

Rosemarie Will

## Ein Minister, ein Bundesamt und ein Rechtsgutachten

Das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) verlor kürzlich einen mehr als 12 Jahre andauernden Rechtsstreit um die Herausgabe einer Dosis Natrium-Pentobarbital an eine Sterbewillige. Über den langen Klageweg und das abschließende Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwG) vom 2. März 2017 (Az. 3 C 19/15) haben wir ausführlich in den vorgängen (Nr. 218, S. 117 ff. sowie Nr. 219, S. 134 ff.) berichtet. Nach diesem Urteil bleibt der Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung grundsätzlich verboten. Allerdings ließ das Gericht eine Ausnahme von diesem Verbot zu: Wenn eine extreme Notlage gegeben ist, eine schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierendem körperlichen Leiden vorliegt, die nicht mehr gelindert werden kann und keine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches zur Verfügung steht, sei das Bundesinstitut zur Abgabe des Medikaments verpflichtet.

Dass sich nach der Entscheidung des Gerichts weitere Betroffene bei dem Bundesinstitut melden würden, die ebenfalls Zugang zu dem tödlichen Medikament begehren, war zu erwarten. Wie die Behörde mit diesen Anträgen umgeht und welche Finten sie einschlägt, um einer Umsetzung der Entscheidung zu entgehen, berichtet Rosemarie Will im folgenden Beitrag.

### Der passende Gutachter

Medienberichten zufolge sind beim BfArM seit dem letzten Jahr knapp 100 Anträge auf Herausgabe eines todbringenden Medikaments eingegangen. Diese Anträge wurden von der Behörde nicht etwa geprüft und entschieden, sondern liegengelassen. Der für das Amt zuständige Minister, Bundesgesundheitsminister Gröhe, lief vom Arzt zum Apothekertag um zu verkünden, dass es unter ihm keinen Vollzug des Urteils geben würde. Als Prozessbeteiligter ist das BfArM aber an das mittlerweile rechtskräftige Urteil gebunden. Ein rechtskräftiges Urteil des BVerwG bindet gemäß § 121 VwGO die Beteiligten des Rechtsstreites und ihre Rechtsnachfolger, in diesem Fall also auch das BfArM. Diese Regelung dient dem Rechtsfrieden und schützt das Vertrauen in die Wirkung gerichtlicher Entscheidungen.

Mit welcher Begründung vollzog das BfArM das Urteil nicht? Dass der zuständige Minister dieses Urteil nicht vollziehen wollte, ist soweit klar. Aber darf ein Minister sich auf seine persönlichen Überzeugungen berufen und verhindern, dass eine ihm unterstehende Behörde ihren Rechtspflichten als Beteiligter eines Rechtsstreites nachkommt? Die Antwort lautet: nein. Staatliches Handeln, auch das eines Ministers, ist an Recht und Gesetz gebunden. Dazu gehört die Bindung an eine gerichtliche Entscheidung für die Beteiligten eines Verfahrens. Will der Minister wie hier entgegen der Rechtslage seinem Gewissen folgen, muss er zurücktreten.

Das hat er nicht getan. Stattdessen erteilte das BfArM einen Gutachtensauftrag an den früheren Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Udo Di Fabio. Natürlich war der Gutachtensauftrag neutral formuliert – in der Sache ging es dem Bundesinstitut bzw. dem Minister jedoch darum, eine verfassungsrechtliche Begründung für ihre Verweigerungshaltung geliefert zu bekommen. Das Gutachten sollte offiziell das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts verfassungsrechtlich bewerten und rechtliche Anforderungen sowohl an die Darlegung und Begründung von Anträgen auf Erwerb des Suizidmittels, als auch an die Bearbeitung und Entscheidung der Behörde nach dem Urteil des BVerwG ermitteln. In seinem mittlerweile veröffentlichten Gutachten<sup>1</sup> stuft Di Fabio das Urteil des BVerwG als verfassungswidrig ein und versucht zu begründen, warum es nicht vollzogen werden muss. Ausführungen dazu, welche Anforderungen an die Anträge auf Herausgabe des Medikaments oder an die Bearbeitung und Entscheidungen durch das BfArM zu stellen sind, enthält das Gutachten nicht.

Warum war dieses Gutachtenergebnis von Di Fabio zu erwarten und vorhersehbar? Wolfram Höfling (der außer Verdacht steht besondere linksliberale Positionen zu vertreten) hat für den Deutschen Ethikrat die verfassungsrechtliche Diskussion um den Suizid wie folgt dargestellt:<sup>2</sup> Nach der ganz herrschenden Position genieße der Suizid grundrechtlichen Schutz, allerdings sei ihre dogmatische Verortung umstritten – sie erfolge sowohl im allgemeinen Persönlichkeitsrecht, als auch im Recht auf Leben und in der allgemeinen Handlungsfreiheit. Nur eine Minderheitsposition vertrete die Position, dass die Selbsttötung keinen Grundrechtsschutz genieße. Als Beispiel dafür zitiert er Udo Di Fabio: *„Ein Recht auf Selbsttötung ist jedenfalls von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht umfasst, die öffentliche Gewalt darf jedem in den Arm fallen, der sich selbst zu töten anhebt.“*<sup>3</sup>

Wenn eine staatliche Behörde, die ein höchstrichterliches Urteil vollziehen muss, einen Gutachterauftrag an jemanden erteilt, der bekanntermaßen eine Minderheitsposition vertritt, so wie es hier geschehen ist, kann man das als Skandal ansehen. Das BfArM war nicht nur zum Vollzug verpflichtet sondern hat auch die Pflicht zu strikter Neutralität im Amt. Wer die Autorität seines Amtes in Anspruch nimmt, um seine eigene Position rechtfertigen zu lassen und dazu den Vertreter einer Minderheitsposition beauftragt, missbraucht die Autorität des Amtes und die damit verbundenen Ressourcen. Das Bundesverfassungsgericht hat immer wieder deutlich gemacht, dass Mitglieder der Bundesregierung und Behörden der staatlichen Exekutive bei der Wahrnehmung ihrer amtlichen Funktion die Pflicht zu strikter Neutralität haben. Das gilt auch für die Vergabe von Gutachten; besonders dann, wenn wie hier die eigene Position im Rechtsstreit nicht durchsetzbar war. Mit der Vergabe des Gutachtensauftrags an Udo Di Fabio hat das BfArM eindeutig seine Neutralitätspflicht verletzt.

## Verfassungswidrigkeit nach Di Fabio

Hinter Di Fabios Weigerung, den Suizid grundrechtlich als geschützt anzusehen, und seinem Zugeständnis an den Staat, dieser dürfe „jedem in den Arm fallen“, „der sich selbst zu töten anhebt“, steht mehr als nur ein christliches Weltbild. Es geht dabei letztlich um das grundsätzliche Verfassungsverständnis, um das Verhältnis der individuellen Freiheit zur staatlichen Macht. Diese Konfliktlinie sieht natürlich auch Di Fabio. So muss er konstatieren: „Die Rechtsordnung des Grundgesetzes will Entfaltungsordnung für das Individuum sein.“ Zugleich steht für ihn aber fest: „sie muss und kann nicht ihre Grundwerte allein in die Disposition des Einzelnen stellen“.

Im demokratischen Verfassungsverständnis der Moderne sind die Mitglieder der Gesellschaft frei, den Gebrauch ihrer Freiheit bestimmen sie selbst. Sie werden dabei durch die Grundrechte gegen staatliche Eingriffe in ihren Freiheitsgebrauch geschützt. Deshalb darf der Staat nur handeln, wenn er eine verfassungsrechtliche Kompetenz dazu hat oder vom Gesetzgeber dazu ermächtigt wurde. Nach dem sogenannten rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip moderner Verfassungen wird von einer weitreichenden, prinzipiell unbegrenzten individuellen Freiheitsvermutung zugunsten des Einzelnen ausgegangen, dem die prinzipiell zu rechtfertigenden Eingriffsmöglichkeiten des Staates gegenüberstehen. Das bedeutet, auch der Gesetzgeber kann am Maßstab der Grundrechte kontrolliert werden kann. Selbst wenn wir gegenwärtig eine Krise des modernen Verfassungsstaates erleben, bleibt zu konstatieren, dass sich die Bundesrepublik unter dem Grundgesetz (nicht zuletzt wegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes) zu einem modernen Verfassungsstaat in der beschriebenen Art entwickelt hat.

Di Fabio stemmt sich gegen diese Entwicklung: Nicht der Einzelne soll frei und selbstbestimmt entscheiden, wie er lebt und sein Leben beendet, sondern einer staatlichen Mehrheitsentscheidung soll es vorbehalten sein, den Inhalt von Freiheit, Selbstbestimmung und würdigem Sterben bestimmen zu können. Für Di Fabio ist die Freigabe eines Medikamentes zur Selbsttötung „unbestreitbar eine, die die sittlich-kulturelle Identität einer freien Gesellschaft betrifft“. Nur der Gesetzgeber sei „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 verkürzt die Geltung der Grundrechte entgegen der Verfassungslage auf ihre jeweils konkrete Ausgestaltung durch den Gesetzgeber.

Natürlich weiß Di Fabio, dass es so unter dem Grundgesetz gerade nicht ist. Der Gesetzgeber kann am Maßstab der Grundrechte kontrolliert werden, und zwar durch jedes Gericht. Dabei stehen den Fachgerichten wie dem Bundesverwaltungsgericht die Mittel der verfassungskonformen Auslegung und der Richtervorlage an das Bundesverfassungsgericht zu. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) besitzt das Monopol, für alle Staatsorgane verbindlich die Verfassung auszulegen.

Die vom BVerwG gefundene verfassungskonforme Auslegung des Betäubungsmittelgesetzes ist also eine, die das BVerfG korrigieren kann, wenn es in dieser Sache angerufen wird; sie steht unter dem Vorbehalt einer abschließenden Entscheidung des BVerfG bzw. des Gesetzgebers.

Ein Gutachter muss aber gleichwohl die Verfassungsmäßigkeit der gefundenen Ausnahmeregelung bewerten, selbst dann, wenn er (wie Di Fabio) der Meinung ist, dass das BVerwG die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung überschritten hat und die Verbotsregelung eigentlich dem BVerfG hätte vorlegen müssen. Selbst wenn das BVerfG Di Fabio darin folgen würde, dass die verfassungskonforme Auslegung des BVerwG zu weit geht, würde es prüfen, ob die vom BVerwG gefundene Lösung (eine Ausnahme vom Verbot der Abgabe von Betäubungsmitteln zum Zwecke der Selbsttötung in extremen Ausnahmesituationen) verfassungsgemäß oder verfassungswidrig ist.

Eine solche Prüfung unterläuft Di Fabio in seinem Gutachten, er führt keine vollständige Verhältnismäßigkeitsprüfung der Verbotsregelung durch. Zwar kommt er nicht umhin, den Grundrechtsschutz des Suizides durch die allgemeine Handlungsfreiheit zu konstatieren; aber er bestreitet einfach den Eingriffscharakter der Regelung des BtMG und bricht damit die Prüfung einer möglichen Grundrechtsverletzung durch das im BtMG enthaltene Verbot an dieser Stelle ab. Seine Begründung lautet schlicht: *„... ein Gesetz, das dem Betäubungsmittelmissbrauch allgemein zu dienen bestimmt ist“, könne „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 zu-rechenbar 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.“*

Ob der Grundrechtseingriff durch das Verbot im BtMG einfach sie gezeugnet werden kann, wie hier durch Di Fabio geschehen, muss bezweifelt werden. In der verfassungsrechtlichen Grundrechtsdogmatik wird längst die Figur des mittelbar-faktischen Grundrechtseingriffs anerkannt, der als nicht beabsichtigte Nebenfolge einer staatlichen Handlung auftreten kann. Auch der mittelbare Eingriff wird heute – neben dem klassischen Eingriffsbegriff – als Eingriff in den grundrechtlichen Schutzbereich qualifiziert, da der Betroffene dadurch genauso beeinträchtigt wird und er ansonsten keine Rechtsschutzmöglichkeit hätte. Noch mehr spricht für die Annahme eines Grundrechtseingriffs, dass die Wirkung der BtMG-Regelung besonders intensiv ist. Ebenso wenig überzeugt die Umdeutung einer partiellen Aufhebung des Verbots als *„begünstigende Leistung des Staates“*, die nach Di Fabio unter keinen Umständen möglich sein soll. Dahinter steht ein vormodernes Verfassungsverständnis: der Staat könne den Inhalt der Freiheitsgewährleistungen und der Vorstellungen des Einzelnen vom würdigen Sterben bestimmen. Di Fabio schreibt: *„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 Gemeinwohlkonkretisierung ge-*

genüberstellt.“ Di Fabio geht ganz offenbar von der gegenteiligen Haltung aus, von der unterstellt werden kann, dass sie überholt ist.

## Handlungsempfehlungen nach Di Fabio

Die Verwaltung ist grundsätzlich verpflichtet, auch von ihr für verfassungswidrig gehaltene Gesetze oder deren höchststrichterliche Interpretation zu befolgen. Deshalb befinden sich Minister, Bundesamt und Gutachter, die etwas anderes wollen, in einem Dilemma.

Zudem steht die Annahme eines Verfassungsverstoßes durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 auf wackeligen Füßen. Wenn sich die für die Erlaubniserteilung nach § 3 BtMG zuständige Behörde unter Hinweis auf ihre verfassungsrechtlichen Bedenken einer Erwerbserlaubnis verweigert, begeht sie eine Rechts- und Amtspflichtverletzung. Gleichwohl empfiehlt Di Fabio in seinem Gutachten, das Urteil nicht zu vollziehen. Es spreche „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.“ Den Mut zum Risiko kann man dem Gutachter nicht absprechen. Deshalb bedarf es weiterhin viel bürgerrechtlichen Engagements, um den Grundrechten beim Sterben endlich zur Durchsetzung zu verhelfen.

## Anmerkungen

- 1 Udo Di Fabio: Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen. Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 - 3 C 19/15 - im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, November 2017, abrufbar unter [https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=2)
- 2 Höfling, Wolfram: Würde, Autonomie, Selbstbestimmung – Verfassungsrechtliche Aspekte, [www.ethikrat.org/sitzungen/2014/beihilfe-zur-selbsttoetung](http://www.ethikrat.org/sitzungen/2014/beihilfe-zur-selbsttoetung).
- 3 Di Fabio, in Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 Rn. 47.