

ifw-Kommentar  
zum Rechtsgutachten  
„Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur  
Selbsttötung in existenziellen Notlagen“  
von Prof. Udo Di Fabio  
für das Arzneimittel-Institut (BfArM)

*Von Jacqueline Neumann und Ludwig A. Minelli*

**INHALT**

Einleitung.....	2
I. Kernaussage des BVerwG-Urteils.....	3
II. Blockadehaltung des BfArM.....	3
III. Hintergrund des Gutachtens .....	4
IV. Mangelhafte wissenschaftliche Qualitätssicherung .....	7
V. Auslassung der Europäischen Menschenrechtskonvention.....	8
VI. Fehldeutung des BVerwG-Urteils.....	10
VII. Unzureichende Auseinandersetzung mit der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik.....	12
VIII. Kein Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz.....	13
IX. Unbegründete Verweise auf eine bestimmte Prägung („christlich“) sittlich-kultureller Würdevorstellungen der Gesellschaft.....	15
X. Das missglückte Beispiel der „Rettungsfolter“ .....	19

## Einleitung

Das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) kann spätestens seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 2. März 2017 (Az.: 3 C 19/15) in extremen Notlagen die Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zwecke der Selbsttötung erteilen. Bis Mitte Januar 2018 wurden beim BfArM über 80 Anträge auf eine Ausnahmegenehmigung zur Herausgabe des Medikaments Natrium-Pentobarbital gestellt.

Ausweislich verschiedener Medienberichte lehnen Bundesgesundheitsminister Hermann Gröhe (CDU) und BfArM-Leiter Karl Broich (CDU) die Umsetzung des Bundesverwaltungsgerichtsurteils ab.

Nach verschiedenen Auskunftersuchen [veröffentlichte](#) das Bundesinstitut am 15. Januar 2018 (BfArM-Pressemitteilung 1/2018) ein Rechtsgutachten des Ex-Verfassungsrichters Udo Di Fabio, um „die verfassungsrechtlichen Auswirkungen des Urteils und die Anforderungen an das künftige Verwaltungshandeln im BfArM“ zu bewerten. Di Fabio kommt unter anderem zu dem Ergebnis, dass das BVerwG-Urteil „verfassungsrechtlich nicht haltbar“ sei. Soweit ersichtlich dient das Auftragsgutachten als alleinige Grundlage für die fortdauernde amtliche Untätigkeit, noch über keinen der Anträge auf eine Ausnahmegenehmigung zur Herausgabe des Medikaments entschieden zu haben.

Die Antragsteller beim BfArM haben einen rechtlichen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis durch das BfArM zum Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zwecke der Selbsttötung, wenn sie sich durch eine schwere und unheilbare Erkrankung in einer extremen Notlage befinden. Trotz des eindeutigen und rechtskräftigen BVerwG-Urteils verfolgt das BfArM eine juristische Hinhaltenaktik. Solange die anhängigen Untätigkeitsklagen gegen das BfArM von den zuständigen Verwaltungsrichtern nicht beschleunigt werden, wird das von Bundesgesundheitsminister Hermann Gröhe öffentlich vorgegebene Ziel, keine Erlaubnisse auszustellen, auf zynische Weise in Etappen erreicht: Die ersten Antragssteller sind bereits verstorben.

Für das Institut für Weltanschauungsrecht (ifw) hat Jacqueline Neumann, wissenschaftliche Koordinatorin des ifw in Zusammenarbeit mit Ludwig A. Minelli, ifw-Beirat, Rechtsanwalt, Gründer der Schweizerischen Gesellschaft für die Europäische Menschenrechtskonvention (SGEMKO) und Gründer von „DIGNITAS – Menschenwürdig leben - Menschenwürdig sterben“ das BfArM-Rechtsgutachten ausgewertet.

Zunächst stellt dieser ifw-Kommentar die Kernaussage des Urteils, die Blockadehaltung der Behörde und den Hintergrund des Gutachtens dar (Punkte I-III), weist auf mangelhafte

wissenschaftliche Qualitätssicherung hin (Punkt IV), entkräftet die Kernaussagen Di Fabios und widerlegt sie in den zentralen Argumenten (Punkte V-IX), um abschließend das Beispiel der „Rettungsfolter“ zurückzuweisen (Punkt X).

## **I. Kernaussage des BVerwG-Urteils**

Das Bundesverwaltungsgericht hat am 2. März 2017 folgendes Urteil erlassen:

*„1. Der Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung ist grundsätzlich nicht erlaubnisfähig.*

*2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst auch das Recht eines schwer und unheilbar kranken Menschen, zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben enden soll, vorausgesetzt, er kann seinen Willen frei bilden und entsprechend handeln.*

*3. Im Hinblick auf dieses Grundrecht ist § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG dahin auszulegen, dass der Erwerb eines Betäubungsmittels für eine Selbsttötung mit dem Zweck des Gesetzes ausnahmsweise vereinbar ist, wenn sich der suizidwillige Erwerber wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet.*

*4. Eine extreme Notlage ist gegeben, wenn – erstens – die 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 können, - 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.“*

(BVerwG, Urteil vom 2. März 2017 – 3 C 19/15, Leitsatz –, juris)

## **II. Blockadehaltung des BfArM**

Seit diesem Grundsatzurteil wurden bis Mitte Januar bei dem für die Überwachung des Betäubungsmittelverkehrs zuständigen BfArM [über 80 Anträge auf eine Ausnahmegenehmigung](#) zur Herausgabe des Medikaments Natrium-Pentobarbital gestellt. Die Behörde hat jedoch bisher über keinen der Anträge entschieden und im Verlauf des Jahres 2017 bei Di Fabio das nunmehr vorliegende Rechtsgutachten in Auftrag gegeben. Ausweislich

der [medialen Berichterstattung](#) sei dies in der Hoffnung geschehen, mit dem Gutachten die ablehnende Position des Bundesinstituts untermauern zu können.

Hierzu hat Di Fabio nun vermeintlich eine tragfähige Vorlage geschrieben. In seinem Gutachten gelangt er zu dem Schluss, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei verfassungsrechtlich nicht haltbar und greife in unzulässiger Weise in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers ein. Er empfiehlt dem BfArM – trotz der Bindungswirkung des Urteils – keine Erwerbserlaubnis nach § 3 Betäubungsmittelgesetz (BtMG) zu erteilen. Diesen Weg hat das Bundesinstitut bereits vor Erstellung des Gutachtens beschritten. Den Antragstellern bleibt bislang somit nur die Möglichkeit der Erhebung einer Untätigkeitsklage oder der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. [Drei der Antragsteller](#) haben bereits eine Untätigkeitsklage eingereicht. Zwei von ihnen sind zwischenzeitlich verstorben. Die Handlungen des BfArM in den Verfahren beschränkten sich bisher im Kern auf das Stellen von Fristverlängerungsanträgen.

Die Blockadehaltung des BfArM geht jedoch noch darüber hinaus. Der Tagesspiegel [berichtet](#), dass die Zeitung einen Antrag auf Aktenherausgabe nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) stellte, der auch eine Herausgabe des Di-Fabio-Gutachtens einschloss. Parallel wurde regelmäßig nach dem Stand der Urteilsumsetzung gefragt. „Im Dezember übersandte das Ministerium Unterlagen, hielt jedoch Gutachten und internen E-Mail-Verkehr der Behördenleitung zur Urteilsbewertung zurück.“ Ferner: „Bundesinstitut und Ministerium mauern auf die Frage, wann sie welche Medien vor ihren amtlichen Bekanntmachungen Mitte Januar über Gutachten-Inhalte informierten, um die politische Öffentlichkeit in ihrem Sinne vorzuformen. Der Minister möchte nicht einmal sagen, wann er seine in der FAZ wiedergegebenen Zitate geäußert hat. Eine Begründung für das Schweigen fehlt ebenfalls. Dabei sind Behörden verpflichtet, auf Anfrage über ihr amtliches Handeln Auskunft zu geben – auch über ihr Informationshandeln.“

### **III. Hintergrund des Gutachtens**

Bevor näher auf die rechtlichen Argumente Di Fabios eingegangen wird, soll kurz der Hintergrund, vor dem das Gutachten erstellt worden ist, beleuchtet werden. Auch die von dem Gutachter in der Vergangenheit vertretenen Positionen, die einen Bezug zu dem hier in Rede stehenden Spannungsfeld zwischen religiösen Normen und den persönlichen politischen Überzeugungen auf der einen Seite und den individuellen Menschenrechten und dem Selbstbestimmungsrecht in einem säkularen Rechtsstaat auf der anderen Seite aufweisen, sind von Interesse:

Udo Di Fabio [lehrt](#) an der Universität Bonn am Institut für Öffentliches Recht, Abteilung Staatsrecht. 1994 trat er seine erste Professorenstelle an der Universität Münster an. 1999 wurde er auf Vorschlag von CDU/CSU Richter am Bundesverfassungsgericht (bis 2011).

Er ist bekennender Katholik und verbindet seinen Glauben in der Öffentlichkeit mit politischen Positionen. Für die Evangelische Kirche in Deutschland (EKD) übernahm er den [Vorsitz des Wissenschaftlichen Beirates](#) für das 500-jährige „Luther“-Reformationsjubiläum 2017. In diesem Zusammenhang äußerte sich Di Fabio auch zu Luthers Antisemitismus, jedoch in einer bagatellisierenden Form. Er wird auf einer katholischen Nachrichtenplattform zitiert, dass er die Judenhetze Luthers als ein Zeichen von Altersängstlichkeit [„gegen die Gefahr von Identitätsverlusten“](#) sehe.

Di Fabio vertritt die Ansicht, dass Staat und Glaube einander brauchen und die [„Entchristlichung der Gesellschaft für den Staat eine Gefahr“](#) darstelle. In seinem [Buch „Gewissen, Glaube, Religion“](#) in der Reihe „Berliner Reden zur Religionspolitik“ argumentiert er, dass das Christentum in besonderer Weise zur Herausbildung des freiheitlichen Verfassungsstaates und der Werte beigetragen habe, die auch die Ordnung des Grundgesetzes bestimmen würden. Die Würde des Menschen und die Menschenrechte könnten sich nicht von ihren kulturellen Grundlagen lösen und blieben mit ihrem christlichen Erbe verbunden. Er betont, dass die Aufklärung unter anderem auf christlichen Grundlagen beruhe und kritisiert die zunehmende Säkularisierung, welche selbst Züge eines autoritären Machtanspruchs angenommen habe. In einem Interview mit den Mitteldeutschen Kirchenzeitungen [behauptete](#) er, in Deutschland wachse die Einsicht, „dass eine areligiöse Gesellschaft auf Dauer vielleicht keine demokratische und humane Gesellschaft wäre“.

Im Zuge der Diskussion um die Verabschiedung eines Gesetzes zur Regelung der Sterbehilfe [warnte er bereits](#) – wie auch jetzt wieder in seinem Gutachten – vor einer Verengung der Diskussion auf die Frage der Selbstbestimmung und hob hervor: „Gerecht ist nicht immer nur das, was der Einzelne will, sondern auch, was eine Gesellschaft moralisch prägt.“ Eine Gesellschaft, die ihre Hand zur Selbsttötung reiche, verändere den Umgang mit dem menschlichen Leben.

Der Auftraggeber des Gutachtens und BfArM-Leiter, Prof. Dr. Karl Broich, ist [Vorstandsmitglied](#) der CDU Bonn und diskutierte frühzeitig im Jahr 2015 als Leiter des dortigen CDU Arbeitskreises Gesundheitspolitik das [strafbewehrte Verbot](#) jedweder organisierter Sterbehilfe. Broich ist als Honorarprofessor Kollege von Di Fabio an der Universität Bonn. 2014 wurde er [auf Vorschlag](#) von Bundesgesundheitsminister Hermann Gröhe (CDU) als Präsident des BfArM eingesetzt. Gröhe ist Dienstherr des BfArM und verfolgt in der Frage der Sterbehilfe

eine radikale Linie der Strafbewehrung. Nach dem Di-Fabio-Gutachten [forderte Gröhe den Bundestag](#) auf, eine rechtliche Klarstellung zu beschließen, um den aus dem Bundesverwaltungsgerichtsurteil fließenden rechtlich verbindlichen Verpflichtungen nicht nachkommen zu müssen. In Bezug auf das rechtskräftige Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, gegen das weder Gröhes Bundesgesundheitsministerium noch Broichs BfArM Rechtsmittel einlegen können, [teilte](#) Gröhe auf dem Deutschen Ärztetag 2017 mit: *„Ich werde alles, was mir möglich ist, tun, dass keine staatliche Behörde, erst recht keine in meinem Verantwortungsbereich, jemals zum Handlanger einer Selbsttötung wird.“*

Hierzu [schrieb](#) der Tagesspiegel Anfang Februar 2018: „Man wird Minister und BfArM nicht zu nahetreten, wenn man in dem Auftrag an Di Fabio eher politische Motive vermutet als einen Zugewinn an juristischer Erkenntnis.“ Für weitere Details, die Gesamtschau auf die drei Hauptbeteiligten Gröhe, Broich und Di Fabio und das Zusammenwirken von kirchennahen CDU-Parteinetzwerken bei der Blockierung der Gewaltenteilung und der Dienstaufsicht sei an dieser Stelle auf die Studie [www.kirchenrepublik.de](http://www.kirchenrepublik.de) verwiesen. Wie eine Auswertung des ifw zeigt, ist Gröhes Position und die offizielle Parteiposition der CDU/CSU zur Strafbewehrung der Sterbehilfe verfassungsrechtlich bedenklich ([siehe ifw-Kommentar zur CDU/CSU](#) vom 15.11.2017). Demnach verletzt die Sterbehilfe-Strafnorm mindestens Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes, Art. 3, 8 und 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und das Gebot der ethischen Neutralität des Staates. Die Gröhe-Position war seit Beginn der Debatte auch parteiintern umstritten. Der verstorbene Bundestagsvizepräsident Peter Hintze (CDU) setzte sich für die Möglichkeit der Sterbehilfe ein.

Soweit ersichtlich, stammt von Di Fabio das einzige Rechtsgutachten, das vom BfArM beauftragt wurde. Von einem unabhängigen, unvoreingenommenen Gutachter kann nicht die Rede sein. Dementsprechend ist es nicht tragbar, dass das Gutachten offenbar als alleinige Grundlage für amtliches Handeln bzw. Untätigkeit dient, und dessen Empfehlungen sogar unkritisch und einseitig in der Öffentlichkeitsarbeit vom Bundesgesundheitsminister verwendet werden. Wie ein von einer Prozesspartei in Auftrag gegebenes Privatgutachten im Zivilprozess lediglich als „substantiiertes Parteivortrag“, nicht aber als „Sachverständigenbeweis“ Berücksichtigung findet, sollte auch das in Rede stehende Gutachten von jedermann, insbesondere aber auch von Bundesregierung, nachgeordneten Behörden und Gesetzgeber, betrachtet werden. Würde etwa das Bundesinstitut oder gar der Gesetzgeber, so wie von Di Fabio empfohlen, die streitgegenständliche Frage regeln wollen, wäre es angezeigt, mindestens einen weiteren Rechtswissenschaftler mit der Erstellung eines weiteren Gutachtens zu beauftragen, von dem bekannt ist, dass er das Urteil begrüßt und eine liberale Position in Sachen Sterbehilfe vertritt.

#### IV. Mangelhafte wissenschaftliche Qualitätssicherung

Bereits bei einer flüchtigen ersten Durchsicht des Gutachtens fällt auf, dass Di Fabio allem Anschein nach nicht sorgfältig gearbeitet hat. So schreibt er auf Seite 2 in der Fußnote 4 (herv. durch die Verf.):

*„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.“*

Di Fabio hat es unterlassen, zu diesem Zitat eine eindeutige Quelle anzugeben; er nennt dazu lediglich „... die Deklaration von Genf“. Er hat dabei offensichtlich übersehen, dass das damit gemeinte „Genfer Ärztegelöbnis“ des Weltärztebundes nicht etwa ein statisches Dokument ist, sondern seit seiner erstmaligen Aufstellung mehrfach geändert worden ist, so etwa 1983, 1994, 2005, 2006 und 2017. Die Ausgabe des Gelöbnisses, in welcher auf den Beginn des Lebens letztmals hingewiesen wird, war jene von 1994. Seit dem Jahre 2005 – also seit nunmehr 13 Jahren und im Oktober 2017 ausdrücklich bestätigt – lautet der entsprechende Satz im [Genfer Ärztegelöbnis](#) trotz der seitherigen Revisionen unverändert:

*„I WILL MAINTAIN the utmost respect for human life“ (Ich werde den höchsten Respekt für menschliches Leben aufrechterhalten.)*

Doch es bleibt nicht bei diesem einen Fehler – nämlich ein Zitat nicht durch eine eindeutige Quellenangabe verankert zu haben. Das von Di Fabio in deutscher Sprache wiedergegebene Zitat findet weder in seinem englischen Original noch der vom Weltärztebund [autorisierten deutschen Übersetzung](#) auf den Seiten der Bundesärztekammer eine Entsprechung.

Die englischen Originalfassungen von 1983 und 1994, in welchen dieser Hinweis auf den Beginn des Lebens zu finden ist, sprechen nicht etwa von „Empfängnis“ („conception“), wie Di Fabio glauben machen will, sondern „von seinem Beginn an“ („from its beginning“).

Die Lesart Di Fabios legt nahe, der Weltärztebund habe im Genfer Ärztegelöbnis den Beginn menschlichen Lebens getreu der vatikanischen Vorstellung von der Empfängnis an verstanden; in Tat und Wahrheit ist der Begriff, wie er in den früheren Fassungen enthalten war, weltanschaulich neutral: Unter „Beginn“ kann sich jedermann jenen „Beginn“ aussuchen, den er aufgrund seines Wissenschaftsverständnisses oder seiner Religion für plausibel hält.

Di Fabio zitiert („Ich will mit höchster Ehrfurcht das menschliche Leben von der Zeit der Empfängnis an erhalten“) entgegen seiner Behauptung nicht die „rechtlich bindenden Berufsordnungen der Ärzte“ anhand der Deklaration von Genf mit dem Wortlaut der gültigen Fassung, und vertauscht sogar einen weltanschaulich neutralen Begriff des Originals mit einer religiösen Begrifflichkeit („Empfängnis“) in Orientierung an der Lehre der Katholischen Kirche. Ob mangelnde Sorgfalt oder die Absicht der Irreführung vorliegt, mag Di Fabio seinem öffentlichen Auftraggeber mitteilen. Das BfArM hat jedenfalls das auch in diesem Punkt mangelhafte Gutachten veröffentlicht und offenbart damit ein Problem mit der rechtswissenschaftlichen Qualitätssicherung im Hause.

## **V. Auslassung der Europäischen Menschenrechtskonvention**

Di Fabio beginnt sein Gutachten mit der Frage nach dem anzuwendenden Recht. In nur wenigen Sätzen handelt er die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ab und konstatiert, dass diese keinen Geltungs- oder Anwendungsvorrang vor der deutschen Verfassung besitze, sondern nur im Rahmen der Auslegung deutschen Rechts berücksichtigt werden müsse. Sie sei überdies schon deshalb kein entscheidender Maßstab zur Beantwortung der Frage, ob das Bundesinstitut aufgrund der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts schwer Leidenden wirklich den Zugang zu dem Medikament Natrium-Pentobarbital eröffnen müsse, weil der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) den Konventionsstaaten bei der Frage der Beihilfe zur Selbsttötung einen weiten Spielraum gewähre. Das überrascht. Denn wenn der Gutachter die Frage beantworten soll, ob das BfArM rechtlich verpflichtet ist, in existenziellen Notlagen eine Erwerbserlaubnis für tödlich wirkende Mittel zur Selbsttötung zu erteilen, kann sich eine solche Pflicht nicht nur aus der deutschen Verfassung, sondern eben auch aus der EMRK ergeben. Dies gilt unabhängig davon, ob sich das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Entscheidung auf die deutsche Verfassung oder die EMRK gestützt hat. Wenn Di Fabio in seinem Gutachten zu dem Ergebnis gelangt, dass der Staat nicht aufgrund der Verfassung die Abwesenheit von Leid mit der Alternative der assistierten Selbsttötung garantieren muss, dann drängt sich zwangsläufig die Frage auf, ob der Staat hierzu aus konventionsrechtlichen Gesichtspunkten verpflichtet ist, namentlich aufgrund seiner EMRK-Mitgliedschaft. Die EMRK ist auch deutsches Recht geworden, wenn auch bloß auf Gesetzesstufe. Die fehlende Auseinandersetzung überrascht umso mehr vor dem Hintergrund, dass sein [Dezernat](#) im Bundesverfassungsgericht insbesondere auch das Völker- und Europarecht umfasste. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für den Grundrechtsschutz in Deutschland im Allgemeinen und in puncto Selbstbestimmung am Lebensende im Besonderen müssten dem Gutachter bekannt



sein. Hätte Di Fabio sich mit der EMRK befasst, wäre er wohl zu folgendem Ergebnis gelangt, wodurch jedoch im Übrigen sein ablehnendes Gesamturteil schwerlich zu halten gewesen wäre:

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

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

Der EGMR hat festgestellt, dass fehlgeschlagene Suizidversuche häufig schwerwiegende Folgen für die Opfer und ihre Angehörigen haben und dass die Konventionsstaaten verpflichtet sein können, Maßnahmen zur Erleichterung eines Suizids zu treffen, um dem Betroffenen zu ermöglichen, sein Leben in Würde zu beenden. Wenn ein Staat überdies Regelungen zur Suizidbeihilfe aufstellt, hat er darauf zu achten, dass diese eindeutig und klar formuliert sind, da sie ansonsten eine abschreckende Wirkung („chilling effect“) auf Ärzte haben könnten (EGMR, Gross ./. Schweiz, Urteil vom 14.05.2013, Nr. 67810/10, Rn. 65).

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

Eine Gesamtschau der Rechtsprechung des EGMR zeigt überdies, dass zumindest in „Notfällen“, in denen die Leiden der Patienten nicht palliativmedizinisch behandelt werden können und die Betroffenen zur Umsetzung ihrer ernsthaft und freiverantwortlich getroffenen Suizidentscheidung zwingend auf professionelle ärztliche Hilfe angewiesen sind, der Staat verpflichtet ist, diesen den letzten Ausweg durch einen selbstbestimmten Suizid nicht zu versagen. Alles andere würde de facto zu einem menschenrechtswidrigen Totalverbot der Selbsttötung als solcher und damit zur Statuierung einer „Rechtspflicht zum Leben“ führen. (Für eine umfassende Analyse der Rechtsprechung des EGMR zur Achtung der Selbstbestimmung am Lebensende und zur Suizidassistentz vgl. [2. Stellungnahme der Giordano-Bruno-Stiftung zu den Verfassungsbeschwerden betreffend § 217 StGB](#) von Jacqueline Neumann).

## VI. Fehldeutung des BVerwG-Urteils

Ebenso heißt es im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bezogen auf die deutsche Verfassung:

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

Vorstehende Ausführungen zur Rechtsprechung des EGMR und die Auszüge aus der Begründung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts verdeutlichen auch Di Fabios Denkfehler. Ein Denkfehler übrigens, dem zahlreiche Kommentatoren des Urteils unterlagen. Das Bundesverwaltungsgericht hat nicht argumentiert, der Staat müsse sich in irgendeinem

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

Der Kläger selbst hatte im Rahmen der Revisionsbegründung darauf hingewiesen, dass die strittige Erlaubnis nicht als Gewährung einer staatlichen Hilfe zur Selbsttötung zu qualifizieren sei, sondern im Sinne des grundrechtlichen Abwehrenspruchs als Befreiung von einem

rechtfertigungsbedürftigen Zugangsverbot (BVerwG, Urteil vom 02. März 2017 – 3 C 19/15 –, juris, Rn. 8).

In den Medien ist dieser Punkt nur sehr vereinzelt bemerkt worden. Der Tagesspiegel ist hier erneut hervorzuheben. Die Zeitung [schreibt](#), dass die Annahme eines Tabubruchs durch Bundesgesundheitsminister Gröhe nur eine Frage der unzutreffenden Perspektive sei. Während Gröhe davon ausgehe, dass der Staat nunmehr verpflichtet sei, denjenigen zu helfen, die sich töten wollen, verpflichte das Urteil den Staat in Wahrheit nur zur Unterlassung, den Suizid von schwer Leidenden mit allen Mitteln zu verhindern. Zutreffenderweise wird dann auch angeregt, dass sich die „politische Tabu- und Dambruchdebatte allmählich von ihrem Fundamentalismus“ verabschiedet und „den Gestaltungsfragen zuwendet“. Insofern müsse insbesondere gefragt werden, ob die aufgrund des Urteils zukünftig anstehenden Beurteilungen allein beim Bundesinstitut in guten Händen seien oder nicht auch die Ärzte-Organisationen gefordert seien, ihre Standesregeln zu öffnen.

## **VII. Unzureichende Auseinandersetzung mit der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik**

Di Fabios Antwort auf die Frage, ob die verweigerte Befreiung vom gesetzlich angeordneten Erwerbsverbot als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht Sterbewilliger zu werten sei, ist ebenfalls unzutreffend. Der Autor gelangt zu dem Ergebnis, dass es „*dem Verbotstatbestand des Betäubungsmittelrechts an einer Finalität [fehlt], die bereits als Eingriff nicht nur in den bloßen Erwerb zu werten wäre, sondern auch im Zusammenhang mit dem Ziel der Selbsttötung [...] als Eingriff oder als eingriffsgleicher Tatbestand in Verbindung zu bringen wäre.*“ (S. 20). Trotz eines Gutachtenumfangs von knapp 120 Seiten belässt es Di Fabio hier erstaunlicherweise bei der Wiedergabe einer zwar weit verbreiteten, aber keineswegs unbestrittenen Definition des Eingriffsbegriffs. Er setzt sich nicht hinreichend mit der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik auseinander und suggeriert dem Leser damit das Vorhandensein einer einhelligen Meinung an einer Stelle, an der es gewichtige Gegenstimmen gibt. So führte beispielsweise der Staatsrechtler und Herausgeber eines Grundgesetzkommentares, Professor Michael Sachs, bereits in seiner Urteilsanmerkung aus, dass der Rückgriff auf die Unmittelbarkeit und Finalität zwar in der Diskussion überaus verbreitet sei, diese Kriterien aber nicht dahin missverstanden werden dürften, dass der klassische Grundrechtseingriff eine spezifische Ausrichtung der Regelungsabsicht gerade auf die Verkürzung eines bestimmten Grundrechts voraussetze. Solche Einengungen des Eingriffs würden zwar bei einzelnen Grundrechten gelegentlich vorgenommen, so namentlich bei der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, dort abgemildert durch die Variante der zumindest objektiv berufsregelnden Tendenz. Demgegenüber sei jedoch daran festzuhalten, dass die

vagen Kriterien der Finalität und gar der Unmittelbarkeit stets erfüllt seien, wenn es sich um die Rechtswirkungen eines staatlichen Hoheitsakts handle, die dieser als Imperativ anordne. Und genau dies sei bei dem Erwerbsverbot des Betäubungsmittelgesetzes gegeben (zum Vorstehenden: Sachs, JuS 2017, 800).

Unabhängig davon dürften die formaljuristischen Erwägungen, die Di Fabio ins Feld führt, um im Falle der Versagung des Zugangs zu dem tödlichen Medikament bereits einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu verneinen (so dass es auf die Frage der Rechtfertigung dieses Eingriffs gar nicht mehr ankommt) ein Schlag ins Gesicht der Betroffenen und der Öffentlichkeit nicht mehr vermittelbar sein. Denn im Kern behauptet Di Fabio, dass ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Leidenden durch Versagung der Erlaubnis nach § 3 BtMG deshalb nicht gegeben sei, weil das Betäubungsmittelgesetz von seinem Zweck her nicht darauf gerichtet sei, den Suizid zu verhindern, sondern der Gesetzgeber vielmehr allgemein entschieden habe, den Gebrauch von die Gesundheit beschädigenden Betäubungsmitteln generell zu verbieten.

### **VIII. Kein Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz**

Einer der beiden zentralen Kritikpunkte Di Fabios ist der Vorwurf an das Bundesverwaltungsgericht, mit seiner Gesetzesinterpretation gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz verstoßen zu haben. Worin bei einer vertretbaren Auslegung eines Gesetzes unter Anwendung anerkannter Auslegungsmethoden der Eingriff in den Kompetenzbereich der Legislative liegen soll, ist jedoch nicht überzeugend dargelegt. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts ist geklärt, dass die Gerichte zu richterlicher Rechtsfortbildung in dem Sinne nicht nur befugt, sondern verpflichtet sind, dass sie gegebenenfalls bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten können und müssen. Der Rechtsfortbildung sind zwar durch den Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) Grenzen gesetzt. Daraus folgt jedoch kein Verbot für den Richter, gegebenenfalls vorhandene gesetzliche Regelungsdefizite im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen (BVerfG, Beschluss vom 3.07.2003 - 1 BvR 238/01 - BVerfGE 108, 150; BVerwG, Beschluss vom 29.08.2008 – 6 B 49/08, Rn. 9 –, juris).

Das Gericht hat seine Entscheidung nicht mit rechtspolitischen Erwägungen, sondern dezidiert rechtlich anhand der anerkannten Methoden der Rechtsfindung (wörtliche, teleologische und verfassungskonforme Auslegung) begründet. Es hat sich sogar – mit zutreffendem Ergebnis – mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Erlass des § 217 StGB im Jahr 2015 einen

Anhaltspunkt dafür bietet, dass es dem gesetzgeberischen Willen entspräche, eine betäubungsmittelrechtliche Erwerbserlaubnis zur Selbsttötung ohne Rücksicht auf die genannte extreme Notlage schwer und unheilbar kranker Menschen ausnahmslos zu verbieten. Prozessual wäre das Gericht nicht einmal verpflichtet gewesen, dies zu tun, sondern hätte seiner Entscheidung lediglich die Sach- und Rechtslage im Jahr 2005 zugrunde legen müssen.

Die Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts kollidiert weder mit dem Wortlaut noch dem sonstigen Sinn und Zweck von § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG. Infolgedessen setzt das Gericht mit seiner Gesetzesinterpretation auch nicht seinen eigenen rechtspolitischen Willen an die Stelle des Gesetzgebers.

Di Fabio liest das Betäubungsmittelgesetz so, dass es ausgeschlossen sei, dass die Bereitstellung eines Medikaments zur Selbsttötung als „*notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung*“ (S. 14f.) im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG und somit als „*Therapiemaßnahme*“ (S. 58) qualifiziert werden könne. Das Gesetz sieht von einem Verbot des Betäubungsmittelverkehrs ab, soweit Betäubungsmittel zu medizinischen Zwecken benötigt werden. Die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung mit Betäubungsmitteln wird nach dem Betäubungsmittelgesetz vorrangig dadurch sichergestellt, dass Patienten ein zu Therapie Zwecken benötigtes Betäubungsmittel erwerben könnten.

Hierzu hat Reinhard Merkel (ifw-Beirat) bereits vor der Veröffentlichung des Gutachtens den Kritikern des Urteils den Wind aus den Segeln genommen. Zutreffend fragt Merkel, warum die Erlaubnis, ein Mittel zur Selbsttötung zu erwerben, unter keinen denkbaren Umständen unter das Merkmal „medizinische Versorgung“ subsumierbar sein sollte. Der Wortlaut schliesse dies jedenfalls nicht aus – allenfalls in der Perspektive einer euphemistischen Lesart, welche den Begriff „medizinisch“ mit dem Begriff „therapeutisch“ gleichsetze und als Heilen, Lindern oder wenigstens Stabilisieren eines Krankheitszustands verstehen würde. Die Verfechter einer entsprechenden Lesart des Gesetzes müssen sich jedoch fragen lassen, wie die Lesart mit dem gesetzlich angeordneten Arztvorbehalt beim rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 2 oder 3 StGB in Einklang zu bringen sei. Auch ein solcher sei unter den Begriff der „medizinischen Versorgung“ subsumierbar und falls nicht: Was sei es dann? Wenn es sich aber um eine „medizinische Versorgung“ handle, könne diese dann als „Therapiemaßnahme“ bezeichnet werden? Falls ja, welches Krankheitszustandes? Diese Überlegungen sprechen gegen eine euphemistische Lesart. Bereits an diesem Beispiel zeige sich, so Merkel, dass „medizinische Versorgung“ in besonderen Ausnahmefällen auch (und manchmal nur noch) darin bestehen könne, Leidenden mit medizinischen Mitteln zu helfen,

wenn andere Hilfe nicht möglich oder nicht zumutbar sei. Ob diese Fallkonstellation von dem Begriff des „Therapeutischen“ noch erfasst sei oder nicht, sei eine sekundäre Frage der schieren Etikettierung, für die es keine semantisch beweisbare Antwort gebe (zum Vorstehenden: Merkel, MedR 2017, 823). Festzuhalten bleibt mit Merkel, dass Di Fabios Behauptung, der Gesetzeszweck „medizinische Versorgung“ könne tödliche Handlungsziele niemals einschließen, an anderen Stellen der Rechtsordnung schlagend widerlegt wird.

Wenn Klagen der Amtshaftung anstehen, wird unter anderem zu klären sein, ob sich der Leiter des Bundesinstituts Broich auf einen Nichtanwendungserlass, den Gutachter Di Fabio empfiehlt (Empfehlung Nr. 13), berufen kann.

Hinzu kommt Folgendes: Di Fabio wirft dem Bundesverwaltungsgericht vor, unzulässig in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers einzugreifen. Er misst jedoch mit zweierlei Maß, wenn er sich in seinem Gutachten einerseits zum Verteidiger des Gewaltenteilungsgrundsatzes aufschwingt, andererseits diesen aber in demselben Gutachten untergräbt, indem er die Exekutive (das Bundesgesundheitsministerium und das BfArM) dazu auffordert, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts trotz seiner Bindungswirkung unbeachtet zu lassen.

### **IX. Unbegründete Verweise auf eine bestimmte Prägung („christlich“) sittlich-kultureller Würdevorstellungen der Gesellschaft**

Der zweite und letzte zentrale Kritikpunkt Di Fabios an dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts lautet auf mangelnde Kontextualisierung. Das Gericht habe, so der Gutachter, nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Umgang mit dem Freitod eine höchst schwierige Entscheidung sei und die demokratische Gemeinschaft das Recht zur Konkretisierung von Gemeinwohl und Identität der Wertgrundlagen habe. Die Gesellschaft würde den Lebensschutz bejahen und sei durch christliche wie humanistische Traditionen ebenso wie durch die traumatischen Erfahrungen des Nationalsozialismus geprägt. Ferner habe das Gericht, so der Verfasser, allein auf das Selbstbestimmungsrecht der Sterbewilligen und das ihnen zustehende allgemeine Persönlichkeitsrecht abgestellt und dieser Perspektive nicht den Würdeschutz als Gemeinwohlkonkretisierung gegenübergestellt. Was der Würde des Menschen entspricht, werde komplementär entschieden, namentlich von der Summe der Bürger, den Beteiligten am offenen Diskurs sowie von demokratisch legitimierten Parlamenten oder Gerichten, die den Vorrang der Verfassung durchzusetzen haben. In der FAZ ist Di Fabio dafür [gelobt worden](#), in einer von Juristen pragmatisch geführten Debatte den kulturellen Kontext wieder sichtbar gemacht zu haben.

Allerdings befasst sich Di Fabio in seinem Gutachten überhaupt nicht mit dem kulturellen Kontext, indem er beispielweise empirische Belege für seine Vorstellungen über die sittlich-kulturelle Identität der Gesellschaft und deren Würdevorstellungen sowie das Verhältnis der Gesellschaft zum Suizid anführen würde. Di Fabio nimmt die Rechtswirklichkeit nicht zur Kenntnis. Es bleibt festzustellen, dass der Gutachter auch in diesem Punkt Unzulängliches liefert und sogar irrt:

Denn nach der [Rechtsprechung des EGMR](#) ist bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 2 EMRK nicht nur zu berücksichtigen, was der jeweilige Gesetzgeber sich als gesellschaftliche Idee vorstellt. Maßgebend werden vielmehr die sorgfältig erhobenen Mehrheitsauffassungen in der Bevölkerung (Rechtssache Oliari und andere gegen Italien, Urteil vom 21.07.2015, Az.: 18766/11 und 36030/11).

Wie die Forschungsgruppe Weltanschauungen in Deutschland (fowid) zu einer repräsentativen Befragung des Instituts für Demoskopie (IfD) Allensbach [berichtet](#), befürworten 76 Prozent der Bundesbürger die Sterbehilfe. Entgegen den Vorgaben ihrer jeweiligen Kirchenleitungen sind sowohl bei evangelischen wie auch katholischen Kirchenmitgliedern Mehrheiten für die Sterbehilfe. Im Rahmen einer [europaweiten Befragung](#) durch das Schweizer Meinungsforschungsinstitut Isopublic antworteten in Deutschland 87 Prozent der Befragten, dass jeder Mensch selber darüber bestimmen können sollte, wann und wie er sterben will. Ferner lehnten die Deutschen es ab, die berufliche Hilfstätigkeit im Bereich der Sterbehilfe unter Strafe zu stellen. Lediglich 16 Prozent der Bundesbürger unterstützen die Idee – 76 Prozent der Deutschen lehnen die Idee ab. Damit urteilten die Deutschen sehr ähnlich wie die anderen Europäer, welche mit einer fast gleichlautenden Frage konfrontiert wurden. In derselben Befragung sprachen sich zudem 79 Prozent der Deutschen dagegen aus, dass Ärzten die Beihilfe zur willentlichen Beendigung des Lebens von Patienten die unheilbar schwer erkrankt sind, an schwerer Invalidität oder nicht beherrschbaren Schmerzen leiden, verboten werden soll. Die von Di Fabio behauptete gesellschaftliche Würdevorstellung, welche einer staatlichen Erlaubniserteilung entgegensteht, privilegiert die Sittlichkeitsvorstellungen einer weltanschaulich überaus kleinen Minderheit und diskriminiert die Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger, die diese Vorstellungen nicht teilen.

Dies verstößt nach Auffassung des Philosophen und Publizisten Dr. Michael Schmidt-Salomon (ifw-Direktorium) gegen das fundamentale Rechtsprinzip der weltanschaulichen Neutralität des Staates, welches vom Bundesverfassungsgericht bereits 1965 als notwendige Voraussetzung bezeichnet wurde, dass der Staat seiner Aufgabe nachkommen kann, eine „Heimstatt aller Staatsbürger“ zu sein (BVerfGE 19, 206). In der [1. Stellungnahme der](#)



[Giordano-Bruno-Stiftung zu den Verfassungsbeschwerden betreffend § 217 StGB](#) schrieb Schmidt-Salomon, dass Bürgerinnen und Bürger in einem liberalen Rechtsstaat tun und lassen dürfen, was sie wollen, solange es ihnen nicht mit guten rechtsstaatlichen Gründen verboten werden kann. Solche guten Gründe liegen nur dann vor, wenn die Rechte Dritter bzw. die Interessen der Allgemeinheit nachweislich verletzt und die Fundamente der Rechtsordnung gefährdet werden. Moralische Vorbehalte (welcher weltanschaulichen Herkunft auch immer) zählen, so Schmidt-Salomon, nicht zu den guten, rechtsstaatlichen Gründen, die eine Einschränkung der bürgerlichen Freiheiten legitimieren könnten.

Mit dem Erlass einer moralisierenden, auf die Durchsetzung einer religiös-weltanschaulich bestimmten Sittlichkeit bezogenen Norm überschreitet der Staat seine Kompetenzen (vgl. allgemein hierzu Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl. 2017, S. XXXIII f.). Der Weltanschauungsrechtsexperte Dr. Gerhard Czermak (ifw-Direktorium) ergänzt: Staatliche Regulierungen sind nur auf der Grundlage solcher Argumente zulässig, die keine besonderen religiösen oder philosophischen Lehren voraussetzen. Sie dürfen nur auf Grund solcher Rechtsgüter erfolgen, deren Vorrang im konkreten Fall unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit neutral (rational) begründet werden kann. Neutralität ist daher kein abwägungsfähiges Rechtsgut, sondern eine absolute Grenze staatlichen Handelns.

Bereits vor der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts [führte](#) Schmidt-Salomon überzeugend aus, dass es zwischen der Ächtung des Suizids bei Johannes Paul II. und der Ächtung des natürlichen Todes bei Nietzsche ein breites Spektrum an unterschiedlichen weltanschaulich geprägten Wertehaltungen gebe, über die seit Jahrhunderten gestritten wird. An diesem Streit dürfe sich jedes Mitglied der Zivilgesellschaft beteiligen, der liberale Rechtsstaat müsse sich hierbei jedoch zurückhalten. Auf keinen Fall dürfe er sich – wie dies bei der Verabschiedung von § 217 StGB in verhüllender Weise geschehen ist – zum Anwalt einer spezifischen Weltanschauung machen und deren Werte zur allgemeinverbindlichen Norm erheben, denn dies sei unweigerlich mit einem Verstoß gegen das Prinzip der weltanschaulichen Neutralität und das Diskriminierungsverbot der Verfassung (Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1, Art. 140 GG) verbunden.

Zwar erklärt Di Fabio, dass es ihm nicht um die Entgegensetzung des höchstpersönlichen Rechts auf Selbsttötung mit einem sittlichen Gebot der Lebenserhaltung im christlichen Sinne gehe, sondern um die Frage, welches Leitbild vom Umgang mit dem Leben entstehe (S. 37). Aber diesem Leitbild vom richtigen Umgang mit dem Leben liegen bei Di Fabio eben erkennbar religiöse Vorstellungen zugrunde. Dies zeigen die eingangs skizzierten Positionen zu weltanschauungsrechtlichen Fragen. Und dies offenbart sich auch im Gutachten, wo er

beispielsweise einen religiösen Begriff wie „Empfängnis“ einbringt oder ein Gefahrenszenario entwirft, nach dem in einer „*durchrationalisierten säkularen Gesellschaft*“ (S. 38) die Gefahr bestünde, dass der Leidende seine Einwilligung zu lebensbeendenden Maßnahmen auch deshalb gebe, weil sein soziales Umfeld es von ihm erwarte. Eine Erläuterung des von ihm angenommenen Zusammenhangs zwischen einer „säkularen Gesellschaft“ auf der einen Seite und der Etablierung von Inhumanität auf der anderen Seite bleibt er jedoch schuldig. Auch die in den Sozialwissenschaften übliche – und unabdingbare – Untermauerung von Thesen durch Ergebnisse empirischer Forschung fehlt an dieser Stelle völlig und lässt weitere erhebliche Zweifel an dessen Wissenschaftlichkeit aufkommen.

Doch es geht laut Di Fabio noch weiter. Wenn heute das BfArM eine Erwerbserlaubnis eines an sich gesetzlich verbotenen tödlichen Medikaments erteilen müsse, würden morgen gesetzliche Krankenversicherungen verpflichtet sein, diese Therapie auch zu finanzieren und übermorgen könnten Ärzte in staatlichen Krankenhäusern verpflichtet werden, Leidenden beim Suizid zu assistieren. Über die Selbsttötung hinaus habe das Paradigma der absolut gesetzten Selbstbestimmung nach Di Fabio unabsehbare Konsequenzen. Er skizziert eine Entwicklungslinie von der Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts über den Tod unter Zuhilfenahme tödlicher Medikamente im Heute hin zu einer Anerkennung der Veränderungen im menschlichen Genom oder der Schaffung von Hybriden zwischen Mensch und Tier im Morgen. Das Selbstbestimmungsrecht im säkularen Staat – es ist offenbar das Schreckgespenst von Di Fabio.

Dabei belegen [gut dokumentierte Erfahrungen](#) der Länder, in denen professionelle Freitodbegleitungen zum Teil seit mehr als drei Jahrzehnten erlaubt sind (Schweiz, US-Staat Oregon, Benelux-Länder), dass die Etablierung einer ärztlichen Suizidassistenz keineswegs zu Entsolidarisierungseffekten in der Gesellschaft geführt hat, dass Arme, Kranke, Schwache in dieser Hinsicht nicht unter Druck geraten sind, sondern sich vor allem überdurchschnittlich vermögende und gut ausgebildete Männer und Frauen für Freitodbegleitungen entschieden haben. Zudem ist die Häufigkeit von Suizidversuchen und Verzweiflungssuiziden in diesen Ländern nicht gestiegen, sondern in höherem Maße gesunken, als die Häufigkeit von Freitodbegleitungen zugenommen hat. Außerdem zeigt sich, dass Länder, welche die willentliche Beendigung des Leidens und Lebens ermöglichen, im Bereich der Palliativmedizin weit besser dotiert sind, als dies in Deutschland der Fall ist.

Am Rande sei überdies der Annahme Di Fabios widersprochen, wonach das Christentum in besonderer Weise zur Herausbildung des freiheitlichen Verfassungsstaates und der Werte beigetragen habe, die auch die Ordnung des Grundgesetzes bestimmen, und dass die Würde

des Menschen und die Menschenrechte ein christliches Erbe hätten und eine areligiöse Gesellschaft auf Dauer vielleicht keine demokratische und humane Gesellschaft sei. Das Verhältnis von Christentum und Menschenrechten ist hochgradig ambivalent – beispielhaft sei hier auf die Untersuchung von [Professor Fabian Wittreck](#) verwiesen. In der Zeit der Aufklärung, und teils bis ins 20. Jahrhundert, haben die Kirchen die Menschenrechtsidee erbittert bekämpft. Noch heute erkennt der Vatikan die Menschenrechte nicht an; und selbst in Deutschland werden Menschen, die in kirchlichen Sozialeinrichtungen beschäftigt sind, wesentliche Menschenrechte vorenthalten (sogenannter Dritter Weg). Bei näherer Betrachtung bilden die Traditionslinien des Christentums nicht oder nur zu einem geringen Teil die Basis der Menschenrechte. Zutreffender ist die Feststellung, dass es vielmehr unbeabsichtigt die notwendigen Bedingungen zu ihrer Entwicklung schuf (zum Vorstehenden: Wittreck, Fabian, Christentum und Menschenrechte. Schöpfungs- oder Lernprozeß?, Tübingen, Mohr Siebeck 2013)

## **X. Das missglückte Beispiel der „Rettungsfolter“**

Im Rahmen seiner gesamtgesellschaftlichen Erwägungen bringt Di Fabio auch die nach Art. 1 Abs. 1 GG unantastbare Menschenwürdegarantie gegen das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen hinsichtlich Art und Zeitpunkt seines Todes in Stellung. Das Beispiel der „Rettungsfolter“ zeige, so der Gutachter, dass eine Rechtsordnung aus prinzipiellen Erwägungen ein Leitbild mit absolutem Geltungsanspruch durchhalten könne. Dies selbst dann, wenn Umstände des Einzelfalles eine Abweichung aus einer Gerechtigkeitsperspektive zwingend vorzugeben scheinen. In einer Gesellschaft könne es aus der Menschenwürde abgeleitete Prinzipien geben, die absolut seien, damit auch schleichende Umwertungen verhindert würden. Ein sittliches Gemeinwesen könne mithin bestimmen, dass es den Suizid zwar erlaube, aber dennoch den Schritt zu einer Unterstützung oder Ermöglichung der Selbsttötung nicht gehe.

Dieses gewichtig klingende Argument mag dem geneigten Leser auf den ersten Blick einleuchten. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht sind jedoch Zweifel anzumelden – aus den folgenden vier Gründen:

Erstens haben renommierte Rechtswissenschaftler, wie beispielsweise der Strafrechtsprofessor und Rechtstheoretiker Rolf Dietrich Herzberg (ifw-Beirat), die *Existenz* abwägungsfester Rechte und Verbote in unserem Rechtsstaat überzeugend in Frage gestellt. Ausgehend von der Feststellung, dass selbst das Recht auf das eigene Leben und die Pflicht, das Leben anderer zu schonen, vom Gesetz eingeschränkt werden (finaler Rettungsschuss)

und unter Zugrundelegung der geltenden Folterdefinition, zeigt Herzberg auf, dass Folter i.S. der einschlägigen Konventionen nach der geltenden Rechtsordnung als Notwehr (Nothilfe) gerechtfertigt sein kann. Hiermit setzt sich Di Fabio nicht ansatzweise auseinander. Im Gegenteil zitiert Di Fabio Herzberg als Verfechter eines absolut geltenden Verbotes der „Rettungsfolter“. Dabei hat Herzberg diese Position zwar noch im Jahr 2005 (JZ 2005, 321) vertreten, jedoch im Jahr 2015 (Peter-Alexis Albrecht/Stefan Kirsch/Ulfrid Neumann/Stefan Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl, 2015, S. 181) explizit aufgegeben. Dies geschah zwei Jahre vor Erstellung des vorliegenden Gutachtens. Auch diese Fehlinformation Di Fabios deutet entweder auf mangelnde Sorgfalt oder die tendenziöse Ergebnisabsicht unter Inkaufnahme einer unwissenschaftlichen Arbeitsweise hin.

Zweitens lehnen weitere gewichtige Stimmen in der juristischen Literatur ein absolutes Verbot der „Rettungsfolter“ ab. Mit deren Argumenten setzt sich Di Fabio ebenso wenig auseinander. Der Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie, Jörg Scheinfeld (ifw-Beirat), erläutert hierzu: Hätte sich der Gutachter dieser Mühe unterzogen, wäre dabei zur Sprache gekommen, dass auch die Meinungsgegner sich auf ein unverfügbares Prinzip berufen, das ebenfalls aus der Menschenwürde abzuleiten ist – das Recht auf Notwehr gegen existenzbedrohende Angriffe. Sich gegen schuldhaft begangene Mordversuche zu verteidigen, und seien sie durch Unterlassen begangen, ist untrennbar mit dem Lebensrecht des einzelnen Bürgers verbunden, denn gerade das heißt es, ein Lebensrecht zu haben: sich nicht rechtswidrig töten lassen zu müssen (dazu Merkel, Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 375, 386 f.). Hindert der Staat per Strafandrohung den Nothilfewilligen an der Rettung des Angegriffenen, hilft er dem Unterlassungstäter bei der Vollendung des – die Würde des Opfers verletzenden – Mordes (Erb, Jura 2005, 24, 27). Geschieht dies, um einen Dammbbruch in Richtung „Folterstaat“ zu verhindern, ist das, was vielfach übersehen wird, naiv utilitaristisch, weil der Einzelne, obwohl rettbar, zum Wohle der Allgemeinheit geopfert wird. Damit wird aber gerade der Kern der Menschenwürde preisgegeben: Der Einzelne muss sich nicht zum Wohl anderer, die er nicht bedroht, töten lassen. Allgemeiner gesprochen heißt dies, dass der Einzelne nicht seine fundamentalen Interessen zum Wohle der Allgemeinheit opfern muss. Und eben diesen Grundsatz hat das Bundesverwaltungsgericht, anders als Di Fabio, beachtet. Hier in eigener Sache eine Klarstellung, um Missverständnissen vorzubeugen: das ifw und die Verfasser dieses ifw-Kommentars positionieren sich an diesem Punkt weder in die eine oder andere Richtung hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit der „Rettungsfolter“. Sie weisen aber deutlich darauf hin, dass die mangelnde Auseinandersetzung mit vorstehenden Argumenten unwissenschaftlich ist und eine Befassung mit ihnen den Gutachter möglicherweise zu einem anderen Ergebnis hätte gelangen lassen.

Drittens stellt die Hilfe zum Suizid nach der Bewertung des Gesetzgebers – trotz § 217 StGB – im Einzelfall kein Unrecht dar, wohingegen der Einsatz von Folter auch im Einzelfall als Unrecht klassifiziert wird. Bereits deshalb gibt das Beispiel für die vorliegende Frage nichts her.

Und viertens ist das Beispiel der „Rettungsfolter“ auf die hier interessierende Konstellation nicht übertragbar. Denn bei der „Rettungsfolter“ liegt eine Dreieckskonstellation vor. Der Staat findet sich in einer Situation wieder, in der er die Würde des einen Menschen (des Opfers) nur schützen kann, indem er die Würde eines anderen Menschen (des Täters) verletzt. Bei der hier interessierenden Konstellation der Sterbehilfe geht es im Rahmen einer Zweierbeziehung jedoch darum, dass der Staat zum Würdeschutz des Opfers darauf verzichtet, einen selbstbestimmten Suizid durch die Nichtherausgabe eines tödlichen Medikaments zu verhindern. Es gibt hier zusätzlich zu dem schutzbedürftigen Opfer keinen schutzbedürftigen Dritten, der unmittelbar durch das Handeln des Staates zu Gunsten des Opfers – quasi spiegelbildlich – in seiner Menschenwürde verletzt werden würde. Die völlig abstrakte und [empirisch nicht belegte Gefahr](#) der Schaffung einer gesellschaftlichen Erwartung des Suizids oder der Entstehung eines Anscheins der Normalität und eine daraus etwaig resultierende Verleitung von Menschen zum Suizid, spricht eine künftige Würdegefährdung in anderen Kontexten, greifen insofern jedenfalls nicht. Sie sind nicht ansatzweise vergleichbar mit der Würdeverletzung, die der Staat ganz konkret bei der Anwendung von Folter begehen würde, und rechtfertigen mithin nicht die Schaffung eines absoluten Verbots, schwer Leidenden den Zugang zu dem Medikament Natrium-Pentobarbital zu eröffnen. Vergleichbare Überlegungen gelten im Übrigen auch für das von Di Fabio zusätzlich prominent ins Feld geführte Beispiel der „Leihmutterchaft“, ebenfalls eine Dreieckskonstellation, vergleichbar und ebenso unzutreffend und missglückt wie Di Fabios Beispiel der „Rettungsfolter“.

Abschließend stellen die ifw-Kommentatoren unter Bezugnahme auf Reinhard Merkel (ifw-Beirat) [fest](#), dass der BfArM-Gutachter Udo Di Fabio mit seinen zentralen Argumenten nicht überzeugen kann. Recht hat Di Fabio nur mit seiner Forderung an den Gesetzgeber, die einschlägigen Normen des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG) zu ändern. Aber nicht, wie Di Fabio meint, um jede künftige Wirkung des Urteils auf das amtliche Handeln des Bundesinstituts und die Rechtsprechung zur Betäubungsmittelkontrolle zu blockieren, sondern im Gegenteil: um diese Wirkung, in der sich nichts anderes manifestiert als die *Minima Moralia* einer verfassungsgeborenen Humanität, positivrechtlich sicherzustellen.

**Für den Inhalt zeichnen die Verfasser verantwortlich:**

Dr. Jacqueline Neumann und RA Ludwig A. Minelli im Auftrag des *Instituts für Weltanschauungsrecht (ifw)*, veröffentlicht am 19. Februar 2018 auf der Website des Instituts: <https://weltanschauungsrecht.de/kommentar-bfarm-difabio-bverwg>

**Direktorium:** Dr. Thorsten Barnickel, Dr. Gerhard Czermak, Dr. Jacqueline Neumann,  
Dr. Winfried Rath, Dr. Michael Schmidt-Salomon

**Beirat:** Prof. Dr. Michael Hassemer, Johann-Albrecht Haupt, Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg,  
Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Martin Kutscha, Ingrid Matthäus-Maier,  
Prof. Dr. Reinhard Merkel, RA Ludwig A. Minelli, Dr. Till Müller-Heidelberg,  
Prof. Dr. Holm Putzke, RA Eberhard Reinecke, Prof. Dr. Jörg Scheinfeld, Rolf Schwanitz,  
Dr. Johannes Wasmuth

*Das Institut für Weltanschauungsrecht (ifw) ist politisch unabhängig, überparteilich und nicht gewerblich orientiert. Das ifw fördert säkulare Rechtspolitik und setzt sich für das Verfassungsgebot des weltanschaulich neutralen Staates ein.*

Weitere Informationen unter: [www.weltanschauungsrecht.de](http://www.weltanschauungsrecht.de)

Kontakt: Dr. Jacqueline Neumann; Tel: +49 (0) 6744 343 9993

Mail: [info\(at\)weltanschauungsrecht.de](mailto:info(at)weltanschauungsrecht.de)

Institut für Weltanschauungsrecht (ifw), Haus WEITBLICK, Auf Fasel 16, 55430 Oberwesel