakrale des Lebens einberuft. All dies verkörperte sich im paternalistischen Modell. Hier wiederholte sich in der Struktur des ärztlichen Denkens, bei allen gewiss immer auffindbaren Unterschieden, die Form des Verstehens und Empfindens des Priesters gegenüber dem Gläubigen. Fest verbunden im selben Glauben, aber distanziert durch die hierarchische Beziehung des oben und unten, getrennt durch unterschiedliches Fachwissen, waren Arzt und Patient keine »Gleichen«. Und eben weil sie nicht gleich waren, war es dem Patienten auch nicht möglich zu akzeptieren, dass der Arzt jemals Handlungen ausführen könnte, die zur Zerstörung des Lebens führen. Der Patient brauchte seine Sicherheit, um Gelassenheit zu wahren und Vertrauen zu behalten.

3. Vor diesem Hintergrund soll nun der Akt des ärztlichen Eingriffs betrachtet werden. Wenn es nicht mehr möglich ist, den ärztlichen Eingriff ohne die informierte Einbeziehung des Patienten zu denken, so muss das, was Arzt und Patient eint, auf eine andere Art und Weise ausgedrückt werden. Wie komplex und diffizil der ärztliche Eingriff auch sein mag, wie anonym und unpersönlich, wie technisch und automatisiert, so ist heute doch eines sicher: Er gründet sich auf ein informiertes Einverständnis und geht von dem gebündelten Willen von Gleichen aus. Deshalb muss die Bewusstwerdung der Voraussetzungen, die in der heutigen Welt das Arztsein ausmachen, unweigerlich zu der Einsicht führen, dass der ärztliche Eingriff viel mehr sein kann und muss als lediglich das »Heilen«.

Wenn also der medizinische Eingriff die notwendige Dichte gewinnt⁶⁹ und mit sich die Bande des *frater*, des *hospes* und des *amicus* führen würde, so wird jeder geistig gewinnen. Denn man weiß, dass diese Werte im ärztlichen Eingriff lebendig sind, womit nicht behauptet sei, dass sie dies im vorigen Modell nicht sein konnten oder waren, aber jetzt erscheinen sie uns in einer Beziehung von »Gleichen«. Das bereichert auch das ärztliche, über den Heilakt hinausführende Handeln. Es sind Schritte in eine neue Welt, die dem Strafrecht nicht fremd bleiben darf; die Welt der »Pathosophie«.⁷⁰

VII. Abschließende Überlegungen

Die Behandlung des hier interessierenden Themas musste notwendig vorläufig und offen bleiben. Vorläufig, denn die Dichte, die Komplexität und die Wichtigkeit der auf dem Spiel stehenden Angelegenheit erträgt keine Überheblichkeit und auch nicht den intellektuellen oder moralischen Dünkel, man sei im Besitz der Wahrheit oder stehe ihr jedenfalls sehr nahe. Vorläufig, denn die aufgeworfenen strafrechtlichen Probleme zeigen in der Konstruktion dessen, was man für dogmatisch fest gefügt hielt, den Ruck, der unter diesen Umständen die Dogmatik erfasst. Vorläufig schließlich, weil die Suche nach neuen Zeichen, welche die Gesellschaft ständig sendet, nicht leicht durchzuführen ist; und dazu kommt, dass diese Zeichen immer aus dem starkem »Rauschen« des menschlichen Lebens herauszufiltern sind.

69 Von einer solchen Reflexionsdichte ist man uoch weit entfernt, zumal der Ethik-Kodex der portugiesischen Ärzte in seinem Art. 47, Ziffer 2 festschreibt, dass die Durchführung der Euthanasie ein schweres pflichtwidriges Vergehen darstellt.

70 Für eine erste Annäherung an diese Welt – und nur zu diesem Zweck – vgl. *Miguel Baptista Pereira*, *Meditação filosófica e medicina*, *Revista Filosófica de Coimbra* 11 (2002), 3ff., vor allem 26–30; zur Vertiefung dessen, was das systematische Denken in der »Pathosophie« bedeutet, vgl. *Aldo Masullo*, *Paticità e indifferenza*, *Genova* 2003.