



Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)0062(4)
gel. ESV zur öAnh am 20.2.2019 -
Rechtssicherheit Schwerkranke
14.2.2019

E-Mail: reinhard.merkel@jura.uni-hamburg.de
Sekretariat: Barbara Fisz
Tel. 0049-40-428 38 4593

Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 18. 2. 2019
zu dem Antrag der FDP-Fraktion „Rechtssicherheit für schwer und unheilbar Erkrankte
in einer extremen Notlage schaffen“

Vorbemerkung: Ich habe mich zu den rechtlichen Fragen, die Gegenstand des Antrags der FDP-Fraktion sind, schon früher mehrfach geäußert, v.a. in einer Besprechung des fraglichen BVerwG-Urteils vom 2. März 2017 (MedR 2017, 35: 828 – 830) und in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 15. Februar 2018 („Staat und Recht“, S. 6). Die folgenden Ausführungen zur Sache rekurrieren in wesentlichen Teilen auf diese bereits publizierten Texte.

I. Zu dem vorliegenden Antrag

Das im Antrag der FDP-Fraktion artikuliert rechtspolitische Anliegen ist dringlich und die darin vorgebrachten Argumente sind überzeugend. Die damit an den Bundestag adressierte Forderung verdient nachdrückliche Unterstützung.

II. Zu den Einwänden gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG)

Mit Urteil vom 2. März 2017 hat der Dritte Senat des BVerwG entschieden, in Fällen extremer Sterbensnot eines Patienten könne das Bundesinstitut für Arzneimittel (BfArM) verpflichtet sein, den Erwerb des Betäubungsmittels Natrium-Pentobarbital (NPB) ausnahmsweise auch zum Zweck eines Suizids zu erlauben. Im Auftrag des BfArM und damit zuletzt des Gesundheitsministeriums hat Professor Udo Di Fabio, ehemaliger Richter am Bundesverfassungsgericht, im November 2017 ein Gutachten vorgelegt, das die Entscheidung des BVerwG hart kritisiert. Sie missdeute nicht nur das einschlägige einfache Recht, sondern verletze formell wie materiell die Verfassung. Auch in Extremfällen quälenden Lebens und Sterbens sei die Verpflichtung einer staatlichen Institution, den Erwerb eines Betäubungsmittels zu Suizidzwecken zu erlauben, rechtlich ausgeschlossen.

Die folgenden Überlegungen nehmen Professor Di Fabios Argumente exemplarisch für die auch andernorts geäußerte Kritik an dem Urteil des BVerwG; sie befassen sich deshalb nur mit diesen Argumenten. Dafür gibt es mindestens zwei gute Gründe. Zum einen enthält Di Fabios Gutachten die bislang ausführlichste Auseinandersetzung mit der Entscheidung. Zum andern und vor allem liegt es ersichtlich der Anweisung des Bundesgesundheitsministers an das BfArM zugrunde, wonach einschlägige Anträge künftig abzulehnen, die Maßgaben des Urteils also nicht zu befolgen seien.

1. Di Fabio stützt sein Verdikt auf zwei grundlegende Argumente. Erstens statuieren das BVerwG mit der Feststellung, das BfArM könne in Ausnahmefällen verpflichtet sein, den Erwerb von Natrium-Pentobarbital zu Suizidzwecken zu erlauben, nichts geringeres als eine staatliche Pflicht zur Unterstützung der Selbsttötung eines Menschen. Das widerspreche Grundwerten der Verfassung. Und zweitens sprengt die Auslegung des einschlägigen einfachen Rechts durch das Gericht die Grenzen von Sinn und Wortlaut der maßgeblichen Norm, nämlich des § 5 Abs. 1 Nr. 6 des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG). Er untersagt eine Genehmigung, wenn die beabsichtigte Verwendung des Betäubungsmittels mit dem Gesetzeszweck, „die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen“, nicht vereinbar sei. Ein Mittel zur Tötung eines Menschen, sagt Di Fabio, und sei es zum freiverantwortlichen, grundrechtsgestützten Suizid, könne niemals der „medizinischen Versorgung“ dienen; vielmehr laufe es deren Zwecken frontal zuwider.

Keines der beiden Argumente kann überzeugen. Recht hat Di Fabio nur mit seiner Forderung an den Gesetzgeber, die einschlägigen Normen des BtMG zu ändern. Aber nicht, wie er meint, um jede künftige Wirkung des Urteils auf Praxis und Judikatur der Betäubungsmittelkontrolle ausdrücklich zu blockieren, sondern im Gegenteil: um diese Wirkung, in der sich nichts anderes manifestiert als die Maximen einer verfassungsgebotenen Humanität, positivrechtlich sicherzustellen.

2. Unrichtig ist schon der Grundgedanke in Di Fabios Gutachten: die Gleichsetzung der Pflicht, vom generellen Verbot des Erwerbs eines Betäubungsmittels zu Suizidzwecken in tragischen Einzelfällen abzusehen, mit einer Pflicht zur Suizidhilfe. Die Annahme, wer für eine Handlung, die er zunächst generell untersagt habe, später ausnahmsweise eine Erlaubnis erteile, leiste Beihilfe zu dieser Handlung, ist irrig. Sie ist so wenig plausibel wie es die Behauptung wäre, ein verwaltungsgerichtliches Urteil, mit dem eine abgeneigte Gemeinde verpflichtet würde, vor einer Wahl das Aufstellen eines Info-Stands der NPD zu genehmigen, verpflichte den Staat, die Ziele der NPD zu unterstützen. Mit § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG blockiert der Staat den Zugriff auf NPB zu Suizidzwecken. Unter bestimmten Umständen das autonome Handeln einer Person nicht mehr verhindern zu dürfen und deshalb die zuvor errichtete Sperre im Einzelfall aufheben zu müssen, hat mit einer Unterstützung jenes Handelns nichts zu schaffen. Von dem Umstand, dass dieses Aufheben ein aktives Tätigwerden erfordert, hängt das nicht ab.

3. Di Fabio sieht das anders. Deshalb bemüht er sich um den Nachweis, mit dem Antrag auf Erlaubnis zum Erwerb des Mittels werde nicht das bloße Absehen von einem Verbot, sondern eine staatliche Leistung begehrt. Das im BtMG statuierte Verbot des Erwerbs von Natrium-Pentobarbital zu Suizidzwecken sei kein Eingriff in das Persönlichkeitsgrundrecht auf ein selbstbestimmtes eigenes Sterben. Denn es richte sich gar nicht gegen Suizidentschlüsse, sondern generell gegen den Verkehr mit Betäubungsmitteln. Das Versagen einer Erlaubnis zum Erwerb bedürfe seitens der Behörde daher keinerlei Überlegung zu den Gründen eines Suizidwunsches. Wer eine solche Erlaubnis beantrage,

begehre vielmehr etwas, worauf er keinen Anspruch habe: eine Art wohltätiger Leistung. Da diese aber auf eine staatliche Beihilfe zur Selbsttötung hinauslaufe, sei sie ausnahmslos zu verweigern.

Das ist ungereimt. Hat man zunächst den Eingriffscharakter des Verbots verneint, weil sich dieses gar nicht gegen Suizide richte, dann ist es unschlüssig, den Zwang zum Versagen der Erlaubnis just darauf zu gründen, dass mit ihr ein Suizid unterstützt würde. Anders gewendet: Wird das Verbot gerade deshalb für zwingend erklärt, weil jede Ausnahme zu einem Suizid beitrüge, dann greift das so präzisierete Verbot ganz offensichtlich in die grundrechtliche Freiheit zum selbstbestimmten Suizid ein. Doch selbst wenn man Di Fabios irriger Konstruktion folgen wollte, bliebe seine Prämisse, das Aufheben einer Blockade sei eine Beihilfe zu dem damit freigegebenen Handeln, so verkehrt wie es der Vorwurf wäre, die gerichtliche Aufhebung eines Info-Verbots gegen die NPD bedeute eine staatliche Unterstützung dieser Partei.

4. Nicht einzusehen ist auch Di Fabios zweite Grundthese, das Gesetzesmerkmal „zur medizinischen Versorgung“ in § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG schließe schon nach seinem Wortlaut, jedenfalls aber nach seinem Sinn und Zweck den Einschluss eines Mittels zum Suizid unter allen Umständen aus. Dass die Norm dies grundsätzlich und für den Regelfall tut, hat das BVerwG selbst hervorgehoben. Mit Recht besinnt es sich aber außerdem nicht nur auf das Rechtsprinzip des Notstands, das nahezu allen gesetzlichen Verboten rechtliche Grenzen zu ziehen vermag, sondern auch und vor allem auf die grundrechtliche Freiheit, in Fällen extremer Not das eigene Sterben so gut es geht nach dem eigenen Maß des Erträglichen zu gestalten und es nicht in Formen zwingen zu lassen, die anderen zusagen mögen, die der Sterbende selbst aber als Verletzung seiner Würde empfindet.

Di Fabios Behauptung, der Gesetzeszweck „medizinische Versorgung“ könne tödliche Handlungsziele niemals einschließen, wird an anderen Stellen der Rechtsordnung schlagend widerlegt. § 218a des Strafgesetzbuchs schreibt für den Schwangerschaftsabbruch eine (sogar strafbewehrte) Arztpflicht vor, und zwar auch für solche Abbrüche, die das Bundesverfassungsgericht als „rechtswidrig“ qualifiziert. In der einschlägigen Entscheidung von 1993 wird die „flächendeckende“ Gewährleistung medizinischer Einrichtungen zur Vornahme solcher Abbrüche als „Staatsaufgabe“ bezeichnet. Selbstverständlich macht dies die Abbruchhandlung zum Gegenstand einer verpflichtenden medizinischen Versorgung. Für das Abortivmittel „Mifegyne“, das Abbrüche bis zum 50. Tag der Schwangerschaft ermöglicht, hat der Gesetzgeber in § 47a des Arzneimittelgesetzes, also gewiss ebenfalls in einem Gesetz zur medizinischen Versorgung, einen besonderen Vertriebsweg positivrechtlich geregelt. Und dabei geht es, das sei hervorgehoben, nicht um selbstbestimmte und rechtmäßige Suizide, sondern um (folgt man dem BVerfG) rechtswidrige Tötungen Dritter: der unerwünschten Embryonen.

5. Ersichtlich erkennt die Rechtsordnung an, dass in Fällen besonderer Not die Aufgabe der Medizin nicht allein in ihrer klassischen Zuständigkeit für Diagnose, Therapie und Prävention zu liegen braucht, sondern einfach darin bestehen kann, betroffenen Menschen mit medizinischen Mitteln bestmöglich zu helfen. Zu dieser Hilfe kann manchmal die Erlaubnis gehören, ein Mittel zum Zweck der Selbsttötung zu erwerben. Der Einwand, das Gesetzesmerkmal „medizinische Versorgung“ schließe dies zwingend aus, ist falsch. Und der analoge moralische Imperativ ist es in Fällen extremer Not ebenfalls. Er möge jedenfalls nicht, wie im Gutachten Di Fabios und offensichtlich auch im Nichtanwendungserlass des Gesundheitsministers, als Wertentscheidung einer freien und humanen Gesellschaft für das Fundament der Verfassung reklamiert werden. Denn das ist er nicht.

III. Zur Ethik der Suizidprävention

Für Menschen in auswegloser Sterbensnot und in für sie selbst nicht mehr erträglichem Leid ist manchmal keine andere Abhilfe möglich als der von ihnen ersehnte Tod. In solchen Extremfällen mag ein humanes Sterben nur noch von den „sanften“ medizinischen Mitteln zum Suizid gewährleistet werden können und nur mit deren Hilfe dem Leidenden die qualvolle Alternative des Ausharrens bis zum letztmöglichen Atemzug oder eines Gewaltakts gegen den eigenen Körper erspart bleiben. Gelegentlich hört oder liest man, ein solches Leid gebe es nicht, da die Palliativmedizin stets eine ausreichende Schmerzlinderung sicherstellen könne. Das geht schon grundsätzlich fehl, selbst wenn die These zum Schmerz richtig wäre (was sie nicht ist). Leid ist nicht dasselbe wie Schmerz; es kann über dessen Präsenz und Wirkung weit hinausreichen. Nur unerträglichen Schmerz als unerträgliches Leid begreifen zu können, ist Zeugnis einer befremdlichen Indolenz.

Eben deshalb überzeugt Di Fabios Behauptung nicht, nur die ausnahmslose Verweigerung des Erwerbs von NPB zu Suizidzwecken entspreche den Grundprinzipien unserer Verfassung als einer humanen, am Schutz des Lebens orientierten Normenordnung. Das in Art. 2 Abs.2 GG geschützte Recht auf Leben in Fällen wie dem des BVerwG nachgerade maliziös gegen seinen Inhaber zu kehren und es ihm durch die Blockade der Möglichkeit eines humanen Sterbens, das er selbst ersehnt, zur Pflicht zu machen, ist kein Ausdruck einer moralischen Einstellung. Vielmehr berührt eine solche *de-facto*-Pflicht „zum Weiterleben gegen den eigenen Willen“, wie das BVerwG zu Recht hervorhebt, „den Kern der eigenverantwortlichen Selbstbestimmung“ Sterbender und somit deren Menschenwürde.¹

Verfehlt ist daher der Satz des OVG Münster, der Vorinstanz des BVerwG im erwähnten Verfahren, auch die Maßnahmen der Palliativmedizin würden „dem Schutzgehalt der Menschenwürde gerecht“, weswegen der Verweis eines Suizidwilligen auf diese Möglichkeiten auch in Fällen qualvoller Sterbensnot keinen Bedenken aus Art. 1 Abs. 1 GG begegne.² Der Hinweis, die Möglichkeiten der Palliativmedizin entsprächen den Geboten der Menschenwürde, ist so unbestreitbar, wie er in solchen Fällen neben der Sache liegt. Ob *die Nötigung* zu dieser Form hinausgezögerten Sterbens durch die zwangsrechtliche Blockade jenes kürzeren humanen Wegs, den die Patientin im Fall des BVerwG desperat gewünscht hat, ihre Menschenwürde tangieren konnte: das war die einschlägige Frage des Falles. Und jedenfalls unter dem Blickwinkel der Ethik war sie nachdrücklich zu bejahen.

Die schlafwandlerische Unbefangenheit, mit der man sich (wie die Vorinstanzen des BVerwG) anmaßt, die Frage der Unerträglichkeit eines qualvollen Lebens oder Sterbens besser als der Leidende beurteilen zu können und ihm deshalb die vermeintlich „mildere Alternative“ der Palliativmedizin zwangsrechtlich vorschreiben zu dürfen, ist nicht moralisch. Sie ist Ausdruck einer paternalistischen Bevormundung, die in den Kernbereich der Autonomie interveniert: den der Selbstbestimmung über die existenziellen Grenzen des Erträglichen eigenen Leidens. Dass ein solcher Eingriff ins Innerste des personalen Selbstverständnisses und damit der Menschenwürde den Prinzipien einer menschenfreundlichen Verfassung wie der des Grundgesetzes entspräche, ist nicht einzusehen. Nicht selten, auch etwa im Gutachten Di Fabios (dort z.B. S. 23 u.ö.), wird seine Begründung ergänzt um den Hin-

¹ BVerwG, MedR (2017) 35: 826, unter Verweis auf Maunz/Dürig/Herzog-Herdeggen, GG, Art. 1 Abs.1 Rn. 89

² Zit. bei Merkel, MedR (2017) 35: 829.

weis auf „Gemeinwohlinteressen“: Man müsse die vulnerablen, nicht mehr selbstbestimmten Patienten vor der Gefahr einer *unfreien* Selbsttötung schützen. Dass muss man ganz gewiss. Aber die Vorstellung, das rechtfertige den ausnahmslosen Einbezug auch zweifelsfrei autonomer Personen in dieses zwangsrechtliche Schutzregime, ist nicht akzeptabel. Sie stellt dem unzulässigen Paternalismus der Erstbegründung das ebenfalls unzulässige Element eines im Wortsinne bedenkenlosen Utilitarismus bei. Auch dies findet, entgegen Di Fabio, in der Werteordnung des Grundgesetzes keine Grundlage.

IV. Zur möglichen Kollision des Urteils mit § 217 StGB

Kollidieren könnten die Maßgaben der Entscheidung des BVerwG allerdings mit dem neuen § 217 StGB, der nach seiner amtlichen Überschrift die „geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung“ pönalisiert.³ Nun ist dieser selbst erheblichen verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt, weswegen er derzeit in Karlsruhe liegt.⁴ Er ist aber gegenwärtig geltendes Recht. Das amtsmäßige Handeln des BfArM folgt naturgemäß allgemeinen rechtlichen Regeln und daher einem Modus, der insofern „geschäftsmäßig“ ist, als er in analogen Sachlagen jeweils gleichartige Entscheidungen verlangt – und also grundsätzlich die Bereitschaft, die Entscheidung eines gegenwärtigen Falles in Zukunft ggf. zu wiederholen.

Das BVerwG sieht den Einwand und begegnet ihm mit dem Argument, die nur im Einzelfall zulässige behördliche Erlaubnis, NPB zum Zweck der Selbsttötung zu erwerben, sei „nicht vergleichbar mit einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung durch einen privaten Suizidhelfer“. Das BfArM verfolge „keine Eigeninteressen“, sondern gehorche rechtlichen Geboten. Aus einer Erlaubnis zum Erwerb von NPB könne angesichts deren enger Notstandsgrenzen kein „Anschein der Normalität“ entstehen. Und schließlich sei es verfehlt, den grundgesetzlich geforderten Schutz der Selbstbestimmung schwer leidender, sterbender Menschen als staatliches „Angebot des assistierten Suizids“ zu kennzeichnen.

Alle drei Argumente sind sachlich zutreffend – und beseitigen gleichwohl das Risiko einer Kollision der Entscheidung mit § 217 StGB nicht. Die ersten beiden („keine Eigeninteressen, kein Anschein von Normalität“) beziehen sich auf wesentliche Motive des Gesetzgebers für den Erlass des § 217, die auf Fälle wie den des BVerwG ersichtlich nicht passen. Aber Motive eines Gesetzes legen nicht den Inhalt seiner Tatbestandsmerkmale fest. Das Kriterium für die „Geschäftsmäßigkeit“ in § 217 ist denn auch (und ausweislich der Gesetzesbegründung) ein anderes: das „Angelegtsein“ der Tathand-

³ *Beiläufig*: Diese Überschrift ist irreführend. Der Tatbestand verlangt keineswegs das „Fördern“ eines Suizids. Vielmehr genügt bereits das bloße Verschaffen einer Gelegenheit dazu; die Förderung muss der Täter nur beabsichtigen. Strafbar macht er sich daher auch dann, wenn der, dem er die Gelegenheit verschafft, nicht entfernt daran denkt, sie zu realisieren.

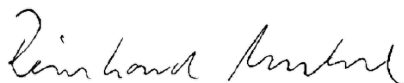
⁴ Ich selbst halte ihn wegen Verstoßes gegen das Schuldprinzip mit der deutlichen Mehrheit meiner strafrechtlichen Kollegen für verfassungswidrig. Er statuiert ein sog. abstraktes Gefährdungsdelikt: Werde Hilfe zum Suizid professionell (mit Wiederholungswillen) gewährt, bestehe *immer* eine erhöhte Gefahr, dass der geförderte Suizid „unfrei“ sei. Suizidhilfe im Einzelfall durch *Laien*, und wären sie zur Beurteilung der Freiverantwortlichkeit noch so inkompetent, ist dagegen nach wie vor erlaubt. Vor diesem Hintergrund ist die Behauptung, anders als die (inkompetente) Laienhilfe schaffe (ausgerechnet) professionelle Hilfe stets jene abstrakte Gefahr des Verkennens der „Unfreiheit“, aus dem empirischen Nichts geholt. Wohl darf der Gesetzgeber abstrakte Gefahren definieren und verbieten; *erfinden* darf er sie nicht. Abstrakte Gefährdungstatbestände, denen keine wirkliche abstrakte Gefahr zugrunde liegt, verletzen das Schuldprinzip (Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG).

lung „auf Wiederholung“ (BT-Drs. 18/5373, S. 2, 16). Und eine solche Tendenz kennzeichnet behördliches Handeln, das abstrakten rechtlichen Maßgaben unterliegt, naturgemäß immer. Daher ist es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass ein Mitarbeiter des BfArM, der künftig nach den Maßgaben der Entscheidung des BVerwG handelt, den Tatbestand des § 217 StGB erfüllt. Das wäre, stünde damit auch seine Strafbarkeit fest, ein halbwegs bizarres Beispiel für einen gesetzlich programmierten Wertungswiderspruch.

Einen Ausweg bietet, *rebus sic stantibus*, das Notstandsprinzip, das der gesamten Entscheidung des BVerwG in der Sache, wenngleich ohne explizite Markierung, zugrunde liegt. Für den (imaginierten) Mitarbeiter des BfArM, der sich an die Maßgaben des Urteils hält, gilt im Hinblick auf § 217 StGB dieses Prinzip als Rechtfertigungsgrund kraft Gesetzes: § 34 StGB.⁵ Selbstverständlich kann nicht nach Strafgesetzen rechtswidrig sein, was die verfassungsgestützte Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG gebietet. Eine optimale Lösung ist die Anwendung der abstrakten Notstandsregeln auf solche Fälle gleichwohl nicht.

V. Empfehlung für den Gesetzgeber

Eben deshalb ist der Empfehlung, die der Antrag der FDP-Fraktion formuliert, nachdrücklich beizutreten. Unbeschadet substanzieller verfassungsrechtlicher Zweifel an § 217 StGB sollte der Gesetzgeber die immerhin mögliche Kollision der Norm mit den Grundsätzen des BVerwG-Urteils im BtMG bereinigen. Er möge dabei bedenken, dass das BVerwG eine rechtlich wie ethisch rundum überzeugende Entscheidung getroffen hat. In einer Sphäre existentieller Not, nicht selten umstellt von ideologischen Postulaten und einer manchmal lebensfernen juristischen Dogmatik, sichert sie die *Minima Moralia* einer verfassungsgebotenen Humanität. Der Gesetzgeber möge sie bei der allfälligen Neuregelung nicht, wie ihm irriger Rat nahelegt, zum Schaden aller zurücknehmen, sondern ihr in Gesetzesform ausdrücklich und zweifelsfrei Geltung verschaffen.



Prof. Dr. Reinhard Merkel

⁵ In zwei neueren Kommentierungen zu § 217 StGB wird angenommen, bei § 217 komme eine Anwendung des § 34 StGB nicht in Betracht (NK⁵-Saliger, § 218 Rn 33; BeckOK StGB-Oglakcioglu Rn 30). Dafür ist kein Grund erkennbar.