

**Name**  
RA Prof. Robert Roßbruch  
**Unser Zeichen**  
Ro/Mu  
**Telefon**  
(0681) 58 67- 775  
**Telefax**  
(0681) 58 67- 678  
**E-Mail**  
robert.rossbruch@htwsaar.de  
**Datum**  
14.02.2019

## Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages  
am 20.02.2019 zum Antrag der FDP-Fraktion „Rechtssicherheit für schwer und unheilbar  
Erkrankte in einer extremen Notlage schaffen“ (BT-Drs. 19/4834)

### Vorbemerkung:

In meiner Eigenschaft als Rechtsanwalt vertrete ich derzeit vier Antragsteller/innen, die beim Bundesamt für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) jeweils einen Antrag auf Erlaubnis zum Erwerb von 15 g Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung gestellt haben. Alle Anträge wurden im Zeitraum zwischen Mitte und Ende 2017 gestellt. Ursprünglich habe ich sieben Antragsteller/innen anwaltlich vertreten. Drei Antragstellerinnen sind jedoch zwischenzeitlich verstorben. Die letzte Antragstellerin verstarb am 18.11.2018. Sie fuhr am 17.11.2018 in die Schweiz, um dort einen begleiteten Suizid durchzuführen. Dort angekommen, ist sie in ihrem Hotel im Beisein ihrer Tochter aufgrund des krankheitsbedingt sehr schlechten Allgemeinzustandes noch in derselben Nacht an den Folgen der körperlich strapaziösen Reise verstorben.

Zurzeit habe ich für drei der verbliebenen vier Antragsteller/innen Klage beim örtlich zuständigen Verwaltungsgericht Köln eingereicht. Zwei dieser Klagen sind in Form von Untätigkeitsklagen bereits seit Oktober bzw. November 2017 rechtshängig. Bis dato gibt es in allen drei verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor der 7. Kammer des Verwaltungsgerichts Köln noch keine Anzeichen für einen alsbaldigen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung, obwohl ich gegenüber der 7. Kammer mehrfach darauf hingewiesen habe, dass für die Kläger/innen aufgrund ihrer sehr schweren Erkrankungen die Zeit läuft.

## **I. Verzögerungstaktik des BfArM und des BMG**

Hier setzt sich meines Erachtens etwas fort, was ich hinsichtlich des Agierens des BfArM und des BMG schon mehrfach öffentlich als Verzögerungstaktik kritisiert habe.

Insofern sei auch hier darauf hingewiesen, dass sowohl die erstmalige Reaktion des BfArM auf Anträge der Antragsteller/innen mit Schreiben vom April 2018 als auch die pauschalen Begründungen der ablehnenden Bescheide belegen, dass das vom BfArM in Auftrag gegebene Rechtsgutachten von Herrn Prof. Dr. Di Fabio vom November 2017 eine rein politische Entscheidung war, die ausschließlich dazu diente, die Bescheidung der gestellten Anträge hinauszuzögern, bis eine Handlungsanweisung durch das BMG vorliegt. Diese Handlungsanweisung, die den Beamten des BfArM mehr Handlungs- und Rechtssicherheit gegeben hätte, liegt, nebenbei bemerkt, bis zum heutigen Tag nicht vor. Das hinauszögernde Verhalten des BfArM hatte nichts mit den in der Öffentlichkeit kolportierten rechtlichen Bedenken des BfArM zur Umsetzung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 02.03.2017 zu tun. So ist überhaupt nicht erklärbar, warum erst fünf Monate nach der Vorlage des Gutachtens die ersten Schreiben des BfArM vom März/April 2018 an die Antragsteller/innen verschickt wurden und es im Durchschnitt weitere vier(!) Monate gedauert hat, bis die Bescheide des BfArM ergangen sind. Dies hat wohl mit der Tatsache zu tun, dass das BMG das BfArM erst mit Schreiben vom 29.06.2018 (mithin ein Jahr nach den ersten Antragstellungen) angewiesen hat, alle Anträge abzuweisen.

Zu dieser bereits oben beschriebenen Verzögerungstaktik des BfArM und des BMG gehört aktuell auch der vom Bundesgesundheitsminister immer wieder vorgetragene Hinweis, dass er erst einmal die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der 11 rechtshängigen Verfassungsbeschwerden gegen § 217 StGB abwarten wolle. Wohl wissend, dass die Anträge beim BfArM auf Erlaubnis zum Erwerb von 15 g Natrium-Pentobarbital und die rechtshängigen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht keinen direkten materiell-rechtlichen Zusammenhang zu den Verfassungsbeschwerden aufweisen. Dies wird übrigens von den Juristen des BfArM in den rechtshängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren logischerweise auch nicht vorgetragen. Es ist daher zu vermuten, dass der vom BMG lancierte angebliche Wertungswiderspruch zwischen den NaP-Verfahren und den Verfassungsbeschwerden nur eine vordergründige Argumentation ist, der leider auch die FDP-Bundestagsfraktion in ihrem absolut begrüßenswerten Antrag aufgesessen ist.

## **II. Bewertung des Schreibens des BMG an das BfArM vom 29.06.2018 (siehe Anlage)**

Entsprechend der Empfehlung von Prof. Dr. Di Fabio (Gutachten, S. 102) qualifizieren einige Verwaltungsjuristen das Schreiben des BMG vom 29.06.2018 als einen sog. Nichtanwendungserlass. Daher sehe ich mich veranlasst auch hierzu eine kurze Bewertung vorzunehmen.

Bisher spielten lediglich im Steuerrecht Nichtanwendungserlasse, mit denen die Finanzverwaltung auf „missliebige“ Entscheidungen des BFH reagiert, eine unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten mehr als umstrittene Rolle. Denn über die (verfassungs-)rechtliche Zulässigkeit solcher Verwaltungsanweisungen wird seit vielen Jahren kontrovers diskutiert (siehe u.a. Wolfgang Spindler, Der Nichtanwendungserlass im Steuerrecht, DStR 2007, 1061 ff.). Insbesondere wird kritisiert, dass sich die Exekutive durch das Instrument des Nichtanwendungserlasses zu einem Ersatzgesetzgeber aufschwingt. Darüber hinaus werden rechtsstaatliche Bedenken im Hinblick auf das Prinzip der Gewaltenteilung geltend geäußert und hier vor allem auf die Gefahr der Aushöhlung der Bindungspflicht der Exekutive gegenüber rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen hingewiesen (vgl. u.a. Raupach, in: FS Kruse, 2001, S. 253; Lange, NJW 2002, 3657; Voß DStR 2003, 441; Pezzer, DStR 2004, 525; Schaumburg, DFGT (2004), S. 73). Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang das Rechtsgutachten von Walter Leisner (Die allgemeine Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 1980), das dieser im Auftrag des Bundes der Steuerzahler erstellt hat. Leisner kommt darin zu dem Ergebnis, dass die (Finanz)Verwaltung schon aus verfassungsrechtlichen Gründen an höchstrichterliche Entscheidungen zwingend gebunden ist. Jedenfalls sind nach diesseitiger Rechtsauffassung Nichtanwendungserlasse jedenfalls dann rechtswidrig, wenn sie primär aus rechtspolitischen Gründen erlassen werden, denn insoweit ist lediglich der Gesetzgeber zu Regelungen befugt, die höchstrichterliche Rechtsprechung im Ergebnis zu korrigieren. Dies gilt übrigens auch für Nichtanwendungserlasse, die Regelungen für einen vorübergehenden Zeitraum bis zu einer beabsichtigten Gesetzesänderung treffen (so auch Wolfgang Spindler, Der Nichtanwendungserlass im Steuerrecht, DStR 2007, 1061 ff. (1066)).

Die rechtspolitische Begründung von Herrn Staatssekretär Stroppe in seinem Schreiben vom 29.06.2018, die Anträge auf Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb von Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung deshalb abzulehnen, da eine Erlaubniserteilung „mit den Grundwerten unserer Gesellschaft wie auch mit den Grundwertungen des Deutschen Bundestages“ nicht zu vereinbaren wäre, stellt somit einen verfassungsrechtlichen Verstoß gegen die Bindungspflicht der Exekutive an die höchstrichterliche Rechtsprechung dar.

Umso mehr verwundert es, dass Prof. Dr. Di Fabio, als ehemaliger Richter des BVerfG, in seinem Rechtsgutachten dem BMG dazu rät nunmehr auch im Bereich des Gesundheitsrechts, insbesondere des Arzneimittel- bzw. Betäubungsmittelrechts, mit Nichtanwendungserlassen zu agieren.

Letztlich kann es dahinstehen, ob das als Verwaltungsanweisung zu qualifizierende Schreiben des Staatssekretärs Stroppe an den Präsidenten des BfArM vom 29.06.2018 als Nichtanwendungserlass einzuordnen ist oder nicht. Jedenfalls stellt das in Rede stehende Schreiben de facto eine Verwaltungsanweisung dar, an die sich das BfArM, das zeigen die nunmehr ergangenen ablehnenden Bescheide, gebunden fühlt. Diese Verwaltungsanweisung ist jedoch nach diesseitiger Rechtsauffassung nicht nur aus formal-rechtlichen Gründen bedenklich, sondern vor allem aus materiell-rechtlich Sicht rechtswidrig, denn das BMG fordert das BfArM als ihm nachgeordnete Bundesoberbehörde unverhohlen zum zweifachen Rechtsbruch auf. Zum einen fordert das BMG die nachstehende Behörde auf,

ein bindendes höchstrichterliches Urteil zu ignorieren. Zum anderen fordert das BMG die nachstehende Behörde dazu auf, entgegen der verwaltungsrechtlichen Pflicht des BfArM jeden gestellten Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb von 15 g Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung individuell zu prüfen, ausnahmslos alle Anträge ablehnend zu bescheiden. Alle von mir eingereichten Anträge wurden mit überwiegender Verwendung von standardisierten Textbausteinen (ca. 90% des Gesamtextes) abgelehnt. Eine individuelle Prüfung der Anträge ist jedenfalls nicht erkennbar. Schon allein aus diesem Grund sind die Bescheide des BfArM als rechtswidrig zu qualifizieren.

Abschließend sei angemerkt, dass nach dem Grundsatz des gesetzmäßigen Handelns der Verwaltung das BfArM (aber auch das BMG) an die Entscheidung des BVerwG vom 02.03.2017, auch wenn diese Entscheidung für verfassungswidrig gehalten wird, nicht nur grundsätzlich gebunden, sondern es hat diese Entscheidung im Rahmen seines Verwaltungshandelns auch entsprechend umzusetzen. Es ist daher mehr als befremdlich, wenn Prof. Dr. Di Fabio als ehemaliger Richter des BVerfG die Exekutive (das BMG und das BfArM) dazu auffordert, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 02.03.2017 trotz seiner Bindungswirkung unbeachtet zu lassen.

Angesichts dieser aus rechtsstaatlichen Gründen äußerst bedenklichen Rechtsauffassung ist daher ausdrücklich festzustellen, dass in einem liberalen Rechtsstaat Bürger und Bürgerinnen tun und lassen dürfen, was sie wollen, solange es ihnen nicht mit guten rechtsstaatlichen Gründen verboten werden kann. Solche guten Gründe liegen nur dann vor, wenn die Rechte Dritter bzw. die Interessen der Allgemeinheit nachweislich verletzt und die Fundamente der Rechtsordnung gefährdet werden. Dies ist im Fall der in Rede stehenden Anträge nicht gegeben.

Die Nichtumsetzung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts durch das BMG und das BfArM ist daher nicht nur zynisch, sondern schlicht rechtswidrig.

### **III. Zur Aufforderung des BfArM ein palliativmedizinisches Gutachten vorzulegen**

Keinem Menschen darf vorgegeben werden, sich bei einer (schweren) Erkrankung kurativ oder palliativ behandeln bzw. versorgen zu lassen oder nicht. Somit kann auch den Antragstellern/innen nicht vorgegeben werden, sich gegebenenfalls einer palliativen Versorgung zu unterziehen, selbst wenn diese Möglichkeit objektiv bestünde.

Im Übrigen kann die Frage, ob eine palliative Versorgung zumutbar ist oder nicht, immer nur aus der Sicht des Betroffenen selbst, niemals aus der Sicht eines Dritten (und schon gar nicht einer Behörde) beantwortet werden.

1. Es ist seit Jahrzehnten ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, dass ein kranker und im Prinzip therapierbarer Mensch selbst entscheiden kann, ob er sich kurativ behandeln lässt oder nicht, auch wenn er mit hoher Wahrscheinlichkeit aufgrund der Nichtbehandlung an seiner Krankheit sterben wird. Dies kann für eine palliative Versorgung, die ja keine Heilung mehr verfolgt, nicht anders sein. Weder das BfArM noch die Verwaltungsgerichte können daher dem Kläger auferlegen, eine palliative Versorgung über sich ergehen lassen zu müssen. **Daher kann die objektive Möglichkeit, eine palliative Versorgung in Anspruch nehmen zu können nicht als Entscheidungskriterium für die Frage herangezogen werden, ob das BfArM die Erlaubnis zum Erwerb einer letalen Dosis eines Betäubungsmittels erteilt oder nicht.** Ein solches Entscheidungskriterium verstößt nicht nur gegen die durch das Selbstbestimmungsrecht der Antragsteller/innen begründete Therapiefreiheit, sondern auch gegen den in Art. 3 und Art. 8 EMRK verbrieften Schutz der Menschenwürde sowie den Schutz der Privatsphäre, die es einer Person ermöglicht nach ihrer Wahl zu leben und zu sterben. Dies schließt die Entscheidungsfreiheit der Antragsteller/innen, sich einer kurativen Behandlung zu unterziehen oder einer palliativen Versorgung in Anspruch zu nehmen mit ein. Die höchstpersönliche Entscheidung eine palliative Versorgung in Anspruch nehmen oder nicht in Anspruch nehmen zu wollen, ist darüber hinaus sowohl vom Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) als auch vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst und kann daher nicht durch eine angebliche Pflicht, bei gegebener objektiven Möglichkeit, sich palliativ versorgen zu lassen begrenzt werden. Dies würde den Kläger zum bloßen Objekt des staatlichen Lebensschutzes degradieren. Deshalb ist die von der Beklagten konstruierte Pflicht zur palliativen Versorgung, wenn diese objektiv möglich ist, mit der Menschenwürdegarantie und unserem heutigen liberalen Staatsverständnis nicht vereinbar. Es käme daher einer paternalistisch motivierten Entmündigung der Antragsteller/innen gleich, wenn die Akzeptanz ihrer Entscheidungen, sich trotz objektiver Möglichkeit nicht palliativ versorgen zu lassen von gesellschaftlichen Werten und/oder staatlichen Vorgaben abhängig wäre.

Die Entscheidung über die Frage, ob der/die einzelne Antragsteller/in einen humanen Suizid mittels einer letalen Dosis eines Betäubungsmittels oder eine Sterbebegleitung in Form einer palliativen Versorgung vorzieht, kann daher immer nur eine Entscheidung des/der Antragstellers/in selbst sein, die er/sie zwar aus seiner/ihrer subjektiven Sicht trifft, die jedoch nicht nur zu respektieren ist, sondern **durch den Staat auch nicht verwehrt werden darf** (siehe BVerwG, Urt. v. 02.03.2018 – 3 C 19.15). Insofern ist die Auslegung der vom Bundesverwaltungsgericht vorgegebenen dritten Voraussetzung für eine extreme Notlage „und ihm (dem Betroffenen) - drittens - eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht zur Verfügung steht“ (4. LS) durch das BfArM unzutreffend. Sollte diese Auslegung durch das BfArM jedoch zutreffend sein, so bedarf die dritte Voraussetzung für eine „extreme Notlage“ einer grundgesetzkonformen Auslegung.

Gegen diese vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Rechtsgrundsätze hat das BfArM mit seinen ablehnenden Bescheiden verstoßen.

Im Übrigen wird im Hinblick auf die immer wieder kolportierte Ansicht, die Palliativmedizin sei ausnahmslos eine adäquate Alternative zum Suizid auf folgendes hingewiesen: Die Schmerzsymptomatik bei schwerkranken Menschen stellt nur einen relativ geringen Teil der Problematik dar. Suizidwillige leiden vor allem an dem Verlust von Autonomie und Würde, dem Verlust ganzer Körperfunktionen oder an dem Verlust des aktiven Lebens und ihrer Lebensqualität. Es geht also keineswegs in erster Linie um Schmerzen. Ängste bzw. psychische Leiden wegen Autonomieverlust, etc. lassen sich aber gerade nicht mit palliativmedizinischen Mitteln behandeln. Diese Feststellung wird durch entsprechende Erfahrungen in Oregon/USA bestätigt. Nach einer Statistik zur Suizidassistenz in Oregon in den Jahre 1998-2015 waren 90,5% (!) derjenigen, die den PAD (physician assisted death) bewilligt bekamen, zu diesem Zeitpunkt bereits in der Hospizpflege. Gleichwohl wünschten sich diese schwerkranken Menschen den Tod durch PAD. Dies belegt eindeutig, dass die Palliativmedizin dem Suizidwunsch bzw. dem Wunsch nach assistiertem Suizid gerade nicht entgegenwirken, sondern lediglich eine Alternative und Ergänzung zum (assistierten) Suizid sein kann. Selbst eine flächendeckende und hervorragend ausgebaute palliativmedizinische und -pflegerische Versorgung, von der Deutschland im Gegensatz zu Oregon noch meilenweit entfernt ist, wird im Einzelfall den Wunsch auf einen humanen Suizid durch ein letal wirkendes Mittel niemals überflüssig machen.

Dies belegen auch die in der Oregon-Statistik festgestellten Gründe für die PAD-Entscheidung. Danach haben sich 91,6% (!) der befragten schwerkranken Menschen wegen des bevorstehenden bzw. befürchteten Autonomieverlusts für den PAD entschieden. Autonomieverlust ist also das maßgebliche und entscheidende, durch die Oregon-Statistik belegte Motiv für einen (assistierten) humanen Suizid.

2. Im Übrigen wird im Folgenden auf die im Medizinrecht allgemein anerkannte Rechtslage hingewiesen.

In Deutschland besteht gemäß SGB V und SGB XI ein Rechtsanspruch auf medizinische und pflegerische Versorgung, jedoch keine Pflicht sich in eine (palliativ)medizinische Behandlung zu begeben. Dies kann der ständigen gesundheits- und medizinrechtlichen Rechtsprechung des BGH entnommen werden. Bereits mit Urteil vom 23.03.1998 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass jeder Bürger ein Recht auf „**Freiheit zur Krankheit**“ hat (vgl. u.a. BVerfGE 58, 208 (225 f.); BVerfG, Beschl. v. 23.03.1998 – 2 BvR 2270/96 = NJW 1998, S. 1774 (1775); Beschl. v. 02.06.2015 – 2 BvR 2236/14). Es ist sowohl in der Rechtsprechung sowie im einschlägigen juristischen Schrifttum unstrittig, dass jeder Bundesbürger **Arzt- und Behandlungsfreiheit** genießt, mithin die Entscheidungsfreiheit, ob er sich einer medizinischen Behandlung unterzieht oder hiervon Abstand nimmt. Denn *„Diese Freiheit ist Ausdruck seiner persönlichen Autonomie und als solche auch durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützt (im Ergebnis ebenso BVerfGE 128, 282 (302); 129, 269 (280); 133, 112 (131 Rn. 49) jeweils unter Berufung auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Seine Entscheidung, ob und inwieweit er eine Krankheit diagnostizieren und behandeln lässt, muss er nicht an einem Maßstab objektiver Vernünftigkeit ausrichten. Eine Pflicht des Staates, den Einzelnen „vor sich selbst in Schutz zu nehmen“, eröffnet keine „Vernunftthoheit“ staatlicher Organe über den Grundrechtsträger dergestalt, dass dessen Wille allein deshalb beiseitegesetzt werden dürfte, weil er*

*von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Außensicht unvernünftig erscheint (vgl. BVerfGE 128, 282 (308)). Die Freiheitsgrundrechte schließen das Recht ein, von der Freiheit einen Gebrauch zu machen, der in den Augen Dritter den wohlverstandenen Interessen des Grundrechtsträgers zuwider läuft. Daher ist es grundsätzlich Sache des Einzelnen, darüber zu entscheiden, ob er sich therapeutischen oder sonstigen Maßnahmen unterziehen will, auch wenn sie der Erhaltung oder Verbesserung seiner Gesundheit dienen. Die grundrechtlich geschützte Freiheit schließt auch die „Freiheit zur Krankheit“ und damit das Recht ein, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind ...“ (BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15 -, Rdnr. 74).*

Diese für eine objektiv mögliche **Heil**behandlung geltenden Rechtsgrundsätze müssen erst recht für einen Grundrechtsträger gelten, der keine Aussicht mehr auf Heilung hat und für den nur noch eine **palliativ**medizinische Versorgung bis zu seinem absehbaren Lebensende angeboten werden kann. Mit anderen Worten: **Es kann genauso wenig eine palliative Zwangsversorgung geben, wie es eine kurative Zwangsbehandlung gibt.**

Insofern wird aus diesseitiger Sicht das Urteil des BVerwG vom 02.03.2017 im Hinblick auf eine mögliche palliative Versorgung unzutreffend vom BfArM interpretiert. Denn es ist auch nach diesem Urteil nicht auf die objektive Möglichkeit einer palliativen Versorgung abzustellen, sondern auf den Patientenwillen, mithin auf die Entscheidung des/der jeweiligen Antragstellers/in, ob er/sie eine solche Versorgung in Anspruch nehmen möchte oder nicht. Es ist dabei unerheblich ob er/sie vorab über Folgen seiner/ihrer Entscheidung ärztlich aufgeklärt worden ist oder nicht. Denn es besteht zwar eine Aufklärungspflicht des jeweils behandelnden Arztes und damit ein Aufklärungsrecht des zu behandelnden Patienten (vgl. § 630 e BGB), aber keine Pflicht des Patienten sich aufklären zu lassen (vgl. § 630 e Abs. 3 2. Alt. BGB). Auch dies ist ständige Rechtsprechung und im juristischen Schrifttum ebenfalls unbestritten. Dies ergibt sich zum einen aus den einschlägigen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften zum anderen aus § 630 d BGB, aber auch aus § 1901 a BGB. Entscheidend für eine Behandlung respektive palliativmedizinische Versorgung ist also immer der Patientenwille und nicht die objektive Möglichkeit einer solchen Behandlung/Versorgung.

#### **IV. Die Entscheidung des BVerwG vom 02.03.2018 sowie die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte**

1. Zunächst ist festzustellen, dass die Entscheidung des BVerwG vom 02.03.2017 im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu würdegestützten Leistungsansprüchen steht (vgl. die Hartz IV-Entscheidung vom 02.03.2010 – 1 BvL 1/09). Aus der maßgeblichen Urteilspassage (Rdnr. 134) kann man direkt bzw. mit bloß begrifflichem Austausch ohne weiteres auch auf die Nichtbehinderung der Hilfe zum Suizid schließen. Gemäß einer solchen Übertragung auf die Hilfe zum Suizid würde die Urteilspassage aus der Hartz IV-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wie folgt lauten:

*Wenn einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Suizids notwendigen letal wirkenden Mittel fehlen, weil er sie nicht erhalten kann, ist der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die letal wirkenden Mittel dafür dem Suizidwilligen zur Verfügung stehen. Dieser objektiven Verpflichtung aus Art. 1 Abs. 1 GG korrespondiert ein Leistungsanspruch des Grundrechtsträgers, da das Grundrecht die Würde jedes individuellen Menschen schützt (vgl. BVerfGE 87, 209 (BVerfG 20.10.1992 – 1 BvR 698/89) (228)) und sie in solchen Notlagen nur durch die Beschaffung eines letal wirkenden Mittels gesichert werden kann.*

Das Gebot des Würdeschutzes, das nicht nur auf dem Papier steht, sondern Teil unserer Lebenswirklichkeit ist und aus dem die Pflicht folgt, nicht nur das „ob“, sondern auch das „wie“ des Suizids staatlich zu gewährleisten – ergibt sich nicht nur aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG, sondern auch aus der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK.

Die Würde des Menschen und das sich aus ihr ergebende Selbstbestimmungsrecht ist der zentrale Wert des Grundgesetzes und steht daher nicht zufällig in den ersten beiden Artikeln unseres Grundgesetzes. Dies bedeutet für einen Suizidwilligen, der sein Leben in freier Verantwortung vorzeitig beenden will, dass ihm die staatliche Lebensschutzpflicht nicht entgegen gehalten werden kann. Das Selbstbestimmungsrecht ist vorrangig. Voraussetzung ist lediglich, dass der Suizidwillige seine Entscheidung freiverantwortlich getroffen hat. Der Suizidwillige darf mithin nicht getäuscht, bedroht, unter Druck gesetzt worden sein oder zu schnell und unüberlegt handeln. Davor, nicht aber vor der freiverantwortlichen Entscheidung zum Suizid, muss der Staat den Suizidwilligen schützen.

Weil das Selbstbestimmungsrecht ein so zentrales, in der Menschenwürde verankertes Recht ist, muss es auch staatliche Pflicht sein, dieses zentrale Grund- und Menschenrecht zu schützen, auch bei einem beabsichtigten freiverantwortlichen Suizid. Selbstbestimmung ist deshalb mit gewissen Einschränkungen der staatlichen Lebensschutzpflicht vorrangig. Daher endet die staatliche Lebensschutzpflicht – wenn überhaupt tangiert – mit der Gewährleistung einer freiverantwortlichen Suizidentscheidung und deren Realisierung. Nach diesseitiger Rechtsauffassung besteht im Übrigen bei einem freiverantwortlichen Suizid gar keine Kollision zwischen dem Selbstbestimmungsrecht und der Lebensschutzpflicht des Staates. Denn das Selbstbestimmungsrecht des Grundrechtsträgers auf Leben muss sich grundsätzlich gegen den staatlichen Lebensschutz durchsetzen, ansonsten würde das Selbstbestimmungsrecht, insbesondere am Lebensende, leerlaufen. Ist Freiverantwortlichkeit gegeben, so ist das Ergebnis der selbstbestimmten Entscheidung, auch wenn es sich gegen das eigene Leben richtet, nicht nur staatlicherseits zu respektieren, sondern der Staat hat – unter den Bedingungen der Entscheidung des BVerwG vom 02.03.2018 – auch die Voraussetzungen für den legalen Erwerb eines letal wirkenden Medikaments zu schaffen, um einen humanen Suizid zu gewährleisten.

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kann daher im Ergebnis ein individuelles Recht, über die Umstände und den Zeitpunkt des eigenen Todes selbstbestimmt zu entschei-

den, angenommen werden. Auch wenn sich daraus kein direkter Anspruch auf Suizid ergibt, **muss jede staatliche Erschwerung einer freiverantwortlichen Selbsttötung als Grundrechtseingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein und somit insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.** In seiner Entscheidung vom 02.03.2017 hat das Bundesverwaltungsgericht zutreffend festgestellt, dass zumindest in extremen Notfällen die Versagung der Erlaubnis zum Erwerb eines Mittels zum Zwecke der Selbsttötung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt und damit einen rechtswidrigen Grundrechtseingriff darstellt.

Das Bundesverwaltungsgericht macht, allen Fehlinterpretationen zum Trotz, klar, der Einzelne könne zwar grundsätzlich nicht verlangen, „*dass der Staat Rahmenbedingungen und Strukturen schafft, die die Selbsttötung ermöglichen oder erleichtern*“. Doch sei der Staat aufgerufen, seine Schutzpflicht zu erfüllen, „*wenn sich ein schwer und unheilbar Kranker wegen seiner Erkrankung in einer extremen Notlage befindet, aus der es für ihn selbst keinen Ausweg gibt. Die staatliche Gemeinschaft darf den hilflosen Menschen nicht einfach sich selbst überlassen*“. **In solchen extremen Notfällen, sei, so das Bundesverwaltungsgericht zutreffend, die Erwerbssperre des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG aufzuheben, und dem Schwererkrankten der Zugang zu letalen Betäubungsmitteln zu ermöglichen** (vgl. *BVerwG, PflR 2017, 457 ff. m. Anm. Roßbruch 468 ff. (468)*). Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis ist weder contra legem noch schafft das Bundesverwaltungsgericht einen Rechtsanspruch des Einzelnen gegen den Staat auf Hilfe zur Selbsttötung. Vielmehr trägt das Gericht in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift des BtMG den Grundrechten auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der Menschenwürde gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Rechnung, nach denen jeder selbstbestimmt entscheiden kann, wann und wie er sein Leben beenden will (*für das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Tod siehe auch Augsberg, Stellungnahme, Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 23.09.2015, S. 3 f.; Baltz, Lebenserhaltung als Haftungsgrund, S. 243; Gärditz, ZfL 2015, 114; Günzel, Das Recht auf Selbsttötung, S. 99; Hecker, GA 2016, 455 (463); Hilgendorf/Rosenau, medstra 2015, 129; Hillgruber, ZfL 2013, 70 (71); Magnus, medstra 2016, 210 (211); Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 91 ff.; ders., KritV 2005, 230 (232 ff.); Neumann, Die Mitwirkung am Suizid als Straftat, S. 253 ff.; Rosenau/Sorge, NK 25 2013, 108 ff. (110); Salinger, medstra 2015, 132 ff. (135); ders., Selbstbestimmung bis zuletzt, S 62 ff. Ähnlich auch Sachs, Verfassungsrecht II – Grundrechte, B 2 Rdnr. 81 und Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, S. 148 f., für die die höchstexistenzielle Entscheidung über das Ob des Weiterlebens das Persönlichkeitsrecht zumindest auch „berührt“. Für Linder, NJW 2013, 136 entspricht ein solches Grundrecht auf den eigenen Tod der „mittlerweile wohl herrschenden Auffassung“.). Damit hat das Bundesverwaltungsgericht die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann, insbesondere, dass er das wie und ob seines Todes selbst bestimmen kann, konsequent und zutreffend zu Ende gedacht. Es hat den folgerichtigen Schluss gezogen, **schwerkranken Menschen den Zugang zu einem letal wirkenden Betäubungsmittel, das eine würdige und schmerzfreie Selbsttötung erlaubt, nicht nur nicht zu verwehren, sondern sogar im Rahmen der Erlaubniserteilung den Erwerb eines solchen zu ermöglichen.** Mit anderen Worten: **Die Menschenwürde gebietet es, das der Staat einem schwersterkrankten Suizidwilligen nicht nur keine Lebenspflicht***

**abverlangen darf, sondern dass er positiv verpflichtet ist, dafür Sorge zu tragen, dass ein etwaiger Suizidwunsch auch in menschenwürdiger Weise verwirklicht werden kann. Menschenwürde ist also nicht nur auf dem Papier, sondern in der Realität zu schützen.** Es erfordert nicht nur die Abwehr von Eingriffen, sondern darüber hinaus ein aktives staatliches Tun, wenn nur so eine Verletzung der Menschenwürde verhindert und nur so das Selbstbestimmungsrecht in der Praxis realisiert werden kann. In diesem Fall entsteht ein aus der Menschenwürdegarantie abgeleiteter Schutzanspruch des Suizidwilligen. **Der Staat darf jedenfalls einem Suizidwilligen, die Umsetzung seiner freiverantwortlichen Entscheidung zur Lebensbeendigung nicht unverhältnismäßig erschweren.**

Durch die generelle Ablehnungspraxis erschwert das BfArM in unverhältnismäßiger und damit rechtswidriger Weise die Umsetzung des von den Antragstellern/innen beabsichtigten Suizids.

2. Die Entscheidungen des BVerwG vom 02.03.2017 und des BVerfG vom 02.03.2010 stehen auch in völliger Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. So hat der EGMR in seiner Entscheidung vom 13.05.1980 (Artico ./, Italien – 6694/74) festgestellt, dass die Europäische Menschenrechtskonvention keine nur theoretischen oder scheinbaren Rechte gewährt, sondern solche, die praktisch und effektiv sind.

So kann u. a. der Entscheidung des EGMR (*Gross ./, Schweiz vom 14.05.2013 – 67810/10*) entnommen werden, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte angesichts des von Art. 8 EMRK geschützten Selbstbestimmungsrechts diese Norm dahingehend auslegt, dass aus der Konvention keine generelle Ablehnung des Anspruchs auf ein letal wirkendes Mittel durch den Staat folgt. Es ist daher naheliegend, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem entsprechenden Verfahren aus der Konvention – und trotz der margin of appreciation-Doktrin – unter den vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Kriterien eine Pflicht des Staates ableiten wird, einem Suizidwilligen zur Herbeiführung eines würdevollen Todes, ein dafür geeignetes letal wirkendes Mittel wie z.B. Natrium-Pentobarbital zugänglich zu machen.

Der sich aus Art. 8 EMRK ergebende Schutz des Privatlebens erstreckt sich nicht nur auf die persönliche Autonomie, das Recht Entscheidungen bezüglich des eigenen Lebens ohne Einmischung des Staates zu treffen, sondern auch auf die körperliche, psychische und soziale Integrität einer Person (vgl. *EGMR 22.01.2003 – 24209/94, Slg 03-IX – Y.F. ./, Türkei*). So stellen u.a. alle Zwangsmaßnahmen bzw. geforderten Zwangsmaßnahmen des Staates einen Eingriff in die körperliche Integrität einer Person dar. Hierzu gehören zwangsweise Untersuchungen und medizinische Behandlung.

Der mit den standardisierten Schreiben des BfArM vom März/April aufgestellte „Forderungskatalog“, der weit über die vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Voraussetzungen hinausgeht und die sich darauf beziehenden ablehnenden Bescheide des BfArM stellen zwar keinen direkten, aber einen indirekten Zwang dar. Denn unterzieht sich der/die Antragsteller/in, der/die diese Begutachtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht will, nicht einer solchen fachärztlichen Begutachten, so muss er/sie

mit der Ablehnung seines/ihres Antrages rechnen. Dies zeigen ja auch die ablehnenden Bescheide des BfArM.

In einer demokratischen und liberalen Gesellschaft, in der jeder Mensch sein Leben nach eigenen Wertvorstellungen führen darf, ist es zwar eine staatliche Pflicht, erbetene Hilfe, z. B. in Form palliativer Beratung und Versorgung, zu gewähren, aber weder die palliative Beratung noch die Versorgung können einer Person aufgedrängt werden, die diese Hilfe aus nachvollziehbaren Gründen nicht wünscht und sie zurückweist.

Es muss daher noch einmal darauf hingewiesen werden, dass die Durchführung einer fachärztlichen Begutachtung sowie die Durchführung einer (palliativ)medizinischen Versorgung nur mit der Zustimmung des Betroffenen zulässig ist. Ein auch nur indirekter Zwang, wie er durch den „Forderungskatalog“ des BfArM zum Ausdruck kommt, sich psychiatrisch und/oder palliativmedizinisch untersuchen/begutachten zu lassen stellt damit einen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK dar, die nur ausnahmsweise nach Absatz 2 gerechtfertigt sein kann. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Voraussetzung gemäß Absatz 2 sind jedoch nicht erkennbar.

Darüber hinaus umfasst Art. 8 EMRK das Recht, über sein Leben freiverantwortlich verfügen zu können (vgl. *EGMR 20.01.2011 – 31322/07, Slg 11 Rdnr. 51 – Haas ./.* Schweiz; *EGMR 29.04.2002 – 2346/02, Slg 02-III Rdnr. 61, 76 – Pretty ./.* Vereinigtes Königreich). Hieraus ergibt sich, dass die Konventionsstaaten aus Art. 8 EMRK verpflichtet sein können, Medikamente zugänglich zu machen, die eine Selbsttötung ermöglichen (vgl. *EGMR 19.07.2012 – 497/09 – Koch ./.* Deutschland; so auch *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. Baden-Baden 2017, Rdnr. 12*). Jedenfalls stellt eine generelle Verweigerung des legalen Zugangs zu einem letal wirkenden Medikament, wie dies durch den faktischen „Nichtanwendungserlass“ des BMG vom 29.06.2018 zum Ausdruck kommt und vom BfArM durch die generelle Ablehnung aller gestellten Anträge umgesetzt worden ist, eine eindeutige Verletzung des Art. 8 Abs. 1 EMRK dar.

Jedenfalls zieht das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 8 Abs. 1 EMRK der staatlichen Schutzpflicht für das menschliche Leben aus Art. 2 EMRK Grenzen. Eine Verabsolutierung des Rechts auf Leben würde zur Statuierung einer „Rechtspflicht zum Leben“ führen, was konventionswidrig ist. Um seiner Schutzpflicht aus Art. 8 Abs. 1 EMRK Rechnung zu tragen, muss der Staat einen Regelungsrahmen bereitstellen, welcher es Individuen ermöglicht, ihre Rechte auch tatsächlich wahrzunehmen und durchzusetzen, damit das Recht der Selbstbestimmung über den eigenen Tod angesichts der hohen Risiken des Scheiterns eines gewaltsamen Suizidversuches nicht nur eine theoretische Option darstellt (*EGMR, Haas ./.* Schweiz, Urteil vom 20.01.2011, Nr. 31322/07, NJW 2011, 3773, 3774 Rdnr. 51 und 3775 Rdnr. 60). Bereits im Jahr 1980 hatte der EGMR in seinem Urteil *Artico ./.* Italien (*Série A Nr. 37; EuGRZ 1980, 662 ff., Rdnr. 33*) ausdrücklich betont:

*„Der Gerichtshof ruft in Erinnerung, dass die Konvention nicht bestimmt ist, theoretische oder illusorische Rechte zu garantieren, sondern Rechte, die konkret sind und Wirksamkeit entfalten.“*

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat darüber hinaus festgestellt, dass fehlgeschlagene Suizidversuche häufig schwerwiegende Folgen für die Opfer und ihre Angehörigen haben und

dass die Konventionsstaaten verpflichtet sein können, Maßnahmen zur Erleichterung eines Suizids zu treffen, um dem Betroffenen zu ermöglichen, sein Leben in Würde zu beenden. Wenn ein Staat überdies Regelungen zur Suizidbeihilfe aufstellt, hat er darauf zu achten, dass diese eindeutig und klar formuliert sind, da sie ansonsten eine abschreckende Wirkung („chilling effect“) auf Ärzte haben könnten (EGMR, *Gross ./ Schweiz*, Urt. v. 14.05.2013, Nr. 67810/10, Rdnr. 65).

Ebenfalls relevant ist insofern das EGMR-Urteil in der Rechtssache Oliari und andere gegen Italien vom 21.07.2015 (Nrn. 18766/11 und 36030/11). Bei der Auslegung der Absätze 2 der Art. 8 bis 11 EMRK ist seither wohl nicht nur zu berücksichtigen, was der jeweilige Gesetzgeber sich als gesellschaftliche Idee vorstellt. Maßgebend seien vielmehr die sorgfältig erhobenen Mehrheitsauffassungen in der Bevölkerung. Wenn also eine Mehrheit des Deutschen Bundestages ein Gesetz verabschiedet, mit welchem aufgrund des jeweiligen Absatzes 2 der Artikel 8 bis 11 EMRK in diese Konventionsrechte eingegriffen wird, welches jedoch der Auffassung der Mehrheit der Bevölkerung zuwiderläuft, besteht die Gefahr, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf eine Verletzung der Konvention erkennt.

Eine Gesamtschau der Rechtsprechung des Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zeigt überdies, dass zumindest in „extremen Notfällen“, in denen die schwersterkrankten Patienten keine Aussicht mehr auf Heilung haben und die Betroffenen zur Umsetzung ihrer ernsthaft und freiverantwortlich getroffenen Suizidentscheidung zwingend auf Hilfe im Sinne eines legalen Zugangs zu einem letal wirkenden Medikament angewiesen sind, **der Staat verpflichtet ist, den für eine schwersterkrankte Person letzten Ausweg in Form eines humanen Suizid nicht zu verunmöglichen**. Alles andere würde de facto zu einem menschenrechtswidrigen Totalverbot der Selbsttötung als solcher und damit zur Statuierung einer „Rechtspflicht zum Leben“ führen.

#### **V. Zur Würdigung der Entscheidung des BVerwG vom 02.03.2018 durch das Gutachten von Prof. Dr. Di Fabio.**

Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 02.03.2017 (Rdnr. 32) heißt es, bezogen auf das Grundgesetz:

*„Ist der Betroffene in einer solchen Weise seiner Krankheit ausgeliefert, kommt seinem Selbstbestimmungsrecht ein besonderes Gewicht zu, hinter dem die staatliche Schutzpflicht für das Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zurücktritt. Die staatliche Gemeinschaft muss die selbstbestimmt getroffene Entscheidung des Betroffenen, sein Leben beenden zu wollen, achten; sie darf ihm die Umsetzung seiner Entscheidung auch nicht unmöglich machen. Ist die Einnahme einer letalen Dosis eines Betäubungsmittels die einzige zumutbare Möglichkeit, den Sterbewunsch umzusetzen, wäre der Betroffene ohne den Zugang zu dem Betäubungsmittel darauf verwiesen, die von ihm als unerträglich empfundene Leidenssituation ohne Aussicht auf Besserung oder jedenfalls einen nahen Tod weiter zu erdulden. Mangels einer Möglichkeit, sein Leben zu beenden, müsste er entgegen seiner freien Willensentscheidung weiter leben. Eine Pflicht zum Weiterleben gegen den eigenen Willen berührt den Kern eigen-*

*verantwortlicher Selbstbestimmung (...). Eine solche Pflicht darf der Staat schwer und unheilbar kranken, aber zur Selbstbestimmung fähigen Menschen nicht – auch nicht mittelbar – auferlegen. Wegen der Bedeutung der in Rede stehenden Rechtsgüter für die Würde des Betroffenen und seiner Hilflosigkeit verdichtet sich unter den dargelegten Voraussetzungen auch die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dahin, ihm den Erwerb des Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung zu erlauben.“*

Die Ausführungen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der Auszug aus der Begründung des Urteils des BVerwG vom 02.03.2017 verdeutlichen den Denkfehler des Gutachters Di Fabio. Ein Denkfehler übrigens, dem zahlreiche Kommentatoren des Urteils unterlagen. Das Bundesverwaltungsgericht hat nicht argumentiert, der Staat müsse sich in irgendeinem Sinne an der Hilfe zum Suizid aktiv beteiligen, „‘Assistenz‘ zur Selbsttötung“ (S. 100 Ziff. 7) leisten, wie Di Fabio es formuliert. Es hat lediglich entschieden, dass ab einem bestimmten Grad, an dem das Leiden – auch für Außenstehende verständlich – unerträglich geworden ist, der Staat kein Recht mehr zur zwangsrechtlichen Blockade einer Hilfe zum Suizid hat, da damit eine „Rechtspflicht zum Leben“ statuiert würde (so auch Reinhard Merkel in einem Interview mit dem NDR vom 03.03.2017). In einem Kommentar „Gegenrede zu Di Fabio. Der Staat darf beim Suizid helfen“ in der FAZ vom 15.02.2018 wählt Merkel zur Erläuterung ein Beispiel: Die Behauptung, das Bundesverwaltungsgericht hätte eine aktive Pflicht des Staates zur Suizidbeihilfe statuiert, sei ebenso fernliegend, wie es die Behauptung wäre, dass ein verwaltungsgerichtliches Urteil, mit dem eine abgeneigte Gemeinde verpflichtet würde, vor einer Wahl die Aufstellung eines Info-Stands der NPD zu genehmigen, den Staat verpflichte, die Ziele der NPD zu unterstützen. Auch der Staatskirchen- und Verfassungsrechtler Stefan Muckel hob den vorstehenden Unterschied in seiner Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 02.03.2017 hervor (siehe Muckel, JA 2017, 794). Der grundrechtliche Ausgangszustand ist nicht etwa ein verbotener Suizid, sondern die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht fließende Freiheit des Individuums, über seinen Tod zu entscheiden durch die Einnahme eines letal wirkenden Mittels. Betroffen ist darum das Grundrecht in seiner Abwehrfunktion. Folglich stellt sich die vom Bundesverwaltungsgericht angenommene Pflicht des BfArM zur Erlaubniserteilung grundrechtsdogmatisch als Instrument zur Wiederherstellung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Freiheitsposition im Einzelfall dar. Zwar nimmt der Gesetzgeber dem Grundrechtsträger diese Position durch sein Verbot prinzipiell in zulässiger Weise. In bestimmten Ausnahmefällen erweist sich dieser Eingriff jedoch als unverhältnismäßig. **Dogmatisch betrachtet verlangt das Bundesverwaltungsgericht demnach keine aktive staatliche Suizidbeihilfe, sondern lediglich einen passiven Verzicht auf einen rechtswidrigen, da unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff** (vgl. Schütz/Sitte, NJW 2017, 2155). Ein Gesundheitsschutz gegen den freiverantwortlichen Willen der Geschützten ist paternalistisch und widerspricht der Idee individueller Autonomie, auf der die grundrechtlichen Freiheiten basieren. Die moralische Missbilligung schlägt in diesem Fall unzulässigerweise in eine rechtliche Beschränkung um (bezogen auf die Schweiz vgl. Tschentscher, ZBJV 2010, 967, 968).

Des Weiteren ist Di Fabios Antwort auf die Frage, ob die verweigerte Befreiung vom gesetzlich angeordneten Erwerbsverbot als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht Sterbewilliger zu werten

sei, ebenfalls unzutreffend. Der Gutachter gelangt zu dem Ergebnis, dass es „*dem Verbotstatbestand des Betäubungsmittelrechts an einer Finalität (fehlt), die bereits als Eingriff nicht nur in den bloßen Erwerb zu werten wäre, sondern auch im Zusammenhang mit dem Ziel der Selbsttötung (...) als Eingriff oder als eingriffsgleicher Tatbestand in Verbindung zu bringen wäre.*“ (S. 20). Trotz eines Gutachtenumfangs von knapp 120 Seiten belässt es Di Fabio hier erstaunlicherweise bei der Wiedergabe einer zwar weit verbreiteten, aber keineswegs unbestrittenen Definition des Eingriffsbegriffs. Er setzt sich nicht hinreichend mit der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik auseinander und suggeriert dem Leser damit das Vorhandensein einer einhelligen Meinung an einer Stelle, an der es gewichtige Gegenstimmen gibt. So führte beispielsweise der Staatsrechtler und Herausgeber eines Grundgesetzkommentares, Michael Sachs, bereits in seiner Urteilsanmerkung aus, dass der Rückgriff auf die Unmittelbarkeit und Finalität zwar in der Diskussion überaus verbreitet sei, diese Kriterien aber nicht dahin missverstanden werden dürften, dass der klassische Grundrechtseingriff eine spezifische Ausrichtung der Regelungsabsicht gerade auf die Verkürzung eines bestimmten Grundrechts voraussetze. Solche Einengungen des Eingriffs würden zwar bei einzelnen Grundrechten gelegentlich vorgenommen, so namentlich bei der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, dort abgemildert durch die Variante der zumindest objektiv berufsregelnden Tendenz. Demgegenüber sei jedoch daran festzuhalten, dass die vagen Kriterien der Finalität und gar der Unmittelbarkeit stets erfüllt seien, wenn es sich um die Rechtswirkungen eines staatlichen Hoheitsakts handle, die dieser als Imperativ anordne. Und genau dies sei bei dem Erwerbsverbot des Betäubungsmittelgesetzes gegeben (vgl. Sachs, *JuS* 2017, 800).

Unabhängig davon dürften die formaljuristischen Erwägungen, die Di Fabio ins Feld führt, um im Falle der Versagung des Zugangs zu dem tödlichen Medikament bereits einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu verneinen, so dass es auf die Frage der Rechtfertigung dieses Eingriffs gar nicht mehr ankommt, den Betroffenen und der Öffentlichkeit nicht mehr vermittelbar sein. Denn im Kern behauptet Di Fabio, dass ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Leidenden durch Versagung der Erlaubnis nach § 3 BtMG deshalb nicht gegeben sei, weil das Betäubungsmittelgesetz von seinem Zweck her nicht darauf gerichtet sei, den Suizid zu verhindern, sondern der Gesetzgeber vielmehr allgemein entschieden habe, den Gebrauch von die Gesundheit schädigenden Betäubungsmitteln generell zu verbieten. Diese Auffassung verkennt, dass das Gesundheits- und Medizinrecht, dem auch das Arznei- und Betäubungsmittelrecht zuzuordnen ist, ganz offensichtlich anerkennt, dass in einer extremen Notlage, in der eine kurative Behandlung sinnlos und daher eingestellt worden ist und eine palliative Versorgung – wenn diese denn überhaupt gewünscht ist – das Leiden nicht mehr zu lindern vermag, die Leidensbeendigung auch durch eine Erlaubnis zum Erwerb eines letal wirkenden Betäubungsmittel zum Zweck Selbsttötung sehr wohl das Tatbestandsmerkmal der „medizinischen Versorgung“ erfüllen kann. Jedenfalls die Behauptung, dass dieses Tatbestandsmerkmal Hilfe in der oben genannten Art zwingend ausschließt ist nicht nur unzutreffend, sondern widerspricht zutiefst einer pluralen, liberalen und humanen Gesellschaft.

## **VI. Zum angeblichen Wertungswiderspruch zwischen dem Urteil des BVerwG vom 02.03.2017 und der Wertentscheidung des § 217 StGB**

Zunächst ist festzustellen, dass zurzeit § 217 StGB auf seine Verfassungsgemäßheit überprüft wird.

Des Weiteren sei angemerkt, dass, solange nicht ausdrücklich normiert ist, unter welchen Voraussetzungen ein Arzt/eine Ärztin ein letal wirkendes Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung verordnen darf, die Entscheidung über solche Extremfälle gemäß dem Betäubungsmittelgesetz dem BfArM obliegen muss.

Dies vorweggeschickt, ist diesseits ebenfalls festzustellen, dass die vom BMG immer wieder kolportierte und leider – auch im Antrag der FDP – unreflektiert übernommene Aussage, dass es einen Wertungswiderspruch zwischen dem Urteil des BVerwG vom 02.03.2017 und der Wertentscheidung des § 217 StGB gebe, nach diesseitiger Auffassung unzutreffend ist.

Dies hat bereits das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 02.03.2017 festgestellt. Dort heißt es u.a., dass eine nur im Einzelfall zulässige Erlaubnis zum Erwerb eines letalen Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung „nicht vergleichbar (sei) mit einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung durch einen privaten Suizidhelfer“. Dies ergebe sich schon daraus, dass das BfArM „keine Eigeninteressen“, verfolge, sondern lediglich die rechtlichen Vorgaben umzusetzen habe. Ferner hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass „der Erwerb eines Betäubungsmittels für eine Selbsttötung mit dem Zweck des Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, ausnahmsweise vereinbar ist, wenn sich der suizidwillige Erwerber wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet“ (BVerwG, Ur. v. 02.03.2017 – 3 C 19.15, Rdnr. 28). Ein Beamter, der somit vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerwG vom 02.03.2017 auf der Grundlage von § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG einen Antrag positiv bescheidet, kann daher nach diesseitiger Auffassung überhaupt nicht den objektiven Tatbestand des § 217 StGB erfüllen. Selbst wenn man dies unterstellt, so würde eine strafbare Handlung spätestens am subjektiven Tatbestand des § 217 StGB scheitern. Der subjektive Tatbestand des § 217 setzt Wiederholungsabsicht voraus. Der den Bescheid erstellende Beamte muss also wollen, dass sich der/die Antragsteller/in mit dem von ihm freigegebenen Mittel suizidieren kann. Dies ist selbstredend nicht gegeben, denn der den Bescheid erstellende Beamte hat nur die Vorgaben seiner Dienststelle, die wiederum auf den höchstrichterlichen und gesetzlichen Vorgaben basiert, umzusetzen. Darüber hinaus – so das Bundesverwaltungsgericht zutreffend – ist es verfehlt, den grundgesetzlich verbürgten Schutz der Selbstbestimmung schwer erkrankter und leidender Menschen als staatliches „Angebot des assistierten Suizids“ zu qualifizieren. Die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts ist sachlich zutreffend und darüber hinaus auch überzeugend. Bei einer positiven Bescheidung eines Antrags auf Erlaubnis zum Erwerb eines letal wirkenden Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung ist somit weder der objektive noch der subjektive Tatbestand tangiert.

Die vom BGM lancierte Behauptung, ein Beamter, der einen Antrag auf Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung positiv bescheidet, würde sich gemäß § 217 StGB strafbar machen, muss daher als unzutreffend abgewiesen werden.

## VII. Empfehlungen an den Bundesgesetzgeber

Es ist daher festzustellen, dass der Antrag der FDP-Bundestagsfraktion absolut begrüßenswert und ein Schritt in die richtige Richtung ist.

Primäres Ziel einer Regelung der Rechtslage am Ende des Lebens sollte die Gewährleistung und Stärkung des Selbstbestimmungsrechts über das eigene Leben sein. Dies beinhaltet auch das grundgesetzlich verbürgte Recht über das wie und wann des eigenen Todes selbst entscheiden zu können. Im Falle einer Selbsttötung ergibt sich daher für die Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben.

Bei einer rechtlichen Regelung sollte immer bedacht werden, dass die freiverantwortliche Entscheidung über das eigene Lebensende eine individuelle und höchstpersönliche ist. Auch wenn sich hieraus kein Leistungsanspruch gegen den Staat auf Bereitstellung der für eine Selbsttötung notwendigen Mittel ergibt, so darf der Staat dem Suizidwilligen die Umsetzung einer freiverantwortlichen Entscheidung zur Lebensbeendigung jedenfalls nicht unverhältnismäßig erschweren.

Unabhängig von der anstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsgemäßheit des § 217 StGB sollte der Bundesgesetzgeber im Sinne einer liberalen und von der überwiegenden Mehrheit der bundesdeutschen Bevölkerung getragenen Auffassung (siehe die diversen Meinungsumfragen in den letzten Jahrzehnten zur Sterbehilfethematik im Allgemeinen und zum assistierten Suizid im Besonderen) den § 217 StGB ersatzlos streichen und stattdessen das Betäubungsmittelgesetz im oben dargestellten Sinn novellieren. Insbesondere sollte ein neuer § 13a BtMG aufgenommen sowie zusätzlich § 29 Abs. 1 BtMG um Nr. 6b und § 32 Abs. 1 BtMG um Nr. 16 bis 17 ergänzt werden. Des Weiteren wäre § 13 Abs. 1 BtMG leicht zu modifizieren. Diesbezügliche konkrete und sinnvolle Vorschläge zur Novellierung des Betäubungsmittelgesetzes hat bereits Tobias Kampmann in seiner Dissertation aus dem Jahre 2017 vorgelegt auf die aus Platz- und Zeitgründen verwiesen wird.



Prof. Robert Roßbruch  
- Rechtsanwalt -