

**Stellungnahme zum Antrag der FDP-Fraktion
Rechtssicherheit für schwer und unheilbar Erkrankte in einer
extremen Notlage schaffen
(Drucksache 19/4834)**

Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf
Universitätsstraße 1
40225 Düsseldorf
Gebäude 24.81
Ebene 02 Raum 50

www.uni-duesseldorf.de

**I. Notwendigkeit einer Auflösung der gegenwärtigen Diskrepanz
zwischen höchstrichterlicher Rechtsprechung und behördlicher
Praxis**

Der Antrag der FDP-Fraktion greift ein Problem auf, das bereits aus formal rechtsstaatlichen Gründen einer Lösung bedarf. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 2. März 2017 – 3 C 19.15 – das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) für verpflichtet erachtet, schwerkranken Patienten unter bestimmten Voraussetzungen den Erwerb von Betäubungsmitteln zum Zwecke der Selbsttötung zu erlauben. Obwohl das Urteil eines Gerichts eine unmittelbare Bindungswirkung nur für den entschiedenen Fall entfaltet, sind staatliche Behörden jedenfalls im Grundsatz dazu verpflichtet, die höchstrichterliche Rechtsprechung auch in anderen Fällen zu beachten und umzusetzen. Dies gilt auch und gerade dann, wenn sie die betreffende Rechtsprechung für unzutreffend erachten, weil ansonsten die Justiz ihre für einen Rechtsstaat unerlässliche Funktion der Auslegung und Konkretisierung des Rechts nicht effektiv erfüllen könnte.

Die grundsätzliche Verpflichtung zur Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat besonderes Gewicht, wenn den von der behördlichen Entscheidung betroffenen Personen nicht zuzumuten ist, einen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestehenden Anspruch durch Beschreiten des Rechtswegs im Einzelfall durchzusetzen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betrifft Patienten, die an einer schweren und unheilbaren Erkrankung leiden, die mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken und nicht ausreichend zu lindernden Schmerzen verbunden ist. Solche Patienten darauf zu verweisen, die Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung in jedem Einzelfall gegen das BfArM vor den Verwaltungsgerichten zu erstreiten, kommt einer Verweigerung der Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit gleich. Da die Verwaltungsgerichte das BfArM zur Erteilung einer solchen Erlaubnis kaum im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet werden, würden die meisten dieser Patienten die Durchsetzung ihres nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestehenden Anspruchs nicht mehr erleben. Die übrigen müssten jahrelang weiter leiden, bevor sie den Anspruch durchsetzen könnten.

Schon aufgrund dieser besonderen Situation kann die nach Presseberichten ergangene Weisung des Bundesgesundheitsministers an das BfArM, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht anzuwenden, nicht damit gerechtfertigt werden, dass im Steuerrecht die Möglichkeit ministerieller Nichtanwendungserlasse grundsätzlich anerkannt sei. Davon abgesehen handelt es sich bei dem steuerrechtlichen Nichtanwendungserlass um eine Besonderheit des Steuerrechts mit spezifischen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, die – wie auch *Udo di Fabio* in seinem für das BfArM erstatteten Rechtsgutachten „Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen“ anerkennt – eine Übertragung dieses Rechtsinstituts auf andere Rechtsbereiche problematisch erscheinen lassen (*Di Fabio*, Gutachten, S. 68 f.). So muss ein steuerrechtlicher Nichtanwendungserlass

mit einer Begründung versehen und im Bundessteuerblatt veröffentlicht werden. Der Bundesgesundheitsminister hat seine Weisung jedoch in einem nicht veröffentlichten Brief an das BfArM erteilt. Dies kann nur dahingehend verstanden werden, dass er selbst nicht davon ausgeht, seine Weisung auf eine entsprechende Anwendung der für steuerrechtliche Nichtanwendungserlasse geltenden Grundsätze stützen zu können.

Aus dem Straftatbestand der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB) ergibt sich ebenfalls keine Legitimation dafür, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht anzuwenden. Wie das Gericht selbst überzeugend dargelegt hat, wäre die Erteilung einer Erlaubnis durch das BfArM nach dem Schutzzweck des § 217 StGB nicht als geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung zu bewerten. Da die freie Entfaltung der Persönlichkeit auch die Möglichkeit einer freiverantwortlichen Selbsttötung umfasst, lässt sich der Straftatbestand des § 217 StGB allenfalls mit der Erwägung legitimieren, dass eine als Dienstleistungsangebot frei verfügbare Hilfe zur Selbsttötung auch die abstrakte Gefahr von Selbsttötungen begründet, die nicht freiverantwortlich erfolgen. Eine solche Gefahr wird man jedoch nicht ernsthaft annehmen können, wenn die Hilfe zur Selbsttötung nur in den vom Gericht beschriebenen extremen Notlagen erfolgt und das Vorliegen einer derartigen Notlage in einem behördlichen Verfahren überprüft wird.

Im Übrigen ist die Befürchtung, dass sich Mitarbeiter des BfArM durch die Erteilung der Erlaubnis zum Erwerb der Betäubungsmittel oder Apotheker durch deren Abgabe gemäß § 217 StGB strafbar machen könnten, aber auch schon deshalb unbegründet, weil sich die betreffenden Personen in jedem Fall auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts verlassen dürften. Selbst wenn Strafverfolgungsorgane zu der kaum vertretbaren Einschätzung gelangen würden, dass die Erteilung der Erlaubnis zum Erwerb bzw. die Abgabe des Betäubungsmittels un-

ter den in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts genannten Voraussetzungen den Tatbestand des § 217 StGB verwirklichen würde, wäre eine Strafverfolgung wegen des dann anzunehmenden unvermeidbaren Verbotsirrtums (§ 17 StGB) ausgeschlossen.

Obwohl *di Fabio* ebenfalls zu dem Ergebnis kommt, dass eine Subsumtion unter den Tatbestand des § 217 StGB in den vom Bundesverwaltungsgericht beschriebenen Fällen ungeachtet aus der Unbestimmtheit des Merkmals der Geschäftsmäßigkeit resultierender Restzweifel „wohl nicht in Betracht kommt“ (*Di Fabio*, Gutachten, S. 73), will er die grundsätzliche Verpflichtung der staatlichen Behörden zur Beachtung und Umsetzung einer als unzutreffend erachteten höchstrichterlichen Rechtsprechung im vorliegenden Fall zurücktreten lassen. Er begründet dies damit, dass ein Beitrag zur Selbsttötung nicht mehr reversibel wäre und die Frage, ob der Staat verpflichtet sein könne, einen solchen Beitrag zu leisten, für das Menschenbild des Grundgesetzes von zentraler Bedeutung sei (*Di Fabio*, Gutachten, S. 66). Zur Entscheidung einer derart zentralen Frage sei allein der parlamentarische Gesetzgeber berufen. Um dessen Entscheidung nicht zu präjudizieren, hält *di Fabio* einen Nichtanwendungserlass des zuständigen Bundesministers bis zur Herbeiführung einer gesetzgeberischen Klärung für angezeigt (*Di Fabio*, Gutachten, S. 101 f.).

In Anbetracht der Tatsache, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sich nur auf extreme Notlagen bezieht und der Verweis der Betroffenen auf den Rechtsweg in diesen Fällen einer Verweigerung der Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit gleichkommt, habe ich Zweifel, ob diese Argumentation eine Ausnahme von der grundsätzlichen Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung zu begründen vermag. Aber selbst wenn man ihr folgt, rechtfertigt sie es nicht, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts dauerhaft zu ignorieren. *Di Fabio* hält einen Nichtanwendungserlass nur als ein vorübergehendes Mittel „bis zur Herbeiführung einer gesetzgeberischen Klärung“ (*Di Fabio*, Gutachten, S. 102) für angezeigt. Die Bundesregierung darf deshalb auch

auf der Grundlage seines Gutachtens nicht einfach zur Tagesordnung übergehen, sondern ist dazu verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass die Diskrepanz zwischen höchstrichterlicher Rechtsprechung und behördlicher Praxis aufgelöst wird.

II. Lösungsmöglichkeiten

Diese Auflösung ist prinzipiell in beide Richtungen möglich. Der Gesetzgeber könnte entweder durch eine Ergänzung des Betäubungsmittelgesetzes unmissverständlich regeln, dass eine Erlaubnis zum Erwerb von Betäubungsmitteln zum Zwecke der Selbsttötung auch in den im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts beschriebenen extremen Notlagen nicht erteilt werden darf, oder er könnte – entsprechend dem Antrag der FDP-Fraktion – die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgreifen, also im Gesetz ausdrücklich vorsehen, dass und in welcher Weise schwer und unheilbar Erkrankte in einer extremen Notlage ausnahmsweise Zugang zu Betäubungsmitteln für eine Selbsttötung erhalten können.

Bei der Entscheidung zwischen diesen beiden Möglichkeiten ist allerdings zu beachten, dass nach der in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vertretenen Rechtsauffassung schwer und unheilbar Erkrankte in extremer Notlage schon von Verfassung wegen eine Möglichkeit zur Erlangung von Betäubungsmitteln zum Zwecke der Selbsttötung gewährt werden muss. Deshalb wäre im Falle eines ausdrücklichen Ausschlusses einer solchen Möglichkeit damit zu rechnen, dass das Bundesverwaltungsgericht – oder u.U. auch schon das zuständige Verwaltungsgericht bzw. Obergericht – die betreffende Regelung dem Bundesverfassungsgericht im Wege der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) zur Überprüfung vorlegen würde. Dieses hätte dann darüber zu entscheiden, ob der Staat seinen Bürgern den Zugang zu Betäubungsmitteln zur Selbsttötung nicht nur generell, sondern auch in den vom Bundesverwaltungsgericht beschriebenen extremen Notlagen verwehren darf.

Das ist deshalb ein besonderes Problem, weil die freiverantwortliche Selbsttötung in derartigen Notlagen nicht nur als eine mehr oder weniger exzentrische, aber gleichwohl grundrechtlich geschützte Form der Persönlichkeitsentfaltung betrachtet werden kann, sondern für den Betroffenen die einzige Möglichkeit darstellt, schwerstes körperliches Leid zu beenden. Wird ihm die Möglichkeit zu einer freiverantwortlichen Selbsttötung auch in einer solchen Situation erschwert, so betrifft dies nicht nur das Schutzgut des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) oder der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), sondern hat vor allem erhebliche Auswirkungen auf das Schutzgut des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG).

Ohne eine Möglichkeit zur Erlangung von Betäubungsmitteln für eine Selbsttötung sind die Betroffenen in den vom Bundesverwaltungsgericht beschriebenen extremen Notlagen dazu gezwungen, entweder schweres körperliches Leid zu erdulden oder die von ihnen zur Beendigung dieses Leids gewollte Selbsttötung mit Mitteln vorzunehmen, die unsicher sind und vor allem im Falle eines Scheiterns ihrerseits mit zusätzlichem schweren körperlichen Leid verbunden sein können. Dass ein in erster Linie der Freiheit und dem Wohl des Individuums verpflichteter liberaler Rechtsstaat es schon von Verfassung wegen nicht bei dieser Alternative belassen darf, scheint mir – ungeachtet aller Dammbuchbefürchtungen und unabhängig von der verfassungsdogmatischen Einordnung als mittelbarer Grundrechtseingriff oder Schutzpflichtverletzung – in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Ergebnis überzeugend dargelegt worden zu sein.

Aber auch wenn man mit der u.a. von *di Fabio* in seinem Gutachten vertretenen Gegenauffassung davon ausgeht, dass es keine verfassungsrechtliche Verpflichtung gibt, den Zugang zu Betäubungsmitteln für eine Selbsttötung in extremen Notlagen zu ermöglichen, ist der Gesetzgeber nicht daran gehindert, eine solche Regelung in Ausübung

seiner rechtspolitischen Verantwortung zu treffen. *Di Fabio* geht in seinem Gutachten nicht etwa davon aus, dass eine ausnahmsweise Zugangsmöglichkeit ihrerseits verfassungswidrig wäre. Er legt lediglich dar, dass im gewaltenteiligen System zuvörderst der parlamentarische Gesetzgeber dazu berufen sei, den zugrundeliegenden Konflikt zu lösen. Wenn der Gesetzgeber der Auffassung sei, dass eine Ausnahmeregelung mit „Gefahren einer künftig entstehenden Routine zur Verabreichung tödlicher Substanzen bis hin zur gesellschaftlichen Erwartung des Suizids“ (*Di Fabio*, Gutachten, S. 100) verbunden sei, dürfe er den Zugang zu Betäubungsmitteln für eine Selbsttötung ausnahmslos verwehren.

Ob eine solche Gefahr auch bei einer auf extreme Notlagen beschränkten Ausnahmeregelung realistisch ist und wie sie im Verhältnis zu der Not der Betroffenen zu gewichten wäre, ist nach dieser Rechtsauffassung eine Frage der politischen Einschätzung und damit von mir als Sachverständigen nicht zu entscheiden. Angemerkt sei aber, dass die Abgeordneten bei der von ihnen zu treffenden Entscheidung der Not der Betroffenen nicht etwa deshalb ein geringeres Gewicht zumesen dürfen, weil diese einen Selbsttötungsentschluss aufgrund abweichender gesetzlicher Regelungen in unseren Nachbarstaaten gegebenenfalls im Ausland verwirklichen könnten. Wer die Ermöglichung einer freiverantwortlichen Selbsttötung mit dem Betäubungsmittelgesetz unterfallenden Substanzen zur Linderung der Not der Betroffenen in extremen Notlagen für erforderlich erachtet, muss diese Möglichkeit in Deutschland gewähren. Die Lösung des Problems ins Ausland abzuschieben, wäre eines Rechtsstaats unwürdig.

III. Ein Lösungsvorschlag

Falls der Gesetzgeber sich aus verfassungsrechtlichen oder rechtspolitischen Gründen dafür entscheiden sollte, schwer und unheilbar Erkrankte in einer extremen Notlage ausnahmsweise Zugang zu Betäubungsmitteln für eine Selbsttötung zu ermöglichen, müsste dies nicht notwendigerweise über die Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb von

Betäubungsmitteln durch das BfArM geschehen. Da die für eine Selbsttötung in Betracht kommenden Betäubungsmittel der Anlage III des Betäubungsmittelgesetzes unterfallen und damit grundsätzlich verkehrs- und verschreibungsfähig sind, würde es ausreichen, durch eine Ergänzung des § 13 BtMG im Gesetz ausdrücklich zu regeln, dass und unter welchen Voraussetzungen eine Verschreibung von Betäubungsmitteln für eine Selbsttötung zulässig ist.

Dabei sollte die Zulässigkeit der Verschreibung nicht nur von dem Vorliegen der in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts beschriebenen extremen Notlage, sondern auch von der Einhaltung zusätzlicher Verfahrensanforderungen abhängig gemacht werden. Denkbar wäre etwa eine palliativmedizinische Beratung des Betroffenen durch eine unabhängige Beratungsstelle sowie eine Überprüfung der Freiverantwortlichkeit und des Vorliegens der extremen Notlage durch eine spezielle Kommission oder – möglicherweise sachnäher – das Betreuungsgericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit nach § 1904 Abs. 2 BGB bereits heute in streitigen Fällen über die Beendigung lebenserhaltenden Maßnahmen und damit ebenfalls über Leben und Tod zu entscheiden hat.

Professor Dr. Helmut Frister