

Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existen- ziellen Notlagen

Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwal-
tungsgerichts vom 2. März 2017
- 3 C 19/15 -

im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und
Medizinprodukte

von

Universitätsprofessor Dr. iur. Dr. sc. pol. Udo Di Fabio
Direktor des Instituts für Öffentliches Recht der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

im November 2017

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag.....	1
B. Vereinbarkeit des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 mit Verfassungsrecht	8
1. Maßstäbe: EMRK oder GG	8
2. Maßgeblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	9
3. Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht.....	12
4. Grundrechtliche Schutzpflichtlage, die zur verfassungskonformen Auslegung des BtMG zwingt?	20
5. Die Würde des Menschen im Leben und sein Recht auf menschenwürdiges Sterben	25
6. Zwischenergebnis	49
7. Grenzen verfassungskonformer Auslegung	50
8. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung	61
C. Bindung des BfArM an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017	62
1. Bindungswirkung als verfahrensbeteiligte Behörde und nach allgemeinen Grundsätzen.....	62

a) Bindung an Recht und Gesetz.....	62
b) Materielle Rechtskraft und Bindung an höchstrichterliche Rechtsprechung.....	64
c) Nichtanwendungserlasse und ihre Voraussetzungen.....	66
e) Verweigerung der Erwerbserlaubnis.....	70
2. Mögliche Strafbarkeit von Mitarbeitern des BfArM und Apothekern nach § 217 StGB.....	71
3. Konsequenzen für Apotheker aus dem Urteil des BVerwG vom 2. März 2017	74
a) Kein Kontrahierungszwang aus § 17 Abs. 4 ApBetrO	75
b) Analoge Anwendung des § 17 Abs. 4 ApBetrO	77
 D. Konsequenzen des Urteils vom 2. März 2017 für anhängige Erlaubnisverfahren	91
 E. Abstrakte Normenkontrolle vor dem BVerfG	95
1. Normbestätigungsverfahren auf Antrag der Bundesregierung.....	95
2. Antragsvoraussetzungen und Risiken.....	97
 F. Zusammenfassung in Thesen	99
Literaturverzeichnis	102

A. Sachverhalt und Gutachtauftrag

1. Anlass des Gutachtens ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 betreffend den grundrechtlich gebotenen Zugang zu einer suizidalen Therapie.¹ Dahinter steht die verfassungsrechtlich² und ethisch³ hoch umstrittene Frage, inwieweit der Staat Hilfe leisten darf oder gegebenenfalls sogar leisten muss, um bei einer erstrebten Selbsttötung durch die Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb letal wirkender Mittel Hilfe zu leisten.

2. In dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Referenzfall ging es darum, ob das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) verpflichtet war, einer hochgradig querschnittsgelähmten Frau, die ihr Leben als Qual empfand

¹ BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15.

² Aus den ersten Reaktionen siehe Hillgruber, Die Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels in tödlicher Dosis für Sterbenskranke – grundrechtlich gebotener Zugang zu einer Therapie „im weiteren Sinne“? Besprechung von BVerwG, Urteil v. 2.3.2017–3 C 19.15, JZ 2017, 777-785; Gärditz, Suizidale Betäubungsmittelautonomie?, ZfL 2017, S. 38 – 57.

³ Dazu die - als beispiellos bezeichnete - Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates vom 01. Juni 2017 (Suizidprävention statt Suizidunterstützung. Erinnerung an eine Forderung des Deutschen Ethikrates anlässlich einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts Ad-hoc-Empfehlung) und die Kritik daran von Josef *Franz Lindner*, Deutscher Ethikrat als praeceptor iurisdictionis? Kritik der Ad-hoc-Empfehlung „Suizidprävention statt Suizid Unterstützung“, ZRP 2017, 148 ff.

und beenden wollte, den Erwerb einer letalen Dosis von Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung zu erlauben.

Pentobarbital gehört zu den an sich verkehrs- und verschreibungsfähigen Betäubungsmitteln der Anlage III zum BtMG, wobei Ärzte jedoch nach allgemeiner Auffassung bereits standesrechtlich keine letale Dosis verschreiben dürfen.⁴

⁴ Die rechtlich bindenden Berufsordnungen der Ärzte verweisen auf die sittlichen Grundlagen, die in der Deklaration von Genf als moderne Konkretisierung des hippokratischen Eides festgelegt sind. Nach der Deklaration von Genf gilt die menschliche Gesundheit und die Erhaltung des Lebens (Regel 9: „Ich will mit höchster Ehrfurcht das menschliche Leben von der Zeit der Empfängnis an erhalten“) als ethisch verbindliche Leitlinie für ärztliches Handeln. Zur Bindungswirkung ärztlicher Berufsordnungen siehe BVerfGE 33, 125 ff. Siehe auch VG Berlin v. 30.3.2012 9 K 63.09, Rn. 57. Siehe a.a.O. bei Rn. 53 auch die Darstellung der Entwicklung der Auffassung zur ärztlich assistierten Selbsttötung: „Die Bundesärztekammer hält eine ärztliche Beihilfe zum Suizid seit Jahrzehnten generell für ethisch unzulässig. Im Jahre 1993 stellte sie in einer Richtlinie für die Sterbehilfe fest, dass die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung eines Patienten „unärztlich“ sei. Die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung von 1998 und 2004 besagen in der Präambel, dass die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung dem ärztlichen Ethos widerspricht und strafbar sein kann (zitiert nach Birnbacher, Aufklärung und Kritik, Sonderheft 11/2006, S. 8; Grundsätze von 2004 auch abgedruckt in Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 682). Nach den Grundsätzen und Empfehlungen der Bundesärztekammer „Sterben in Würde“ vom Januar 2008, die unter Mitwirkung der zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zustande gekommen sind, wertet die deutsche Ärzteschaft nach eigener Aussage die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung weiterhin als „unärztlich“. Die – nach Erlass von Ausgangs- und Widerspruchsbescheid verabschiedeten – Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung vom Januar 2011 erklären, dass die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung keine ärztliche Aufgabe sei (abgedruckt in: Deutsches Ärzteblatt 2011, A 346 ff.). Diese Fassung könnte mög-

Nach § 3 Abs. 1 BtMG kann das BfArM eine Erlaubnis unter anderem zum Erwerb von Betäubungsmitteln erteilen. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG untersagt jedoch die Erteilung einer solchen Erlaubnis, wenn

„die Art und der Zweck des beantragten Verkehrs nicht mit dem Zweck dieses Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, daneben aber den Missbrauch von Betäubungsmitteln oder die missbräuchliche Herstellung ausgenommener Zubereitungen sowie das Entstehen oder Erhalten einer Betäubungsmittelabhängigkeit soweit wie möglich auszuschließen, vereinbar ist“.

3. Die Interpretation der zuständigen Bundesbehörde, des BfArM, versteht die „notwendige medizinische Versorgung“ im Sinne der Vorschrift ganz im Sinne des ärztlichen Standesrechts als lebenserhaltende oder lebensfördernde Verwendung von Arzneimitteln und definitiv nicht ihre lebensbeendende Verwendung. Tötung menschlichen Lebens könne und dürfe im Sinne des Gesetzes nach Auffassung der zuständigen Behörde

licherweise als Aufweichung des bisherigen Standpunktes verstanden werden (so das Verständnis der Formulierung „kein Teil der ärztlichen Tätigkeit“ in den Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaft von 1995, Birnbacher, Aufklärung und Kritik, Sonderheft 11/2006, S. 7, 10). Im Juni 2011 hat dagegen der Deutsche Ärztetag – die Hauptversammlung der Bundesärztekammer – mit der Änderung der Musterberufsordnung wieder eindeutig Stellung bezogen, indem vorgeschrieben wird, dass Ärzte keine Hilfe zur Selbsttötung leisten dürfen.“ Siehe auch *Nauck/Ostgate/Radbruch*, Hilfe beim Sterben – keine Hilfe zum Sterben, DÄrzteBl. 2014, A 67 ff.

nicht als „medizinische Versorgung“ verstanden werden.⁵ Das OVG Münster hat dazu angenommen, dass das gesamte System der Kontrolle des Betäubungsmittelverkehrs dem dominierenden Zweck gehorche, „dem Schutz der Gesundheit der Menschen zu dienen“, wobei eine Erlaubnis zum Erwerb vom Natrium-Pentobarbital zur Selbsttötung diesem gesetzlichen Zweck zuwiderlaufe.⁶

4. Das Bundesverwaltungsgericht hält anders als die zuständige Behörde und beide gerichtlichen Vorinstanzen die ablehnenden Bescheide des BfArM für rechtswidrig. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG sei kein ausnahmsloser Versagungsgrund, wenn es um die Verwendung von Betäubungsmitteln zur Selbsttötung gehe.⁷ Die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes schlossen eine Erwerbserlaubnis zum Zwecke der Selbsttötung zwar grundsätzlich aus, dieses Verbot könne aber in das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwer und unheilbar kranker Menschen aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz eingreifen, selbstbestimmt zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt ihr Leben enden solle. Grundrechtskonform müsse der Versagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG so ausgelegt werden, dass er einer Erlaubniserteilung ausnahmsweise dann nicht entgegenstehe, wenn sich der Suizidwillige wegen seiner Erkrankung in einer

⁵ Diese Auffassung wurde bestätigt durch die vorinstanzlichen Urteile des VG Köln v. 13.5.2014 und des OVG NW v. 19.8.2015, DVBl. 2015, 1588.

⁶ OVG NW v. 19.8.2015 – Rn. 63.

⁷ So der entsprechende Obersatz BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 – Rn. 14.

extremen Notlage befinde.⁸ Eine Ausnahme sei angezeigt, soweit das grundrechtlich geschützte Recht schwer und unheilbar kranker Menschen, selbstbestimmt darüber zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt ihr Leben enden soll, der an sich einfachgesetzlich angeordneten Versagung entgegenstehe. Mit dem Argument höherrangigen Verfassungsrechts wird vom Bundesverwaltungsgericht somit die Auslegung eines Bundesgesetzes in die für einzig möglich gehaltene Richtung gelenkt, wobei bereits die Vorinstanz dargelegt hatte, dass der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG einer solchen Auslegung nicht entgegenstehe, insoweit demnach keine unübersteigbare Wortlautgrenze die verfassungskonforme Auslegung⁹ unzulässig mache oder die neue Pönalisierung der geschäftsmäßigen Sterbehilfe durch die am 10. Dezember 2015 in Kraft getretene Fassung des § 217 StGB einen entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers verdeutliche.¹⁰

„Im Hinblick auf den dargelegten grundrechtlichen Schutz des Selbstbestimmungsrechts ist § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG dahin auszulegen, 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

⁸ BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 – Rn. 17.

⁹ Das BVerwG spricht von „grundrechtskonformer“ Auslegung, BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 – Rn. 37.

¹⁰ BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 – Rn. 38.

schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet.“¹¹

Eine solche Notlage nimmt das Bundesverwaltungsgericht an, wenn

- erstens eine schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen verbunden ist, die bei dem Betroffenen zu einem unerträglichen Leidensdruck führen und nicht ausreichend gelindert werden kann,
- zweitens der Betroffene entscheidungsfähig ist und sich frei und ernsthaft entschieden hat, sein Leben beenden zu wollen und
- ihm drittens eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht zur Verfügung steht.¹²

In diesen Fällen tritt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts die allgemein bestehende staatliche Schutzpflicht für das Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hinter das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen und seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zurück.¹³ Als zusätzlichen Beleg für das Rangverhältnis zwischen Schutzpflicht des Staates für das Leben und grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen führt das Bundes-

¹¹ BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 – Rn. 28.

¹² BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 – Rn. 31.

¹³ BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 – Rn. 32.

verwaltungsgericht Rechtsprechung des BGH an, wonach der Betroffene den Abbruch lebenserhaltender und lebensverlängernder Maßnahmen verlangen kann, wenn der Behandlungsabbruch darauf zielt, das Leben trotz vorhandener Lebensperspektive zu beenden.¹⁴

Schließlich weist das Bundesverwaltungsgericht vorsorgliche Einwände des BfArM zurück, wonach es in einer solch existenziellen, komplexen und gesellschaftspolitisch hoch umstrittenen Frage nicht Sache einer Behörde sein könne, die notwendigen Maßstäbe selbst zu bilden und zu konkretisieren. Das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht biete eine ausreichende Grundlage für eine besonders sorgfältige Überprüfung des Sachverhalts, um auf gesicherter Erkenntnisbasis beurteilen zu können, ob die Voraussetzungen einer Ausnahmesituation erfüllt sind.¹⁵ Offenbar ist das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht, dass die von ihm selbst aufgestellten drei Kriterien für die Annahme einer extremen Notlage bereits normativ ausreichend seien und lediglich eine sorgfältige Sachverhaltsermittlung zur Subsumtion erfordern.

5. Inzwischen liegen dem BfArM bereits über 60 Anträge vor, die darauf zielen, die nach § 3 BtMG erforderliche Erlaubnis zum Erwerb der letalen Dosis eines Betäubungsmittels zu erlangen. Die Behörde hat vor diesem Hintergrund gebeten, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts verfassungsrechtlich zu bewerten und rechtliche, insbesondere verfassungs- und einfachgesetzliche Anforderungen sowohl an die Darlegung und Begründung

¹⁴ BGHZ 202, 226 – Rn. 22.

¹⁵ BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 – Rn. 40.

von Anträgen auf Erlaubnis des Erwerbs einer tödlichen Menge eines Betäubungsmittels zum Zwecke der Durchführung des Suizids, als auch an die Bearbeitung und Entscheidung durch das BfArM nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.3.2017 zu ermitteln.

B. Vereinbarkeit des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 mit Verfassungsrecht

1. Maßstäbe: EMRK oder GG

Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich zwar mit Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auseinander (Art. 8 EMRK)¹⁶, letztlich stützt es seine Auslegung eines Bundesgesetzes aber auf den Vorrang der Verfassung, indem es nach seinem Verständnis verfassungskonform die maßgebliche Vorschrift des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG auslegt. Die EMRK, die ohnehin keinen Geltungs- oder Anwendungsvorrang vor der Verfassung besitzt, sondern nur im Rahmen der Auslegung deutschen Rechts berücksichtigt werden muss¹⁷, ist schon deshalb kein entscheidender Maßstab, weil der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei dieser unter den Konventionsstaaten

¹⁶ Wobei dieses höchstpersönliche Recht nicht unmittelbar vom Ehemann in der Fortsetzungsfeststellungsklage geltend gemacht werden kann, sondern lediglich das in derselben Vorschrift gewährleistete Recht auf autonome Gestaltung des Familienlebens, näher *Gärditz* bei Rn. 26.

¹⁷ BVerfGE 111, 307 (316 ff.).

hoch umstrittenen Frage der Beihilfe zur Selbsttötung den Mitgliedstaaten einen weit bemessenen Spielraum einräumt.¹⁸

2. Maßgeblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folge, dass der Einzelne auch über sein Lebensende frei bestimmen könne. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verankert, es konkretisiert die im Grundgesetz normierten Freiheitsrechte und gewährleistet die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen.¹⁹ Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen „einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, indem er seine Individualität entwickeln und wahren kann“.²⁰

¹⁸ EGMR v. 19.7.2012 – Nr. 497/09 Rn. 71: „Having regard to the principle of subsidiarity, the Court considers that it is primarily up to the domestic courts to examine the merits of the applicant’s claim. The Court has found above that the domestic authorities are under an obligation to examine the merits of the applicant’s claim (see paragraph 66, above). Accordingly, the Court decides to limit itself to examining the procedural aspect of Article 8 of the Convention within the framework of the instant complaint.“ Das entspricht auch der Tatsache, dass die Konvention die Garantie der Würde des Menschen nicht kennt und den Konventionsstaaten hier identitätsrelevante Prägeräume überlassen muss. Siehe auch ähnlich zurückhaltend zur Herausgabe eines in Russland von einer Leihmutter geborenen Kindes, EGMR (Große Kammer), Urteil vom 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso u. Campanelli/Italien), NJW 2017, 941. Insgesamt zum Thema EMRK und Würde: Lennart von Schwichow, Die Menschenwürde in der EMRK, 2016.

¹⁹ BVerfGE 54, 148 (153).

²⁰ BVerfGE 35, 202 (220).

a) Die freie Entfaltung der Persönlichkeit, die der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet, umfasst nicht nur die Freiheit, die Umstände seines Lebens nach eigenem Gutdünken zu gestalten, sondern auch dieses Leben zu beenden, wenn dies gewünscht wird. Diese Freiheit ist ganz ohne Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG bereits in der allgemeinen Handlungsfreiheit garantiert. Allerdings sind die Entscheidung und der Vollzug der Selbsttötung eine höchstpersönliche und regelmäßig intime Existenzfrage, sodass zusätzlich und speziell der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eröffnet ist.²¹ Es lassen sich darüber hinaus Konstellationen denken, in denen die Verhinderung einer Selbsttötung nicht nur in den freien Willen im Sinne der allgemeinen Handlungsfreiheit oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingriffe, sondern zugleich den Menschen auch zum bloßen Objekt erniedrigte und damit selbstständig Art. 1 Abs. 1 GG betreffen könnte, mit der Folge, dass angesichts der absoluten Geltung der Würdegarantie eine Rechtfertigung des Eingriffs ausscheiden würde, während das allgemeine Persönlichkeitsrecht beschränkbar wäre. So können lebenserhaltende

²¹ Siehe dazu repräsentativ für den Meinungsstand: Für die grundsätzliche Einordnung des Suizids als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit *Horst Dreier*, Grenzen des Tötungsverbots, Teil 2, JZ 2007, 317 ff.; *Di Fabio*, in: Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rn. 50; *Friedhelm Hufen*, „in dubio pro dignitate“. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849 ff. Für die Einordnung in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: *Christian Hillgruber*, Die Bedeutung der staatlichen Schutzpflicht für das menschliche Leben bezüglich einer gesetzlichen Regelung zur Suizidbeihilfe, ZfL 2013, 70 ff. *Klaus Ferdinand Gärditz*, Das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe – Anmerkungen zu einem neuen Straftatbestand, ZfL 2015, 114 f.

Maßnahmen, die zwangsweise über einen längeren Zeitraum ohne Aussicht auf Heilungserfolg in einer gesundheitlich ausweglosen Lage verabreicht werden, obwohl der aktuelle Wille des Patienten dem entgegensteht, zugleich eine Verletzung der Würde des Menschen sein, wenn ihm selbst als Handlungsoption nur die Artikulierung seines an den behandelnden Arzt gerichteten Willens bleibt, lebenserhaltende Maßnahmen abbrechen. Eine solche Konstellation war im Referenzfall jedoch nicht gegeben.

b) Die Frage, ob eine existenzielle Notsituation den Staat in eine Schutzverantwortung zwingt, auch lebensbeendende Maßnahmen letztlich durch Erlaubnis zur Verschaffung der Mittel zu unterstützen, steht auf einem ganz anderen Blatt und kann nur differenziert beantwortet werden. Ob die Verweigerung der Erlaubnis zum Erwerb einer letalen Dosis eines pharmazeutischen Mittels in letzter Konsequenz womöglich die Würde des Menschen antastet oder aber umgekehrt die Erlaubnis zum Erwerb der letalen Dosis einen Würdeverstoß bedeutet, hängt von einer Bewertung des Kontextes und auch der Motive des Gesetzgebers ab. Es handelt sich um die Frage, in welcher Art und Weise die öffentliche Gewalt mit dem Leben und mit dem Sterbewunsch von Menschen in der Regelung des Zugangs zu Arzneimitteln respektive Betäubungsmitteln umgeht.

Schon eine erste Betrachtung des Urteils vom 2. März 2017 führt zu dem Schluss, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht hinreichend die Kontextabhängigkeit im Umfeld von Art. 1 Abs. 1 GG gewichtet. Der Umgang mit dem Freitod ist in einer Gesellschaft, die den Lebensschutz bejaht und durch christliche wie

humanistische Traditionen geprägt ist²², keine einfache Entscheidung und bedarf der sorgfältigen grundrechtsdogmatisch geleiteten Argumentation.

Wenn sich der Sterbewillige durch ein allgemeines Gesetz gehindert sieht, an eine letal wirkende Substanz zu gelangen, weil der Erwerb von Betäubungsmitteln im Sinne des Gesetzes generell untersagt ist, so liegt darin zuerst und regelungstechnisch gesehen ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit.

3. Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht

a) Es ist fraglich, ob die Verweigerung der Erlaubnis zum Erwerb einer letalen Dosis einer pharmakologischen Substanz einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG darstellt. Das Recht zur Selbsttötung ist jedenfalls von dem (Auffang-)Grundrecht umfasst, ungeachtet der weiteren Frage, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht als spezielleres Grundrecht angesehen werden muss und als einschlägig zu betrachten ist. Der Eingriff erfolgt durch das nicht nur präventive, sondern in der verwaltungsrechtlichen Systematik repressive Verbot, Betäubungsmittel in den Verkehr zu bringen und zu erwerben. Der im allgemeinen Verwaltungsrecht geläufige Unterschied zwischen einem präventiven Verbot mit

²² Auch wenn daraus kein Rechtsargument abgeleitet werden kann (siehe die entsprechende Kritik bei *Rudolf Wassermann*, Das Recht auf den eigenen Tod, DRiZ 1986, 291 ff., der aber seinerseits einer thematisch eingeführten Individualisierung das Wort redet, die auch im Urteil des BVerwG zum Ausdruck kommt), so wird doch das paradigmatische, identitätsbedeutsame Gewicht des Themas „assistierter Suizid“ deutlich.

Erlaubnisvorbehalt und einem repressiven Verbot mit Befreiungstatbestand ist im vorliegenden Fall von Bedeutung. Während das präventive Verbot regelmäßig nur der besseren Kontrolle eines nicht an sich schädlichen Sozialverhaltens, das aber mit bestimmten Gefahren verbunden ist, dient, so sieht das repressive Verbot ein bestimmtes Verhalten als generell sozial-schädlich an.²³ Das bedeutet, dass der Gesetzgeber entschieden hat, bestimmte Verhaltensweisen wie den Gebrauch von gerade auch Sucht hervorrufenden oder sonst die Gesundheit beschädigenden Betäubungsmitteln generell zu verbieten und nur ausnahmsweise und regelmäßig auch ohne subjektiven Anspruch Befreiungen davon zuzulassen.

b) Für Betäubungsmittel der Anlage III, die auf Grund ärztlicher, zahnärztlicher oder tierärztlicher Verschreibung erworben werden dürfen, ist zwar nach § 4 BtMG eine Freistellung von der Erlaubnispflicht vorgesehen, sodass dieser gesamte Komplex wegen der therapeutischen Dimension anders behandelt wird, jedenfalls soweit der therapeutische Zweck unter der Kontrolle von Ärzten trägt. Sobald der therapeutische Zweck nicht mehr trägt, bleibt es bei der repressiven Entscheidung des Gesetzgebers. Dies genau macht § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG deutlich. Die Vorschrift kassiert das nach § 3 Abs. 1 BtMG bestehende Ermessen der zuständigen Behörde und zwingt sie im Wege der gebundenen Entscheidung zur Versagung. Dies gilt, wenn die Art und der Zweck des beantragten Verkehrs nicht mit dem Zweck dieses Gesetzes vereinbar ist, „die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, daneben aber den Missbrauch von Betäubungsmitteln oder die missbräuchli-

²³ Siehe *Christoph Gusy*, Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – Verbot mit Dispensvorbehalt, JA 1981, 80 (81).

che Herstellung ausgenommener Zubereitungen sowie das Entstehen oder Erhalten einer Betäubungsmittelabhängigkeit soweit wie möglich auszuschließen“. Dient also die Verwendung eines Betäubungsmittels nicht der *notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung*, ist die Erlaubnis nach dem unzweideutigen Willen des Gesetzgebers zu versagen.

Zu Recht hat bereits das VG Köln und - in der Sache noch intensiver begründet - das OVG Münster daraus gefolgert, das gerade auch mit diesem Versagungstatbestand der Schutzzweck des Gesetzes deutlich wird, Leben und Gesundheit der Bevölkerung vor den schädlichen Auswirkungen von Betäubungsmitteln zu schützen. Damit sei die Zurverfügungstellung eines verschreibungspflichtigen Betäubungsmittels zur Selbsttötung nicht vereinbar, weil sie nicht der Erhaltung, sondern der Beendigung des Lebens, also dem gegenteiligen Zweck diene.²⁴ Die Verkehrung des Versagungsgrundes in sein Gegenteil gelangt zumindest sehr nahe an eine Überschreitung der Wortlautgrenze, auch wenn das OVG Münster in seinem Urteil vom 19.8.2015 so weit nicht gehen wollte.²⁵ Es bleibt allerdings eine offene Frage, ob die Wortlautgrenze erst dann entgegensteht, wenn sich aus dem Gesetz ausdrücklich, also wörtlich, ein Verbot ergibt, den Erwerb von Arzneimitteln aus dem Anhang III zum BtMG zum Zweck der Selbsttötung zu erlauben. Der ausdrückliche Versagungsgrund bei ersichtlichem Fehlen des Zwecks der medizinischen Versorgung könnte bereits eine unübersteigbare Wortlautgrenze markieren, wenn man es nämlich für undenkbar hält,

²⁴ VG Köln; OVG Münster, Rn. 36 ff.

²⁴ OVG Münster, Rn. 45.

unter „notwendiger medizinischer Versorgung der Bevölkerung“ auch die Selbsttötung zu verstehen.

c) Auch die Eingriffseignung einer behördlichen Versagung zur Befreiung von einem gesetzlichen Verbot kann nicht umstandslos als Verweigerung selbstbestimmter Lebensbeendigung gedeutet werden. Bei genauerer Einordnung geht es bei dem Erwerb eines Barbiturats zunächst nur um den Erwerb einer pharmakologischen Substanz, die ihrerseits mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht noch nichts zu tun hat, sondern eben nur Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit ist, hier gerichtet auf einen Medikamentenerwerb. Aus Sicht der allgemeinen Handlungsfreiheit ist für die Überwindung des gesetzlichen repressiven Verbots zunächst nicht das finale Ziel der Selbsttötung bestimmend, sondern bereits der nur mittelbar darauf gerichtete Wille, eine bestimmte Substanz in einer beliebigen Menge zu erwerben. Insofern schränkt das BtMG die Erwerbsfreiheit durch das Verbot ein, bestimmte Substanzen frei zu erwerben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das BtMG den erstrebten Erwerb der Substanz repressiv unter Verbot stellt, also hier ein vom atypischen Verwendungszweck der Selbsttötung her gesehen gerade keine den Eingriff tragende Finalität vorliegt.

§§ 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG machen eine bewusste Entscheidung für das Modell eines repressiven Verbotes mit Befreiungsvorbehalt deutlich²⁶ und binden die Verwaltungsbehörde

²⁶ *Stefan Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2017, Rn. 504 wählt exakt dieses Beispiel um die dogmatische Figur des repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt als Gegenteil zum präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu illustrieren.

nur in der Rechtsfolge des Versagens. Diese gesetzliche Strukturentscheidung muss bereits verwaltungsrechtlich als Regelungswille richtig gedeutet und darf nicht durch die Gesetzesauslegende Gerichtsbarkeit überspielt werden. Auf die Befreiung von einem repressiven Verbot besteht verwaltungsrechtlich und damit auch in einer grundrechtsdogmatisch bedeutsamen Weise kein Rechtsanspruch. Versagungsgründe dürfen nicht extensiv und im Hinblick auf höhere Rechtsebenen über Sinn und Zweck oder gar den Wortlaut hinaus interpretiert, sondern müssen ganz im Gegenteil restriktiv gehandhabt werden, weil es sich um einen Befreiungsvorbehalt und um eine Ausnahme handelt.

Ein Befreiungsvorbehalt hebt quasi im Falle der Erteilung der Erlaubnis die repressive Einschränkung wieder auf. Es gehört zu den alten Fragen, ob die Versagung einer solchen Erlaubnis wiederum einen Eingriff bedeutet oder im Grunde genommen nur einen bereits bestehenden Eingriff durch das Gesetz selbst bestätigt. Verwaltungsrechtlich ist indes auch die Bestätigung einer gesetzlichen Erwerbsuntersagung wiederum ein belastender Verwaltungsakt und damit ein Grundrechtseingriff, während die Versagung eines begünstigenden Verwaltungsaktes nur dann mit der Verpflichtungsklage angegriffen werden kann, wenn ein subjektives Recht auf Erlass dieses begünstigenden Verwaltungsaktes besteht. Jedoch ist es nicht ganz so deutlich, wenn auf die besagte Verwaltungsentscheidung nur ein Anspruch auf Ermessensfehlerfreiheit besteht. Vorliegend kommt es bei der materiellen Beurteilung jedoch lediglich darauf an, dass jedenfalls die Versagung der Erlaubnis nach § 3 BtMG ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit ist, wegen mangelnder Finalität aber nicht notwendig in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, einen selbstbestimmten Tod zu wählen.

Wenn es richtig ist, dass es keinen Anspruch des Einzelnen „auf staatliche Hilfe zur Umsetzung eines Suizidwunsches auf eine konkrete Art und Weise“²⁷ gibt, dann ist auch die Versagung der Befreiung von einem gesetzlichen Verbot lediglich ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit. Diese Lage änderte sich erst, wenn man mit dem Bundesverwaltungsgericht eine „mittelbare Beeinträchtigung“ annimmt, wenn die Ablehnung der beantragten Erwerbserlaubnis in ihrer Zielsetzung und in ihren Wirkungen einem Eingriff (vor dem Hintergrund des der Behörde bekannten Todeswunsches bereits in das allgemeine Persönlichkeitsrecht) gleichkommt.²⁸

Das Bundesverfassungsgericht geht in der Tat davon aus, dass der Grundrechtsschutz nicht auf Eingriffe im herkömmlichen Sinne beschränkt ist, sondern von einer Eingriffslage auch dann gesprochen werden kann, wenn es um von der öffentlichen Gewalt verursachte *faktische oder mittelbare* Beeinträchtigungen geht, wenn diese in der Zielsetzung und in ihren Wirkungen Eingriffen gleichkommen²⁹. Es geht darum, ob die öffentliche Gewalt durch die Wahl eines funktionellen Äquivalents zum klassischen final-regulatorischen Eingriff eine Grundrechtsbeschränkung vornimmt, bei indes gleichbleibenden Intention, wie dies das Bundesverfassungsgericht im Fall der Tariftreuerge-

²⁷ OVG NW v. 19.8.2015, Rn. 62; *Christian Hillgruber*, Die Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels in tödlicher Dosis für Sterbenskranke - grundrechtlich gebotener Zugang zu einer Therapie „im weiteren Sinne“? Besprechung von BVerwG, Urteil vom 2.3.2017 – 3 C 19.15, JZ 2017, 777 (778).

²⁸ BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 – Rn. 26.

²⁹ BVerfGE 116, 201 (222).

lung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln im Hinblick auf die Berufsfreiheit gesehen hat³⁰.

Das ist vorliegend aber nicht übertragbar, weil die Benutzung eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung nach richtigem Verständnis über den Gesetzeszweck des BtMG hinausgeht und das richtige Verständnis des Versagungsgrundes aus § 5 Abs. 1 Nummer 6 BtMG gerade nicht final darauf gerichtet ist, den Suizid zu verhindern oder eben gar zu ermöglichen. Vielmehr geht es der gesetzesgebundenen Verwaltung nur um eine Wertung der gesetzgeberischen Zwecke für eine Ausnahme vom grundsätzlich bereits gesetzlich verhängten Erwerbsverbots. Dabei prüft die Behörde richtigerweise nicht, ob Sterbewillige noch über andere Möglichkeiten verfügen, ihr Ziel zu erreichen, sondern fragt lediglich abstrakt danach, ob ein Versagungsgrund auch den Suizid als therapeutischen Zweck umfassen kann. In einem solchen Fall scheidet die Zurechnung als Eingriff in jenen Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Verhinderung eines existentiellen Sterbewunsches auch als mittelbar zurechenbar aus.³¹

d) Zu einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird diese Versagung der ausnahmsweisen Erwerbserlaubnis erst dann, wenn man den üblichen Auslegungskontext des Betäubungsmittelrechts verlässt und einen (unmittelbar) verfassungsrechtlich begründeten Anspruch auf Erteilung der Erwerbserlaubnis, im Ergebnis also angesichts des repressiven Verbots einen verwaltungsrechtlichen *Verschaffungsanspruch* der letalen

³⁰ BVerfGE 116, 201 (222).

³¹ So auch im Ergebnis *Hillgruber*, JZ 2017, 777 (779).

Dosis annimmt. Es könnte sich dann um einen *Grundrechtseingriff durch Leistungsverweigerung* handeln. Voraussetzung dafür wäre allerdings, dass die Freiheitsentfaltung des Einzelnen so sehr von einer staatlichen Infrastrukturleistung oder einem Gemeingut in öffentlicher Bewirtschaftung abhängig ist, dass ansonsten eine Grundrechtsverwirklichung schlechterdings ausgeschlossen wäre. Dies wird etwa seit der *Numerus-clausus*-Entscheidung für die wissenschaftsbasierte und studiengangabhängige Ausbildung³² oder für die Teilhabe an den Forschungsmitteln einer Universität³³ angenommen. Eine solche Eingriffskonstellation kann vorliegend angesichts der generellen Verbote Betäubungsmittel betreffend sowie der verschiedenen Möglichkeiten der Lebensbeendigung nicht angenommen werden.³⁴ Anderes müsste nur dann angenommen werden, wenn der Staat mit dem Betäubungsmittelgesetz gezielt praktisch limitierte Möglichkeiten der Selbsttötung beseitigen oder einschränken wollte.

Der Sinn und Zweck des Betäubungsmittelrechts sowie der Ausnahmeregelungen ist weder die Verhinderung einer akuten Selbsttötung noch ihre Ermöglichung. Vielmehr geht es darum,

³² BVerfGE 33, 303 (338).

³³ BVerfGE 43, 242 (285). Siehe auch BVerfGE 90, 128 (141) mit Blick auf die besondere Konstellation der Privatschulfreiheit im Kontext staatlicher Schulaufsicht.

³⁴ Sonst könnte auch ein Verschaffungsanspruch gerichtet auf Schusswaffen angenommen werden, um das heimische Grundstück vor rechtswidrigen Angriffen zu verteidigen. Entsprechender Hinweis auf das generelle Verbot von Schusswaffen: *Christian Hillgruber, JZ 2017, 777 (779)*.

Suchtgefahren und sonstige gesundheitliche Gefahren oder Gefahren für die öffentliche Sicherheit, die mit der Verwendung von Betäubungsmitteln verbunden sind, abzuwehren. Damit fehlt es dem Verbotstatbestand des Betäubungsmittelrechts an einer Finalität, die bereits als Eingriff nicht nur in den bloßen Erwerb zu werten wäre, sondern auch im Zusammenhang mit dem Ziel der Selbsttötung (und damit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht) als Eingriff oder als eingriffsgleicher Tatbestand in Verbindung zu bringen wäre. *Christian Hillgruber* hat diesen Zusammenhang zutreffend resümiert:

„Als eingriffsgleiche Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheitssubstanz kann nur ein staatliches Verhalten gelten, das den durch ein Grundrecht eröffneten, vorbefindlichen Freiheitsraum des Grundrechtsberechtigten verkürzt; die Vorenthaltung eines zur effektiven Freiheitsausübung begehrten, unter Umständen sogar notwendigen Handlungsmittels betrifft - als erstrebte Erweiterung des Freiheitsradius - dagegen nicht die Abwehrfunktion eines Freiheitsgrundrechts.“³⁵

4. Grundrechtliche Schutzpflichtlage, die zur verfassungskonformen Auslegung des BtMG zwingt?

Wenn man anders als das Bundesverwaltungsgericht durch Vorenthaltung letal wirksamer Substanzen keinen Eingriff in Grundrechte Sterbewilliger annimmt, könnte es für die öffentliche Ge-

³⁵ *Christian Hillgruber*, Die Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels in tödlicher Dosis für Sterbenskranke - grundrechtlich gebotener Zugang zu einer Therapie „im weiteren Sinne“? Besprechung von BVerwG, Urteil vom 2.3.2017 – 3 C 19.15, JZ 2017, 777 (779).

walt gleichwohl durch die Rechtsfigur einer grundrechtlichen Schutzpflichtlage geboten sein, die Erlaubnis nach § 3 BtMG zu erteilen.

Die Grundrechte sind im Kern und in aller Regel Abwehrrechte, sie verfolgen den Zweck, die Freiheitssphäre des Einzelnen abzusichern und zivilgesellschaftliche Entfaltungsräume zu sichern, auch vor dem Zugriff des demokratischen Rechtsstaats und so den Staat zumindest unter Rechtfertigungszwang und Verhältnismäßigkeitskontrolle zu setzen, wenn er individuelle Entfaltungsfreiheit zum Wohle einer im demokratischen Prozess ermittelten Gemeinwohldefinition einschränken will³⁶. Teilhabe- und Leistungsansprüche sind dagegen nur dann eröffnet, wenn der Text der Grundrechtsgewährleistung dies besonders hervorhebt (zum Beispiel Art. 6 Abs. 1 GG) oder ansonsten - wie oben bereits ausgeführt - keine substantielle Entfaltungsmöglichkeit ohne öffentliche Gemeinschaftsgüter bestünde.

Darüber hinaus nimmt die Verfassungsrechtsprechung über das Schutzversprechen des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG gerade für den Lebensschutz und die körperliche Unversehrtheit besondere staatliche Schutzpflichten an, die letztlich auch in dem staatlichen Gewaltmonopol und im Staatszweck der Gewährleistung einer sicheren Friedensordnung verankert sind. Die Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch³⁷ oder auch bei terroris-

³⁶ *Di Fabio*, Leitideen der Grundrechte, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler (Hg.), Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstags von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Paul Kirchhof, 2013, S. 35 (38 f.).

³⁷ BVerfGE 39, 1 (41); 88, 203 (251 f.).

tischen Gefahrenlagen³⁸ stellen den Lebensschutz in den Vordergrund:

„Das menschliche Leben stellt innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar. Demgemäß folgt aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG die umfassende, im Hinblick auf den Wert des Lebens besonders ernst zu nehmende Pflicht des Staates, jedes menschliche Leben zu schützen, es vor allem vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren (...)“.³⁹

Es wäre insofern argumentativ zwar verführerisch, darauf zu verweisen, dass im vorliegenden Fall aus dem staatlichen Schutz für das Leben eine Schutzpflicht zur Herbeiführung des Todes gemacht werde - aber das wäre mehr Rabulistik als saubere Abwägung und vor allem wäre es der vom Bundesverwaltungsgericht als existentiell anerkannten Notlage Sterbewilliger definitiv nicht angemessen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die existenzielle Situation des Leidens und den Selbstbestimmungsanspruch des Leidenden ernst genommen und in das Zentrum seiner grundrechtlichen Überlegungen gerückt. Dies ist nicht zu kritisieren, weil die Rechtsordnung des Grundgesetzes den Einzelnen mit seinem persönlichen Entfaltungsanspruch und sein Selbstbestimmungsrecht in den Mittelpunkt stellt. Es hieße aber, die Ambivalenz der Würdegarantie grundlegend zu verkennen, wenn nicht die notwendige Herstellung von Konkordanz zwischen individuellem Selbstbestimmungsrecht einerseits und dem Recht der demokratischen Gemeinschaft zur Konkretisie-

³⁸ BVerfGE 46, 160 (164); 49, 24 (53).

³⁹ BVerfGE 49, 24 (53).

zung von Gemeinwohl und Identität der Wertegrundlagen andererseits im vorliegenden Fall der so genannten „assistierten“ Selbsttötung⁴⁰ als Problem zumindest von der Rechtsprechung thematisiert wird.

„Die Brille, die sich das BVerwG aufsetzt, ist die der konkreten und individuellen Entscheidung im Idealkontext in freier Selbstbestimmung; überindividuelle Folgen für die Gesellschaft geraten hierbei aus dem Blick, obwohl deren Einbeziehung möglicherweise Gemeinwohlbelange generiert, die der suizidalen Autonomie entgegengehalten werden können.“⁴¹

Die Ambiguität eines Schutzes der Menschenwürde sowohl aus der Perspektive des jeweiligen Einzelnen als auch der demokratischen Gesellschaft zu verkennen, ist auch deshalb verfassungsdogmatisch hoch problematisch, weil der Schutz der Menschenwürde Vorrang und absolute Geltungswirkung gegenüber anderen Schutzzwecken der Verfassung in Anspruch nehmen kann. Wer hier Perspektiven verengt, kann allein durch diese Selektion nahezu jedes gewünschte Ergebnis als Rechtsfolge begründen und dabei die voraussetzungsvolle Grundstruktur

⁴⁰ Kritik an der Begriffsbildung von *Josef Franz Lindner*, Deutscher Ethikrat als *praeceptor iurisdictionis*? Kritik der Ad-hoc-Empfehlung“ Suizidprävention statt Suizid Unterstützung“, ZRP 2017, S. 148 (150 f.), der sich der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts anschließt unter Hinweis auf die Entscheidung des Betreuungsgerichts nach § 1904 BGB, die ebenfalls nicht als Sterbeassistenz verstanden werden könne.

⁴¹ *Klaus Ferdinand Gärditz*, Suizidale Betäubungsmittelautonomie, Manuskript, bei Fn. 119.

einer Verfassung aushebeln, die gerade aus der Spannungslage individueller Selbstverwirklichung und demokratischer Gemeinwohlgestaltung im gewaltenteiligen Rechtsstaat resultiert.

Soweit das Lebensrecht vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG erfasst ist, gilt es absolut. Allerdings gibt es keinen kontextunabhängigen Lebensschutz, schon gar nicht gegen den Willen eines Sterbewilligen. Die Würde des Menschen hängt bei einer Vielzahl von Bedrohungslagen vom Leben, von der Möglichkeit der Fortexistenz ab, zur Frage des würdigen Lebens kann aber auch das selbstbestimmte Sterben gehören. Auch das Bundesverfassungsgericht hat den Grund für die Schutzpflicht nicht so sehr im Abwehrrecht gegen den Staat bei Eingriffen in das Leben und die körperliche Unversehrtheit gesehen, sondern in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG.

„Ihren Grund hat diese Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet; ihr Gegenstand und – von ihm her – ihr Maß werden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt.“⁴²

Wäre der Lebensschutz aus Art. 2 Abs. 2 GG selbst und allein der Grund für die Annahme einer grundrechtlichen Schutzpflichtlage, so könnte schon vom Ansatz her kein Argument für eine staatliche Schutzpflicht angesichts des Wunsches zur Lebensbeendigung gewonnen werden. Das Bundesverwaltungsgericht stützt denn auch seine Schutzpflichtbegründungen auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit dessen Verweis auf Art. 1

⁴² BVerfGE 88, 203 (251).

Abs. 1 GG. Sowohl der Respekt vor dieser Argumentation als auch der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht den Schutz ungeborenen Lebens mit der Würde des Menschen in ausschlaggebender Weise in Verbindung gebracht hat, nötigt für die Feststellung einer Schutzpflichtlage zu einer kontextangemessenen Beurteilung des vorliegenden Falles am Maßstab von Art. 1 Abs. 1 GG.

5. Die Würde des Menschen im Leben und sein Recht auf menschenwürdiges Sterben

Das Bundesverwaltungsgericht legt nicht exakt offen, wie und in welcher Lage der Schutz der Würde des Menschen es gebieten kann, im Ergebnis – d.h. zumindest im Sinne kausaler Äquivalenz – staatliche Hilfe beim Sterben durch Erteilung einer Erwerbserlaubnis für Tötungsmittel zu leisten. Denn das Bundesverwaltungsgericht geht ja primär von einer Eingriffslage aus, weil die Ablehnung der beantragten Erwerbserlaubnis die Sterbewillige daran hindere, die angestrebte Selbsttötung in der von ihr beabsichtigten Weise umzusetzen.⁴³

Es ist offen, ob das Grundgesetz in seiner objektiven Werteordnung eine lebensbejahende Entscheidung trifft, die nicht nur unbestritten das Recht auf Leben zu einem Höchstwert der Verfassung macht, sondern auch die staatliche Teilnahme an lebensbeendenden Maßnahmen dem Grunde nach ausschließt. Mit guten Gründen kann man zwar aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG oder auch aus Art. 6 GG eine Grundentscheidung für Vitalität

⁴³ BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 - Rn. 17.

und Lebensbejahung ableiten.⁴⁴ Aber daraus allein kann und darf nicht gefolgert werden, dass der Staat einen absoluten Lebensschutz auch gegen den Sterbewilligen durchsetzen dürfte.⁴⁵ Denn damit würde der Einzelne in seiner individuellen Entscheidung gegen das eigene Fortleben zum Objekt einer sittlichen Entscheidung der demokratischen Mehrheit, die ihr Verständnis von Leben und Würde gegen seinen existenzielle Fragen betreffenden Willen konkretisiert. Der Betroffene liefe - aber auch hier wie stets im Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 1 GG kontextabhängig - Gefahr zum bloßen Objekt staatlicher Lebenserhaltungsmaßnahmen werden⁴⁶. Doch diese Kollisionslage zwischen Individualinteresse und einem sittlichen Gemeinschaftsverständnis beschreibt nicht den hier vorliegenden Fall. Denn sobald der Einzelne eine Mitwirkungshandlung staatlicher Stellen an seiner Selbsttötung erstrebt, wendet sich die Beurteilungssituation: Denn jetzt geht es aus Sicht der öffentlichen Gewalt nicht allein darum, etwas Höchstpersönliches zu respektieren, sondern kooperativ mitzuwirken, ein Signal zu geben, Stellung zu nehmen, zu entscheiden.

Allerdings kann das Scharnier der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts auch anders ineinandergreifen. Jeder wird

⁴⁴ *Herbert Landau*, „Heiligkeit des Lebens und Selbstbestimmung im Sterben“, ZRP 2005, 50; *Udo Di Fabio*, Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft, NJW 2003, 993 ff.

⁴⁵ Das hat der BGH in seinem Beschluss vom 17. September 2014 (BGHZ 202, 226 Rn. 22) auch ausdrücklich und zutreffend klargestellt.

⁴⁶ Zum Thema Zwangsernährung: *Paul Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung, 3. Auflage 2012, S. 348 f.

die Ausgangsüberlegung akzeptieren, dass der Mensch in einer existenziellen Notlage auch selbstbestimmt darüber entscheiden darf, ob er auf eine von ihm gewählte schmerzlose Weise aus dem als Qual empfundenen Leben scheidet. Wenn aber kein schmerzloses Mittel zur Verfügung steht und das Leid unerträglich ist, ist dann der Staat aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG nicht zur Hilfestellung zu verpflichtet? Verlangt der Würdeschutz nicht staatliche Unterstützung für eine individuell gewollte Leidensbeendigung, wenn sonst keine praktische Möglichkeit des schmerzlosen Endes besteht? Gilt das nicht sogar verstärkt, weil der Gesetzgeber durch § 217 StGB geschäftsmäßige Mitwirkungsleistungen mit Strafe bedroht und damit eine „Marktlösung“ noch zusätzlich zum repressiven Erwerbsverbot nach dem BtMG verhindert?⁴⁷

Auf die Engführung solcher Fragestellungen läuft die hier im Mittelpunkt stehende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 hinaus. Zugleich wird sichtbar, wie sehr die Konsistenz der Rechtsordnung durch eine solche Argumentation belastet wird: Denn, was der Gesetzgeber als Teil des Staates Privatrechtssubjekten mit § 217 StGB ausdrücklich untersagt, soll jetzt den Staat selbst als Pflicht treffen – und das im Rahmen einer methodischen Auslegung von Bundesgesetzen? Allerdings darf auch bei einer solchen in der Nähe der Polemik

⁴⁷ Es ging der Gesetzesänderung um die Unterbindung der Suizidassistenten als Dienstleistungsangebot der Gesundheitsversorgung. Der durch das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 03.12.2015 (BGBl. I S. 2177) eingefügte und am 10.12.2015 in Kraft getretene § 217 Abs. 1 StGB bestimmt: „Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

geratenden Argumentation nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Beihilfe vor allem die Werbung für die Selbsttötung treffen wollte⁴⁸, um die es vorliegend bei der Mitwirkung einer Behörde oder von Apothekern nicht zu gehen scheint. Eine Behörde oder ein Apotheker ist prima vista weder jemand, der geschäftsmäßig Beihilfe zur Selbsttötung mit eigenem Werbeinteresse im Sinne des § 217 Abs. 1 StGB betreibt⁴⁹ noch ein naher Angehöriger wie dies § 217 Abs. 2 StGB als ausdrücklich straffrei tatbestandlich fasst.

Die hier im Raum stehende Frage ist aber unbestreitbar eine, die die sittlich-kulturelle Identität einer freien Gesellschaft betrifft. Solch grundlegende Wertentscheidungen sind in der gewaltenteiligen Kompetenzordnung des Grundgesetzes mit dem Gesetzesvorbehalt für wesentliche Entscheidungen einem legislativen Gestaltungsvorrang⁵⁰ überantwortet. Der demokratische Gesetzgeber ist berufen, solch komplexe Abwägungslagen verbindlich zu bewerten, wenn es um den Ausgleich zwischen individuellem Entfaltungs- und Selbstbestimmungsanspruch auf der einen Seite und der demokratischen Gemeinwohldefinition auf der anderen Seite geht. Das gilt auch für Individualrechte, die (zumindest auch) aus der Würdegarantie abgeleitet werden. Die Berufung eines Grundrechtsträgers auf die Würde des Menschen zur Verstärkung seines grundrechtlichen Entfaltungsanspruchs führt in das Problem, dass die unantastbare Würde absolut geschützt ist, die Bestimmung ihres Schutzbereichs im

⁴⁸ Siehe insoweit die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucksache 18/6573, S. 3.

⁴⁹ Dazu näher in Kapitel C.2.

⁵⁰ *Thilo Rensmann, Wertordnung und Verfassung, 2007, S. 117.*

konkreten Fall aber kontextabhängig ist und es immer auch um Grundwertungen einer freiheitlichen und humanen Gesellschaft geht.

Die Rechtsordnung des Grundgesetzes will Entfaltungsordnung für das Individuum sein, aber sie muss und kann nicht ihre Grundwerte allein in die Disposition des Einzelnen stellen. Dieses Problem ist eigentlich schon dem klassischen Polizeirecht bekannt. In Fällen des sogenannten Zwergenweitwurfs, des Wettkampfs unter „Verwendung“ kleinwüchsiger Menschen als Wurfobjekt, hatten sich Kleinwüchsige gegen das Verbot derartiger Darbietungen gewandt mit dem Argument ihres Selbstbestimmungsrechts. Dem ist entgegengehalten worden, dass es ein öffentliches Interesse daran gebe, keine Einübung und Gewöhnung durch eine Praxis zuzulassen, mit Kleinwüchsigen zur Belustigung des Publikums auf instrumentelle Art und Weise umzugehen.⁵¹ Gedanken der Prävention zur Erhaltung eines Menschenbildes, dass die Subjektstellung ungeachtet aller personalen Merkmale verdeutlicht, spielen auch eine Rolle bei allgemeinen Programmgrundsätzen⁵², die der staatlichen Aufsicht über den Privatrundfunk zu Maßstab dienen und die bestimmte Unterhaltungsformate auch dann untersagen, wenn alle Betei-

⁵¹ Verwaltungsgericht Neustadt, Beschluss vom 21. 05. 1992 - 7 L 1271/92 - NVwZ 1993, 98 f. *Nadine Klass*, Rechtliche Grenzen des Realitätsfernsehens. Ein Beitrag zur Dogmatik des Menschenwürdeschutzes und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2004, S. 155 zu Peep-Show-Fällen a.a.O. S. 148 ff.

⁵² *Udo Di Fabio*, Der Schutz der Menschenwürde durch Allgemeine Programmgrundsätze, 2000.

ligten und die Zuschauer solche Formate billigen oder gar wünschen.

Die Unantastbarkeit der Würde des Menschen ist die maßgebliche normative Richtungsentscheidung des Grundgesetzes und stellt eine Fundierung der nachfolgend im Text gewährleisteten Grundrechte dar. Eine besonders ausgesprochene und an den Anfang des Verfassungstextes gestellte Garantie der Würde des Menschen ist ungewöhnlich und wird als Reaktion auf die totalitären Erfahrungen des 20. Jahrhunderts, in Deutschland speziell mit dem Nationalsozialismus, verstanden.⁵³ Dabei stellt das Grundgesetz einen Zusammenhang zur Ideengeschichte weit vor der Aufklärung bis hinein in den Renaissancehumanismus des 14. und 15. Jahrhunderts her.⁵⁴ Es geht letztlich um das Leitbild des Menschen, der jeder für sich und aus gleichem Recht einen angeborenen und unverfügbaren Eigenwert besitzt. Daraus wird gefolgert, dass der Mensch nicht zum bloßen Objekt staatlicher oder kollektiver Zwecke gemacht werden darf, sondern stets auch als Subjekt respektiert und behandelt werden muss.⁵⁵

⁵³ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 1 Abs. 1 Rn. 15 f.

⁵⁴ *Di Fabio*, Das mirandolische Axiom. Gegebenes und Aufgegebenes, in: Michael Sachs/Helmut Siekmann (Hg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 13 ff.

⁵⁵ *Günter Dürig*, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 1952, 259 ff.; *ders.*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117 (127).

Die Würde des Menschen wirkt absolut. Wird eine Würdeverletzung, ein Eingriff („Antastung“) festgestellt, kann das nicht als rechtfertigungsfähiger Eingriff gewertet und abwägend mit anderen Verfassungszwecken oder Gemeinwohlbelangen gewürdigt werden, sondern führt unabwendbar zur Verfassungswidrigkeit. Gerade der absolute Würdeschutz muss erhebliche Konsequenzen für das Verständnis dieses Artikels haben, damit die ausdifferenzierte Rechts- und Verfassungsordnung sich über ihre Grundlegung nicht selbst zur Disposition stellt. Der Schutz der Würde wird durch eine differenzierte Rechtsordnung nicht infrage gestellt, sondern gerade durch sie gewährleistet. So ist die Unterscheidung zwischen Staatsbürgern und anderen Menschen bereits der Systematik der Grundrechte inhärent und erlaubt selbstverständlich eine unterschiedliche Behandlung, weil sonst die völkerrechtliche Stellung der Republik und das Prinzip demokratischer Selbstregierung aufgegeben wäre⁵⁶, die ihrerseits nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die Würde des Menschen gefordert ist⁵⁷. Straftäter dürfen um ihre Freiheit gebracht werden, ohne dass dies ihre Würde beeinträchtigt⁵⁸, auch wenn vormoderne Kulturen eine lebens-

⁵⁶ Das erlaubt es nach Maßgabe von Art. 16 a GG und dem europäischen Recht die Einreise nach Deutschland zu versagen (§ 18 Abs. 2 AsylG), wobei jedoch diejenigen, die sich auf dem Territorium der Bundesrepublik befinden, menschenwürdig behandelt werden müssen und auch nicht in menschenunwürdige Zustände hinein abgeschoben werden dürfen.

⁵⁷ BVerfGE 123, 267 (341).

⁵⁸ „Unter dem Gesichtspunkt des Art. 1 Abs. 1 GG und des Rechtsstaatsprinzips gehört zu den Voraussetzungen einer menschenwürdigen Strafvollstreckung, dass dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit

lange Freiheitsstrafe vollstreckt auf abgeschlossenem Raum womöglich für entehrend und würdelos empfunden hätten. Der Gesetzgeber hat eben abzuwägen, ob und wie der Mörder zu bestrafen ist, wenn er der Achtung des menschlichen Lebens, den Würdeschutz des Opfers und seiner Angehörigen ebenso Beachtung schenken will, wie der Subjektqualität des Täters, der auch durch die schlimmste Tat zwar seine Freiheit für immer verwirkt haben mag, aber gleichwohl nicht aus dem Kreis der menschlichen Gattung ausgeschieden ist. Auch der „Feind“ ist nie ein bloßes Objekt außerhalb des rechtsstaatlichen Kulturkreises, er bleibt bei aller erforderlichen Härte im Kampf gegen das Verbrechen der Gnade fähig.

Der Umgang mit diesem wohl schwierigsten und voraussetzungsvollsten Grundrecht verlangt in besonderem Maße das Verständnis der ambivalenten Bedingungen des Würdeschutzes. Der Rechtsanwender wird zum einen in Rechnung zu stellen haben, dass im gewaltenteiligen System zuvörderst der parlamentarische Gesetzgeber dazu berufen ist, Konflikte und Spannungslagen, die einen Würdebezug haben, zu lösen. Die Rechtsprechung greift hier immer nur punktuell ein, weil sie schon funktionell von ihrer Aufgabenbestimmung und Arbeitsweise her nicht berufen ist, komplexe Gesamtlagen zum Gegenstand ihrer verbindlichen Entscheidung zu machen, wenn es darum geht, prospektiv neu zu gestalten. Das verlangt gewiss nicht den Verzicht auf die Feststellung einer Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG, aber doch ein hohes Maß an Zurückhaltung und Umsicht, zumal dann, wenn der Schutzgehalt richterlich aktiviert wird und

teilhaftig zu werden“, BVerfGE 117, 71 (95); 45, 187 (245); 64, 261 (272).

damit den Gesetzgeber schon dogmatisch konzeptionell entweder überspielt oder ihn zu einem reaktiven Handeln zwingt.

Bei der Auslegung und Anwendung von Art. 1 Abs. 1 GG ist aber nicht nur ein angemessenes Bewusstsein der Verantwortungslo- zierung im gewaltenteiligen Rechtsstaat erforderlich, sondern auch bereits ein zurückhaltender Umgang mit dem Schutzbe- reich selbst und damit der Möglichkeit, Art. 1 Abs. 1 GG als selbstständiges Grundrecht maßstäblich werden zu lassen. Ur- sprünglich war durchaus umstritten, ob Art. 1 Abs. 1 GG über- haupt ein Grundrecht ist, auf das man sich unmittelbar berufen und das die Rechtsprechung unmittelbar als Maßstab gegen- über Maßnahmen der öffentlichen Gewalt anlegen kann. Immerhin spricht Art. 1 Abs. 3 GG davon, dass die „nachfolgenden“ Grundrechte (und nicht vorangehende) die Gesetzgebung, voll- ziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden.⁵⁹

Bereits vom Wortlaut her und aus der Voranstellung von Art. 1 Abs. 1 GG kann mit guten Gründen gefolgert werden, dass die Verfassung hier kein operatives Grundrecht im Rahmen der Ver- fassungsbeschwerde sah, sondern einen programmatischen Wegweiser und ein naturrechtliches Fundament für die nachfol- genden Grundrechte, die dann in einer jedenfalls im Kernbe- reich selbst für den verfassungsändernden Gesetzgeber indis- ponibel wären. Es ist insofern unproblematisch, wenn das Bun- desverfassungsgericht in seiner Auslegung Art. 1 Abs. 1 GG bei der Interpretation eines anderen Grundrechts als Orientierung und Verstärkung heranzieht, wie dies beim allgemeinen Persön-

⁵⁹ Dazu *Herdegen*, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 1 Rn. 24.

lichkeitsrecht der Fall ist, problematisch dagegen ist es jedoch, wenn letztlich allein gestützt auf Art. 1 Abs. 1 GG Ansprüche formuliert und Schutzaufträge den Gesetzgeber erteilt werden. Denn dann wird die Würdegarantie von einer tragenden Idee zu einem Instrument, mit dem Risiko der Entdifferenzierung der verfassungsrechtlich gewollten gewaltenteilig und föderal gegliederten Ordnung.⁶⁰

Allerdings zeigt gerade der vorliegende Fall, dass auch im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG der Würdeschutz mit seinem subjektiven Gehalt und seiner absoluten Wirkung rasch die üblichen dogmatischen Bindungen praktischer Konkordanz hinter sich lässt und als *absoluter Selbstbestimmungsanspruch* die sozial-ethischen Grundentscheidungen einer demokratischen Gesellschaft zur Seite drängt, obwohl die Würdegarantie auch eine starke Gemeinwohlkomponente aufweist und nicht ohne Grund als „Prinzip der Staatsethik“⁶¹ verstanden wird.

Das Bundesverfassungsgericht sieht in Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur ein Dispositionsrecht des Einzelnen zur Gestaltung seines selbstbestimmten Lebens, sondern zugleich auch die Gewährleistung eines verfassungsrechtlich vorausgesetzten und ausgeprägten Menschenbildes. So wichtig und zentral die Entfaltungsfreiheit des Einzelnen ist, so deutlich optiert doch auch die

⁶⁰ *Di Fabio*, Die Suche nach dem Kompass. Wie kann Menschenwürde in einer fragmentierten Welt begründet werden? Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.06.2001, S. 10; sowie *ders.*, Europas Werte, Europas Würde, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27.05.2016.

⁶¹ *Martin Nettesheim*, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, AÖR 130 (2005), S. 71 (100).

Verfassung für ein Menschenbild, das nicht vom isolierten souveränen Individuum allein beherrscht ist, sondern seine Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit hervorhebt.⁶² Die Würde ist der Ausgangspunkt, der sich verzweigt in zwei Entfaltungsstränge, die der individuellen Entfaltungsfreiheit und die der demokratischen Mehrheitsentscheidung: Der Mensch als Privatrechtssubjekt in Selbstverantwortung und in seiner Gemeinwohlverantwortung, insbesondere als Zoon Politicon, als Staatsbürger.⁶³ Wenn der Einzelne sich entscheidet, von seiner Freiheit so Gebrauch zu machen, dass das Leitbild der Verfassung vom freien, aufrecht gehenden Menschen in der Öffentlichkeit desavouiert wird, kann dagegen eingeschritten werden, kann der Entfaltungsfreiheit eine Grenze aus dem Gedanken der Würde des Menschen im öffentlichen Wirkungsraum gesetzt werden⁶⁴.

In besonderen Lagen können der subjektive Anspruch auf ein menschenwürdiges Leben unter Einschluss eines menschenwürdigen Sterbens in Konflikt geraten mit dem Leitbild, dass eine freie Gesellschaft für den Umgang mit dem Tod vor dem Hintergrund der Erfahrung staatlicher Förderung und Exekution der Euthanasie gewonnen hat und vertritt: Hier ist im Umgang mit dem Leben eine antitotalitäre Wertentscheidung des Grundge-

⁶² So bereits BVerfGE 2, 2 (12).

⁶³ *Udo Di Fabio*, Schwankender Westen, 2015, S. 137 ff. („normative Doppelhelix“).

⁶⁴ Siehe oben bei Fn. 46 und 47.

setzes erkennbar.⁶⁵ Die besondere Sensibilität der bundesrepublikanischen Gesetzgebung im Umgang mit jeder Idee einer Erlösung von den Leiden durch den willentlich herbeigeführten Tod, sei es durch eigene Hand sei es mittels eines Sterbehelfers, speist sich aus den Erfahrungen mit einem Euthanasieprogramm, das keineswegs allein auf den Nationalsozialismus beschränkt war, sondern in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts durchaus Rückhalt und Quellen in der medizinischen Wissenschaft hatte.

Dem kann nicht einfach entgegengehalten werden, angesichts der Singularität nationalsozialistischer Herrschaft könne daraus kein Argument der Vorsicht in der liberalen Gesellschaft gewonnen werden. So argumentiert etwa *Norbert Hoerster*, wenn er sagt, es sei einfach falsch, „eine an einer humanen Zielsetzung orientierte Zulassung der Sterbehilfe als ersten Schritt zu einer neuen Nazi-Euthanasie zu betrachten und dementsprechend zu verdammen.“⁶⁶ Es geht bei dem richtigen Verständnis der Problematik aber nicht darum, fragwürdige historische Analogien herzustellen, sondern nur zu erklären und bei der

⁶⁵ „Das Grundgesetz kann weiterhin geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden und ist von seinem Aufbau bis in viele Details hinein darauf ausgerichtet, aus den geschichtlichen Erfahrungen zu lernen und eine Wiederholung solchen Unrechts ein für alle Mal auszuschließen. ... Auch für die Schaffung der europäischen Gemeinschaften sowie zahlreiche internationale Vertragswerke wie insbesondere auch die europäische Menschenrechtskonvention ging von den Erfahrungen der Zerstörung aller zivilisatorischen Errungenschaften durch den Nationalsozialismus ein entscheidender Impuls aus.“ BVerfGE 124,300 (328 f.).

⁶⁶ *Norbert Hoerster*, *Sterbehilfe im säkularen Staat*, 1998, S. 129.

Rechtsanwendung zu würdigen, warum im kulturellen Gedächtnis der Deutschen etwas verwahrt ist, das zu einer besonderen Sensibilität des Umgangs mit jeder staatlich betriebenen oder verantworteten Hilfeleistung, Ermöglichung oder auch nur verdeckten Förderung einer „leidenserlösenden“ Sterbehilfe führt. Jedenfalls ist diese kollektive Erfahrung, die wie erwähnt, nicht nur aus der totalitären und rassistischen Ideologie des Nationalsozialismus gespeist war, sondern eben auch szientistisch-eudämonistische Gehalte hatte und hat, einer der Gründe dafür, warum die deutsche Ärzteschaft heute ebenfalls mit großer Sensibilität dem Thema der Sterbehilfe und des assistierten Freitodes gegenübersteht. Mehr noch gilt das aber für den demokratischen Gesetzgeber, der an keiner Stelle bislang hat erkennen lassen, dass die öffentliche Gewalt in irgendeiner Art und Weise Hilfe zum Sterben bei einem als Qual empfundenen Leben leistet. Bei zutreffender Betrachtung geht es nicht um eine Entgegensetzung des höchstpersönlichen Rechts auf Selbsttötung mit einem sittlichen Gebot der Lebenserhaltung, etwa im christlichen Sinne⁶⁷, sondern um die Position des Verfassungsstaates im Umgang mit einer leidensbefreienden Selbsttötung, die immer in sozialen Bahnen und der Sachrationalität bestimmter Interaktionsmuster verläuft, weswegen sie nicht allein und gänzlich individualisiert werden kann.

An dem Leiden und den Qualen der Ehefrau des Klägers des Fortsetzungsfeststellungsverfahrens besteht kein vernünftiger Zweifel. Es besteht auch kein Zweifel an ihrem Recht zur Selbsttötung. Und doch geht es um die entscheidende Frage, welches Leitbild vom Umgang mit den Leben entsteht, wenn sich der Staat zu einer Mitwirkung - hier durch einen mit Verwaltungsakt

⁶⁷ So verkürzt bei *Manfred Baldus*, Kämpfe um die Menschenwürde, 2016, S. 228 f.

herbeigeführte Überwindung eines gesetzlichen Verbots - an der Selbsttötung von Rechts wegen verpflichtet sehen sollte. Die Bestimmung dessen, was die Würde des Menschen im Einzelfall erfordert, ist kontextabhängig. Ein sittliches Gemeinwesen kann entscheiden, dass es Selbsttötung als höchstpersönliche Entscheidung zwar duldet oder den Abbruch aussichtsloser medizinisch-technischer Behandlungsmaßnahmen erlaubt und dennoch den Schritt zu einer Unterstützung, Ermöglichung oder Hilfestellung zur Selbsttötung nicht geht, und zwar aus prinzipiellen Gründen der Lebensachtung und der Prävention. Immerhin kann in einer durchrationalisierten säkularen Gesellschaft auch ein Tor geöffnet werden, das auf einen Weg führt, auf dem der Leidende die Einwilligung zu lebensbeendende Maßnahmen auch deshalb erteilt, weil sein soziales Umfeld das so erwartet - eine angesichts der Tendenz zum utilitaristischen Eudämonismus keine völlig fernliegende Gefahr.

Aber müssen solche gleichsam generalpräventiven Begründungen nicht vor der existentiellen Leidensfrage des Einzelfalls zurückweichen? Eine Rechtsordnung kann aus prinzipiellen Erwägungen ein Leitbild mit absolutem Geltungsanspruch durchhalten, bis an die Grenze eigener Legitimität, auch wenn Umstände des Einzelfalles eine Abweichung aus höheren Gerechtigkeitsgründen zu gebieten scheinen.⁶⁸ So akzeptiert unsere Rechtsordnung nicht das Argument der „Rettungsfolter“, auch wenn nur unter Einsatz des verbotenen Instruments einem unschuldigen Opfer mit seinem Würdeanspruch und seinem Lebensrecht geholfen werden kann. Das in Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG nieder-

⁶⁸ Es handelt sich um einen erwartbaren Grenzkonflikt, wenn das Recht mit absoluten Normen argumentiert: *Niklas Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1992.*

gelegte und völkerrechtlich bekräftigte Folterverbot kann im Einzelfall, wenn es um die Rettung Unschuldiger geht, dazu führen, dass dem Rechtsstaat eine Hand auf dem Rücken gebunden ist, während er in geradezu evidenter Weise zur Hilfeleistung verpflichtet ist.⁶⁹

Während es bei der Selbsttötung die Argumente der Selbstbestimmung des Sterbewilligen sind, so werden im Fall der sogenannten Rettungsfolter ähnlich starke Argumente vom Opfer im Hinblick auf seine Würde vorgebracht, das als bloßes Objekt kriminellen Handelns auf die Hilfe des Staates, der das Gewaltmonopol für sich beansprucht, zwingend angewiesen ist. Und dennoch entscheidet sich der demokratische Verfassungsstaat zum absoluten Folterverbot, weil es um ein aus der Würde des Menschen abgeleitetes absolut gesetztes Prinzip geht, mit dem auch schleichende Umwertungen des humanen Leitbildes abgewehrt werden sollen. Der Umstand, dass bereits die angeandrohte Gewaltanwendung gegenüber einem im polizeilichen Gewahrsam Befindlichen als Folter gilt, wird in zutreffender Weise damit begründet, dass erst gar kein Einfallstor geöffnet wer-

⁶⁹ *Georg Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter 2006; *Winfried Brugger*, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, S. 165 ff.; *Per Gebauer*, Zur Grundlage des absoluten Folterverbots, NVwZ 2004, S. 1405 ff.; *Eric Hilgendorf*, Folter im Rechtsstaat?, JZ 2004, S. 331 ff.; *Eva Marie Maier*, Folter und Menschenwürde. Zur aktuellen Debatte um die "Rettungsfolter", JRP 2012, 195 ff.; *Rolf Dietrich Herzberg*, Folter und Menschenwürde, JZ 2005, S. 321 ff.; *Udo Di Fabio*, Sicherheit in Freiheit, NJW 2008, 421 ff.

den soll für die Misshandlung in staatlichem Gewahrsam befindlicher Täter oder Tatverdächtiger. Die Entscheidung des Rechtsstaates gegen totalitär besetzte Praktiken wie Folter wird auch mit dem Gedanken absolut gesetzt, erst gar kein Angriffspunkt für die allmähliche Aufweichung und Rückkehr zu den strafprozessualen Praktiken der Vergangenheit, der Voraufklärung, zu ermöglichen.

Jedenfalls für die Bundesrepublik Deutschland spricht aus denselben präventiven und systematischen Erwägungen viel dafür, jede *staatliche Hilfestellung* zur Selbsttötung gerade im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG als absolut untersagt anzusehen, weil auch hier es letztlich um das allgemeingültige Leitbild jenes Verhältnisses des Einzelnen zum Staat auch im Kontext einer geschichtlichen Bestimmtheit von Wertegrundlagen geht, die Identitätsmerkmale der freiheitlichen Gesellschaft sind. Die Achtung vor dem Leben und das Verständnis dafür, dass Entscheidungen höchstpersönlicher Art in vielen Fällen auch reversibel sind, dass Ausweglosigkeit nicht immer Ausweglosigkeit bleiben muss, führen zu einer Praxis, dass der Staat die Selbsttötung zwar nicht unter Strafe stellt, aber etwa im Fall der misslungenen Selbsttötung Hilfe in jeder erdenklichen Form gibt, um Leben als die vitale Basis der Würde zu retten⁷⁰.

Diese Position muss man nicht teilen, jedoch ist Verständnis abverlangt, warum die posttotalitäre deutsche Gesellschaft so und nicht anders optiert, und zwar genau aus der Grundidee einer durch die monströsen Erfahrungen des Nationalsozialis-

⁷⁰ „Das menschliche Leben ist die vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert“, BVerfGE 115, 118 (152); 109, 279 (311); 72, 105 (115); 39, 1 (42).

mus sensibel gemachten Vorstellung von der Würde des Menschen.⁷¹ Es gilt zu erkennen, dass die Würde des Menschen eine, ja die normative Quelle der Rechtsordnung ist: „das normative Fundament der neuen staatlichen Ordnung“ (*Ernst-Wolfgang Böckenförde*)⁷². Aus dieser Quelle folgen zwei Verzweigungen in die beiden großen Teile der Verfassung hinein. Ein Arm fließt in den Grundrechtsteil als gleich bemessener subjektivrechtlicher Entfaltungs- und Selbstbestimmungsanspruch des Einzelnen und der andere sodann in den Bereich der Staatstrukturprinzipien hinein als Selbstgestaltungsanspruch einer rechtsstaatlichen Demokratie, die ihre Idee und ihr Leitbild vom Menschen definiert. Dabei kann es zwischen dem individuellen Selbstbestimmungsanspruch und dem demokratischen Gestaltungsanspruch sowie dem verfassungsrechtlichen Verständnis der Würde zu Konflikten kommen. Das ist vorliegend der Fall, wenn der Wille, selbstbestimmt zu sterben, mit einer vom Parlament normierten oder verfassungsgerichtlich ermittelten gegenläufigen Wertvorstellung - zumindest was staatliche Beiträge zu diesem Sterbewunsch angeht - kollidiert.

Der Rechtsordnung sind solche Konflikte nicht fremd, sie können schmerzhaft Spannungen zwischen den beiden normativen Entwicklungssträngen einer freien Gesellschaft – individuel-

⁷¹ ... „die Menschenverachtung und tausendfache, vom Staat getragene Verletzung der Menschenwürde; die Deportationen, die gezielte Erniedrigung und Vernichtung von Menschen wegen ihrer Rasse oder Nationalität, die Behandlung von Menschen als disponibles Material.“ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Menschenwürde und Lebensrecht am Anfang und Ende des Lebens, Stimmen der Zeit 4/2008,245 (246).

⁷² *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Menschenwürde und Lebensrecht am Anfang und Ende des Lebens, Stimmen der Zeit 4/2008,245 (246).

ler Selbstentfaltung und demokratischer Gemeinwohlkonkretisierung – erzeugen und verlangen nach einer umsichtigen Rechtsanwendung. Ein Beispiel dafür neben der Abtreibungsproblematik oder der Präimplantationsdiagnostik ist die Diskussion über die Zulässigkeit der Leihmutterschaft. Sie wird bereits seit geraumer Zeit geführt, mit sehr unterschiedlichen Regelungen in der internationalen Staatenwelt. In Deutschland (ähnlich wie in Frankreich, Italien oder Spanien) sind die Herbeiführung einer Leihmutter-Schwangerschaft wie auch die Vermittlung von Leihmutterschaften grundsätzlich strafbar.⁷³ Obwohl der Kinderwunsch Ausdruck höchstpersönlicher Lebensgestaltung ist und als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von der Rechtsordnung zu respektieren ist, wird gleichwohl die Leihmutterschaft untersagt. Frauen sollen unter anderem „nicht aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu Wirtinnen fremder Embryonen degradiert werden“, „Kinder sollen nicht zur Handelsware verkommen“.⁷⁴ Diese Entscheidung des Gesetzgebers wird verstanden als eine Position, die die Überzeugung durchsetzt, „dass Leihmutterschaft die Menschenwürde von Kindern und Leihmüttern verletzt“.⁷⁵ Das kann in anderen Staaten und anderen Rechtskulturen mit guten Gründen auch anders gesehen werden: „In Indien wird – auch von den betroffenen Frauen selbst – gegen ein Verbot vorgebracht, es sei Sache der Frauen,

⁷³ § 1 Abs.1 Nr. 7 ESchG; §§ 13 c, 14 b AdVermiG. Zu andersartigen Wertungen: *Bertschi*, Leihmutterschaft. Theorien, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, 2014, 145 ff.

⁷⁴ *Martin Engel*, Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, 538 (541) unter Bezug auf BT-Drs. 11/4154, S. 10.

⁷⁵ *Anne Sanders*, Was ist eine Familie? – Der EGMR und die Mehrelternschaft, NJW 2017, 925 (927).

nicht des Staates, sich für oder gegen eine Leihmutterschaft zu entscheiden. Erforderlich sei eine Regulierung, um die freie Entscheidung der Frauen zu schützen, nicht ein Verbot.“⁷⁶

Der auch hierzulande häufig zu hörende apodiktische Verweis auf die alleinige Maßgeblichkeit des individuellen Selbstbestimmungsrechts verfehlt indes gerade die entscheidende Pointe der ambivalenten Konkordanz, die im Programmsatz der Würde des Menschen eingelassen ist. Eine freie Gesellschaft muss die Möglichkeit haben, in zentralen sittlichen Fragen ihr Menschenbild prospektiv und präventiv zu bestimmen und Gefahren einer Deformation der Achtung der Person durch Degradierung zum geschäftlichen oder sozialtechnischen Objekt bereits im Ansatz entgegenzuwirken. Was der Würde des Menschen entspricht, wird insofern komplementär entschieden: Von der Summe der Bürger eines Staates, von den Beteiligten am offenen Diskurs ebenso wie von Parlamenten mit demokratischem Herrschaftsanspruch oder Gerichten, die dazu berufen sind, den Vorrang der Verfassung durchzusetzen.

Der vorliegende Konfliktfall ist gekennzeichnet durch das sensible Thema der sog. assistierten Selbsttötung in existenziellen Notlagen verbunden mit der Behauptung einer staatlichen Schutzpflicht zur Verschaffung der letal wirksamen Substanzen. Die Antwort auf eine solche Frage kann allein als Resultat individueller Willensbildung in der staatsfreien Gesellschaft verstanden und behandelt werden, die den Staat darauf reduziert, nötige Mittel für den Vollzug dieser Entscheidungen bereitzustellen und seine Rechtsordnung der individuellen Entscheidung zur Selbstbestimmung anzupassen. Die freie individuelle Ent-

⁷⁶ *Anne Sanders*, a.a.O.

scheidung hat in einer Gesellschaft, die den Einzelnen in den Mittelpunkt der Rechtsordnung stellt, ein außergewöhnlich hohes Gewicht, aber sie kann nicht absoluten Geltungsrang mit dem Ergebnis einer Pflicht zur Beteiligung des Staates an einer höchstpersönlichen Entscheidung bedeuten, wenn in dieser „Assistenz“ zugleich die Gefahr einer künftig entstehenden Routine zur Verabreichung tödlich wirkender Substanzen erkennbar wird. Wohl gemerkt, es geht nicht darum, den gesellschaftlichen Wandel im Umgang mit dem frei gewählten Lebensende zu blockieren, sondern es geht allein darum, ob das Überschreiten der Schwelle zu einer pflichtmäßigen Beteiligung des Staates an der Selbsttötung als Gefahr der Erosion eines der grundrechtlichen Werteordnung entsprechenden Leitbildes verstanden werden darf.

Es gibt eine Dynamik der Schwellenüberschreitung, die bei der Herauslösung institutioneller Hindernisse auf den ersten Blick nur den Einzelnen Fall betreffen, in Wirklichkeit aber die Weichen in eine andere Richtung stellen, die dann weder durch Gesetzgebung noch durch Norminterpretation wirksam korrigiert werden kann. Es geht eben wie die weiteren Beispiele einer Kollision von Selbstbestimmungsrecht und den demokratischen konkretisierten Leitbildern einer grundrechtlichen Werteordnung zeigen, auch um eine strategische Entscheidung über den Zusammenhang des Rechts auf Selbsttötung, der staatlichen Assistenz oder gar *schleichenden Etablierung einer Kultur der Euthanasie*. Die Dynamik liegt sowohl im konkreten, wie auch in der allgemeinen Argumentation. Wenn heute die zuständige Behörde aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Sterbewilligen heraus verpflichtet ist, eine Erwerbserlaubnis einer an sich gesetzlich verbotenen Substanz zu erteilen, werden morgen gesetzliche Krankenversicherungen verpflichtet sein, diesen the-

rapeutischen Zweck auch zu finanzieren und übermorgen könnten Ärzte in staatlichen oder kirchlichen Krankenhäusern verpflichtet werden, die Hand zur Selbsttötung zu reichen. Wem das übertrieben vorkommt, der sollte gleichwohl die Warnungen des Deutschen Ethikrates ernst nehmen:

„Doch in vielen Fällen steht der Wunsch, eine subjektiv unerträgliche und durch anderweitige Maßnahmen nicht mehr zu lindernde, irreversible Leidenssituation durch Suizid zu beenden, in engem Zusammenhang mit der im individuellen Fall verfügbaren Versorgung und Unterstützung. Denn diese ist in vielen Bereichen, besonders im Hinblick auf Schmerztherapie, rehabilitative Pflege und Psychotherapie, immer noch defizitär.“⁷⁷

Man möchte hinzufügen: Diese Leistungen könnten in einer alternden Gesellschaft mit erhöhtem Pflegebedarf in Zukunft womöglich noch defizitärer werden und angesichts der vorherrschenden wirtschaftlichen Sachrationalität eine sanfte Strömung in Richtung Suizidassistenten begünstigen.⁷⁸

⁷⁷ Deutscher Ethikrat, Suizidprävention statt Suizidunterstützung. Erinnerung an eine Forderung des Deutschen Ethikrates anlässlich einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, Ad-hoc-Empfehlung, 2017 S. 3. Kritik an diesem Votum bei *Josef Franz Lindner*, Deutscher Ethikrat als praeceptor iurisdictionis, ZRP 2017, 148 ff.

⁷⁸ Diese Sogwirkung wird auch von maßgeblichen Vertretern der Strafrechtswissenschaft, die Kritik am Schutzzweck des 2015 neu eingefügten § 217 StGB üben, eingeräumt: *Claus Roxin*, Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative, NStZ 2016, 185 (187). Dort auch entsprechende Zitate. Mit den Worten des ehemaligen Ratsvorsitzenden der EKD, des Theologen *Wolfgang Huber*. „Das geschäftsmäßige Angebot ärztlicher Suizidassistenten enthält einen Anreiz dazu, von dieser Mög-

Aber auch über die Selbsttötung hinaus hat das Paradigma der absolut gesetzten Selbstbestimmung unabsehbare Konsequenzen: Wenn die Selbstbestimmung des Einzelnen in diesem Bereich existenzieller Notlagen allein maßgeblich ist, wird morgen bei Veränderungen im menschlichen Genom oder bei der Schaffung von Hybriden zwischen Mensch und Tier ebenfalls der absolute Selbstbestimmungsanspruch und nicht die Gemeinschaftsauffassungen über das Bild des Menschen und der Gesellschaft aus der Idee der Würde heraus bestimmend sein.

Ein, absolute Geltung beanspruchendes, individuelles Bestimmungsrecht bis in die Befreiung von repressiven Verboten oder bis in Verschaffungsansprüche hinein kann es nicht geben, ohne dass die Fähigkeit zur demokratischen Selbstbestimmung und die Verfassung als Ausdruck einer objektiven Werteordnung Schaden nähmen. Das hier in Rede stehende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts verfehlt diesen voraussetzungsvollen Zusammenhang, weil es allein auf das Selbstbestimmungsrecht des Sterbewilligen und das ihnen zustehende allgemeine Persönlichkeitsrecht abstellt und diese Perspektive zwar dem Lebensschutz, aber nicht dem Würdeschutz als Gemeinwohlkon-

lichkeit Gebrauch zu machen. Geschäftsmäßig ausgestaltet, wird die Suizidassistenten in die Anreizökonomie eingefügt, die in vielen Fällen an die Stelle einer Bedarfsökonomie getreten ist. Sterben und Tod müssen von dem Sog solcher ‚Incentives‘ frei bleiben.“ Oder auch über das wirtschaftliche Interesse hinausreichend, die Stellungnahme von *Ruth Rissing-van Saar*: „Ein im alltäglichen Leben akzeptierter und als gewöhnliche Dienstleistung in Anspruch genommener ‚Selbsttötungsservice‘ wird die Gefahr heraufbeschwören, dass Alte und Kranke sich genötigt oder verpflichtet sehen, Gründe dafür anführen zu müssen, warum sie weiterleben und aufwendig versorgt werden und (noch) nicht sterben wollen.“ Zitiert bei Roxin, a.a.O. S. 187.

kretisierung gegenüberstellt. Damit wird die gebotene Kontextbeurteilung als Kennzeichen jeder verfassungsrechtlich geforderten Würdediskussion abgebrochen, bevor sie begonnen wurde.

Darüber hinaus machen sich Gefahren bemerkbar, die nicht nur in einer vollständigen Dispositionsbefugnis des Einzelnen über das werttragende und im Geltungsanspruch absolut wirkende Fundament der Rechtsordnung begründet ist, sondern auch eine Veralltäglichsung des absoluten Würdeschutzes, der gerade im Hinblick auf Schutzpflichten nicht aus seinem begrenzten Kontext gelöst werden darf. Wenn Politiker oder Richter beginnen, die Würdegarantie zu einer offenen Formel zu machen, aus der deduktiv absolute Regelungsgehalte bis hinein in Leistungsansprüche gegenüber dem parlamentarisch geprägten Staat formuliert werden, tun sie genau das, wovon bereits vor einem Jahrzehnt *Ernst-Wolfgang Böckenförde* bei der Auslegung und Anwendung der Garantie der Würde des Menschen gewarnt hat:

„Die nähere Konkretisierung und Bestimmung dieses normativen Gehalts erfolgt von den Verletzungshandlungen her. Nicht auf eine positive Entfaltung und entsprechende Ableitungen kommt es an, die dann leicht der Menschenwürdegarantie alles zurechnen, was mit der Menschenwürde in Übereinstimmung steht, sondern auf Verletzungen die als solche eine Evidenz aufweisen. Es ist ähnlich wie bei der Gerechtigkeit. Das Bemühen, sie positiv zu bestimmen, führt leicht zu unterschiedlichen Auffassungen und streitigen Diskussionen, schließlich in ein bloßes Dafürhalten. Schnelle Übereinstimmung lässt sich

indes über elementares Unrecht erzielen, über das, was der Gerechtigkeit jedenfalls eindeutig widerspricht.“⁷⁹

Ein Staat, der *aktiv* Menschen ins Leid zwingen würde, erfüllte dieses Evidenzkriterium der Verletzungshandlung gewiss, wenn ihm nicht eine klare Rechtfertigung zur Seite steht wie in Lagen der Nothilfe. Aber auch bei der Versagung einer Leistung kann Evidenz eine Rolle spielen, jedoch nur dann, wenn akute Hilfe in einer existenzbedrohenden Lebenslage unabweisbar und möglich ist. Wenn eine bewusste Entscheidung zu einer Handlung eines Menschen dazwischentritt, einer Person, die Wahlmöglichkeiten besitzt, und wenn es - wie im besonders erschütternden Schicksal der Ehefrau des Klägers der Fortsetzungsfeststellungsklage - nur noch diese letzte Entscheidung zwischen Leben und Sterben ist, fehlt es an der Evidenz einer *dem Staat zurechenbaren* Verletzungshandlung. Der Staat des Grundgesetzes wird seine Rechtsordnung und die praktischen Voraussetzungen seiner Infrastruktur so ausgestalten, dass das Leben unter erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und auch der Vorgang des Sterbens möglichst ohne Leid erfolgt, aber er kann und muss nicht von Verfassungen wegen die vollständige Abwe-

⁷⁹ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Menschenwürde und Lebensrecht am Anfang und Ende des Lebens, *Stimmen der Zeit* 4/2008, 245 (248). Siehe auch bei *Rainer Forst*. „Der Begriff der Würde, der im Zentrum der Idee der Menschenrechte steht, ist somit kein metaphysisch oder ethisch begründeter, der mit einer Konzeption des guten Lebens verbunden wäre. Die Würde einer Person zu achten heißt vielmehr, sie als jemanden anzuerkennen, dem oder der gegenüber für Handlungen oder Normen, die ihn oder sie auf relevante Weise betreffen, angemessene Gründe geschuldet werden.“ *Rainer Forst*, *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik*, 2011, S. 84.

senheit von Leid mit der Alternative der assistierten Selbsttötung garantieren.

Demgegenüber kann nicht eingewendet werden, dass die Ausnahmeerlaubnis zum Erwerb der tödlichen Dosis eines Stoffes gar kein Leistungsvorgang, keine Verschaffung sei, weil ja bereits das Verbot, diese Substanz zu erwerben ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht und damit das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei. Wie schon weiter oben gezeigt⁸⁰, kann ein Gesetz das dem Betäubungsmittelmissbrauch allgemein zu dienen bestimmt ist, im Rahmen der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik nicht final als Verbotsgesetz für eine Selbsttötungshandlung angesehen werden, weil das nicht die Intention des Gesetzes ist und das auch nicht mittelbar aus der Sache heraus naheliegend und dem Staat als Eingriff zurechenbar ist, etwa weil diese Verwendung dem bestimmungsgemäßen Gebrauch von Betäubungsmitteln inhärent wäre. Wenn eine Produktgruppe in gerechtfertigter Weise generell dem Markt entzogen ist, wie dies bei Betäubungsmitteln der Fall ist, so ist die davon befreiende Erlaubnis eine „begünstigende“ Leistung des Staates.

6. Zwischenergebnis

Im Ergebnis erweist sich somit das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 bereits materiell als verfassungsrechtlich nicht haltbar. Es fehlt bei der verweigerten Befreiung vom gesetzlich angeordneten Erwerbsverbot an einem zurechenbaren Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Sterbewilligen. Es besteht darüber hinaus auch keine verfas-

⁸⁰ Oben B. 3.

sungsrechtliche Schutzpflicht, dem Sterbewilligen die für den Freitod notwendigen Mittel zu verschaffen oder ihm den Zugang zu ermöglichen.

7. Grenzen verfassungskonformer Auslegung

Auch in formeller Hinsicht bestehen erhebliche Zweifel am Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017. Insbesondere besteht Grund zu der Annahme, dass mit diesem Judikat die Grenzen methodisch zulässiger Auslegung, insbesondere auch die der verfassungskonformen Auslegung überschritten sind. Die verfassungskonforme Auslegung ist ein Instrument der Normerhaltung, denn die verfassungswidrige Norm wäre nichtig. Wenn mehrere einfachgesetzliche Auslegungen möglich sind, ist diejenige zu wählen, die eine Verfassungswidrigkeit vermeidet.⁸¹

„Das Gebot verfassungskonformer Gesetzesauslegung verlangt, von mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht (...).“⁸²

Gelangt nämlich ein Fachgericht wie das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass ein förmliches Bundes- oder Landesgesetz gegen Verfassungsrecht verstößt, so darf es die Norm nicht selbst verwerfen, also für nichtig erklären, sondern muss

⁸¹ Siehe auch zur normerhaltenden Auslegung einer Strafnorm: BVerfGE 126, 170 (198 f.) – Untreue.

⁸² BVerfGE 119, 247 (274). Siehe auch BVerfGE 98, 17 (45); 101, 54 (85 f.); 112, 164 (182 f.); 118, 212 (234).

sie nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlegen, weil insofern nur die Verfassungsgerichtsbarkeit ein Normverwerfungsmonopol für parlamentarisch beschlossene (formelle) Gesetze besitzt. Es besteht im System der Gewaltenteilung vor diesem Hintergrund immer die Gefahr, dass ein Fachgericht die Vorlage zu vermeiden sucht und die Norm bis an die Grenze methodischer Rechtsanwendung oder womöglich darüber hinaus so auslegt, dass ein Verfassungsverstoß vermieden wird. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass auch im Wege der verfassungskonformen Interpretation der „normative Gehalt einer Regelung nicht neu bestimmt“ werden darf und unter Verwendung der anerkannten Auslegungsmethoden stets zulässige Auslegung bleiben muss.⁸³ Erhöht wird die Gefahr eines Übergriffs der Rechtsprechung in die Sphäre der Gesetzgebung dann, wenn das Fachgericht dem Bundesverfassungsgericht an sich vorbehalten Fortentwicklung der Verfassungsinterpretation dazu nutzt, eine bislang von der Verfassungsrechtsprechung so nicht judizierte Verfassungsinterpretation „vorwegzunehmen“. Damit wird Verfassungsrechtsprechung in nur schwer korrigierbarer Weise autoritativ durch Fachgerichte ausgeübt, die kein Recht besitzen, das formelle Gesetz zu verwerfen. Damit verbunden kommt es auch dann zu einem Übergriff in die Kompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers, wenn mittels der so gewonnenen verfassungskonformen Auslegung dem Gesetz ein Inhalt unterlegt wird, der mit herkömmlichen Auslegungsmethoden nicht hätte ermittelt werden dürfen.

⁸³ BVerfGE 119, 247 (274); 69, 1 (55).

Allerdings ist die Auslegung von Verfassungsrecht gerade auch im Wege der verfassungskonformen Auslegung nicht auf die Verfassungsgerichtsbarkeit beschränkt und eine klare Grenzüberschreitung (Willkür) liegt in eindeutig zu beurteilender Weise erst dann vor, wenn gegen die Wortlautgrenze einer Norm verstoßen wird. Das heißt aber nicht, dass allein die Wortlautgrenze als Indikator für eine Überschreitung des Mandats zur verfassungskonformen Auslegung in Betracht käme. Das Bundesverfassungsgericht hat als unübersteigbare Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung auch gesetzgeberische Grundentscheidungen, Wertungen und die darin angelegten Zwecke der Regelung markiert.⁸⁴

Im vorliegenden Fall ist nichts dafür ersichtlich, dass dem Betäubungsmittelrecht eine Grundentscheidung zu staatlichen Unterstützungsleistungen beim Suizid entnommen werden kann. Umgekehrt ist es gerade die Sensibilität des parlamentarischen Gesetzgebers in anderen Rechtsmaterien, die die Auffassung bestätigt, dass für das Betäubungsmittelrecht eine solche Grundentscheidung gerade nicht parlamentarisch gefällt worden ist, obwohl es einer solchen Entscheidung schon unter Wesentlichkeitsgesichtspunkten bedürfte. Wie die jüngste Diskussion über § 217 StGB zeigt⁸⁵, hält der Gesetzgeber die assistierte Selbsttötung für ein ethisches Kardinalproblem gerade auch einer Gesellschaft, die durch die traumatische Erfahrung staatlich betriebener Euthanasie mit der intendierten Vernichtung

⁸⁴ BVerfGE 54, 277 (299).

⁸⁵ Zur Einführung der geschäftsmäßigen Beihilfe zur Selbsttötung: *Eric Hilgendorf*, Neue Strafbarkeitsrisiken für Ärzte und Pflegekräfte durch die Neuregelung des assistierten Suizids, PflR 2016, 556 ff.

„unwerten Lebens“ gekennzeichnet ist.⁸⁶ Es ist insofern einigermaßen kühn anzunehmen, der Bundesgesetzgeber habe eine so zentrale Frage gleichsam indirekt in einer Norm des Betäubungsmittelgesetzes dahingehend geregelt, dass der Staat verpflichtet sein könnte, durch die Befreiung vom Erwerbsverbot einer letalen Dosis praktisch Assistenz bei der Selbsttötung zu leisten.

Es ist hier, wenn nicht die Wortlautgrenze⁸⁷, dann aber doch der erkennbare Sinn und Zweck einer Norm, der im Kontext gerade auch der neueren Gesetzgebung ermittelt werden muss, und der der Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts unter methodischen Gesichtspunkten doch recht deutlich entgegensteht.⁸⁸ Damit korrigiert die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts mit den verfassungsrechtlich eingeräumten legislativen Gestaltungsvorrang bei der Umsetzung von grundrechtlichen Wertentscheidungen, der verlangt, dass „die rechtsanwendenden Gewalten ihren Schutzauftrag grundsätzlich nur

⁸⁶ *Manfred Lütz*, Es gibt keine Lizenz zum Töten, für niemanden, FAZ v. 11.12.2014 Nr. 288 S. 11.

⁸⁷ Der die Verwaltung bindende Versagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ist eigentlich hinreichend deutlich in seiner Tatbestandsformulierung, so dass die Subsumtion der Selbsttötung unter „die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung“ mit guten Gründen auch als Verstoß gegen die Wortlautgrenze verstanden werden kann.

⁸⁸ Ähnliche Kritik hat derselbe Senat des Bundesverwaltungsgericht bereits bei seiner Cannabis-Entscheidung auf sich gezogen (BVerwGE 154, 352 ff.). Siehe kritisch zu der Linie, die gesetzgeberische Entscheidung im Betäubungsmittelrecht umzudeuten in eine Art von Privatautonomie: *Klaus Ferdinand Gärditz*, Suizidale Betäubungsmittelautonomie, ... Fn. 3

innerhalb des gesetzlich normierten Schutzkonzepts wahrnehmen dürfen“⁸⁹. Es ist insofern bezeichnend, dass der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts sich beim Fehlen spezieller verfahrensrechtlicher Regelungen zur Feststellung der Ausnahmesituation auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beruft, die er im Grunde genommen erkennbar bereits bei der Widerspiegelung des gesetzgeberischen Willens für einschlägig hält. Mit Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Oktober 1978 hat das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG - also dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht - geurteilt, dass die Eintragung des männlichen Geschlechts eines Transsexuellen in das Geburtenbuch jedenfalls dann zu berichtigen ist, wenn es sich nach den medizinischen Erkenntnissen um einen irreversiblen Fall von Transsexualismus handelt und eine Geschlechtsanpassungsoperation durchgeführt worden ist.⁹⁰ In dieser Frage konnte es dem Gesetzgeber freigestellt werden, zu korrigieren, was das Bundesverfassungsgericht in verfassungskonformer Auslegung angenommen hatte, doch damit ist der vorliegende Fall nicht zu vergleichen. Es ging dort lediglich um die Richtigkeit eines Personenstandsregisters und nicht um eine derart belastete Entscheidung wie die staatliche Assistenz beim Suizid.⁹¹

⁸⁹ *Thilo Rensmann, Wertordnung und Verfassung*, 2007, S. 117.

⁹⁰ BVerfGE 49, 286 (301).

⁹¹ Dasselbe gilt solange es sich (nur) um Personenstandsfragen handelt, für die Verfassungswidrigkeit binärer Geschlechtseintragung, siehe BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16.

Auch ein gleichsam verborgener, ein impliziter Regelungswille in Richtung staatlicher Assistenz zur Selbsttötung kann gerade dem deutschen Bundesgesetzgeber nicht unterstellt werden: Dieses Thema ist viel zu sensibel, um nicht einen solchen Schritt parlamentarisch bewusster Grundentscheidung zu erfordern. Es spricht deshalb viel dafür, dass das Bundesverwaltungsgericht dem Bundesverfassungsgericht die Sache hätte vorlegen müssen, weil der nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts notwendige Befreiungstatbestand respektive eine Ausnahme vom Versagungsverbot dem Gesetz gerade nicht zu entnehmen ist und deshalb nach Auffassung des erkennenden Senats deshalb einer verfassungsrechtlichen Regelungspflicht nicht entsprochen hätte. Dem Gesetz wird – durch die mit der verfassungskonformen Auslegung vorgenommenen Korrektur des Bundesverwaltungsgerichts verdeckt – im formellen Sinne ein Verfassungsverstoß vorgeworfen und das löst die Vorlagepflicht von Art. 100 Abs. 1 GG aus. Ansonsten – also bei Ablehnung einer verfassungsunmittelbaren Pflicht zur Erteilung der Erlaubnis – hätte das Leipziger Gericht unter Berufung auf die Verantwortung des Gesetzgebers die Klage abweisen müssen.

Man kommt auch bei großem institutionellen Respekt einer im Rechtsschutzsystem höchstrichterlich positionierten und uneingeschränkt angesehenen Fachgerichtsbarkeit gegenüber nicht umhin, dem Bundesverwaltungsgericht bei dem hier einschlägigen Urteil tatsächlich eine gewisse „Hemdsärmlichkeit“ zu bescheinigen, wie dies *Klaus Ferdinand Gärditz* schon im Hinblick auf die prozessrechtlichen Voraussetzungen des Urteils („Abkehr von Strukturentscheidungen des geltenden Prozessrechts“)

getan hat⁹² – ein Eindruck, der sich auch im Umgang mit Verfassungsrecht bestätigt.

Das Bundesverwaltungsgericht hätte erkennen müssen, dass hier rechtsprechende Gewalt das Mandat zur Auslegung des einfachen Gesetzes auch im Lichte der Verfassung überschreitet, wenn es eine ersichtlich wesentliche Materie mit konkretisierenden Merkmalen für eine existenzielle Notlage gesetzesvertretend einer richterlich ersonnenen Regelung zuführt und damit die im Verfahren beteiligte Behörde programmatisch für künftige Fälle zu binden gedenkt. Dieses Vorgehen ist bei allen Wertungsspielräumen von Gerichten, gerade wenn es um die verfassungskonforme Auslegung geht, im vorliegenden Fall nicht mehr hinnehmbar, weil es in den Bereich wesentlicher Entscheidungen eingreift, die dem Gesetzgeber zur Regelung vorbehalten sind. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes besagt, dass das Handeln der Exekutive regelmäßig einer parlamentsgesetzlichen Grundlage bedarf.⁹³ Dies gilt insbesondere für Eingriffe in die Freiheitsrechte eines Bürgers. Dieser Grundsatz wird aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip hergeleitet.⁹⁴ Insbesondere aus dem Demokratieprinzip folgt, dass das Parlament, welches das einzig unmittelbar demokratisch legitimierte Staatsorgan ist, die für eine Gesellschaft wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat (sog. „Wesentlichkeitstheorie“).⁹⁵

⁹² *Klaus Ferdinand Gärditz*, Suizidale Betäubungsmittelautonomie?, Manuskript S. 3 bei Fußnote 18.

⁹³ BeckOK GG, Epping/Hillgruber, Art. 20, Rn. 172 ff.

⁹⁴ Ebd., Rn. 173.

⁹⁵ Siehe hierzu auch: u.a. BVerfGE 47, 46, (78 ff.).

Auch im Bereich der Leistungsverwaltung und im Fall des Erlasses begünstigender Verwaltungsakte ist anerkannt, dass den Gesetzgeber eine Pflicht zu parlamentsgesetzlichen Regelungen trifft, wenn es sich um eine wesentliche Frage von gesellschaftlicher Dimension handelt.⁹⁶ Ein Gericht kann deshalb eine Verwaltungsbehörde in bestimmten, wesentlichen Fachbereichen nicht zu einer Leistung verurteilen, ohne dass eine ausreichende gesetzliche Grundlage besteht.

Weiterhin gilt, dass neben dem Gesetzgeber nur die Exekutive ausnahmsweise zur Schaffung von Normen befugt sein kann.⁹⁷ Die Rechtsprechung ist daneben wie die nicht zur Normsetzung befugte Verwaltung an das anzuwendende Recht gebunden. Demzufolge hat sich die richterliche Rechtsauslegung und Rechtsanwendung in den Grenzen von Gesetz und Recht zu halten; eine richterliche Rechtsfortbildung ist nur dann erlaubt, wenn es sich um eine Ergänzung und sinngemäße Weiterbildung des geschriebenen Rechts handelt. Richter müssen bei der Gesetzesauslegung und –anwendung die gesetzgeberische Intention bzw. Sinn und Zweck des Gesetzes beachten und diese zur Geltung bringen.⁹⁸ Richterliche Rechtsfortbildungen, die nicht mehr vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt sind, sind unzulässig und verstoßen gegen Art. 20 Abs. 3 GG.

⁹⁶ BeckOK GG, Epping/Hillgruber, Art. 20, Rn. 176.

⁹⁷ *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 20, Rn 147.

⁹⁸ BVerfGE 87, 273 (280); *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 20, Rn 148.

Im Rahmen des Gewaltenteilungsprinzips ist die vom Grundgesetz vorgesehene Kompetenzverteilung zu beachten und zu berücksichtigen, dass primär den Gesetzgeber die Zuständigkeit zur Regelung und Ausgestaltung bestimmter Sachverhalte trifft. Übertragen auf den Fall bedeutet dies: Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet den § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG dahingehend auszulegen, dass der Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zwecke der Selbsttötung mit dem Zweck des Gesetzes, nämlich die Sicherstellung der notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung, ausnahmsweise vereinbar ist.⁹⁹ Es argumentiert, dass die Gesetzesmaterialien zum BtMG keine Anhaltspunkte dafür böten, dass eine Ausnahme vom Verbot einer Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zwecke der Selbsttötung generell ausgeschlossen sei.¹⁰⁰

Will man keinen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Verschaffung der tödlich wirksamen Substanz annehmen, so muss im Rahmen des einschlägigen Gesetzes der Betäubungsmittel Einsatz zu Selbsttötungszwecken somit als „Therapiemaßnahme“ verstanden werden. Das stellt eine erheblich erweiternde – wenn nicht den Wortsinn konterkarierende – Auslegung des Begriffs der medizinischen Versorgung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG dar. Da zumindest ohne Anhaltspunkt im Gesetzestext beantwortet das Bundesverwaltungsgericht eine wesentliche, der parlamentarischen Gesetzgebung vorbehalten Grundfrage.¹⁰¹

⁹⁹ BVerwG JZ 2017, 791.

¹⁰⁰ BVerwG JZ 2017, 791, 795.

¹⁰¹ Siehe hierzu auch: *Hillgruber*, JZ 2017, S. 777 (782): „Er (der Senat) hält sich in richterlicher Selbstermächtigung für befugt, (vermeintlich) erkanntes Verfassungsrecht unmittelbar zur Geltung zu bringen, so-

Das Bundesverwaltungsgericht greift damit in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers ein. Legt man den Entscheidungstenor zugrunde, so legalisiert das Bundesverwaltungsgericht zumindest mittelbar eine Sterbehilfe als Handlung nach dem Äquivalenzprinzip, die nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass der Tötungserfolg entfiere. Ungeachtet einer (möglichen) Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht handelt es sich bei der Fragestellung des sog. assistierten Suizids um eine Frage von derartiger gesellschaftlicher Dimension und wesentlicher Bedeutung, dass sie ausschließlich durch den Gesetzgeber beantwortet werden kann. Mit seiner Gesetzesinterpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG setzt das Bundesverwaltungsgericht *„seinen eigenen, verfassungsrechtlich begründeten rechtspolitischen Willen an die Stelle des Willens des Gesetzgebers“*.¹⁰² Darin ist ein Verstoß gegen das in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG niedergelegte Gewaltenteilungsprinzip und den Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes zu sehen, weshalb

lange und soweit der Gesetzgeber nicht ausdrücklich das Gegenteil anordnet. Er hält nicht eine gesetzliche Ermächtigung für die von ihm auszusprechende, unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete Rechtsfolge für erforderlich, sondern nur die Abwesenheit eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbots desselben. Damit wird die Autorität und Kompetenz des Gesetzgebers (...) missachtet. (...) Der Zweck des Gesetzes besteht darin, „dem Schutz der menschlichen Gesundheit zu dienen“. Dieser Zweck schließt die Erlaubnis des Erwerbs von Betäubungsmitteln zu Selbstmordzwecken aus, und zwar generell, ohne dass der Gesetzgeber es für diesen Fall und andere vom zwingenden Versagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG erfassten Fälle explizit aussprechen musste.“

¹⁰² Hillgruber, JZ 2017, S. 777 (783).

die Entscheidung bereits aus diesen Gründen als verfassungswidrig zu qualifizieren ist.

Die verfassungskonforme Auslegung eines Gerichts findet ihre Grenzen dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde.¹⁰³ Der Zweck des BtMG ist ausschließlich auf lebenserhaltende oder lebensfördernde Maßnahmen und Verwendungszwecke fokussiert. Das Bundesverwaltungsgericht geht hier über diese Grenzen hinaus. Denn es existiert mit § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG eine explizit vom parlamentarischen Gesetzgeber aufgestellte Ausnahme vom Verbot des Besitzes von Betäubungsmittel. Dies lässt eine bewusste Entscheidung für das Modell eines repressiven Verbotes mit Befreiungsvorbehalt¹⁰⁴ (und in der Folge gebundenen Versagungsgründen) erkennen. Mit anderen Worten: Der Zweck des BtMG kann als gesetzgeberische Grundentscheidung und Ausdruck staatlicher Schutzverpflichtung und unüberbrückbare Grenze richterlicher Rechtsfortbildung gesehen werden.¹⁰⁵

¹⁰³ BVerfGE 99, 341 (358); BVerfGE 119, 247 (274).

¹⁰⁴ *Stefan Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2017, Rn. 504 wählt exakt dieses Beispiel um die dogmatische Figur des repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt als Gegentyp zum präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu illustrieren.

¹⁰⁵ Durch die unvertretbare Auslegung und damit zugleich Verletzung der Vorlagepflicht an das Bundesverfassungsgericht, wurde den Verfahrensbeteiligten der gesetzliche Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entzogen.

8. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung

Insgesamt erweist sich sowohl in materieller Hinsicht als auch unter rechtsmethodischen und gewaltenteiligen Gesichtspunkten das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 als verfassungsrechtlich nicht haltbar. Das Betäubungsmittelgesetz wird ohne entsprechende parlamentarische Entscheidung zu einer normativen Hülle, um eine ethisch und politisch schwierige, weitreichende und konzeptionell richtungsändernde Auffassung durchzusetzen, die in der Sache wegen der übermäßigen Betonung des subjektiven Selbstbestimmungsrechts un- ausgewogen ist und in der vom Grundgesetz verfassten Kompetenzordnung nur dem parlamentarischen Gesetzgeber zustehen kann.

C. Bindung des BfArM an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017

1. Bindungswirkung als verfahrensbeteiligte Behörde und nach allgemeinen Grundsätzen

a) Bindung an Recht und Gesetz

Das BfArM ist als zuständige Bundesbehörde nach Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden. Was Recht und Gesetz im Einzelnen ist, legen unabhängige Gerichte für Verwaltungsbehörden verbindlich fest, es besteht insofern eine Befolgungspflicht insbesondere bei höchstrichterlichen Urteilen. Für Beteiligte eines Rechtsstreits im Verwaltungsprozess ist dies explizit gesetzlich angeordnet durch § 121 VwGO.¹⁰⁶ Im vorliegenden Fall ist das BfArM bereits als Beteiligte des einschlägigen Rechtsstreits an die Auslegung von § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG des

¹⁰⁶ *Fritz Ossenbühl*, die Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung, AöR 92 (1967), 478 ff.; *Karl August Bettermann*, Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung?, 1985. Diese jahrzehntealte Diskussion bleibt aktuell durch die im Steuerrecht geübte Praxis von Nichtanwendungserlassen des Bundesministers der Finanzen betreffend Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, die der Minister für verfehlt erachtet. In der Staatsrechtslehre wird vertreten, dass solche gegen die höchstrichterliche Rechtsprechung gerichteten Normanwendungserlasse rechtmäßig seien. *Fritz Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2007, § 101 Rn. 8.

Bundesverwaltungsgerichts gebunden. Dies gilt unmittelbar und formell allerdings nur für die jeweils konkret entschiedenen Fälle; die rechtskräftigen Urteile wirken nur *inter partes*, also zwischen den Streitbeteiligten.

Wäre das Bundesinstitut kein Beteiligter des Rechtsstreits oder handelt es sich um einen neuen Streitgegenstand, müsste sie die höchstrichterliche Rechtsprechung jedenfalls beachten und berücksichtigen, wäre aber nicht unmittelbar an sie gebunden und könnte insbesondere unter Hinweis auf höherrangiges Recht gegebenenfalls davon abweichen. Das wäre dann der Fall, wenn ein höchstrichterliches Urteil gegen Verfassungsrecht verstößt. Die Bindung der Exekutive an Recht und Gesetz im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG umfasst den gesamten Stufenbau der Rechtsordnung mit der Folge, dass das Recht mit Geltungs- oder Anwendungsvorrang der höheren Stufe den Vorzug genießt.

Da jedoch die Verfassungswidrigkeit der Auslegung eines Bundesgesetzes regelmäßig nicht evident ist, sondern erst durch das Bundesverfassungsgericht letztverbindlich festgestellt wird (vgl. Art. 100 GG), ist die Verwaltung im Grundsatz verpflichtet, auch von ihr für verfassungswidrig gehaltene Gesetze oder deren höchstrichterliche Interpretation zu befolgen. Auch die vorliegende verfassungsrechtliche Beurteilung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 führt zwar zu der Annahme eines Verfassungsverstößes, aber das steht nicht mit einer solchen Evidenz fest, dass Nichtbefolgung ausnahmsweise ohne weiteres, weil mit hoher Beurteilungssicherheit, gerechtfertigt erscheinen würde.

b) Materielle Rechtskraft und Bindung an höchstrichterliche Rechtsprechung

Für die Verwaltung, die beim Gesetzesvollzug die Normen im ersten Zugriff in eigener Verantwortung auslegt und anwendet, bestehen im Hinblick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung Beachtens- und Berücksichtigungspflichten.¹⁰⁷ Mit der in Art. 20 Abs. 3 GG niedergeschriebenen Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz geht somit nicht zwangsläufig auch eine Bindung an höchstrichterliche Rechtsprechung einher.

Wie erwähnt binden rechtskräftige Urteile gemäß § 121 VwGO, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist, die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger. Diese einfachgesetzliche Regelung über die materielle Rechtskraft dient dem Rechtsfrieden und schützt das Vertrauen in die Beständigkeit gerichtlicher Entscheidungen. Voraussetzungen für den Eintritt der Bindungswirkungen der materiellen Rechtskraft sind die formelle Rechtskraft sowie die materielle Rechtskraftfähigkeit der jeweiligen Entscheidung.

Die materielle Rechtskraft steht unter dem Vorbehalt, dass sich die Sach- oder Rechtslage nach Eintritt der formellen Rechtskraft nicht in entscheidungserheblicher Weise verändert hat. Schließlich ist die materielle Rechtskraft kein absolutes Prinzip, sie kann vielmehr in einer Reihe von Ausnahmefällen durchbrochen werden, um im Einzelfall der Richtigkeit einer zwar formell rechtskräftigen, aber inhaltlich falschen oder verfahrensrechtlich

¹⁰⁷ *Ossenbühl*, Die Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung, in AöR 92 (1967), S. 478 ff.

fehlerhaft zustande gekommenen Entscheidung Vorrang gegenüber dem Grundsatz der Rechtssicherheit einzuräumen.¹⁰⁸

Der Gesetzgeber hat aber auch die Möglichkeit, bei der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der durch die Rechtskraft vermittelten Rechtssicherheit und der auf die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung zielenden materiellen Gerechtigkeit letzterer den Vorrang einzuräumen. Dass der durch die Entscheidung hergestellte Zustand „schlechthin untragbar“ ist, ist als solches nicht zwingend ein Grund für eine Durchbrechung der Rechtskraft.¹⁰⁹

Immerhin ist diese Option, dass die Rechtskraft ausnahmsweise weichen muss, wenn die Aufrechterhaltung des durch die Entscheidung geschaffenen Zustandes „schlechthin untragbar“ wäre, in der Rechtsprechung erwogen und auch vom Bundesverwaltungsgericht schließlich ausdrücklich bejaht worden.¹¹⁰ Die Ausfüllung dieses wertenden Begriffs fällt schwer. Die „Unerträglichkeit“ der Aufrechterhaltung einer behördlichen Entscheidung bereits dann anzunehmen, wenn sich deren gerichtliche Bestätigung als „fehlerhaft“ erweist, dürfte Funktion und Wirkungsweise der Rechtskraft nicht hinreichend Rechnung tragen. Maßstab sollte eher sein, ob die (fortwirkenden) Folgen der feh-

¹⁰⁸ BeckOK VwGO/*Lindner* VwGO § 121

¹⁰⁹ str.; BVerwG NVwZ 1993, 672; anders BVerwGE 28, 127; Kopp/Schenke Rn. 30.

¹¹⁰ BVerwG NVwZ 2000, 204 (206); BVerwGE 135, 121 (132) = NVwZ 2010, 656; E 135, 137 (146) = NVwZ 2010, 652.

lerhaften Entscheidung untragbar sind.¹¹¹ Da im vorliegenden Fall sowohl mögliche Rechte von Menschen in existentiellen Notlagen als auch eine für das Menschenbild der Gemeinschaft zentrale Frage des Verständnisses von staatlich assistierter Selbsttötung auf dem Spiel steht, und solche Beiträge zur Selbsttötung irreversibel sind, spricht hier ausnahmsweise mehr dafür, den Grundsatz der Rechtsklarheit, der in der Bindungswirkung konkretisiert wird, zurücktreten zu lassen, schon um kein Präjudiz für den zur Entscheidung berufenen Gesetzgeber zu schaffen.

Man wird einer Bundesbehörde aber nicht ohne weiteres zumuten können, gestützt auf eine solche Rechtsbeurteilung die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts unangewendet zu lassen. Insofern wäre ein klärendes Wort, eine Weisung des zuständigen und parlamentarisch verantwortlichen Bundesministers wünschenswert, die vermutlich nur die Zeitspanne bis zur Entscheidung des Bundesgesetzgebers überbrücken würde.

c) Nichtanwendungserlasse und ihre Voraussetzungen

Anerkannt, etwa im Steuerrecht, sind „Nichtanwendungserlasse“ des Bundesministers der Finanzen betreffend Entscheidungen des Bundesfinanzhofes, die die Exekutive für verfehlt hält. Dieses Vorgehen ist prima vista rechtsstaatlich irritierend, wird aber

¹¹¹ *Schoch/Schneider/Bier/Clausing*, VwGO § 121 Rn. 107-108; insoweit zutr. die Abwägung in BVerwGE 135, 121 (136) = NVwZ 2010, 656; E 135, 137 (149) = NVwZ 2010, 652.

grundsätzlich als gerechtfertigt angesehen.¹¹² Diese Nichtanwendungserlasse müssen als BMF-Schreiben im Bundessteuerblatt wie eine allgemeine Verwaltungsvorschrift veröffentlicht werden und stellen eine Weisung im Sinne des Art. 108 Abs. 3 S. 2 GG i.V.m. Art. 85 Abs. 3 GG dar.¹¹³ Das BMF-Schreiben spiegelt den Willen der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder wider und bindet die Finanzverwaltung entgegen der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs in ihrer Rechtsanwendung. Die Nichtanwendungserlasse müssen mit einer ausreichenden Begründung versehen sein, was eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Urteilen des Bundesfinanzhofs erforderlich macht und voraussetzt.¹¹⁴

Allerdings werden Nichtanwendungserlasse verfassungspolitisch stark kritisiert, da sie die justizielle Autorität untergraben¹¹⁵ und der Rechtssicherheit schaden könnten.¹¹⁶ In diesem Kontext wird mit dem aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG abgeleiteten Gewaltenteilungsprinzip argumentiert. Das Gewaltenteilungsprinzip weist

¹¹² *Lange*, Die Nichtanwendung von Urteilen des BFH durch die Finanzverwaltung, NJW 2002, 3657 (3658); *Wilke*, in: Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 112, Rn. 53.

¹¹³ Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Der Nichtanwendungserlass im Steuerrecht, 2009, S. 7.

¹¹⁴ *Lange*, Die Nichtanwendung von Urteilen des BFH durch die Finanzverwaltung, NJW 2002, 3657 (3658).

¹¹⁵ Gerade auch im Lichte des Art. 92 GG, wonach die rechtsprechende Gewalt den Gerichten anvertraut ist.

¹¹⁶ *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 92, Rn. 26 ff.

den drei Gewalten die durch das Grundgesetz übertragenen Aufgabenbereiche zu und gebietet eine gegenseitige Loyalitätspflicht.¹¹⁷ Diese Loyalitätspflicht kann allerdings nicht derart weit reichen, dass die Verwaltung stets an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist, insbesondere weil dies den oben genannten Grundsätzen der Bindungswirkung (verwaltungs-)gerichtlicher Entscheidungen widerspräche. Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung kein Gesetzesrecht sei und somit auch keine dem Gesetzesrecht vergleichbare Bindungswirkung entfalten könne.¹¹⁸ Um dem Spannungsverhältnis der wechselseitigen Loyalitätspflicht einerseits und der exekutiven Eigenverantwortung andererseits gerecht zu werden, wird vertreten, dass das Instrument der Nichtanwendungserlasse restriktiv gehandhabt werden müsste und nur für die Fälle geeignet sei, in denen die Verwaltung von der offensichtlichen Rechtsfehlerhaftigkeit der Gerichtsentscheidung überzeugt sei, was die Verwaltung allerdings nachvollziehbar zu begründen habe.¹¹⁹ Nichtanwendungserlasse ohne eine hinreichende Begründung gelten regelmäßig als rechtswidrig.

Die generelle Gebräuchlichkeit der Nichtanwendungserlasse in der Finanzverwaltung und die Koppelung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen an das Steuerrecht bzw. das Finanzverwaltungsverfahren lassen eine Übertragung des Vorgenannten auf

¹¹⁷ Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Der Nichtanwendungserlass im Steuerrecht, 2009, S. 7.

¹¹⁸ BVerfGE 84, 212 (227).

¹¹⁹ *Spindler*, Der Nichtanwendungserlass im Steuerrecht, DStR 2007, 1061 (1065).

andere Rechtsgebiete allerdings als nicht selbstverständlich erscheinen, zumal es keine gesetzliche Grundlage für Nichtanwendungserlasse gibt. Sofern der Bundesminister für Gesundheit sich gehalten sähe, mit einem Erlass die Nichtanwendung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anzuordnen, müsste dieser aufgrund der Vergleichbarkeit förmlich ausgestaltet sein und eine Begründung vorsehen, warum die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus nicht angewendet werden soll.

d) Reaktionsmöglichkeiten und Notwendigkeiten bei Befolgung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts

Das BfArM dürfte demnach, solange keine ministerielle anderslautende Weisung erfolgt oder der parlamentarische Gesetzgeber durch eine die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts korrigierende Änderung des BtMG reagiert, sich aber gleichwohl an die Auslegung des § 5 Abs. 1 Nummer 6 BtMG des Bundesverwaltungsgerichts gebunden sehen, ohne einen Rechtsverstoß riskieren zu müssen. Das aber würde voraussetzen, dass die Behörde angesichts der erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken seinen auch vom Bundesverwaltungsgericht erkannten besonderen Pflichten der Sachverhaltsaufklärung und Motivationsprüfung mit Hilfe geeigneten Sachverständigen nachkommt und möglicherweise sogar eine für die Beantwortung solcher Fragen besser als eine Arzneimittelzulassungsbehörde vorbereitete Ethikkommission (etwa der Zentralen Ethikkommission der Bundesärztekammer) einschaltet. Dafür fehlt allerdings eine gesetzliche Grundlage, die Behörde müsste dies im Rahmen ihrer allgemeinen verwaltungsrechtlichen Untersuchungsbefugnisse gleichsam auf eigene Faust in Angriff

nehmen, was ein weiteres Mal belegt, in welche Schwierigkeiten das hier gegenständliche Urteil führt.

Die Erteilung der Erlaubnis zum Erwerb einer tödlich wirksamen Dosis von Natrium-Pentobarbital würde aber kein sicherer Weg für eine Behörde sein, um unerwünschten rechtlichen Konsequenzen aus dem Weg zu gehen.¹²⁰

e) Verweigerung der Erwerbserlaubnis

Es ist allerdings auch denkbar, dass unter Hinweis auf die erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken die Behörde sich weigert, eine Erwerbserlaubnis nach § 3 BtMG auszusprechen. Damit liefe die Behörde Gefahr, eine Rechts- und Amtspflichtverletzung zu begehen, weil sie die Bindung an eine für sie verbindliche Entscheidung verneint. Andererseits steht die zuständige Behörde vor einer unter Zeitdruck praktisch unlösbaren Aufgabe. Sie muss mit aller geboten Sorgfalt prüfen, ob eine existenzielle Notlage nach den Kriterien des Bundesverwaltungsgerichts vorliegt und darf hier an dieser Stelle gerade wegen der erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken nicht im Zweifel für den Antragsteller entscheiden.

Die Frage, was die Behörde konkret im Falle einer Beantragung einer Erlaubnis zum Erwerb von Natrium-Pentobarbital zum Zwecke der Selbsttötung in Befolgung des Urteils zu tun hat, kann nicht allein auf der einfachgesetzlichen Ebene entschieden werden. Vielmehr muss auch bei der Befolgung des Urteils die

¹²⁰ Dazu nachfolgend C. 2.

verfassungsrechtliche Einwirkung bis hinein in das Verfahren beachtet werden.

2. Mögliche Strafbarkeit von Mitarbeitern des BfArM und Apothekern nach § 217 StGB

a) Für den Fall einer Erlaubniserteilung stellt sich die Frage nach der Strafbarkeit von Mitarbeitern des BfArM sowie Apothekern nach § 217 StGB. Diese Norm pönalisiert die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung und ist ihrerseits ebenfalls (verfassungsrechtlich) umstritten.¹²¹ Als Tathandlung listet die Norm das Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln einer Gelegenheit zur Selbsttötung auf. Unter gewähren bzw. verschaffen einer Gelegenheit im Sinne dieser Norm wird das Herbeiführen der äußeren Umstände, die die Vornahme der Suizidhandlung ermöglichen oder zumindest erleichtern, verstanden.¹²² „Vermitteln“ bedeutet die Herstellung des konkreten Kontakts zwischen der suizidwilligen Person und der Person, die die Gelegenheit zur Selbsttötung gewährt oder verschafft¹²³. Während man mit dieser Definition ggf. eine strafbare Handlung von Mitarbeitern des BfArM und Apothekern (Positivbescheid als Vermittlung und Zurverfügungstellung der letalen Dosis des Betäubungsmittels als Verschaffung) noch einigermaßen verlässlich annehmen kann, zeigen sich Probleme der Strafnorm beim Tatbestands-

¹²¹ Zur Darstellung: *Oglakcioglu*, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 217, Rn. 11 ff.

¹²² Ders., Rn. 17.

¹²³ Ders., Rn. 22.

merkmal der „Geschäftsmäßigkeit“ dieses Handelns, die von § 217 StGB vorausgesetzt wird.

b) Der Gesetzgeber hat sich damit bewusst gegen das Merkmal der „Gewerbsmäßigkeit“ entschieden, damit Sterbehilfeorganisationen durch die Schaffung von Vereinsstrukturen unter Verzicht auf die Gewinnerzielungsabsicht nicht in die Straffreiheit gelangen können.¹²⁴ Geschäftsmäßigkeit setzt demzufolge nur voraus, dass der Handelnde die Absicht besitzt, die tatbestandliche Handlung in gleicher Art zu wiederholen und sie dadurch zu einem dauernden oder wenigstens zu einem wiederkehrenden Bestandteil seiner wirtschaftlichen oder beruflichen Betätigung zu machen.¹²⁵

Eine Subsumtion des Handelns von Mitarbeitern des BfArM und Apothekern unter dieses Tatbestandsmerkmal erscheint indes nur sehr schwer vertretbar. Teilweise wird angenommen, dass die Suizidhilfe nur dann geschäftsmäßig betrieben werde, wenn sie von einer Person oder Einrichtung, die sich ausschließlich oder im Schwerpunkt mit Suizidförderung beschäftigt, gegen Entgelt angeboten wird¹²⁶, was konsequenterweise bereits ein tatbestandsmäßiges Handeln ausschließen würde, wobei die Erhebung einer Verwaltungsgebühr indes wiederum Probleme bereiten könnte.

¹²⁴ Ders., Rn. 4.

¹²⁵ Ders., Rn. 25.

¹²⁶ Weigend/Hoven, § 217 StGB – Bemerkungen zur Auslegung eines zweifelhaften Tatbestandes, ZIS-Festschrift 2016, 681 (691).

Eine Geschäftsmäßigkeit im Sinne von § 217 StGB kommt in den vom Bundesverwaltungsgericht benannten Extrem- und Notfällen, in denen die einzig zumutbare Alternative die Erlaubnis für ein lebensbeendendes Medikament zum Zwecke der Selbsttötung sei, wohl nicht in Betracht.¹²⁷ Jedenfalls wäre auch der vom Gesetzgeber intendierte Schutzzweck nicht berührt, da das BfArM keine eigenen Interessen verfolgt und nur dem vom Bundesverwaltungsgericht postulierten Grundrechtsschutz schwerstkranker Menschen Rechnung zu tragen hätte. Das Bundesverwaltungsgericht will das BfArM nicht „zum Handlanger einer Selbsttötung“ oder zur „Ausgabestelle für Tötungsmittel“ machen wie das pönalisierte Verhalten charakterisiert wird.¹²⁸ Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts könnte man zudem argumentieren, das Urteil verlange verfassungsrechtlich betrachtet keine aktive staatliche „Suizidbeihilfe“, sondern „nur“ den passiven Verzicht auf einen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff durch Aufrechterhaltung des Erwerbsverbots.

Doch einer eindeutigen Beurteilung steht „die Unbestimmtheit des zentralen unrechtsbegründenden Begriffs der Geschäftsmäßigkeit in § 217 StGB“¹²⁹ entgegen. Zum Teil wird in der Strafrechtswissenschaft vertreten, dass die Positivbescheidung eines Antrags durch einen Mitarbeiter des BfArM sehr wohl als geschäftsmäßige Vermittlung einer Gelegenheit zum Suizid anzu-

¹²⁷ Brade/Tänzer, Der Tod auf Rezept?, NVwZ 2017, 1435 (1439).

¹²⁸ Schütz/Sitte, Sterben-Dürfen an der Grenze der Verhältnismäßigkeit, NJW 2017, 2155 (2156).

¹²⁹ Gunnar Duttge, Der neue Straftatbestand einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, NJW 2016, 120 (123).

sehen sei¹³⁰, wenngleich die Strafbarkeit im Ergebnis ebenfalls zwingend abgelehnt werden müsste.¹³¹ Auch wenn ein tatbestandsmäßiges Verhalten von Mitarbeitern des BfArM und zwangsläufig auch Apothekern vorläge, so müsse man den Tatbestand des § 217 StGB verfassungskonform auslegen bzw. teleologisch reduzieren, weil dieser „in Erfüllung“ einer verfassungsrechtlichen Pflicht – und sei es nur Art. 20 Abs. 3 GG – verwirklicht werde. Insoweit erscheint jedoch problematisch, dass dies sowohl der gesetzgeberischen Intention widerspreche als auch nicht vom Wortlaut der Norm gedeckt sei, sodass zur Ablehnung der Strafbarkeit ein „materiell-verfassungsrechtlicher Unrechtsausschluss“ diskutiert wird.

c) Eine Strafbarkeit nach § 217 StGB für Mitarbeiter des BfArM erscheint nach alledem kaum vertretbar. Abweichende Interpretationen können wegen der noch offenen Entscheidungspraxis einer noch jungen Norm aber auch nicht definitiv ausgeschlossen werden.

3. Konsequenzen für Apotheker aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 2. März 2017 nicht darüber entschieden, welche Rechte und Pflichten Apotheker haben, denen eine vom BfArM ausgestellte Erlaubnis nach § 3 I Nr. 1 BtMG auf Erwerb einer letalen Dosis eines Be-

¹³⁰ Zum Indikator der Wiederholung siehe *Duttge*, Der neue Straftatbestand einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, NJW 2016,120 (123).

¹³¹ Hier und nachfolgend: *Oglakcioglu*, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 217, Rn. 12c.

täubungsmittels vorgelegt wird (ne ultra petita). Für das BfArM kann aber die Frage relevant werden, was geschähe, wenn Apotheken sich weigerten die durch die Erwerbserlaubnis bezeichnete Substanz in letal wirkender Menge abzugeben. Unter Umständen könnte dann vertreten werden, dass die zuständige Behörde dann nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verpflichtet wäre, auf Apotheken entsprechend einzuwirken oder – wenn das erfolglos bliebe – womöglich selbst die Substanz zur Verfügung zu stellen. Aus Sicht eines Apothekers stellt sich aber insbesondere die Frage, ob er zur Abgabe (vgl. § 12 Abs. 3 Nr. 1a BtMG) einer letal wirkenden Dosis eines Betäubungsmittels verpflichtet ist, wenn eine suizidwillige Person eine Erwerbserlaubnis des BfArM nach § 3 I Nr. 1 BtMG vorlegen kann. Eine rechtliche Pflicht zur Abgabe einer letal wirkenden Dosis eines Betäubungsmittels bestünde dann, wenn sich ein öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Kontrahierungszwang der Apotheker begründen ließe.

a) Kein Kontrahierungszwang aus § 17 Abs. 4 ApBetrO

§ 17 Abs. 4 Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) normiert einen Kontrahierungszwang bei Vorliegen einer Verschreibung. In § 2 Abs. 1 Arzneimittelverschreibungsverordnung (AMVV) werden die Anforderungen an eine Verschreibung festgelegt. Es handelt sich um die einzelfallbezogene, sachverständige Feststellung eines Arztes, Zahnarztes oder Tierarztes, dass die Abgabe eines oder mehrerer bestimmter Arzneimittel in der verordneten Menge für die betreffende Person medizinisch gerechtfertigt ist.¹³² Zwar gilt § 2 Abs. 1 AMVV unmittelbar nur für

¹³² *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung Kommentar, § 17, Rn. 649.

Arzneimittel. Das Erfordernis, dass eine Verschreibung von einem Arzt, einem Zahnarzt oder einem Tierarzt ausgestellt werden muss, ergibt sich aber gleichermaßen für Betäubungsmittel auch aus den Vorschriften der Betäubungsmittelverschreibungsverordnung (BtMVV), vgl. §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 BtMVV.

Die ärztliche Verschreibung einer letal wirkenden Dosis eines Betäubungsmittels wird indes voraussichtlich nicht ausgestellt werden. Dies widerspricht dem ärztlichen Berufsethos. Nach den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung gilt: „Die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung ist keine ärztliche Aufgabe“.¹³³ Würde das BfArM unter Beachtung der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts eine Erlaubnis zum Erwerb einer letalen Dosis eines Betäubungsmittels nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ausstellen, so würde apothekenrechtlich insoweit keine ärztliche, zahnärztliche oder tierärztliche Person handeln.

Aus § 17 Abs. 4 ApBetrO ergibt sich deshalb nicht, dass ein Apotheker bei Vorlage einer vom BfArM erteilten Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG verpflichtet wäre, eine letale Dosis eines Betäubungsmittels abzugeben. Der durch § 17 Abs. 4 ApBetrO normierte Kontrahierungszwang gilt für den hier fraglichen Fall jedenfalls nicht direkt.

¹³³ Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt, Jg. 108, Heft 7 v. 18.02.2011, A 346; Deutscher Ethikrat, Ad-hoc-Empfehlung zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft v. 18.12.2014; vgl. auch BVerwG, NJW 2017, 2215 (2216); *Schütz/Sitte*, NJW 2017, 2155 (2155).

b) Analoge Anwendung des § 17 Abs. 4 ApBetrO

Allenfalls ließe sich ein Kontrahierungszwang für Apotheker durch eine analoge Anwendung des § 17 Abs. 4 ApBetrO begründen. Dies erfordert das Bestehen einer Regelungslücke, die planwidrig sein muss. Eine Regelungslücke ließe sich darin erblicken, dass die ApBetrO den Fall nicht erfasst, dass eine vom BfArM ausgestellte Erwerbserlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG vorliegt. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke könnte unter Beachtung des sog. Apothekenmonopols bejaht werden. Die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln und unter Umständen eben auch mit Betäubungsmitteln ist grundsätzlich den Apotheken vorbehalten, § 43 Abs. 1 AMG (sog. Apothekenmonopol¹³⁴). Die Inhaber einer Erwerbserlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG sind deshalb darauf angewiesen, dass sie die Betäubungsmittel auch in der Apotheke erwerben können. Würde man mit dem Bundesverwaltungsgericht davon ausgehen, dass das Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich des eigenen Todeszeitpunktes aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auch den ausnahmsweise freien Zugang zu einer tödlichen Dosis eines Betäubungsmittels umfasst, so wäre dieser Zugang nur dann ausreichend gewährleistet, wenn ein Erwerb des Betäubungsmittels unter Vorlage der Erlaubnis auch stattfinden könnte. Die Nichterfassung von Erlaubnissen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG durch § 17 Abs. 4 ApBetrO ließe sich unter Beachtung dessen als planwidrig ansehen. Die Erwerbserlaubnis nach § 3 BtMG könnte – ungeachtet der Selbsttötungsproblematik – ohnehin jedenfalls funktionell der Verschreibung gleichstehen, so dass nicht einzusehen wäre, warum hier kein Abgabegebot herrschen soll.

¹³⁴ Vgl. auch BVerfG, NJW 1959, 667 (667ff.).

Planwidrig wäre eine solche Lücke aber nur, wenn der Gesetzgeber nicht eine Entscheidungsfreiheit des Apotheker im Rahmen seiner besonderen Fachkunde hier gerade wollte, weil ja die ärztliche Beurteilung des Einzelfalls mangels Verschreibung ausscheidet und unklar ist, ob die zuständige Behörde diese Rolle vollständig wahrnehmen soll.

Ginge man gleichwohl davon aus, dass die planwidrige Regelungslücke zu bejahen sei, so müsste die zweite Voraussetzung für eine Analogie erfüllt sein. Die bestehenden Interessenlagen bei einem Kontrahierungszwang nach § 17 Abs. 4 ApBetrO und einem Kontrahierungszwang bei Vorliegen einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG auf Erwerb einer letalen Dosis eines Betäubungsmittels müssen auch vergleichbar sein. Es sind die Interessen aller Beteiligten zu berücksichtigen, zum einen die Interessen der Betäubungsmittelerwerber und zum anderen die Interessen der veräußernden Apotheker.

Sinn und Zweck des § 17 Abs. 4 ApBetrO ist es, die ordnungsgemäße Versorgung einer erkrankten Person mit Arzneimitteln sicherzustellen. Risiken für Gesundheit und Leben sollen abgewehrt werden. § 17 Abs. 4 ApBetrO knüpft damit an § 1 BApO und § 1 Abs. 1 ApoG an, die den Apothekern die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zur Sicherung der Gesundheit überantworten. § 17 Abs. 4 ApBetrO soll sicherstellen, dass erkrankte Personen die erforderlichen Medikamente in jedem Fall erhalten. Erkrankte Personen werden davor geschützt, dass ein Apotheker unter Berufung auf seine Vertragsfreiheit den Verkauf eines Medikamentes verweigert.

Auch eine Person, die eine Erlaubnis zum Erwerb einer letal wirkenden Dosis eines Betäubungsmittels nach § 3 Abs. 1 Nr. 1

BtMG erhalten hat, möchte ihre Grundrechte gewahrt sehen. Für sie würde ein Kontrahierungszwang die effektive Wahrung ihres Rechts auf Selbstbestimmung hinsichtlich des eigenen Todeszeitpunktes aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG¹³⁵ bedeuten. Insofern ließe sich argumentieren, dass die Interessenlagen eines Medikamentenerwerbers mit einer Verschreibung und eines Betäubungsmittelerwerbers mit einer Erlaubnis nach § 3 I Nr. 1 BtMG vergleichbar sind. Beide sind darauf angewiesen, dass der Apotheker ihnen die Mittel aushändigt, damit eine Wahrung ihrer jeweiligen Grundrechte sichergestellt ist.

Anders könnte der Fall der Interessenbeurteilung bei Apothekerinnen und Apothekern liegen. Normen, die einen Kontrahierungszwang festschreiben, liegt eine umfassende Interessenabwägung zugrunde. Sie bedeuten einen erheblichen Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG gestützte Privatautonomie, weil sie für bestimmte Fälle die Vertragsfreiheit gänzlich ausschließen. Im konkreten Fall des § 17 Abs. 4 ApBetrO wird zudem auch in Form einer Berufsausübungsregelung in die Berufsfreiheit der Apotheker aus Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen. Insofern sind maßgebend auch die Interessen der Apotheker zu berücksichtigen. Eine analoge Anwendung des § 17 Abs. 4 ApBetrO kann nur erfolgen, wenn auch die Apothekerinteressen in beiden Situationen gleichlaufend und folglich vergleichbar sind.

Der Apotheker hat sich durch seine Berufswahl der Heilung von Personen verschrieben und trägt insoweit auch eine Verantwor-

¹³⁵ Dazu *Schulte-Fielitz*, in: Dreier Kommentar GG, Art. 2 II, Rn. 32, 63f.; *Roxin*, NStZ 2016, 185 (186); *Müller-Terpitz*, in: Handbuch des Staatsrechts VII, § 147, Rn. 101.; BGHSt 55, 191 (191ff.); BGHZ 202, 226 (226ff.); EGMR, NJW 2011, 3773 (3774).

tung für die Verwirklichung von Gemeinwohlinteressen.¹³⁶ Er verfolgt primär die Förderung der Gesundheit und den Schutz des menschlichen Lebens. Handelsware stellen die von ihm verkauften Medikamente nur zweitrangig dar. Den Interessen des Vertragspartners wird der Vorrang eingeräumt, während das eigene Gewinnstreben zurückgestellt wird.¹³⁷ Der apothekenrechtliche Arzneimittelversorgungsvertrag kann demzufolge auch nicht als bloßer Kaufvertrag eingeordnet werden. Vielmehr handelt es sich um einen gemischten Vertrag, der sowohl kaufvertragliche als auch behandlungsvertragliche Elemente aufweist. Aufgrund des behandlungsvertraglichen Elementes ist der Apotheker insbesondere zur Beratung und Information verpflichtet, diese Pflicht ist auch in § 20 Abs. 1 ApBetrO normiert.¹³⁸

Aus alledem folgt, dass die Interessen des Apothekers darauf ausgerichtet sind, die Gesundheit seines Vertragspartners zu fördern und zu schützen. Mit dieser Maßgabe ist es inkompatibel, wenn der Apotheker eine letal wirkende Dosis eines Betäubungsmittels herausgeben soll. Abhilfe würde auch nicht dadurch geschaffen, wenn man davon ausginge, dass der Verkauf des Betäubungsmittels dem Selbstbestimmungsrecht der erkrankten Person hinsichtlich der Festlegung des eigenen Todeszeitpunktes aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ent-

¹³⁶ *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung Kommentar, § 17, Rn. 11; vgl. auch *Filmer*, Das Gewissen als Argument im Recht, S. 52f.

¹³⁷ *Wigge/Schütz*, A&R 2015, 243 (243); *Breyer*, Bundesapothekengesetz, § 1, S. 161f.; *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, S. 59; BVerfGE 17, 232 (239); BVerfGE 94, 372 (391).

¹³⁸ *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung Kommentar, § 17, Rn. 60.

spricht. Das Berufsethos des Apothekers verpflichtet ihn zum Schutz der Gesundheit, nicht zum Schutz der Selbstbestimmung.¹³⁹

Auch aus Gründen der Gewissensfreiheit lässt sich ohne gesetzliche Entscheidung keine Klarheit allein durch richterliche Lückenschließung hinsichtlich vergleichbarer Interessenlagen herbeiführen. Art. 4 Abs. 1 GG schützt sowohl die Freiheit der Gewissensbetätigung (*forum internum*), als auch die Freiheit der Gewissensberücksichtigung (*forum externum*).¹⁴⁰ Das Gewissen lässt sich einordnen als die selbst wahrgenommene Verantwortlichkeit des Einzelnen für seine Handlungen, es geht um innere moralische Steuerung.¹⁴¹ Eine Gewissensentscheidung wird definiert als „jede ernstliche sittliche, d.h. an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.“¹⁴²

Daraus folgt zunächst, dass ein Apotheker eine Gewissensentscheidung hinsichtlich des Verkaufs einer letal wirkenden Dosis eines Betäubungsmittels treffen darf. Man wird vermuten dürfen, dass das Berufsethos der Apotheker und die entsprechenden Normen des Ständerechts eine Richtung für die Gewis-

¹³⁹ *Auerbach/Wisniewska*, PZ online, 36/2013.

¹⁴⁰ *Mückl*, in: Bonner Kommentar GG, Art. 4, Rn. 110; *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität der positiven Rechts, S. 232ff.

¹⁴¹ *Morlok*, in: Dreier Kommentar GG, Art. 4, Rn. 93.

¹⁴² BVerfGE 12, 45 (55).

sensentscheidungen des Apothekers vorgeben, nämlich die gewissenhafte Ablehnung der Abgabe einer letal wirkenden Dosis eines Betäubungsmittels. Die Normen des Standesrechts bieten zugleich auch objektive und konkrete Anhaltspunkte für die Darlegung einer Gewissensnot, die der Apotheker zur Überzeugung des Tatrichters wird vorbringen müssen.¹⁴³ Für die hier behandelte Fragestellung ist zudem relevant, dass die ausgeprägte höchstpersönliche Komponente der Gewissensfreiheit regelmäßig auch auf die Eingehung bzw. Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen zwischen Privaten Einfluss nimmt.¹⁴⁴ Auch in diesem Zusammenhang gewährleistet die Gewissensfreiheit dem Grundrechtsträger subjektiv empfundene Zumutungen abzuwehren und ihm geboten Erscheinendes zu realisieren.¹⁴⁵ Erscheint es einem Apotheker subjektiv als Zumutung, eine letal wirkende Dosis eines Betäubungsmittels an einen Inhaber einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG herauszugeben, so fällt diese Konstellation in den Schutzbereich der Gewissensbetätigungsfreiheit.

Aus dem Schutz der Gewissensberücksichtigung durch Art. 4 Abs. 1 GG folgt darüber hinaus, dass der Apotheker als Grundrechtsträger staatlichen Organen auch die Beachtung und Respektierung seiner getroffenen Gewissensentscheidung abverlangen kann. Er muss auch gemäß seiner Gewissensentschei-

¹⁴³ BVerwGE 41, 261 (268); BVerwGE 105, 73 (87); *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 4, Rn. 168; *Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, S. 558ff.

¹⁴⁴ Grundlegend dazu *Bosch/Habscheid*, JZ 1954, 213ff.; *Scholler*, Die Freiheit des Gewissens, S. 182ff.

¹⁴⁵ *Mücke*, in: Bonner Kommentar GG, Art. 4, Rn. 113.

dung handeln können.¹⁴⁶ Daraus lässt sich zwar kein Leistungsanspruch ableiten, wohl aber ein Abwehrrecht¹⁴⁷ dahingehend, dass der Apotheker nicht zum Verkauf einer letal wirkenden Dosis eines Betäubungsmittels im Wege eines Kontrahierungszwangs verpflichtet wird.

Nähme man einen Kontrahierungszwang durch analoge Anwendung des § 17 Abs. 4 ApBetrO an, so würde der Schutzbereich der Gewissensfreiheit erheblich verkürzt. Wegen der Schrankenfreiheit des Grundrechts der Gewissensfreiheit ließe sich dieser Eingriff nur mit dem Schutz kollidierenden Verfassungsrechts rechtfertigen. Als zu schützendes kollidierendes Verfassungsrecht käme vorliegend das Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich des eigenen Todeszeitpunktes aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG in Betracht. Die jeweiligen Verfassungsgüter wären miteinander abzuwägen. Dabei ist zu beachten, dass das Recht auf Selbstbestimmung u.a. durch die Rechte anderer ausdrücklich beschränkt wird, Art. 2 I GG. Es besteht nur im Rahmen der Rechtsordnung.

Inwieweit eine beruflich angedockte Entscheidung durch die Gewissensfreiheit legitim determiniert werden darf, ist nur sehr vereinzelt in der Rechtsprechung behandelt worden. So entschied das Bundesarbeitsgericht, dass ein Arzt aufgrund seiner Gewissensfreiheit verweigern kann, an der Entwicklung einer Substanz mitzuwirken, welche die Symptome der Strahlen-

¹⁴⁶ *Morlok*, in: Dreier Kommentar GG, Art. 4, Rn. 100, 119.

¹⁴⁷ Vgl. *Freihalter*, Gewissensfreiheit, S. 196f.; zur Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat allgemein BVerfGE 7, 198 (204); BVerfGE 21, 362 (369); BVerfGE 68, 193 (204f.).

krankheit zeitweise unterdrücken soll.¹⁴⁸ Das Bundessozialgericht entschied, dass ein Zahnarzt nicht aufgrund einer kassenärztlichen Pflicht zur Verwendung von Amalgam gezwungen werden kann, wenn er dies für schädlich hält und die Verwendung von schädlichen Materialien mit seinem „ärztlichen Gewissen“ nicht vereinbaren kann.¹⁴⁹ Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Apotheker aus Gewissensgründen die Herausgabe eines verschriebenen Medikamentes verweigern kann, ist in Deutschland bisher nicht richterlich entschieden worden. Der EGMR hat am 04.10.2001 entschieden, dass die Verhängung eines Bußgeldes gegen einen Apotheker, der sich aus Gewissensgründen weigert, die Pille abzugeben, nicht gegen Art. 9 EMRK verstößt.¹⁵⁰ Zu der Frage, ob ein Apotheker entgegen § 17 Abs. 4 ApBetrO die Herausgabe nidationshemmender Medikamente verweigern darf,¹⁵¹ hat das Bundesministerium für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit ein Schreiben herausgegeben.¹⁵² Das Bundesministerium vertritt die Ansicht, dass es ein auf die Gewissensfreiheit gegründetes Recht des Apothekers aus Art. 4 I GG geben muss, die Abgabe des Nidationshemmers zu verweigern. Dies soll allerdings nur insoweit gelten, als die

¹⁴⁸ BAG, NJW 1990, 203 (204).

¹⁴⁹ BSG, Urt. v. 08.09.1993, Az. 14 a RKa 7/92.

¹⁵⁰ EGMR, Pichon/Sajou v. Frankreich, Urt. v. 04.10.2001, Beschwerde-Nr. 49853/99.

¹⁵¹ Dazu schon *Bosch/Habscheid*, JZ 1954, S. 213ff.

¹⁵² Schreiben des Bundesministeriums für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit v. 30.12.1986 veröffentlicht in: *Cyran/Rotta*, Apothekenbetriebsordnung, § 17, Rn. 491.

Nidationshemmer vom Arzt nicht aus einer therapeutischen Indikation verschrieben worden sind.¹⁵³ Teilweise wird die Ansicht des Bundesministeriums in der Literatur kritisiert. Es wird angeführt, dass ein Apotheker, der die Ausführung einer Verschreibung verweigert, unzulässig in den Zuständigkeitsbereich des Arztes eingreife. Der Apotheker stelle nicht die Diagnose und kenne demzufolge auch die Gründe für die Verschreibung nicht. Während der Arzt mit dem Patienten die richtige Therapie bestimmt habe, ist der Apotheker in diesen Prozess nicht einbezogen. Dann könne es durch den Patienten nur als Bevormundung empfunden werden, wenn der Apotheker die Herausgabe des verschriebenen Medikamentes verweigert. Insofern folge aus dem gesetzlichen Auftrag des Apothekers, die Bevölkerung mit Arzneimitteln zu versorgen, die Pflicht zur religiösen und weltanschaulichen Mäßigung. Eine Einschränkung der Gewissensfreiheit müsse von dem Apotheker im Interesse der Herstellung von Versorgungssicherheit und damit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hingenommen werden.¹⁵⁴ Ob diese Literaturstimmen überzeugen, kann dahinstehen. Ihre Argumentation bezieht sich jedenfalls auf eine Situation, in der der Patient eine Verschreibung vorlegen kann und die Einnahme des Medikaments mithin medizinisch indiziert ist. Die hier diskutierte Fragestellung, ob der Apotheker aus Gewissensgründen die Herausgabe einer tödlich wirkenden Dosis eines Betäubungsmittels verweigern kann, vermögen diese Argumente nicht zu beantworten.

¹⁵³ Zustimmend *Büchner*, ZfL 2012, 40 (42); *ders.*, ZfL 2015, 21 (22).

¹⁵⁴ *Auerbach/Wisniewska*, PZ online, 36/2013; a.A. *Krämer*, in: Kommentar ApoG mit ApBetrO, § 17, 306f.

Würde ein Apotheker an einen Suizidwilligen eine letal wirkende Dosis eines Betäubungsmittels abgeben, so würde seine Handlung die finale Ermöglichung des Suizids darstellen. Mit dem Betäubungsmittel in der Hand könnte der Suizidwillige letztlich seinen Tod herbeiführen. Der Apotheker befände sich beim Verkauf des Betäubungsmittels darüber in Kenntnis, dass seine Handlung das letzte Glied in der Kausalitätskette zu einem Suizid bildet. Es ist nicht abwegig, wenn man davon ausgeht, dass der Apotheker zumindest eine gewisse Mitverantwortlichkeit für den bevorstehenden Tod fühlen wird. Während der Suizidwillige aus dem Leben scheidet, wäre der Apotheker dazu verhaftet, seine Mitwirkung an einem Suizid zu akzeptieren. Ob ihm dies zuzumuten ist, ist äußerst fraglich, wenn man ernst nehmen will, dass die Gewissensfreiheit den Schutz der moralischen Identität und Integrität des Einzelnen bezweckt.¹⁵⁵

Gegen eine Einschränkung der Gewissensfreiheit des Apothekers spricht auch, dass dem Suizidwilligen auch dann noch zahlreiche Möglichkeiten zur Gestaltung des eigenen Lebensendes verbleiben, wenn er von dem Apotheker eine letal wirkende Dosis eines Betäubungsmittels nicht erhält. Er kann im Rahmen des natürlichen Sterbeprozesses eine palliative, lebensverkürzende Behandlung in Anspruch nehmen oder eine Entscheidung zum Unterlassen oder zum Abbruch einer Behandlung treffen. Im Übrigen kann auch eine vorzeitige Selbsttötung durch andere Mittel gewählt und ausgeführt werden. So steht dem Suizidwilligen die Möglichkeit offen, den leichteren Zugang zu Betäu-

¹⁵⁵ Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 4, Rn. 125; Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, S. 61 ff., 33, 48 ff.; Luhmann, AÖR 1965, 257 (264, 266, 271, 273, 275ff., 280ff.).

bungsmitteln in den Nachbarländern zu nutzen. Im Regelfall sind diese Möglichkeiten auch nicht unzumutbar.¹⁵⁶

Schließlich kann der Apotheker auch keine gewissensschonenden Verhaltensalternativen ergreifen,¹⁵⁷ mit denen der Suizidwillige sein Ziel ebenfalls erreichen würde. Während ein Arzt immerhin die Fachrichtung wechseln könnte, bliebe einem Apotheker nur das Ausscheiden aus seinem Beruf, wenn er einer Gewissensnot aus dem Weg gehen will. Dies legt nahe, dass sich gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht des Suizidwilligen aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG die Gewissensfreiheit des Apothekers aus Art. 4 Abs. 1 GG durchsetzen sollte.

Neben dem Berufsethos spricht also auch die Wahrung der Gewissensfreiheit der Apotheker gegen eine analoge Anwendung des § 17 Abs. 4 ApBetrO im Falle des Vorliegens einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG.

Im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit nach § 217 StGB müsste erst recht die Interessenvergleichbarkeit abgelehnt werden. Die Tathandlung muss geschäftsmäßig vollzogen werden. Dafür ist erforderlich, dass die Gewährung der Gelegenheit zur Selbsttötung auf Wiederholung angelegt ist. Sie muss zu einem dauernden, wiederkehrenden Bestandteil der Tätigkeit gemacht werden. Eine Kommerzialisierung im engeren Sinne (Gewerbs-

¹⁵⁶ So VG Köln, Urt. v. 01.12.2015, Az. 7 K 14/15; *Schütz/Sitte*, NJW 2017, 2155 (2157).

¹⁵⁷ Dazu *Böckenförde*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, S. 61ff; *Luhmann*, AöR 1965, 257 (274f.); vgl. auch *Filmer*, Das Gewissen als Argument im Recht, S. 101ff.

mäßigkeit und insb. Gewinnerzielungsabsicht) ist nicht erforderlich.¹⁵⁸

Würde ein Apotheker erstmalig auf Vorlage einer Erlaubnis nach § 3 I Nr. 1 BtMG eine tödlich wirkende Dosis eines Betäubungsmittels herausgeben, so ist davon auszugehen, dass er dies bei dem nächsten Kunden, der eine Erlaubnis nach § 3 I Nr. 1 BtMG vorlegen kann, wieder tun würde. Da das BfArM, wenn es denn die Direktiven des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts beachten würde, mit aller Wahrscheinlichkeit gleich in mehreren Fällen eine Erlaubnis nach § 3 I Nr. 1 BtMG ausstellen würde, ist auch davon auszugehen, dass ein Apotheker in mehreren Fällen tödliche Dosen Betäubungsmittel würde herausgeben müssen. Wiederholung wäre dann gegeben. Ob der Apotheker freiwillig oder unfreiwillig (dann aufgrund eines Kontrahierungszwangs) geschäftsmäßig handeln würde, ist jedenfalls für die Erfüllung des Tatbestandes unbeachtlich.

Die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes setzt voraus, dass der Täter des § 217 StGB hinsichtlich des objektiven Tatbestandes zumindest bedingt vorsätzlich handelt. Er muss wissen und billigend in Kauf nehmen, dass er einer anderen Person eine Gelegenheit zum Suizid verschafft, gewährt oder vermittelt und zwar geschäftsmäßig. Dies gilt auch für die tatsächliche Durchführung des Suizids, d.h. der Täter muss es für möglich halten und billigend in Kauf nehmen, dass derjenige, dem er eine Ge-

¹⁵⁸ BT-Drs. 18/5373, 2; zur Kritik an der Geschäftsmäßigkeit als unrechtsbegründendes Merkmal siehe *Eidam*, *medstra* 2016, 17 (19); *Hoven*, *ZIS* 2016, 1 (7); *Duttge*, *NJW* 2016, 120 (122); *Weigend/Hoven*, *ZIS* 2016, 681 (688).

legenheit zum Suizid verschafft, gewährt oder vermittelt hat, diese auch tatsächlich nutzen wird.¹⁵⁹

Darüber hinaus muss der Täter in der Absicht handeln, die Selbsttötung eines anderen zu fördern. Für die Absicht ist ein zielgerichtetes Handeln zu verlangen. Allerdings muss sie sich nur auf die suizidfördernde Wirkung der Tathandlung, nicht auf die Durchführung des Suizids beziehen. D.h. es genügt, wenn der Täter zielgerichtet ein tödlich wirkendes Medikament überlässt. Nicht erforderlich ist es, dass es ihm dabei gerade darauf ankommt, dass der Betroffene das Medikament auch tatsächlich nutzt, um sich selbst zu töten.¹⁶⁰

Gibt ein Apotheker Betäubungsmittel in einer bestimmten Dosis heraus, so kann er aufgrund seines pharmazeutischen Fachwissens beurteilen, ob die Einnahme des Betäubungsmittels den Tod verursacht. Würde ihm eine Erlaubnis nach § 3 I Nr. 1 BtMG vorgelegt, so würde ihm die tödliche Wirkung des abzugebenden Betäubungsmittels unzweifelhaft deutlich. Würde sodann eine Abgabe des Betäubungsmittels erfolgen, so würde der Apotheker zumindest bedingt vorsätzlich dahingehend handeln, dass er dem Suizidwilligen den Suizid ermöglicht und dieser ihn auch tatsächlich vollzieht. Auch wäre in der Person des Apothekers die Absicht vorhanden, eine suizidermöglichende Handlung durch Abgabe des Medikamentes vorzunehmen, denn der Apotheker würde sich bewusst dafür entscheiden, die Vorgabe in der behördlichen Erwerbserlaubnis nach § 3 I Nr. 1 BtMG zu befolgen.

¹⁵⁹ *Brunhöber*, in: MüKo StGB, § 217, Rn. 67f.

¹⁶⁰ *Brunhöber*, in: MüKo StGB, § 217, Rn. 68.

Ein Apotheker, der aufgrund einer behördlichen Erwerbserlaubnis nach § 3 I Nr. 1 BtMG eine letal wirkende Dosis eines Betäubungsmittels herausgibt, würde zumindest dem Wortlaut nach den Tatbestand des § 217 StGB erfüllen.

Eine analoge Anwendung des § 17 Abs. 4 ApBetrO kommt nach alledem nicht jedenfalls für die hier einschlägige Fallkonstellation in Betracht. Der Apotheker kann aus Gründen des Berufsethos, seiner Gewissensfreiheit aus Art. 4 I GG und der Gefahr einer möglichen Strafbarkeit nach § 217 StGB nicht rechtlich dazu verpflichtet werden, eine tödliche Dosis eines Betäubungsmittels herauszugeben.

D. Konsequenzen des Urteils vom 2. März 2017 für anhängige Erlaubnisverfahren

In den verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat die zuständige Verwaltungsbehörde, das BfArM, vorgetragen, dass sie in Organisation, Verfahren und gesetzlichen Auftrag auf die vom Gesetz nicht vorgesehene Entscheidung zur Erlaubniserteilung eines letal wirkenden Betäubungsmittels oder Arzneimittels nicht vorbereitet ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat hier in der Sache eher lakonisch darauf hingewiesen, dass das allgemeine Verwaltungsrecht über die notwendigen verfahrensrechtlichen Instrumente für eine solche Beurteilung verfüge.

Das Bundesverwaltungsgericht konzidiert, dass angesichts der hochrangigen Rechtsgüter, die durch die Ausnahmeerlaubnis betroffen sind und zur Verhinderung von Missbrauch es einer besonders sorgfältigen Überprüfung des Sachverhalts bedürfe.

„Das gilt sowohl in Bezug auf die Feststellung des freien und ernstlichen Willens zur Selbsttötung als auch für das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen einer extremen Notlage. Hierfür bietet das allgemeine Verfahrensrecht aber eine ausreichende Grundlage. Gemäß § 24 Absatz 1 VwVfG kann und muss das BfArM die erforderlichen Maßnahmen treffen, um auf gesicherter Erkenntnisbasis beurteilen zu können, ob die Voraussetzungen eine Ausnahmesituation erfüllt sind. Dabei kann es sich gemäß § 26 Abs. 1 VwVfG der Beweismittel bedienen, die es nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für geboten hält. Wenn und soweit die Behörde nicht über das zur Feststellung und Beurteilung der maßgeblichen Tatsachen erforderliche Fachwissen verfügt, kann sie sachkundige Dritte und erforderlichenfalls Sachverständige hinzuzie-

hen (Ramsauer, in Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 27 m. w. N.).“¹⁶¹

Zwar kann eine Behörde über den geltenden Untersuchungsgrundsatz selbstverständlich mit den Mitteln internen und externen Sachverständigen regelmäßig zwar den Sachverhalt ermitteln, es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob dies zumal im Lichte der hier gebotenen besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen zutreffend ist. Das Bundesverwaltungsgericht verkennt den besonderen Charakter einer Entscheidung, zu der keine parlamentsgesetzliche Willensbildung erfolgt ist und die sittliche Leitwerte im Sinne der Werteordnung des Grundgesetzes berührt. Was wäre denn, wenn der Gesetzgeber, der von der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts überrascht wurde, tatsächlich ein Erlaubnisverfahren zur Erlangung tödlich wirkender Substanzen in Erwägung ziehen würde? Man dürfte mit einiger Sicherheit davon ausgehen, dass er diese sensible Entscheidung durch ein plural besetztes besonderes Gremium mit Sachkunde und unter Widerspiegelung verschiedener gesellschaftlicher Auffassungen zum assistierten Suizid getroffen sehen wollte – wenn man an ethisch ähnlich umstrittene Fragen im Medizinrecht denkt. Das BfArm kann in so weit nicht einen antizipierten gesetzgeberischen Willen als auch nur vorübergehende Verwaltungspraxis standardisieren, aber es sollte jedenfalls von Antragstellern einen schlüssigen Beleg der existenziellen Notlage verlangen und sodann nach eigener Schlüssigkeitsprüfung durch externe Beratung fachlich einschlägig ausgewiesener Experten oder Fachgesellschaften zu einer Entscheidung gelangen.

In der Sache sind die drei Kriterien des Bundesverwaltungsgerichts zur Erteilung einer Ausnahmeerlaubnis ohnehin bereits ein Stück weit Ausdruck einer restriktiven Handhabung, die für den Übergang bis zu einer parlamentarischen Entscheidung (nach der Bundestagswahl 2017) nach der hier entwickelten Auffassung zum Schutz der parla-

¹⁶¹ BVerwG v. 2.3.2017 – BVerwG 3 C 19.15 - Rn. 40.

mentarischen Prärogative noch einmal strikter gehandhabt werden muss.

Nach quasi gesetzersetzender Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts liegt eine anspruchsbegründende Notlage nur vor, wenn

- erstens eine schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen verbunden ist, die bei dem Betroffenen zu einem unerträglichen Leidensdruck führen und nicht ausreichend gelindert werden kann,
- zweitens der Betroffene entscheidungsfähig ist und sich frei und ernsthaft entschieden hat, sein Leben beenden zu wollen und
- ihm drittens eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht zur Verfügung steht.

Das BfArM kann und wird vor diesem Hintergrund jedem Antragsteller abverlangen müssen, zumindest eine ärztliche Bescheinigung, vorzugsweise des behandelnden Arztes, vorzulegen, die diese drei Kriterien aus ärztlicher Sicht bestätigt. Schon um damit die Ernsthaftigkeit des Antrages zu belegen und angesichts der knappen Ressourcen ist dies erforderlich. Nur auf einer solchen Grundlage qualifizierter Antragsbegründung vermag die Behörde im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes wirksam weiter tätig zu werden. Vom behandelnden Arzt ist insbesondere eine Stellungnahme zu möglichen palliativmedizinischen Maßnahmen und zur Bewertung des Leidensdrucks zu verlangen.

Sofern es sich um die Frühphase einer unheilbaren Erkrankung handelt, die in der Regel erst nach Monaten oder Jahren zum Tode führen wird, und die ersichtlich noch kein unerträgliches körperliches Leid bereits im Vortrag des Antragstellers aufweist, muss bereits nach

der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts der Antrag abgelehnt werden. Sofern es sich jedoch um einen langen Sterbeprozess handelt, der nicht nur mit dem Verlust von Körperfunktionen verbunden ist, sondern auch mit erheblichen Schmerzen, die palliativmedizinisch nicht wirksam behandelt werden können, wird das BfArM eine sachverständige Prüfung gegebenenfalls mithilfe der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin oder anderer einschlägig qualifizierter medizinischer Experten vornehmen. Nur wenn übereinstimmend und eindeutig bei konsequenter Anwendung die Kriterien des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt sind, wäre die Erteilung einer Ausnahmeerlaubnis gemäß § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG vor der notwendigen Entscheidung des Gesetzgebers als Ausdruck der Bindung an höchstrichterliche Gerichtsentscheidungen vertretbar.

Aber auch dann wäre es naheliegend, den Fall dem zuständigen Minister zur Übernahme der Verantwortung mit entsprechenden rechtlichen Bedenken vorzulegen. Angesichts der vor einer Klärung des Gesetzgebers nicht sicher zu beurteilenden Rechtslage könnte dies im Sinne von § 63 Bundesbeamtengesetz (BBG) naheliegen, da jeder Beamte die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen sowohl im disziplinarrechtlichen, strafrechtlichen wie haftungsrechtlichen Sinne trägt. Der Präsident des BfArM könnte insofern, gerade in Fällen der Erteilung einer Erlaubnis gemäß den Kriterien des BVerwG, um dienstliche Weisung bitten, wenn er der hier in diesem Gutachten niedergelegten Rechtsauffassung folgte und von der Verfassungswidrigkeit des Urteils ausginge.

E. Möglichkeiten einer abstrakten Normenkontrolle vor dem BVerfG

1. Normbestätigungsverfahren auf Antrag der Bundesregierung

Die Bundesregierung könnte einen Antrag auf Normbestätigung als Unterfall der abstrakten Normenkontrolle beim BVerfG stellen. Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Beschluss vom 19. September 2007 einen Antrag auf abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG für zulässig gehalten, wenn ein Gericht mit einer von ihm für geboten und möglich gehaltenen verfassungskonform-restriktiven Auslegung eines Gesetzes die Grenzen verfassungskonformer Auslegung so eindeutig überschreitet, dass die Entscheidung im Ergebnis zu einer Nichtanwendung des Rechts im Sinne des § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG führt.¹⁶²

Das Gericht ist dabei der Auffassung, dass § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG selber betrifft, in denen die antragstellende Regierung eine gesetzliche Norm für gültig hält, ein Gericht oder eine Behörde sie aber wegen verfassungsrechtlicher Bedenken nicht angewendet hat. In diesen Fällen sieht sich das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung dazu berufen, darüber zu wachen, dass das Grundgesetz weder formell noch sachlich durch Rechtsvorschriften des Bundes oder der Länder noch durch deren Nichtanwendung verletzt wird. Die abstrakte Normenkontrolle gewährleistet insofern die Klärung der ver-

¹⁶² BVerfGE 119, 247 (258). Siehe auch BVerfGE 83, 89 (92 f.); 96, 133 (137 f.); 106, 244 (250).

fassungsrechtlichen Lage und die damit dem Rechtsfrieden, weil sie Rechtssicherheit und-Gewissheit schafft.¹⁶³

Bei dieser Variante handelt es sich um eine abstrakte Normenkontrolle in Form des Normbestätigungsverfahrens. Erforderlich ist in einem solchen Fall, dass der Antragsteller des Normkontrollverfahrens substantiiert geltend macht, dass der fragliche Rechtsanwender, hier das Bundesverwaltungsgericht, unter Überschreitung der Grenzen verfassungskonformer Auslegung in Wirklichkeit den Willen des Gesetzgebers hat leer laufen lassen.¹⁶⁴ Ein prozessual erforderliches Klarstellungsinteresse an einem solchen Normbestätigungsverfahren besteht, wenn die Norm von den dafür zuständigen Stellen wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewandt, nicht vollzogen oder in sonst relevanter Weise missachtet und ihre Geltung damit in einer ihre praktische Wirksamkeit beeinträchtigenden Weise infrage gestellt wird.¹⁶⁵ Ein objektives Interesse der Bundesregierung an der Erhaltung der hier möglicherweise durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in die praktische Unwirksamkeit geführten Norm besteht schon dann, wenn mit weiteren Anwendungsfällen der dergestalt interpretierten Norm zu rechnen ist und die Bundesregierung als Verfassungsorgan nicht selbst für Abhilfe zu sorgen vermag.

¹⁶³ BVerfGE 119, 247 (258) unter Berufung auf *Klaus Stern*, in: Bonner Kommentar, Art. 93 Rn. 198.

¹⁶⁴ *Graßhoff*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hg.) Bundesverfassungsgerichtsgesetz Neuausgabe 2015, § 76 Rn. 37.

¹⁶⁵ BVerfGE 127,293 (319); 119, 394 (409); 113, 167 (193); 108, 169 (178).

2. Antragsvoraussetzungen und Risiken

Die Voraussetzungen für ein solches Normbestätigungsverfahren nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG sind gegeben. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht der Auffassung ist, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG nicht angewendet zu haben, sondern lediglich verfassungskonform interpretieren, also auslegen wollte. Die bislang fast einhellige Literaturmeinung und mein Gutachten gelangen allerdings zu dem Ergebnis, dass der Versagungsbefehl des Gesetzes missachtet wird, wenn aus der tatbestandsmäßig bestimmten „notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung“ mit der Methode der verfassungskonformen Auslegung auch der Zugang zu Mitteln zur Selbsttötung verstanden wird. Desweiteren gelangt das hier vorgelegte Rechtsgutachten, ebenfalls in Übereinstimmung mit anderen wissenschaftlichen Stellungnahmen zu dem Ergebnis, dass ein vergleichsweise klarer Fall eines Verstoßes gegen das Gewaltenteilungsprinzip vorliegt, insofern das Bundesverwaltungsgericht dem Bundesverfassungsgericht entweder hätte vorlegen oder aber die Grenzen der Auslegungsfähigkeit der Norm hätte beachten müssen. Damit ist in einer vertretbaren Weise die vom Bundesverfassungsgericht befürchtete Umgehung von Art. 100 Abs. 1 GG gegeben. Das prozessuale Risiko einer Verwerfung des Antrags wegen Unzulässigkeit dürfte sich insofern in relativ engen Grenzen halten.

Auch das Klarstellungsinteresse besteht angesichts der Vielzahl der Anträge auf Erwerbserlaubnis und auch der erheblichen verfassungsrechtlichen Kritik am Urteil des Bundesverwaltungsgerichts. Es besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die letztlich nur durch das Bundesverfassungsgericht geklärt werden kann. Die Bundesregierung kann auch nicht ohne weiteres darauf verwiesen werden, doch von ihrer Möglichkeit Gebrauch zu machen, einen klarstellenden Gesetzesentwurf in den Bundestag einzubringen. Diese Möglichkeit besteht zwar, sie muss aber nicht zur Erhaltung des Klarstellungsinteresses

ausgeschöpft werden, zumal es zu akzeptierende politische Gründe geben kann, auf diese Weise gesetzessinitiativ zu werden. Im Übrigen würde eine solche Verschärfung des Rechtsschutzbedürfnisses das Instrument der Normbestätigung für eine antragstellende Regierung jedenfalls im Bereich ihrer jeweiligen föderalen Ebene um die Regelungsinention des § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG bringen.

F. Zusammenfassung in Thesen:

1. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 erweist sich als verfassungsrechtlich nicht haltbar. Es fehlt bei der verweigerten Befreiung vom gesetzlich angeordneten Erwerbsverbot an einem zurechenbaren Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Sterbewilligen. Es besteht darüber hinaus auch keine verfassungsrechtliche Schutzpflicht, dem Sterbewilligen die für den Freitod notwendigen Mittel zu verschaffen oder ihm den Zugang zu ermöglichen.

2. Der Zweck des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG) ist auf lebenserhaltende oder lebensfördernde Maßnahmen und Verwendungszwecke gerichtet. Eine Erwerbserlaubnis zum Zweck der Selbsttötung ist weder vom Wortlaut noch vom Sinn des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG erfasst.

3. Mit seiner Gesetzesinterpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG setzt das Bundesverwaltungsgericht an die Stelle des Willens des Gesetzgebers seinen eigenen rechtspolitischen Willen. Darin ist ein Verstoß gegen das in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG niedergelegte Gewaltenteilungsprinzip und den Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes zu sehen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts greift in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers ein.

4. Im gewaltenteiligen System ist zuvörderst der parlamentarische Gesetzgeber dazu berufen, Konflikte und Spannungslagen, die einen Würdebezug haben, zu lösen.

5. Der Staat des Grundgesetzes gestaltet seine Rechtsordnung und die praktischen Voraussetzungen seiner Infrastruktur so, dass das

Leben unter erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und auch der Vorgang des Sterbens möglichst ohne Leid erfolgt, aber er kann und muss nicht von Verfassungen wegen der Abwesenheit von Leid mit der Alternative der assistierten Selbsttötung garantieren.

6. Die Rechtsordnung des Grundgesetzes will Entfaltungsordnung für das Individuum sein, aber sie muss und kann nicht ihre Grundwerte allein in die Disposition des Einzelnen stellen. Die freie individuelle Entscheidung hat in einer Gesellschaft, die den Einzelnen in den Mittelpunkt der Rechtsordnung stellt, ein außergewöhnlich hohes Gewicht, sie umfasst auch das Recht zur Selbsttötung. Personale Selbstbestimmung führt aber nicht zu einem absoluten Geltungsanspruch mit dem Ergebnis einer Pflicht zur Beteiligung des Staates an einer höchstpersönlichen Entscheidung.

7. Der Gesetzgeber ist berechtigt, die Mittel zu verweigern, wenn er in einer „Assistenz“ zur Selbsttötung zugleich Gefahren einer künftig entstehenden Routine zur Verabreichung tödlich wirkender Substanzen bis hin zur gesellschaftlichen Erwartung des Suizids erkennt, und damit einer künftigen Würdegefährdung in anderen Kontexten entgegenwirken will.

8. Die Bestimmung dessen, was die Würde des Menschen im Einzelfall erfordert, ist kontextabhängig. Ein sittliches Gemeinwesen kann entscheiden, dass es Selbsttötung als höchstpersönliche Entscheidung zwar duldet oder den Abbruch aussichtsloser medizinisch-technischer Behandlungsmaßnahmen erlaubt und dennoch den Schritt zu einer Unterstützung, Ermöglichung oder Hilfestellung zur Selbsttötung nicht geht.

9. Die Verwaltung ist im Grundsatz verpflichtet, auch von ihr für verfassungswidrig gehaltene Gesetze oder deren höchststrichterliche Interpretation zu befolgen. Auch die vorliegende verfassungsrechtliche

Beurteilung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 führt zwar zu der Annahme eines Verfassungsverstoßes, aber das steht nicht mit einer solchen Evidenz fest, dass Nichtbefolgung ausnahmsweise ohne weiteres, weil mit hoher Beurteilungssicherheit, gerechtfertigt erscheinen würde.

10. Die für die Erlaubniserteilung nach § 3 BtMG zuständige Behörde kann sich gleichwohl unter Hinweis auf die erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken weigern, eine Erwerbserlaubnis nach § 3 BtMG auszusprechen. Sie müsste dazu das Risiko in Kauf nehmen, eine Rechts- und Amtspflichtverletzung zu begehen, weil sie unter besonderen Umständen die Bindung an eine regelmäßig für sie verbindliche Entscheidung verneint.

11. Die für solche Fälle weder organisatorisch noch personell ausgestattete Behörde muss jedenfalls, wenn sie dem Urteil des BVerwG Folge leisten will, mit aller gebotenen Sorgfalt prüfen, ob eine existenzielle Notlage nach den Kriterien des Bundesverwaltungsgerichts vorliegt und darf hier an dieser Stelle gerade wegen der erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken nicht im Zweifel für den Antragsteller entscheiden.

12. In den vom BVerwG konkretisierten und vom Antragsteller belegten existentiellen Notlagen, kann die Erteilung einer Ausnahmeerlaubnis gemäß § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG vor der notwendigen Entscheidung des Gesetzgebers als Ausdruck der Bindung an höchstgerichtliche Gerichtsentscheidungen vertretbar sein. Das BfArM müsste in diesem Fall eine sachverständige Prüfung gegebenenfalls mithilfe der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin oder anderer einschlägig qualifizierter medizinischer Experten vornehmen.

13. Vorliegend spricht mehr dafür, den Grundsatz der Rechtsklarheit, der in der Bindungswirkung konkretisiert wird, zurücktreten zu lassen,

schon um kein Präjudiz für den zur Entscheidung berufenen Gesetzgeber zu schaffen. Ein Nichtanwendungserlass des zuständigen Bundesministers wäre in diesem Fall und bis zur Herbeiführung einer gesetzgeberischen Klärung angezeigt.

14. Neben der Reaktionsmöglichkeit des Gesetzgebers und der erneuten Ausschöpfung des Rechtsweges im Falle von Versagungen der Erwerbserlaubnis besteht die Möglichkeit der Bundesregierung mit einem Antrag beim BVerfG im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle eine Normbestätigung gegen die Auslegung des BVerwG zu erreichen.

Bonn, im November 2017

Prof. Dr. Dr. Udo Fabio

Literaturverzeichnis

- Bertschi, Nora* Leihmutterschaft. Theorien, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, 2014, 145 ff.
- Bettermann, Karl August* Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung?, 1985.
- Birnbacher, Dieter* Glück–Lustempfindung, Wunscherfüllung oder Zufriedenheit? Der wechselvolle Umgang mit dem Glück im Utilitarismus. Aufklärung und Kritik, Sonderheft 14 (2008), S. 85 - 95
- Borowski, Martin* Die Glaubensfreiheit des Grundgesetzes, Tübingen 2006
- Breyer, Martin* Gesetz über das Apothekenwesen Bundesapothekengesetz–Kommentar mit Bemerkungen zur Apothekenbetriebsordnung, Köln/Berlin/München/Bonn 1961
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang* Menschenwürde und Lebensrecht am Anfang und Ende des Lebens, Stimmen der Zeit 4/2008, S. 245 ff.

- Brugger, Winfried* Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, Juristenzeitung 2000, S. 165 ff.
- Büchner, Bernward* Apotheker im Gewissenskonflikt, Zeitschrift für Lebensrecht 2012, S. 40-42
- Büchner, Bernward* Apotheker in Gewissensnot, Zeitschrift für Lebensrecht 201, S. 21-22
- Cyran, Walter/Rotta, Christian* Apothekenbetriebsordnung Kommentar, Loseblatt, Stuttgart 2010
- Detterbeck, Stefan* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage 2017
- Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas* Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht; 6. Auflage, 2008

Di Fabio, Udo

Der Schutz der Menschenwürde durch allgemeine Programmgrundsätze: Rechtsgutachten, Baden-Baden 2000

Di Fabio, Udo

Die Suche nach dem Kompaß. Wie kann Menschenwürde in einer fragmentierten Welt begründet werden?, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.06.2001, S. 10

Di Fabio, Udo

Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft, Neue juristische Wochenschrift 2003, S. 993-998

Di Fabio, Udo

Sicherheit in Freiheit,
Neue juristische Wochenschrift 2008, S. 421-425

Di Fabio, Udo

Das mirandolische Axiom. Gegebenes und Aufgegebenes,
in: Sachs, Michael/Siekmann, Helm (Hg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 13 ff.

- Di Fabio, Udo* Leitideen der Grundrechte, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler (Hg.), Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstags von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Paul Kirchhof, 2013, S. 35 ff.
- Di Fabio, Udo* Schwankender Westen: Wie sich ein Gesellschaftsmodell neu erfinden muss, München 2015
- Di Fabio, Udo* Europas Werte, Europas Würde, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27.05.2016
- Dreier, Horst* Grenzen des Tötungsverbots, Teil 2, JZ 2007, S. 317 - 326
- Dreier, Horst* Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage
Tübingen 2013
- Dürig, Günter* Die Menschenauffassung des Grundgesetzes,
Juristische Rundschau 1952,
S. 259 ff.

- Dürig, Günter* Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts 81 (1956), S. 117 ff.
- Engel, Martin* Internationale Leihmutter-
schaft und Kindeswohl, Zeitschrift für europäisches Privatrecht 2014, S. 538-561
- Filmer, Fridtjof* Das Gewissen als Argument im Recht, Berlin 2000
- Fischer Thomas* Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Auflage München 2017.
- Forst, Rainer* Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik, Frankfurt a.M. 2011
- Freihalter, Gerd Ulrich* Gewissensfreiheit – Aspekte eines Grundrechts, Heidelberg 1989
- Gärditz, Klaus Ferdinand* Das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe - Anmerkungen zu einem neuen Straftatbestand,

Zeitschrift für Lebensrecht 2015,
S. 114 f.

Gärditz, Klaus Ferdinand

Suizidale Betäubungsmittelauto-
nomie? Zeitschrift für Lebensrecht
2017, S. 38 – 57

Gebauer, Per

Zur Grundlage des absoluten Fol-
terverbots, Neue Zeitschrift für
Verwaltungsrecht 2004, S. 1405 ff.

Gusy, Christoph

Verbot mit Erlaubnisvorbehalt –
Verbot mit Dispensvorbehalt,
Juristische Ausbildung 1981,
S. 80 - 84

Herdegen, Matthias

Gewissensfreiheit und Normativität
des positiven Rechts, Berlin 1973

Herzberg, Rolf Dietrich

Folter und Menschenwürde,
Juristenzeitung 2005, S. 321 ff.

Hilgendorf, Eric

Folter im Rechtsstaat?,
Juristenzeitung 2004, S. 331 ff.

Hilgendorf, Eric

Neue Strafbarkeitsrisiken für Ärzte und Pflegekräfte durch die Neuregelung des assistierten Suizids, *PflegeRecht* 2016, S. 556 ff.

Hillgruber, Christian

Die Bedeutung der staatlichen Schutzpflicht für das menschliche Leben bezüglich einer gesetzlichen Regelung zur Suizidbeihilfe, *Zeitschrift für Lebensrecht* 2013, S. 70 ff.

Hillgruber, Christian

Die Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels in tödlicher Dosis für Sterbenskranke – grundrechtlich gebotener Zugang zu einer Therapie „im weiteren Sinne“? Besprechung von BVerwG, Urteil v. 2. 3. 2017–3 C 19.15 ; *Juristenzeitung* 2017, S. 777 - 785

Hoerster, Norbert

Sterbehilfe im säkularen Staat, Frankfurt a.M. 1998

- Hufen, Friedhelm* „In dubio pro dignitate“. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens; Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 849 – 857
- Joecks, Wolfgang/
Miebach Klaus* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, München 2017
- Kahl, Wolfgang/
Waldhoff, Christian/
Walter, Cristian* Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Heidelberg 2017
- Klass, Nadine* Rechtliche Grenzen des Realitätsfernsehens. Ein Beitrag zur Dogmatik des Menschenwürdeschutzes und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 2004
- Kopp, Ferdinand /
Schenke, Wolf-Rüdiger* Kommentar zur VwGO, 23. Auflage, München 2017
- Landau, Herbert* Heiligkeit des Lebens und Selbstbestimmung im Sterben, Zeitschrift für Rechtspolitik 2005, S. 50-54

- Lindner, Franz Josef* Deutscher Ethikrat als praeceptor iurisdictionis? Kritik der Ad-hoc-Empfehlung „Suizidprävention statt Suizid Unterstützung“, Zeitschrift für Rechtspolitik 2017, S. 148 – 151
- Luhmann, Niklas* Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, Heidelberg 1993
- Luhmann, Niklas* Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, Archiv des öffentlichen Rechts, 1965, S. 257 – 286.
- Lütz, Manfred* Es gibt keine Lizenz zum Töten, für niemanden, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 11.12.2014
- Maier, Eva Marie* Folter und Menschenwürde. Zur aktuellen Debatte um die "Retungsfolter", Journal für Rechtspolitik 2012, 195 ff.
- Maunz, Theodor /
Dürig, Günther* Grundgesetz Kommentar, Loseblatt Stand: 79. Auflage, München 2017

- Müller-Terpitz, Ralf* Das Recht auf körperliche Unversehrtheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII Freiheitsrechte, 3. Auflage Heidelberg 2009, S. 3-77
- Nauck, Friedemann / Ostgate, Christoph / Radbruch, Lukas* Hilfe beim Sterben – keine Hilfe zum Sterben, Deutsches Ärzteblatt 2014, S. 67–71
- Nettesheim, Martin* Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopp, Archiv des öffentlichen Rechts 130 (2005), S. 71 ff.
- Posser, Herbert / Wolff, Heinrich Amadeus* Kommentar zur VwGO, 2. Auflage, München 2014
- Ossenbühl, Fritz* Die Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung, AöR 92 (1967), S. 478 ff.

- Ossenbühl, Fritz* Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul Handbuch des Staatsrechts, Band V Rechtsquellen, Organisation und Finanzen, Heidelberg 2007
- Rensmann, Thilo* Wertordnung und Verfassung: Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung, Tübingen 2007
- Rixen, Stephan* Apothekengesetz mit Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) Kommentar, München 2014
- Roxin, Claus* Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2016, S. 185-192
- Sanders, Anne* Was ist eine Familie? – Der EGMR und die Mehrelternschaft, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 925 ff.
- Scholler, Heinrich J.* Die Freiheit des Gewissens, Berlin 1958

- Schorch, Friedrich /
Schneider, Jens-Peter /
Bier, Wolfgang* Kommentar zur VwGO, 32.
Auflage, München 2017
- Schütz, Carsten/ Sitte, Thomas* Sterben-Dürfen an der Grenze der
Verhältnismäßigkeit,
Neue juristische Wochenschrift
2017, S. 2155-2158
- Taupitz, Jochen* Die Standesordnung der freien Be-
rufe Geschichtliche Entwicklung,
Stellung im Rechtssystem,
Berlin 1991.
- Tiedemann, Paul* Menschenwürde als Rechtsbegriff.
Eine philosophische Klärung,
3. Auflage 2012, S. 348 f.
- von Schwichow, Lennart* Die Menschenwürde in der EMRK –
Mögliche Grundannahmen, ideolo-
gische Aufladung und rechtspoliti-
sche Perspektiven nach der Recht-
sprechung des Europäischen Ge-
richtshofs für Menschenrechte, Tü-
bingen 2016

Wagenländer, Georg

Zur strafrechtlichen Beurteilung
der Rettungsfolter, Berlin 2006

Wassermann, Rudolf
Tod,

Das Recht auf den eigenen

Deutsche Richterzeitung
1986, S. 291 – 297

Wigge, Peter/ Schütz, Jan

Die rechtlichen Pflichten Apotheker
im Rahmen der Arzneimittel-
abgabe, Arzneimittel und Recht
2015, S. 243-250

Weitere Quellen:

- Bundesärztekammer / Kassenärztliche Bundesvereinigung, Sterben in Würde – Grundsätze und Empfehlungen für Ärztinnen und Ärzte, Januar 2008 (abrufbar unter http://www.aek-mv.de/upload/file/presse/Presseinformationen/sterben_in_wuerde.pdf)
- Bundesärztekammer, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Januar 2011 (abgedruckt in: Deutsches Ärzteblatt 2011, A 346 ff. oder abrufbar unter http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Sterbebegleitung_17022011.pdf).

- Deutsche Ärztag, Novellierung einzelner Bestimmungen der (Muster-)Berufsordnung - Synoptische Darstellung der Änderungen durch die Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel (abrufbar unter http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_Synopse.pdf)
- Deutscher Ethikrat, Suizidprävention statt Suizidunterstützung. Erinnerung an eine Forderung des Deutschen Ethikrates anlässlich einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts Ad-hoc-Empfehlung, v. 1.7.2017 (abrufbar unter <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/empfehlung-suizidpraevention-statt-suizidunterstuetzung.pdf>)
- Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaft, Ärztliche Betreuung sterbender und zerebral schwerst geschädigter Patienten (1995) (abrufbar unter <http://www.samw.ch/de/Ethik/Frueher-gueltige-Richtlinien.html>)
- Weltärzterat, Deklaration von Genf (1984) (abrufbar unter http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Genf.pdf)