

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH 1 StR 357/94, Urteil v. 13.09.1994, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 1 StR 357/94 - Urteil vom 13. September 1994 (LG Kempten)

BGHSt 40, 257; zulässige Sterbehilfe vor Einsetzen des Sterbevorgangs durch Absetzen der künstlichen Ernährung eines unheilbar Kranken (Richtlinien der Bundesärztekammer; passive Sterbehilfe); Anforderungen an die Annahme mutmaßlichen Einverständnisses; Versuch; Totschlag; Patientenverfügung; unvermeidbarer Verbotsirrtum (Achtung des Selbstbestimmungsrechts); Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft; unmittelbares Ansetzen zum Versuch bei der mittelbaren Täterschaft.

§ 22 StGB; § 212 StGB; § 1904 BGB; § 17 StGB; § 25 Abs. 1 StGB; § 26 StGB

Leitsätze

1. Bei einem unheilbar erkrankten, nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten kann der Abbruch einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme ausnahmsweise auch dann zulässig sein, wenn die Voraussetzungen der von der Bundesärztekammer verabschiedeten Richtlinien für die Sterbehilfe nicht vorliegen, weil der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat. Entscheidend ist der mutmaßliche Wille des Kranken. (BGHSt)
2. An die Voraussetzungen für die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses sind strenge Anforderungen zu stellen. Hierbei kommt es vor allem auf frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Patienten, seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen an. (BGHSt)
3. Lassen sich auch bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung konkrete Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens des Kranken nicht finden, so kann und muss auf Kriterien zurückgegriffen werden, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen. Dabei ist jedoch Zurückhaltung geboten; im Zweifel hat der Schutz menschlichen Lebens Vorrang vor persönlichen Überlegungen des Arztes, eines Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person. (BGHSt)
4. Passive Sterbehilfe setzt voraus, dass das Grundleiden eines Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) ist, einen tödlichen Verlauf angenommen hat und der Tod in kurzer Zeit eintreten wird (zum Begriff vgl. die von der Bundesärztekammer verabschiedeten "Richtlinien für die Sterbehilfe"). (Bearbeiter)
5. § 1904 BGB ist auf den - tödlich verlaufenden - Behandlungsabbruch nicht unmittelbar anwendbar. Nach ihrem Sinn und Zweck muss sie jedoch in Fällen der Sterbehilfe jedenfalls dann - erst recht - entsprechend anzuwenden sein, wenn die ärztliche Maßnahme in der Beendigung einer bisher durchgeführten lebenserhaltenden Behandlung besteht und der Sterbevorgang noch nicht unmittelbar eingesetzt hat. (Bearbeiter)
6. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass mittelbare Täterschaft grundsätzlich auch dann in Betracht kommt, wenn der Hintermann den Tatmittler über das Erlaubtsein eines bestimmten deliktischen Verhaltens täuscht, der so hervorgerufene Verbotsirrtum für den unmittelbar Handelnden aber vermeidbar war. Entscheidend ist hierbei nicht die Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit des Irrtums des Vordermannes, sondern ob bei wertender Betrachtung des Gesamtgeschehens dem Hintermann die vom Täterwillen getragene objektive Täterschaft zukommt (BGH aaO S. 353 f.). Die Abgrenzung hängt im Einzelfall von Art und Tragweite des Irrtums (des Werkzeuges) und der Intensität der Einwirkung des Hintermannes ab. Mittelbarer Täter eines (versuchten) Tötungsdelikts ist mithin jedenfalls derjenige, der mit Hilfe des von ihm bewußt hervorgerufenen Irrtums das Geschehen gewollt auslöst und steuert, so daß der Irrende bei wertender Betrachtung als ein, wenn auch - wegen der Vermeidbarkeit des Irrtums - (noch) schuldhaft handelndes "Werkzeug" anzusehen ist. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kempten vom 8. März 1994 mit

den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

I.

Das Landgericht Kempten hat die Angeklagten des versuchten Totschlags schuldig gesprochen und zu Geldstrafen 1
verurteilt. Gegen dieses Urteil wenden sich beide Angeklagte mit ihrer jeweils auf die Sachrüge gestützten Revision.

Das Landgericht hat der Verurteilung folgenden Sachverhalt zugrundegelegt: 2

Im Oktober 1990 übernahm der Angeklagte Dr. T. die ärztliche Betreuung der damals 70jährigen E. Sch., die sich seit 3
dem 15. März 1990 in der Pflegeabteilung des M.heims in K. befand. Zu deren Pfleger mit dem Wirkungskreis
"Aufenthaltsbestimmung, Zuführung zu ärztlicher Behandlung und Vermögensverwaltung" war ihr Sohn, der Angeklagte
Sch., bestellt. Frau Sch. litt an einem ausgeprägten hirorganischen Psychosyndrom im Rahmen einer präsenilen
Demenz mit Verdacht auf Alzheimer-Krankheit. Durch einen Anfang September 1990 erlittenen Herzstillstand mit
anschließender Reanimation war sie irreversibel schwerst cerebralgeschädigt. Aufgrund darauf beruhender
Schluckunfähigkeit war sie auf künstliche Ernährung mit einer von Dr. T. verordneten Sondennahrung angewiesen.
Zunächst erfolgte die Ernährung über eine Nasensonde, wegen der dabei aufgetretenen Komplikationen ab Ende 1992
über eine Magensonde.

Frau Sch. war seit Ende 1990 nicht mehr ansprechbar, geh- und stehunfähig und reagierte auf optische, akustische 4
und Druckreize lediglich mit Gesichtszuckungen oder Knurren. Trotz Krankengymnastik kam es zu sog.
Grobkontrakturen an den Gliedmaßen. Der Angeklagte Dr. T. sah Frau Sch. einmal wöchentlich und behandelte dabei
leichtere Erkrankungen mit Salben und Schmerzmitteln. Der Zustand der Patientin veränderte sich nach der
Einbringung der Magensonde nicht. Vitalfunktionen waren vorhanden. Anzeichen für Schmerzempfinden bestanden
nicht.

Anfang 1993 wandte sich Dr. T. an den Angeklagten Sch. und schlug ihm vor, den Zustand der Patientin, bei dem keine 5
Besserung zu erwarten sei, dadurch zu beenden, daß die Sondenernährung eingestellt und statt dessen lediglich Tee
verabreicht würde. Dadurch würde der Tod von Frau Sch. binnen zwei bis drei Wochen eintreten, ohne daß sie leiden
müsse. Auf entsprechende Frage des Angeklagten Sch. erklärte Dr. T., dieses Vorgehen sei rechtlich abgesichert. Sch.
vertraute auf diese Erklärung und holte keinen weiteren Rechtsrat ein. Er beriet sich jedoch mit einigen Freunden und
Verwandten und erklärte sich schließlich, etwa Anfang März 1993, gegenüber Dr. T. mit dem Vorschlag einverstanden.
Bei seiner Entscheidung spielte auch der Umstand eine Rolle, daß seine Mutter ihm gegenüber vor acht bis zehn
Jahren, nachdem sie in einer Fernsehsendung einen Pflegefall mit Gliederversteifung und Wundliegen gesehen hatte,
geäußert hatte, so wolle sie nicht enden.

Daraufhin schrieb der Angeklagte Dr. T., ohne vorher mit dem Pflegepersonal gesprochen zu haben, folgende 6
Eintragung in das im Schwesternzimmer aufliegende Verordnungsblatt:

"Im Einvernehmen mit Dr. T. möchte ich, daß meine Mutter nur noch mit Tee ernährt wird, sobald die vorhandene 7
Flaschennahrung zu Ende ist oder aber ab 15.3.1993".

Die Eintragung wurde von beiden Angeklagten unterschrieben, die davon ausgingen, daß das Pflegepersonal sich 8
daran halten würde und Frau Sch. daher innerhalb weniger Wochen wegen fehlender Nahrungszufuhr sterben würde.
Entgegen dieser Erwartung verständigte jedoch der Pflegedienstleiter, der Bedenken gegen die rechtliche Zulässigkeit
der Maßnahme hatte, am 17. März 1993 das Amtsgericht Vormundschaftsgericht Kempten von diesem Eintrag; er teilte
weiter mit, daß die vorhandene Sondennahrung nur noch bis zum 22. März 1993 reiche. Am gleichen Tag versagte das
Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu dem geplanten Vorgehen im Wege einer einstweiligen Anordnung.
Nachdem beide Angeklagte hiervon erfahren hatten, beantragte der Angeklagte Sch. mit Schreiben vom 23. März 1993
beim Amtsgericht die Genehmigung zur Umstellung der Ernährung auf Tee, welche nach Anhörung eines
Sachverständigen und der Beteiligten sowie Inaugenscheinnahme der Betroffenen mit Beschluß vom 21. Mai 1993
versagt wurde. Der Angeklagte Dr. T. stellte daraufhin die Behandlung der Patientin ein. Die medizinische Betreuung
wurde anschließend von einem anderen Arzt übernommen. Infolge eines Lungenödems verstarb Frau Sch. am 29.
Dezember 1993.

II.

Beide Angeklagte haben mit ihren Rechtsmitteln Erfolg.

9

1. a) Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, daß ein Fall der sog. passiven Sterbehilfe nicht vorliegt. Sterbehilfe in diesem Sinne setzt voraus, daß das Grundleiden eines Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) ist, einen tödlichen Verlauf angenommen hat und der Tod in kurzer Zeit eintreten wird (zum Begriff vgl. die von der Bundesärztekammer verabschiedeten "Richtlinien für die Sterbehilfe" sowie den Kommentar zu diesen Richtlinien, Deutsches Ärzteblatt 1979, 957 ff. = MedR 1985, 38 ff.; aktualisierte Fassung vom Juni 1993, Deutsches Ärzteblatt 90 (1993), B-1791, 1792; ähnl. Eser in Schönke/ Schröder, StGB 24. Aufl. Vorbem. 27 vor §§ 211 ff.; Kutzer NSZ 1994, 110, 113). Ist eine derartige Prognose - insbesondere das Merkmal der unmittelbaren Todesnähe - gegeben, so hat der Sterbevorgang bereits eingesetzt. Erst in diesem Stadium ist es deshalb gerechtfertigt, von Hilfe für den Sterbenden und Hilfe beim Sterben, kurz: von Sterbehilfe zu sprechen. Sie erlaubt dem Arzt den Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen wie Beatmung, Bluttransfusion oder künstliche Ernährung (vgl. z.B. Richtlinien-Kommentar der Bundesärztekammer MedR 1985, 39 unter Ziff. 2).

10

Im vorliegenden Fall hatte der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt. Frau Sch. war - abgesehen von der Notwendigkeit künstlicher Ernährung - lebensfähig: tatsächlich hat sie nach dem Entschluß der Angeklagten, die künstliche Ernährung einzustellen, noch über neun Monate - bis 29. Dezember 1993 - gelebt. Eine Sterbehilfe im eigentlichen Sinn lag deshalb nicht vor. Vielmehr handelte es sich um den Abbruch einer einzelnen lebenserhaltenden Maßnahme. Auch wenn dieser Vorgang in der Literatur bereits als Sterbehilfe im weiteren Sinne ("Hilfe zum Sterben"; Eser aaO Rdn. 21 m.w.Nachw.) bezeichnet wird und ein solcher Behandlungsabbruch bei entsprechendem Patientenwillen als Ausdruck seiner allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) grundsätzlich anzuerkennen ist (Laufs-Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 132 Rdn. 28), sind doch an die Annahme des mutmaßlichen Willens erhöhte Anforderungen insbesondere im Vergleich zur Sterbehilfe im eigentlichen Sinne zu stellen. Der Gefahr, daß Arzt, Angehörige oder Betreuer unabhängig vom Willen des entscheidungsunfähigen Kranken, nach eigenen Maßstäben und Vorstellungen das von ihnen als sinnlos, lebensunwert oder unnütz angesehene Dasein des Patienten beenden, muß von vornherein entgegengewirkt werden.

11

b) Hier kommt, da Frau Sch. seit September 1990 infolge ihrer irreversiblen Hirnschädigung zu einer eigenen Entscheidung nicht mehr in der Lage war, nur die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung in Betracht. Sie scheidet jedoch auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen aus, weil hinreichend sichere Anhaltspunkte fehlen und die Zustimmung des Pflegers, des Angeklagten Sch., nicht wirksam war.

12

aa) Die acht oder zehn Jahre vor dem maßgebenden Zeitpunkt - März 1993 - unter dem unmittelbaren Eindruck einer Fernsehsendung erfolgte Äußerung der Frau Sch., "so wolle sie nicht enden", bietet keine tragfähige Grundlage für eine mutmaßliche Einwilligung zum Behandlungsabbruch. Sie kann einer momentanen Stimmung entsprechen sein. Frau Sch. hat diese Erklärung den Feststellungen des Landgerichts zufolge weder schriftlich noch mündlich wiederholt. Ihre eigene Situation im Jahre 1993 konnte sie nicht voraussehen oder abschätzen. Zwar war ihr Dasein seit September 1990 auf die einfachsten Funktionen reduziert, sie bedurfte künstlicher Ernährung und war infolge ihrer Hirnschädigung zu einer zwischenmenschlichen Kontaktaufnahme nicht mehr in der Lage, so daß ihr Leben ihrer Umgebung als sinnlos erscheinen mochte. Dieser Umstand rechtfertigt jedoch für sich allein die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung der im übrigen lebensfähigen Patientin in den alsbald zum sicheren Tod führenden Behandlungsabbruch nicht.

13

bb) An diesem Ergebnis ändert auch die Tatsache nichts, daß der Angeklagte Sch. als Sohn und zugleich als Pfleger der Kranken dem Behandlungsabbruch zugestimmt hat.

14

Nach § 1904 BGB i.d.F. des Betreuungsgesetzes vom 12. September 1990 (BGBl I 2002) bedarf der Betreuer zur Wirksamkeit seiner Einwilligung in bestimmte ärztliche Maßnahmen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Allerdings ist die Vorschrift auf den - tödlich verlaufenden - Behandlungsabbruch nicht unmittelbar anwendbar; denn nach ihrem Wortlaut umfaßt sie nur aktive ärztliche Maßnahmen wie Untersuchungen, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe. Nach ihrem Sinn und Zweck muß sie jedoch in Fällen der Sterbehilfe jedenfalls dann - erst recht - entsprechend anzuwenden sein, wenn die ärztliche Maßnahme in der Beendigung einer bisher durchgeführten lebenserhaltenden Behandlung besteht und der Sterbevorgang noch nicht unmittelbar eingesetzt hat. Wenn schon bestimmte Heileingriffe wegen ihrer Gefährlichkeit der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Betreuers entzogen sind, dann muß dies um so mehr für Maßnahmen gelten, die eine ärztliche Behandlung beenden sollen und mit Sicherheit binnen kurzem zum Tode des Kranken führen (ebenso Kutzer aaO S. 114).

15

Da der Angeklagte Sch. die danach notwendige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht eingeholt hatte, war seine Anfang März 1993 gegenüber dem Angeklagten Dr. T. erklärte Zustimmung zur Einstellung der künstlichen Ernährung schon deshalb unwirksam. 16

2. Allerdings begegnen die Ausführungen des Landgerichts zur Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums bei beiden Angeklagten durchgreifenden Bedenken. 17

Die Strafkammer hält den Verbotsirrtum der Angeklagten für vermeidbar. Dabei geht sie von der vom Senat abgelehnten Rechtsansicht aus, daß zulässiges Sterbenlassen (auch) in einem Fall wie dem vorliegenden von vornherein ausscheidet und es insofern auf eine mutmaßliche Einwilligung des entscheidungsunfähigen Patienten überhaupt nicht ankommt. 18

a) Der Senat ist der Auffassung, daß angesichts der besonderen Umstände des hier gegebenen Grenzfalles ausnahmsweise ein zulässiges Sterbenlassen durch Abbruch einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme nicht von vornherein ausgeschlossen ist, sofern der Patient mit dem Abbruch mutmaßlich einverstanden ist. Denn auch in dieser Situation ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten (vgl. BGHSt 32, 367, 379; 35, 246, 249; 37, 376, 378 f.), gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf. 19

Das Landgericht ist diesem Gesichtspunkt nicht nachgegangen, weil es die Voraussetzungen einer - zulässigen - Sterbehilfe insgesamt verneint und ihm deshalb keine Bedeutung beigemessen hat. Diese Betrachtungsweise ist zu eng; sie wird den besonderen Gegebenheiten des vorliegenden Falles nicht hinreichend gerecht. 20

An die Voraussetzungen für die Annahme eines solchen mutmaßlichen Einverständnisses des entscheidungsunfähigen Patienten sind - im Interesse des Schutzes menschlichen Lebens - in tatsächlicher Hinsicht allerdings strenge Anforderungen zu stellen. Entscheidend ist der mutmaßliche Wille des Patienten im Tatzeitpunkt, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt. Hierbei sind frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Kranken ebenso zu berücksichtigen wie seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen (vgl. BGHSt 35, 246, 249). Objektive Kriterien, insbesondere die Beurteilung einer Maßnahme als gemeinhin "vernünftig" oder "normal" sowie den Interessen eines verständigen Patienten üblicherweise entsprechend, haben keine eigenständige Bedeutung; sie können lediglich Anhaltspunkte für die Ermittlung des individuellen hypothetischen Willens sein. 21

Lassen sich auch bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung konkrete Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens des Kranken nicht finden, so kann und muß auf Kriterien zurückgegriffen werden, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen. Dabei ist jedoch Zurückhaltung geboten; im Zweifel hat der Schutz menschlichen Lebens Vorrang vor persönlichen Überlegungen des Arztes, des Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person. Im Einzelfall wird die Entscheidung naturgemäß auch davon abhängen, wie aussichtslos die ärztliche Prognose und wie nahe der Patient dem Tode ist: je weniger die Wiederherstellung eines nach allgemeinen Vorstellungen menschenwürdigen Lebens zu erwarten ist und je kürzer der Tod bevorsteht, um so eher wird ein Behandlungsabbruch vertretbar erscheinen (vgl. BGHSt aaO S. 250). 22

b) Sch. hatte vom Angeklagten Dr. T., dem behandelnden Arzt seiner Mutter, auf Befragen die Auskunft erhalten, das geplante Vorhaben sei rechtlich abgesichert, er mache sich also nicht strafbar. Auf diese Antwort allein durfte er sich jedoch nicht verlassen. 23

Zwar schließt die Rechtsauskunft einer verlässlichen Person die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums in der Regel aus; zuverlässig in diesem Sinn ist eine zuständige, sachkundige, unvoreingenommene Person, die mit der Erteilung der Auskunft keinerlei Eigeninteresse verfolgt und die Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewußte Auskunftserteilung bietet (vgl. Cramer aaO § 17 Rdn. 18; vgl. auch BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 3). Nach diesen Kriterien konnte der Angeklagte Sch. den behandelnden Arzt Dr. T. als verlässlich ansehen. Die erhebliche Frage betraf einen Bereich, für welchen ein Allgemeinarzt durchaus als erfahren angesehen werden kann. Sein Beruf bringt es mit sich, daß er sich - u.a. im Rahmen ärztlicher Fortbildung - auch mit einschlägigen juristischen Fragestellungen zu beschäftigen hat, so daß ein Laie ihm in diesem juristisch-medizinischen Grenzgebiet vertrauen darf. 24

In der Befragung des Arztes erschöpfte sich die Erkundigungspflicht des Angeklagten Sch. jedoch nicht; denn er war - wie ausgeführt - auf Grund seiner Stellung als Pfleger, dessen Aufgabenkreis Fragen der medizinischen Behandlung seiner Mutter einschloß, verpflichtet, vor seiner Zustimmung zu dem beabsichtigten Behandlungsabbruch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen (§ 1904 BGB entspr.). Das Landgericht hätte deshalb Feststellungen dazu treffen müssen, weshalb der Angeklagte Sch. sich nicht beim Vormundschaftsgericht erkundigt 25

hat und ob er über die neue, seit Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes (1. Januar 1992) geltende Regelung des § 1904 BGB informiert war.

c) Der Angeklagte Dr. T. hat vor seiner Entscheidung überhaupt keinen Rat eingeholt. Hierzu wäre er angesichts des Zustandes der Frau Sch. und der schwierigen Rechtslage jedoch verpflichtet gewesen. 26

Zwar hat der Arzt in Grenzfällen einen gewissen Beurteilungs- und Ermessensspielraum bei der Entscheidung über Beendigung oder Fortsetzung einer Behandlung (Laufs, *Arztrecht* 5. Aufl. S. 161 Rdn. 300 a.E.). Sind jedoch wesentliche Lebensfunktionen wie Atmung, Herzaktion und Kreislauf noch erhalten, so kommt ein zulässiger Behandlungsabbruch nur in Betracht, wenn er dem mutmaßlichen Willen des entscheidungsunfähigen Patienten entspricht. Hierauf kam es deshalb entgegen der Auffassung des Landgerichts auch für den Angeklagten Dr. T. an. Die Strafkammer hätte der Frage nachgehen müssen, aus welchen Gründen Dr. T. Anfang 1993 den Behandlungsabbruch vorgeschlagen hat, ob er überzeugt war, mit der mutmaßlichen Einwilligung der Patientin zu handeln, und worauf er seine Auffassung gründete, sein Vorgehen sei rechtlich abgesichert. 27

Der Senat kann nicht ausschließen, daß weitere Feststellungen möglich sind, die eine andere Beurteilung sowohl zur mutmaßlichen Einwilligung der Patientin als auch zur Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums beider Angeklagter geboten erscheinen lassen. Das angefochtene Urteil war daher insgesamt aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Der neu zur Entscheidung berufene Tatrichter wird dabei insbesondere zu prüfen haben, ob über die bisher bekannten, nicht ausreichenden Umstände hinaus - zumindest aus der Sicht der Angeklagten - weitere Anhaltspunkte für eine mutmaßliche Einwilligung der Frau Sch. vorgelegen haben. Hierbei wird die Strafkammer vor allem, aber nicht nur auf die in den Richtlinien der Bundesärztekammer genannten Kriterien abzustellen haben. 28

3. Im übrigen hat die Überprüfung des Urteils folgendes ergeben: 29

Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht von einer versuchten Tatbegehung durch Unterlassen bei bestehender Garantenpflicht (sog. unechtes Unterlassungsdelikt) ausgegangen. 30

a) Das den beiden Angeklagten vorgeworfene Verhalten bestand in der gemeinsamen Anweisung an das Pflegepersonal, nach Aufbrauchen der vorhandenen Flaschennahrung "oder" ab dem 15. März 1993 die Patientin nur noch mit Tee zu ernähren. Das Pflegepersonal sollte nach der Vorstellung der Angeklagten mithin spätestens ab dem 15. März 1993 die Zuführung der kalorienreichen Ernährung beenden. Das stellt aus der Sicht des Pflegepersonals ein Unterlassen dar. Denn in der Nichtvornahme der gebotenen Handlung liegt das strafrechtlich relevante Geschehen (Eser aaO Rdn. 139 vor § 13). Durch ein derartiges Untätigsein war auch das Verhalten der Angeklagten geprägt: Der Angeklagte Sch. war aufgrund seiner verwandtschaftlichen Beziehungen und zusätzlich als Pfleger, der Angeklagte Dr. T. aufgrund des ärztlichen Behandlungsvertrages verpflichtet, mit Hilfe des Pflegepersonals die Grundversorgung der Frau Sch. sicherzustellen; daraus ergab sich ihre gemeinsame Garantenstellung gegenüber der Schutzbefohlenen. In dem Verstoß gegen diese Verpflichtung lag der eigentliche Unwert ihres Verhaltens. Nicht die schriftliche Anordnung (also das vorgeschaltete aktive Tun) und noch weniger die Verabreichung von Tee anstelle der notwendigen Sondennahrung waren das Mittel zum Zweck, sondern die Nichtvornahme der gebotenen (künstlichen) Ernährung. 31

b) Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob die Angeklagten selbst als - mittelbare - Täter oder lediglich als Anstifter (§ 26 StGB) anzusehen sind. Auf die hiermit verbundenen zahlreichen Rechtsfragen ist das Landgericht allerdings nicht eingegangen. Dies ist aber im Ergebnis unschädlich; denn die von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen für die Strafbarkeit des (untauglichen) Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts in mittelbarer Täterschaft sind - von der Frage des Verbotsirrtums (siehe dazu oben 2. und unten cc) abgesehen - bei beiden Angeklagten erfüllt. 32

aa) Nach den Feststellungen des Landgerichts muß davon ausgegangen werden, daß das Pflegepersonal das von den Angeklagten mit der Anordnung der Nahrungsumstellung verfolgte Ziel - Tod der Frau Sch. innerhalb kurzer Zeit - erkannt hat und - nach der Vorstellung der Angeklagten - bewußt herbeiführen sollte. Das äußere Tatgeschehen legt deshalb die Annahme von Anstiftung auf der Seite der Angeklagten und Täterschaft allein auf der Seite des Pflegepersonals nahe. Dies würde der unterschiedlichen Rollenverteilung innerhalb der bestehenden Organisationsstruktur jedoch nicht gerecht. 33

bb) Die Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft ist in der Literatur insbesondere für die Fälle umstritten, in denen der Hintermann einen Verbotsirrtum des "Werkzeuges" ausnutzt (vgl. die Nachweise in BGHSt 35, 347, 351 ff. und bei Cramer aaO § 25 Rdn. 38). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist jedoch anerkannt, daß 34

mittelbare Täterschaft grundsätzlich auch dann in Betracht kommt, wenn der Hintermann den Tatmittler über das Erlaubtsein eines bestimmten deliktischen Verhaltens täuscht, der so hervorgerufene Verbotsirrtum für den unmittelbar Handelnden aber vermeidbar war. Entscheidend ist hierbei nicht die Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit des Irrtums des Vordermannes, sondern ob bei wertender Betrachtung des Gesamtgeschehens dem Hintermann die vom Täterwillen getragene objektive Täterschaft zukommt (BGH aaO S. 353 f.). Die Abgrenzung hängt im Einzelfall von Art und Tragweite des Irrtums (des Werkzeuges) und der Intensität der Einwirkung des Hintermannes ab. Mittelbarer Täter eines (versuchten) Tötungsdelikts ist mithin jedenfalls derjenige, der mit Hilfe des von ihm bewußt hervorgerufenen Irrtums das Geschehen gewollt auslöst und steuert, so daß der Irrende bei wertender Betrachtung als ein, wenn auch - wegen der Vermeidbarkeit des Irrtums - (noch) schuldhaft handelndes "Werkzeug" anzusehen ist (BGH aaO S. 354; noch weitergehend BGH, Urt. vom 26. Juli 1994 - 5 StR 98/94 unter B I 1 b bb (2), NJW 1994, 2703, 2706, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt).

cc) Von dem in BGHSt 35, 347 entschiedenen Sachverhalt unterscheidet sich der vorliegende Fall allerdings insofern, als die Angeklagten Sch. und Dr. T. - wie sich den Feststellungen und den Strafzumessungserwägungen des Landgerichts entnehmen läßt - sich ihrerseits ebenfalls in einem Irrtum über das Verbotensein ihres Verhaltens befunden haben. Für die Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Teilnahme (hier: Anstiftung) kann es nach dem Gesagten darauf jedoch nicht entscheidend ankommen. Maßgebend bleibt vielmehr auch hier, ob die Angeklagten mit Täterwillen und Tatherrschaft handelten. Das ist zu bejahen. 35

Die Angeklagten hatten gemeinsam beschlossen, daß, auf welche Weise und zu welchem Zeitpunkt sie den Tod der Frau Sch. herbeiführen wollten. Durch die von beiden unterzeichnete schriftliche Anweisung an das Pflegepersonal von Anfang März 1993, von deren Befolgung sie ausgingen, wollten sie den Geschehensablauf in Gang setzen. Angesichts der von ihnen in ihrer Eigenschaft als Sohn und vertretungsberechtigter Pfleger bzw. als behandelnder Arzt in Anspruch genommenen Anordnungsbefugnis einerseits wie auch der untergeordneten, grundsätzlich weisungsgebundenen Rolle der eingeschalteten Hilfskräfte andererseits kann an dem subjektiven Kriterium des Täterwillens und der objektiven Voraussetzung der Tatherrschaft beider Angeklagter kein Zweifel bestehen. 36

c) Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Landgericht das Vorliegen eines Versuchs angenommen. Die Revision des Angeklagten Dr. T. ist der Auffassung, das Verhalten der Angeklagten stelle sich lediglich als Vorbereitungshandlung dar. Das trifft nicht zu. Sowohl unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Täterschaft als auch nach den besonderen Kriterien des unechten Unterlassungsdelikts war das Versuchsstadium im vorliegenden Fall erreicht. 37

aa) In Fällen mittelbarer Täterschaft kann bereits in der Einwirkung des Hintermannes auf den Tatmittler der Beginn des Versuchs liegen. Ein Teil der Literatur nimmt dies beim Einwirken auf ein "Werkzeug" (wie hier) stets an (vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969 S. 191; Blei, Strafrecht I Allgem. Teil 18. Aufl. 1983, S. 161). Richtigerweise ist jedoch auch hier nach den allgemeinen Regeln die Abgrenzung zwischen Versuch und Vorbereitung vorzunehmen. Es kommt darauf an, ob die Einzelhandlungen in ihrer Gesamtheit schon einen derartigen unmittelbaren Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthalten, daß es bereits gefährdet ist und der Schaden sich unmittelbar anschließen kann. 38

Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB). Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein derartiges Ansetzen generell bereits dann vor, wenn der Täter Handlungen vornimmt, die nach dem Tatplan im ungestörten Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen. Das ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so daß sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung übergeht (BGHSt 37, 294, 297 f. m.w.Nachw.; BGHR StGB § 22 Ansetzen 15). Handelt der Täter - wie hier - nicht unmittelbar selbst, sondern durch einen Dritten, den er als "Werkzeug" einsetzt, so liegt der Beginn des Versuchs regelmäßig jedenfalls dann vor, wenn er die nach seiner Vorstellung erforderliche Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat (BGHSt 30, 363, 365; BGHR StGB § 22 Ansetzen 4). Soweit in den genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs davon gesprochen wird, der Hintermann müsse den Tatmittler "aus seinem Einwirkungsbereich entlassen" oder "das Tatgeschehen aus der Hand gegeben" haben, ist dies nicht so zu verstehen, daß sich der (mittelbare) Täter damit jeglicher Einflußmöglichkeit auf den Vordermann begeben haben müsse. Unter den insofern maßgebenden Gesichtspunkten des "jetzt geht es los" und der unmittelbaren Rechtsgutsgefährdung bedeutet es lediglich, daß der Täter nach seiner Überzeugung nunmehr dem Geschehen seinen Lauf lassen kann, weil er soweit auf das "Werkzeug" eingewirkt hat, daß dieses die Tat ohne weitere Einflußnahme bis hin zur Vollendung ausführen werde. 39

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist aber dann geboten, wenn der Tatmittler nach dem Willen des Hintermannes nicht sofort, sondern erst nach einer gewissen Zeitspanne oder zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt tätig werden soll (BGHSt 4, 270, 273). In diesem Fall konkretisiert sich die Gefahr für das geschützte Rechtsgut auch aus der Sicht des Täters noch nicht mit der Beendigung seiner Einwirkung auf den Tatmittler, sondern erst mit dem Beginn von 40

dessen Ausführungshandlungen in einer die Strafwürdigkeit des Versuchs begründenden Weise. Erst dann nämlich setzt der Täter mit Hilfe des Tatmittlers "unmittelbar" im Sinne des § 22 StGB zur Ausführung der Tat an.

Im vorliegenden Fall befand sich danach die Tat jedenfalls ab dem 15. März 1993 nach der Vorstellung der Angeklagten im Versuchsstadium; denn spätestens von diesem Zeitpunkt an sollte nach ihrem Tatplan die für Frau Sch. lebensnotwendige Sondennahrung endgültig eingestellt werden, um so den Tod der Patientin herbeizuführen. 41

Das verkennt die Revision, wenn sie bei der Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Beginn des Versuchs in erster Linie auf das Datum der schriftlichen Anweisung vom 9. März 1993 abstellt. Der weitere Zeitablauf bis zum 23. März 1993 - dem Tag, an dem nach den Feststellungen des Landgerichts beide Angeklagte von dem Fehlschlag ihres Tatplans erfuhren - sollte aus der Sicht der Angeklagten alle Ereignisse umfassen, die in ihrem ungestörten Fortgang unmittelbar zum Tod der Frau Sch. geführt hätten. 42

bb) Dieses Ergebnis wird auch nicht durch die rechtlichen Besonderheiten des unechten Unterlassungsdelikts in Frage gestellt. 43

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Strafbarkeit des Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts anerkannt (BGHSt 7, 287, 288; 14, 282, 284; 38, 356 m.w.Nachw.). In gleicher Weise nimmt auch die herrschende Lehre grundsätzlich Strafbarkeit eines solchen Versuchs an (Eser aaO Vorbemerkung § 22 Rdn. 27; weitere Nachweise in BGHSt 38, 356, 358 f.). 44

Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird, maßgebender Zeitpunkt für den Versuchsbeginn sei bei unechten Unterlassungsdelikten das Auslassen der ersten (so insbesondere Herzberg MDR 1973, 89, 91), der letzten (so z.B. Welzel aaO S. 221) oder der erfolgversprechendsten (so Grünwald JZ 1959, 46, 48) Rettungsmöglichkeit, folgt der Senat dem nicht (offengelassen in BGHSt 38, 356, 360). Gegen ein Abstellen auf den letztmöglichen Zeitpunkt spricht schon dessen Ungewißheit in vielen Fällen (ebenso Grünwald aaO). Gerade der vorliegende Sachverhalt macht deutlich, daß ein brauchbares Abgrenzungskriterium damit nicht gewonnen ist: Die Angeklagten selbst gingen davon aus, Frau Sch. werde "zwei bis drei Wochen" nach dem Absetzen der Sondennahrung sterben; daß aber der Tod insbesondere etwa bei Hinzutreten von Komplikationen auch schon früher hätte eintreten können, lag bei dem Alter und dem reduzierten Allgemeinzustand der Patientin auf der Hand. Eine einigermaßen zuverlässige Berechnung des voraussichtlichen Todeszeitpunkts war zweifellos nicht möglich. 45

Ebensowenig eignet sich die Formel von der "größten Erfolgchance" (Grünwald aaO) zur Festlegung des Versuchsbeginns. Abgesehen von der begrifflichen Unschärfe dieses Maßstabes, die in der Praxis nur Schwierigkeiten schaffen würde, ist auch ein sachlicher Unterschied zu dem Merkmal der "ersten" Rettungsmöglichkeit nicht zu erkennen; denn es steht außer Frage, daß - jedenfalls bei mehreren gleichartigen - die erste stets auch die erfolgversprechendste Abwendungsmöglichkeit ist. 46

Nach Auffassung des Senats kann das ausschlaggebende Unterscheidungsmerkmal daher nur in der sinngemäßen Anwendung der für das Begehungsdelikt entwickelten Grundsätze für die Festlegung des Versuchsbeginns gefunden werden. Entscheidendes Kriterium muß auch hier - entgegen Jescheck (Lehrbuch des Strafrechts AT, 4. Aufl. 1988, S. 469, 477) - zumindest in Fällen der vorliegenden Art sein, ob der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat mit dem Beginn seines Untätigbleibens zur Tatausführung "unmittelbar ansetzt". Eine sachliche Differenzierung zwischen positivem Tun und Unterlassen ist insoweit weder gerechtfertigt noch erforderlich. Ebenso wie der Täter, der durch ständige Zuführung geringer Giftmengen einen anderen töten will, die Ausführung der Tat schon mit der ersten Giftzuführung beginnt, setzt der Garant zur Tötung der ihm anvertrauten Person an, sobald er die ihm obliegende lebenserhaltende Maßnahme endgültig einstellt. Wer einem anderen Gift in kleinen Dosen "ratenweise" beibringt, hat mit der Ausführung der Tötungshandlung schon begonnen und bereitet sie nicht bloß vor. Für den untätigen Garant gilt nichts anderes: Wer durch längeres Unterlassen einer gebotenen Handlung den Tod des Hilfsbedürftigen herbeiführen will, setzt hierzu bereits mit dem Beginn seiner Untätigkeit unmittelbar an, gefährdet konkret das Leben des anderen und hat die Grenze der straflosen Vorbereitungsphase nach seiner eigenen Vorstellung, nach dem Grad der Rechtsgutsgefährdung und für den unbeteiligten Betrachter erkennbar überschritten. Alle diese Voraussetzungen waren nach der Vorstellung der Angeklagten spätestens ab dem 15. März 1993 mit dem Absetzen der Sondennahrung erfüllt. 47

cc) Daß das Pflegepersonal entgegen der Erwartung der Angeklagten Bedenken gegen die rechtliche Zulässigkeit der Nahrungsumstellung hatte, deshalb die künstliche Ernährung entgegen der Anordnung der Angeklagten auch über den 15. März 1993 hinaus fortsetzte und schließlich - ohne Kenntnis der Angeklagten - das zuständige Vormundschaftsgericht einschaltete, steht der Verurteilung wegen versuchten Totschlags nicht entgegen. Es bedeutet 48

lediglich, daß sich die Angeklagten zur Tatausführung eines untauglichen Mittels bedient hatten und ihr Versuch daher von vornherein nicht zur Vollendung führen konnte. An der Strafbarkeit dieses - untauglichen - Versuchs ändert das nichts, weil es insofern nicht auf die konkrete Gefährdung eines Rechtsguts, sondern allein auf den in dem Verhalten der Angeklagten zutage getretenen Willen und die hierdurch verursachte (abstrakte) Beeinträchtigung der Rechtsordnung ankommt (allgem. Meinung; vgl. z.B. BGHSt 30, 363, 366; Eser aaO § 22 Rdn. 60 ff.; Jescheck aaO S. 478).