

# Das „Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben“ und die Schwierigkeit, es in Anspruch zu nehmen

Zugleich Besprechung von OVG Münster, Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 146/21

Von Prof. em. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Frankfurt a.M.

*Das Urteil des BVerfG, mit dem der Tatbestand des § 217 StGB für verfassungswidrig erklärt wurde (BVerfGE 153, 182), hat rechtliche Schranken der Sterbehilfe geöffnet, ohne den faktischen Zugang zu professioneller Suizid-Unterstützung garantieren zu können. Das Urteil des BVerwG, in dem für extreme Fälle ein Anspruch auf Zugang zu einem Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung bejaht wird (BVerwGE 158, 142), behält deshalb auch nach der Entscheidung des BVerfG seine Bedeutung. Der vorliegende Beitrag zeigt, dass die Kritik, die an diesem Urteil verbreitet geübt wird und auf die das BMG seinen „Nichtanwendungserlass“ stützt, methodologisch verfehlt ist und insbesondere die Regelungsstruktur der hier zentralen Bestimmung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG verkennt.*

## I. Rechtspolitischer Kontext

Das Urteil, mit dem das BVerfG den Straftatbestand der „Geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ (§ 217 StGB a.F.) für verfassungswidrig erklärt und ein Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben anerkannt hat,<sup>1</sup> ist in liberalen Kreisen der Gesellschaft seinerzeit auf große Zustimmung gestoßen. Für die unmittelbar Betroffenen, insbesondere für Personen, die in einer aussichtslosen Situation qualvollen Leidens ihrem Leben ein Ende setzen wollen, verband sich mit ihm die Hoffnung auf einen erleichterten Zugang zu einem menschenwürdigen und unbürokratischen Weg, ihren Sterbewunsch zu realisieren.

Inzwischen hat sich gezeigt, dass sowohl die Genugtuung der in diesem Punkt mehrheitlich<sup>2</sup> liberalen Bürger als auch die Hoffnungen der unmittelbar Betroffenen verfrüht waren. So liegt derzeit ein neuer Gesetzentwurf vor, der – unter Beteiligung von Abgeordneten, die bereits an der Ausgestaltung des verfassungswidrigen § 217 StGB a.F. maßgeblich mitgewirkt haben – diesen Straftatbestand (§ 217 Abs. 1 StGB a.F.) wörtlich übernimmt und lediglich unter engen Voraussetzungen die Rechtswidrigkeit der „Förderungshandlung“ verneint.<sup>3</sup>

Die Justiz ist auf dem in diesem Urteil markierten Weg jedenfalls nicht weiter vorangeschritten. Das Bundesverfassungsgericht hat aus seinem Urteil bisher nicht die Konse-

quenz gezogen, Suizidwilligen im Wege einer Nichtigerklärung oder verfassungskonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG den Zugang zu letal wirkenden Betäubungsmitteln zu erleichtern. Vielmehr hat es sowohl Vorlagen des VG Köln (Art. 100 Abs. 1 GG), mit denen die Frage der Verfassungskonformität der Bestimmung gestellt wurde,<sup>4</sup> als auch die Verfassungsbeschwerden mehrerer suizidwilliger Personen als unzulässig abgewiesen.<sup>5</sup> Ironischerweise – aber nicht ohne dogmatische Konsequenz – begründet das BVerfG diese Zurückweisungen gerade mit seinem Urteil zu § 217 StGB. Denn die Möglichkeiten von Suizidwilligen, ihren Wunsch nach selbstbestimmtem Sterben zu verwirklichen, hätten sich durch dieses Urteil „wesentlich verbessert.“<sup>6</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hat seine auf eine verfassungskonforme Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG gestützte Auffassung, dass das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) schwerstkranken suizidwilligen Patienten in einer extremen Notlage den Zugang zu einer tödlichen Dosis eines Betäubungsmittels ermöglichen müsse,<sup>7</sup> in einer späteren Entscheidung zwar nicht revidiert, aber in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen in casu das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen verneint.<sup>8</sup>

## II. Das Urteil des OVG Münster vom 2. Februar 2022

### 1. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG als „zwingender Versagungsgrund“

Das OVG Münster folgt in der vorliegenden Entscheidung des 9. Senats<sup>9</sup> der bisherigen Linie seiner Rechtsprechung und stellt sich damit gegen die vom BVerwG vertretene Auffassung, der zufolge eine verfassungskonforme Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG möglich und erforderlich ist, um schwerstleidenden Suizidwilligen den Zugang zu einer letalen Dosis eines Betäubungsmittels zu ermöglichen.<sup>10</sup> Es beruft sich dabei auf den – angeblich – „zwingenden Versagungsgrund“ des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG<sup>11</sup> und bestreitet unter Hinweis auf das Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. die Erforderlichkeit einer verfassungskonformen Korrektur dieses „zwingenden“ Versagungsgrundes.

<sup>1</sup> BVerfGE 153, 182.

<sup>2</sup> Nachweise bei Saliger, medstra 2015, 132 (133 mit Fn. 15). Vgl. auch Henking, JR 2015, 174 (183).

<sup>3</sup> „Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Hilfe zur Selbsttötung und zur Sicherstellung der Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zur Selbsttötung [...]“ der Abgeordneten Castellucci, Heveling, Kappert-Gonther u.a., vorgestellt im Februar 2022. Als Autoren werden u.a. die Abgeordnete Kerstin Griese und der ehemalige Gesundheitsminister Hermann Gröhe genannt. – Zur Vorgeschichte des § 217 StGB a.F. ausführlich Saliger, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 156 ff.

<sup>4</sup> Aussetzungs- und Vorlagebeschlüsse des VG Köln, Beschl. v. 19.11.2019 – 7 K 8560 u.a. (= GesR 2021, 98 m. Anm. Kraatz).

<sup>5</sup> BVerfG NJW 2020, 2394 (zu den Vorlagen des VG Köln); BVerfG NJW 2021, 1086 (zu Verfassungsbeschwerden gegen das die Erwerbserlaubnis ablehnende Urteil BVerwG NJW 2019, 2789).

<sup>6</sup> BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 7. Parallele Argumentation in BVerfG NJW 2020, 2394 Rn. 8 ff.

<sup>7</sup> BVerwGE 158, 142.

<sup>8</sup> BVerwG NJW 2019, 2789.

<sup>9</sup> OVG Münster, Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 146/21.

<sup>10</sup> BVerwGE 158, 142.

<sup>11</sup> OVG Münster, Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 146/21, Rn. 34

Der Topos des „zwingenden Versagungsgrundes“, der in der Rechtsprechung des OVG Münster immer wieder bemüht wird,<sup>12</sup> ist allerdings ohne argumentativen Wert. Denn er formuliert lediglich das Ergebnis der eigenen Interpretation, trägt aber zu deren Begründung nichts bei. Ob diese Interpretation tatsächlich „zwingend“ ist, bestimmt sich nach den allgemein konsentierten Regeln der Methodenlehre. Folgerichtig beruft sich der *Senat* denn auch auf eine „am Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck des Betäubungsmittelgesetzes und dem Willen des Gesetzgebers orientierte Auslegung“ (Rn. 38). Allerdings zu Unrecht. Eine starke Formulierung („zwingender“ Versagungsgrund) dient hier, wie häufig, dazu, die Schwäche der verfügbaren Argumente zu verdecken. Das wird im Einzelnen darzulegen sein (dazu unter III.).

## 2. Verfassungskonformität dieser Interpretation

Da der *Senat* davon ausgeht, dass § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG bei einer Interpretation anhand der genannten traditionellen Auslegungsmethoden eine Erlaubnis zum Erwerb einer letalen Substanz zum Zwecke der Selbsttötung verbiete, konzentriert er sich im Folgenden auf die Frage, ob das so gewonnene Ergebnis aus verfassungsrechtlichen Gründen einer Korrektur bedarf (Frage der Verfassungswidrigkeit der Bestimmung bzw. der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Interpretation).

### a) Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung

Der *Senat* teilt nicht die von einem Teil des Schrifttums<sup>13</sup> vertretene und auch den Vorlagebeschlüssen des VG Köln<sup>14</sup> zugrunde liegende Auffassung, dass eine verfassungskonforme Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG wegen eines entgegenstehenden klar erkennbaren Willens des Gesetzgebers ab initio ausscheide. Diese Frage könne offenbleiben (Rn. 49). Denn eine verfassungskonforme Auslegung sei jedenfalls nicht geboten, da durch die Versagung der beantragten Erlaubnis derzeit keine Grundrechte des Klägers verletzt würden (Rn. 53).

<sup>12</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 66; OVG Münster, Urt. v. 17.2.2017 – 13 A 3079/15, Rn. 47

<sup>13</sup> Der *Senat* verweist auf das Gutachten von *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, S. 50 ff., abrufbar unter [https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Prusse/Rechtsgutachten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Prusse/Rechtsgutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (4.5.2022), sowie auf *Hillgruber*, JZ 2017, 777 (781 ff.), und *Weber*, in: *Weber/Kornprobst/Maier*, Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, Anti-Doping-Gesetz, Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2021, BtMG § 5 Rn. 45.

<sup>14</sup> Vgl. Fn. 4.

### b) „Gerechtfertigter Grundrechtseingriff“

#### aa) Konflikt zwischen Selbstbestimmungsrecht und staatlicher „Schutzpflicht“

Zwar greife, so der *Senat*, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG mittelbar in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben ein (Rn. 58). Dieser Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt (Rn. 63). Denn die Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht des Suizidwilligen trete „in Konflikt zu der Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und darüber auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen“ (Rn. 63). Diesen Konflikt löse § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG in einer Weise, die dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerecht werde.

Für seine formelhafte Gegenüberstellung der „Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht des Suizidwilligen“ einerseits, einer „Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und darüber auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen“ andererseits, kann sich der *Senat* u.a. auf die wortgleiche Formulierung des BVerfG in seinem Urteil zu § 217 StGB a.F. berufen.<sup>15</sup> In der Sache ist diese Gegenüberstellung im vorliegenden Kontext problematisch.

Soweit verhindert werden soll, dass ein Suizid-Entschluss im Zustand mangelnder Autonomie getroffen wird („Schutz der Autonomie Suizidwilliger“), wäre das durch entsprechende prozedurale Sicherungen zu gewährleisten, wie sie beispielsweise bei einer Prüfung des Antrags nach § 3 BtMG zur Verfügung stehen. Was den Schutz des Lebens betrifft, so wird dieses fehlerhaft als ein kollektives Rechtsgut verstanden, das über dem Willen dessen schwebt, um dessen Leben es geht. Wenn sich ein Mensch ohne Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfähigkeit dazu entschließt, aus dem Leben zu scheiden, dann ist in einem liberalen Staat, der das Leben des Menschen als ein individuelles und nicht als ein kollektives Rechtsgut versteht, für die vom *Senat* behauptete staatliche „Schutzpflicht“ kein Platz.

#### bb) Verhältnismäßigkeitsprinzip

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs erörtert der *Senat* die Geeignetheit sowie die Erforderlichkeit zum Zweck der „Suizidprävention“, der dem „Versagungsgrund“ des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG als Schutzfunktion zugewiesen wird (Rn. 66). Beide Voraussetzungen werden bejaht. Der Ausschluss einer Erlaubnis nach § 3 BtMG erschwere, so der *Senat*, eine Selbsttötung (Rn. 68). Dies gelte „jedenfalls in Fällen, in denen der Suizidwunsch Folge einer unmittelbaren Reaktion auf eine aktuelle Lebenssituation ist [...]“ (Rn. 68). Ferner werde damit einem „gesellschaftlichen Druck insbesondere auf vulnerable Personen entgegengewirkt, der durch die Eröffnung einer Erlaubnismöglichkeit entstehen oder empfunden werden könnte [...]“ (Rn. 68).

Aber diese Erwägungen sind wenig überzeugend. Denn die Vorstellung, dass jemand, der sich aus Liebeskummer (so der klassische Beispielfall) oder sonst in einer „unmittelbaren Reaktion auf eine aktuelle Lebenssituation“ umbringen will, zu diesem Zweck einen Antrag nach § 3 BtMG beim

<sup>15</sup> BVerfGE 153, 182, Rn. 223.

Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) stellt, ist fernliegend. Kaum nachvollziehbar erscheint auch die Annahme, ein gesellschaftlicher Druck auf „vulnerable“ Personen, ihr Leben zu beenden, würde die Gestalt einer Aufforderung annehmen, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Offenbar hat der Topos der „vulnerablen“ Person hier eher eine rhetorische (appellative) als eine argumentative Funktion.

Im Übrigen besteht hinsichtlich der „Geeignetheit“ der restriktiven Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zur Suizidprävention (Rn. 66) eine bemerkenswerte Spannung zu den späteren Ausführungen, in denen der *Senat* auf die Alternativen zur Ausführung eines (auch: unterstützten) Suizids verweist, die durch das Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. eröffnet werden (Rn. 94 ff.). Hier wird detailliert dargelegt, welche anderen Möglichkeiten einer zum Suizid entschlossenen Person zur Verfügung stehen, diesen Entschluss mit Hilfe Dritter zu realisieren. Selbstverständlich haben die Darlegungen im letzteren Kontext eine andere Funktion: Sie sollen zeigen, dass die Möglichkeit, Suizid zu begehen (und damit das Recht auf selbstbestimmtes Sterben) durch die restriktive Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG *nicht unangemessen eingeschränkt* wird. Bei der Frage der Geeignetheit der Bestimmung zur Suizidprävention geht es dagegen um den Nachweis, dass die Möglichkeit, Suizid zu begehen, durch die strikte Interpretation dieser Bestimmung *effektiv eingeschränkt* wird. Aber: Dass der *Senat* zur Rechtfertigung seiner restriktiven Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG an einer Stelle die Effizienz, an anderer Stelle die *mangelnde* Effizienz der Regelung hinsichtlich der Suizidprävention betont, irritiert.

Wenig überzeugend ist auch die Bejahung der Erforderlichkeit, für die dem *Senat* ein formelhafter Satz genügt (Rn. 68). Denn wenn es um den Schutz von Personen geht, die ihren Suizidentschluss in einem Zustand mangelnder Eigenverantwortlichkeit gefasst haben, dann wäre der mildere, aber gleichermaßen effiziente Eingriff selbstverständlich der einer Prüfung, ob die Entscheidung zum Suizid tatsächlich eigenverantwortlich getroffen wurde. Für diese Prüfung wäre das Verfahren, in dem das BfArM über den Antrag entscheidet, der logische Ort. Das an späterer Stelle vorgetragene Argument, außerhalb einer gesetzlichen Regelung könnten keine Maßstäbe für die Grenzziehung entwickelt werden (Rn. 80), überzeugt nicht. Selbstverständlich wäre es Sache der entscheidenden Behörde, auf der Basis der vom BVerfG festgelegten Vorgaben<sup>16</sup> zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der beantragten Erlaubnis vorliegen oder nicht. Dass dafür möglicherweise konkretisierende Regeln zu entwickeln wären, die ihrerseits einer gerichtlichen Prüfung zugänglich wären, bedarf keiner Hervorhebung.

Wenn der *Senat* eine klare Differenzierung zwischen den Fällen eines eigenverantwortlichen und wohlüberlegten Suizidentschlusses einerseits, einem mit Willensmängeln behafteten andererseits vermissen lässt, so muss dies nicht auf der argumentationstaktischen Erwägung beruhen, dass sich eine restriktive Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG für die letz-

tere Konstellation leichter begründen lässt. Denkbar wäre auch, dass der *Senat* jegliche „Suizidprävention“ (Rn. 66), also auch die Verhinderung eigenverantwortlich unternommener Suizide und Suizidversuche, als eine legitime staatliche Aufgabe betrachtet. Dafür spricht, dass er in diesem Zusammenhang eine „staatliche Schutzpflicht für das Leben“ anführt (Rn. 66) – also nicht eine staatliche Pflicht, die Autonomie eines Suizidentschlusses zu sichern. Aber die Verhinderung auch eines wohlüberlegt unternommenen Suizids kann spätestens nach dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. nicht (mehr) als staatliche Aufgabe gesehen werden. Der Staat würde ansonsten in Widerspruch zu seiner (durch das BVerfG verbindlich vollzogenen) Anerkennung eines Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben geraten.

Die hier zu Tage tretende mangelhafte Trennung zwischen dem Recht auf Selbstbestimmung einerseits und einem „Rechtsgut des Lebens“ (Rn. 75) andererseits<sup>17</sup> überschattet auch die Ausführungen zur Frage der Angemessenheit des Eingriffs. Die „Zugangsverweigerung zu einer letalen Dosis eines Betäubungsmittels“ schütze, so der *Senat*, „die Selbstbestimmung des Einzelnen über sein Leben und damit [!] das hohe Rechtsgut des Lebens als solches“ (Rn. 75). Was das „Leben als solches“ sein soll, das hier von dem Leben des Einzelnen abgetrennt und zu einem eigenständigen „hohen Rechtsgut“ erhoben wird, bleibt rätselhaft. Selbstverständlich kann man abstrahierend von einem „Rechtsgut Leben“ sprechen, das verletzt wird, wenn ein Angriff gegen das Leben eines Menschen erfolgt – der strafrechtlichen Dogmatik ist diese Begrifflichkeit geläufig. Aber ebenso selbstverständlich ist das Leben, das von der Rechtsordnung geschützt werden muss, immer das Leben eines einzelnen (oder: einzelner) Menschen, nicht ein Leben „als solches“. Das Leben ist ein individuelles Rechtsgut. Das bedeutet: Ein Schutz der „Selbstbestimmung des Einzelnen über sein Leben“ ist nicht nur in dem Sinne gefordert, dass der Staat der freiverantwortlich unternommenen Selbsttötung keine Hindernisse entgegenstellt. Dieser Schutz kann, komplementär, auch dahingehend verstanden werden, dass der Staat („weich paternalistisch“) das *nicht* verantwortlich handelnde Individuum vor einer Vernichtung des eigenen Lebens bewahrt. Ein „Leben als solches“ (Rn. 76), das jenseits des Lebens und des Lebensinteresses des Individuums zu lokalisieren (und zu schützen) wäre, wäre ein theologisches oder metaphysisches Konstrukt.<sup>18</sup>

Da der *Senat* in dieser Weise dem Recht des Einzelnen, sein Leben selbstbestimmt zu beenden, eine Schutzpflicht des Staates für „das Leben als solches“ gegenüberstellt, entscheidet sich für ihn die Frage der Angemessenheit des Eingriffs aufgrund einer Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Suizidwilligen einerseits und der staatlichen „Schutzpflicht für Leben und Gesundheit“ andererseits (Rn. 73). Hier habe der Gesetzgeber, so der *Senat*, mit der Regelung

<sup>17</sup> Dazu schon oben II. 2. b) aa).

<sup>18</sup> Die Frage, ob und inwieweit die „Wertejudikatur“ des BVerfG derartigen Konstruktionen Vorschub leistet, ist hier nicht zu thematisieren. Dazu *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 97 und öfter.

<sup>16</sup> BVerwGE 158, 142, Rn. 40.

des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG seinen Spielraum nicht überschritten (Rn. 73).

Begründet wird das vor allem mit der Erwägung, dass sich infolge der Nichtigerklärung des § 217 StGB a.F. durch das BVerfG<sup>19</sup> die Möglichkeiten, für einen geplanten Suizid eine Unterstützung seitens Dritter zu erhalten, wesentlich verbessert hätten (Rn. 88 ff.). Diese Argumentation, die auch neueren Entscheidungen des BVerfG zugrunde liegt,<sup>20</sup> lässt die Möglichkeit offen, dass die Regelung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG in der Interpretation, die sie durch den *Senat* und die herrschende Meinung erfährt, vor dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB verfassungswidrig war, und dass sie durch eine künftige restriktive Gesetzgebung zu Suizid- und Sterbehilfe wiederum verfassungswidrig werden könnte. Folgerichtig spricht der *Senat* davon, dass die fehlende Erlaubnisfähigkeit für den Erwerb letaler Substanzen, die zur Selbsttötung geeignet und bestimmt sind, im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips „derzeit“ angemessen sei (Rn. 72).

Die aus dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. resultierende Erweiterung der Möglichkeiten, für ein Suizidvorhaben Unterstützung in Anspruch zu nehmen, entzieht nach Ansicht des *Senats* auch dem Urteil des BVerwG, in dem für bestimmte, eng umgrenzte Fälle eine Verpflichtung des BfArM zur Erteilung einer Erlaubnis für den Erwerb einer letalen Dosis Natrium-Pentobarbital bejaht wurde,<sup>21</sup> die Grundlage (Rn. 88). Ausdrücklich genannt werden die Möglichkeiten, sich an Sterbehilfe-Organisationen zu wenden oder ärztliche Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen (Rn. 88 ff.). Die Selbstverständlichkeit, mit der hier suizidwillige Personen an Sterbehilfe-Organisationen verwiesen werden,<sup>22</sup> verwundert, wenn man sich an die Perhorreszierung dieser Organisationen im Vorfeld der Verabschiedung des § 217 StGB a.F. erinnert.<sup>23</sup> Was die ärztliche Suizidhilfe betrifft, so lässt der *Senat* das Argument, dass wegen drohender standesrechtlicher Konsequenzen nur wenige Ärzte bereit wären, Suizidhilfe zu leisten, nicht gelten.<sup>24</sup> Er beruft sich dabei u.a. auf die Äußerung des Vorsitzenden der „Deutschen Gesellschaft für Humanes Sterben“ (DGHS), es gebe bundesweit sechs (!) Ärzte, zu denen man Sterbewilligen Kontakt vermitteln könne (Rn. 101).

Das Urteil über die Verfassungsmäßigkeit der geltenden Regelungen des BtMG (§ 5 Abs. 1 Nr. 6, § 13 Abs. 1 BtMG) hängt nach Auffassung des *Senats* damit von der Antwort auf die Frage ab, ob es dem Suizidwilligen auch dann, wenn er sich wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in

einer extremen Notlage befindet, möglich und zumutbar ist, sich auf die Suche nach einem Suizidhilfe leistenden Arzt oder sonstiger Suizid-Unterstützung von dritter Seite zu machen. Das BVerwG hatte diese Frage in seiner vor Nichtigerklärung des § 217 StGB a.F. ergangenen Entscheidung verneint.<sup>25</sup> Der *Senat* bejaht diese Frage und dementsprechend die „Angemessenheit“ des Grundrechtseingriffs, der nach der von ihm vertretenen Interpretation in der Regelung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zu sehen ist.

*c) Das BVerfG zur Frage der Verfassungskonformität des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG*

Das Bundesverfassungsgericht ist in diesem Punkt deutlich vorsichtiger. In dem Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2020 wird eine Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ausdrücklich abgelehnt – mit der Begründung, eine „verfassungsgerichtliche Sachentscheidung zum jetzigen Zeitpunkt müsste [...] auf weitgehend unsicherer Grundlage hinsichtlich der gegebenen tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten ergehen.“<sup>26</sup> Eine entsprechende „Klärung der Sach- und Rechtslage“ erwartet die Kammer in der Folge von Anstrengungen sterbewilliger Personen, die unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) gehalten seien, ihr Recht auf selbstbestimmte Beendigung ihres Lebens „durch aktive Suche nach suizidhilfebereiten Personen im Inland, durch Bemühungen um eine ärztliche Verschreibung des gewünschten Wirkstoffs oder auf anderem geeigneten Weg konkret zu verfolgen.“<sup>27</sup>

Man kann darüber streiten, ob sich aus dem Prinzip der „Subsidiarität“ der Verfassungsbeschwerde, auf das sich die Kammer zur Begründung der Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerden beruft, tatsächlich eine Obliegenheit der Beschwerdeführer ableiten lässt, entsprechende Bemühungen zu unternehmen. Denn die Bestimmung des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG, auf die sich die Kammer bezieht, regelt lediglich, dass die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des *Rechtswegs* erhoben werden kann. Dass der Rechtsweg erst dann erschöpft sein soll, wenn der Beschwerdeführer zudem alle zumutbaren Anstrengungen zu einer *faktischen*, eine Grundrechtsverletzung abwendenden Verbesserung seiner Situation unternommen hat, erschließt sich bei der Lektüre dieser Bestimmung nicht ohne Weiteres.

Indes sei hier dahingestellt, ob sich die Kammer in diesem Punkt zu Recht auf eine entsprechende ständige Rechtsprechung des BVerfG beruft<sup>28</sup> und ob diese Rechtsprechung angesichts des Wortlauts des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zu rechtfertigen ist. Dahingestellt sei auch, ob es nicht für eine mangelnde Sensibilität gegenüber der Situation von möglicherweise schwerstleidenden suizidwilligen Personen spricht, wenn die Kammer den von ihr geforderten eigenen Bemühungen potentieller Beschwerdeführer die Funktion einer „Abklärung des nunmehr geltenden fachrechtlichen Rah-

<sup>19</sup> BVerfGE 153, 182.

<sup>20</sup> BVerfG NStZ-RR 2022, 32; BVerfG NJW 2020, 2394.

<sup>21</sup> BVerwGE 158, 142.

<sup>22</sup> Als problematisch, aber für eine Übergangszeit (bis zu einer gesetzlichen Regelung) zumutbar, betrachtet das VG Köln die Inanspruchnahme von Sterbehilfeorganisationen (VG Köln, Urt. v. 24.11.2020 – 7 K 13803/17 u.a. [= GesR 2021, 98 mit Anm. *Kraatz*], Rn. 97 f.).

<sup>23</sup> Zu den seinerzeit auch von staatlichen Instanzen zur Kennzeichnung der Tätigkeit dieser Organisationen verwendeten Begriffen *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280 (281 mit Fn. 10).

<sup>24</sup> Ebenso BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 7.

<sup>25</sup> BVerwGE 158, 142, Rn. 34 ff.

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 8.

<sup>27</sup> BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 4.

<sup>28</sup> BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 5.

mens“ zuerkennt.<sup>29</sup> Immerhin beinhalten diese Bemühungen das Risiko des faktischen Scheiterns (und damit des Zwangs, ein als unerträglich erlebtes Leben fortführen zu müssen); jedenfalls für die beteiligten Dritten bergen sie zudem erhebliche rechtliche Risiken bis hin zur Gefahr strafrechtlicher Konsequenzen.

Festzuhalten, weil für die weitere Entwicklung der Diskussion bedeutsam, ist, dass das BVerfG in dieser Entscheidung die Frage der Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG offen lässt. Der Beschluss fügt sich damit in eine Reihe von Entscheidungen, die dieser Frage über eine prozessuale Argumentation ausweichen. So der Kammerbeschluss vom 20. Mai 2020, in dem die Vorlagen des VG Köln (Art. 100 Abs. 1 GG), mit denen das VG die Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG behauptet hatte, wegen mangelnder Begründung als unzulässig abgewiesen wurden.<sup>30</sup> So auch der Beschluss vom 3. November 2021, in dem die Kammer der Verfassungsbeschwerde eines suizidwilligen Strafgefangenen, der Zugang zu einer tödlich wirkenden Substanz beantragt hatte, wegen mehrerer Verstöße gegen Art. 19 Abs. 4 GG im vorangegangenen gerichtlichen Verfahren ohne Sachentscheidung stattgab.<sup>31</sup> Erkennbar wird in diesen Entscheidungen die Tendenz, einer gesetzlichen Regelung des Komplexes der Suizid- und Sterbehilfe nicht vorzugreifen.<sup>32</sup> Deutlich wird aber auch die Tendenz, im Wege einer verfassungskonformen Interpretation von Bestimmungen des BtMG, Sterbewilligen den Zugang zu tödlich wirkenden Medikamenten zu erleichtern.<sup>33</sup>

#### d) Die anstehende Entscheidung des BVerwG

Das Bundesverwaltungsgericht dagegen wird in seiner anstehenden Revisionsentscheidung zum vorliegenden Urteil des OVG Münster in der Sache Stellung nehmen müssen. Es steht dabei vor der Frage, ob es an seinem kontrovers diskutierten Urteil<sup>34</sup> festhalten und weiterhin für eine verfassungskonforme Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG plädieren, oder aber unter Hinweis auf die infolge des Urteils des BVerfG zu § 217 StGB veränderten Umstände die Notwendigkeit, in Fällen einer „extremen Notlage“ im Wege einer solchen verfassungskonformen Auslegung den Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung zu ermöglichen, verneinen soll. Damit stellen sich erneut die Probleme der Zulässigkeit und der Erforderlichkeit (der sachlichen Berechtigung) einer verfassungskonformen Auslegung der

Bestimmung. Ich beschränke mich im Folgenden auf die Frage der Zulässigkeit, die anhand von rechtstheoretischen und -methodologischen Kriterien zu beantworten ist.

### III. Rechtfertigung einer verfassungskonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG

#### 1. Voraussetzungen einer verfassungskonformen Auslegung

Von Teilen des Schrifttums wird die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG – im Sinne einer Öffnung für die Erlaubnis zum Erwerb letal wirkender Betäubungsmittel zum Zwecke der Selbsttötung – strikt verneint.<sup>35</sup> Verwiesen wird dabei auf die vom BVerfG entwickelten Kriterien. In seinem Beschluss vom 19. September 2007, auf den sich etwa *Di Fabio* beruft,<sup>36</sup> heißt es dazu:

„Das Gebot verfassungskonformer Gesetzesauslegung verlangt, von mehreren möglichen Normbedeutungen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht [...]. Eine Norm ist daher nur dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung zu vereinbarende Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist diese geboten [...]. Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung ergeben sich damit grundsätzlich aus dem ordnungsgemäßen Gebrauch der anerkannten Auslegungsmethoden.“<sup>37</sup>

Da nach Ansicht des BVerwG die Norm des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG nur dann mit der Verfassung vereinbar ist, wenn sie für extreme Notlagen die Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb eines letal wirkenden Betäubungsmittels zum Zweck der Suizidverübung zulässt,<sup>38</sup> kommt es nach den vom

<sup>29</sup> BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 8.

<sup>30</sup> BVerfG NJW 2020, 2394.

<sup>31</sup> BVerfG NStZ-RR 2022, 32.

<sup>32</sup> So ausdrücklich BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 9.

<sup>33</sup> Hinweis auf die „Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 13 Abs. 1 BtMG“ in BVerfG NJW 2020, 2394, Rn. 14. Auf § 13 BtMG dürfte auch die Feststellung zielen, dass Ärzte zur Verschreibung tödlich wirkender Medikamente nach der Nichtigerklärung des § 217 StGB a.F. „in strafrechtlicher und betäubungsmittelrechtlicher Hinsicht [...] nunmehr auch befugt“ wären (BVerfG NJW 2021, 1086, Rn. 7).

<sup>34</sup> BVerwGE 158, 142.

<sup>35</sup> *Di Fabio* (Fn. 13), S. 50 ff.; *Hillgruber*, JZ 2017, 777 (781 ff.); *Weber* (Fn. 13), BtMG § 5 Rn. 45, 47. Zur Kritik an der weithin tendenziösen Argumentation *Di Fabios* in seinem Auftragsgutachten vgl. etwa *Merkel*, in: J. Neumann/Czermak/Merkel/Putzke (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht, 2019, S. 197; *J. Neumann/Minelli*, ifw-Kommentar zum Rechtsgutachten „Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen“ von Prof. Udo Di Fabio für das Arzneimittel-Institut (BfArM), 19.2.2018, abrufbar unter

<https://weltanschauungsrecht.de/kommentar-bfarm-difabio-bverwG> (4.5.2022); *U. Neumann*, in: J. Neumann/Czermak/Merkel/Putzke (ebenda), S. 175; *U. Schroth*, GesR 2020, 477; *van den Daele*, ARSP 2020, 317 (339/340 mit Fn. 76).

<sup>36</sup> *Di Fabio* (Fn. 13), S. 51, unter Bezug auf BVerfGE 119, 247 (274), und BVerfGE 69, 1 (55).

<sup>37</sup> BVerfGE 119, 247, Rn. 92, 93.

<sup>38</sup> BVerwGE 158, 142, bestätigt in BVerwG NJW 2019, 2789, Rn. 18.

BVerfG entwickelten Kriterien darauf an, ob nach *einer* der anerkannten Auslegungsmethoden eine entsprechende Interpretation der Bestimmung möglich ist.

## 2. Auslegung der Bestimmung anhand der „anerkannten Auslegungsmethoden“

Dies wird teilweise bestritten. Nach der aktuellen Entscheidung des OVG Münster ist eine Erwerbserlaubnis, die auf eine Nutzung von Natrium-Pentobarbital zur Selbsttötung gerichtet ist, mit einer „am Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck des Betäubungsmittelgesetzes und dem Willen des Gesetzgebers orientierte[n] Auslegung“ nicht vereinbar.<sup>39</sup> Zur Begründung verweist der 9. Senat insbesondere auf zwei Entscheidungen des 13. Senats des OVG.<sup>40</sup> Man kann also davon ausgehen, dass sich der Senat die dort vorgebrachten Argumente zu eigen macht. Ergiebig sind hier vor allem die ausführlichen Darlegungen in dem zeitlich früheren Urteil,<sup>41</sup> auf die die spätere der in Bezug genommenen Entscheidungen<sup>42</sup> mehrfach verweist.

Das Urteil versucht, die in der neueren Entscheidung übernommene Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG als „zwingender Versagungsgrund“ für eine Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels zu Suizidzwecken im Einzelnen zu begründen. Es bezieht sich dabei auf Wortlaut und Systematik der Vorschrift sowie auf den vom historischen Gesetzgeber verfolgten Zweck.<sup>43</sup>

### a) Wortlaut

Hinsichtlich des Wortlauts des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG stützt sich der Senat auf seine Interpretation des Begriffs „medizinisch“. Dieser Begriff bedeute im Kontext der in § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG angesprochenen „medizinischen Versorgung der Bevölkerung“, dass ein „nicht im Sinne der ärztlichen Heilkunst auf Heilung oder Linderung von pathologischen Zuständen“ gerichteter Gebrauch ausgeschlossen werde.<sup>44</sup> Aber das ist aus mehreren Gründen unzutreffend.

Zunächst ist die ärztliche Tätigkeit schon traditionell nicht auf die Heilung oder Linderung pathologischer Zustände beschränkt. Das gilt etwa für den Bereich der Schönheitschirurgie. Es gilt ebenso für den Schwangerschaftsabbruch, den der Gesetzgeber dem Bereich der ärztlichen Tätigkeit zuweist (arg. § 218a StGB).<sup>45</sup> Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass im Arzneimittelgesetz, das der medizinischen Versorgung dient, der Vertrieb des Abtreibungsmittels „Mifegyne“ einer gesetzlichen Regelung unterzogen wird.<sup>46</sup>

<sup>39</sup> OVG Münster, Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 146/21, Rn. 38, 40.

<sup>40</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 54 ff., und OVG Münster, Urt. v. 17.2.2017 – 13 A 3079/15, Rn. 46 ff.

<sup>41</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14.

<sup>42</sup> OVG Münster, Urt. v. 17.2.2017 – 13 A 3079/15.

<sup>43</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 66 ff.

<sup>44</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 72.

<sup>45</sup> Zum Schwangerschaftsabbruch in diesem Sinne auch Merkel, MedR 2017, 828 (829).

<sup>46</sup> Hufen, NJW 2018, 1524 (1528).

Seit der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB a.F. lässt sich auch nicht mehr bestreiten, dass die Unterstützung eines freiverantwortlich unternommenen Suizids eine ärztliche Aufgabe sein kann. Das BVerfG unterstellt die „als Teil einer beruflichen Tätigkeit erbrachte Suizidhilfe“ ausdrücklich dem Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 GG).<sup>47</sup> Schließlich spielt die ärztliche Tätigkeit bei der Suizid- und Sterbehilfe in Gesetzesentwürfen zur Regelung dieses Bereichs eine wichtige, teilweise zentrale Rolle.<sup>48</sup> Dass der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG die Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb eines Mittels zur Selbsttötung ausschließt, lässt sich heute nicht mehr ernstlich vertreten.<sup>49</sup>

### b) Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck

Auch das Argument, der vom historischen Gesetzgeber verfolgte Zweck schließe die Erteilung der fraglichen Erlaubnis aus,<sup>50</sup> geht fehl. Der Senat räumt ein, dass im Gesetz eine ausdrückliche Regelung, ob eine Abgabe von Betäubungsmitteln zum Zwecke der Selbsttötung zulässig sein soll, fehlt<sup>51</sup> und dass der historische Gesetzgeber diese Situation nicht vor Augen hatte.<sup>52</sup> Trotzdem soll nach Ansicht des Senats der vom historischen Gesetzgeber verfolgte Zweck für die Interpretation sprechen, dass § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG eine Erlaubnis zum Erwerb einer Substanz zum Zweck der Selbsttötung ausschließt.

Zentral ist hier das Argument, dass es dem Gesetzgeber um den Gesundheitsschutz ging,<sup>53</sup> und dass der Suizid nicht der Gesundheit diene.<sup>54</sup> Letzteres ist nun in der Tat, wie der Senat konstatiert, „offensichtlich“. Indes ist ebenso offensichtlich, dass es absurd wäre, den Suizid als Beeinträchtigung der Gesundheit zu bewerten. Man stelle sich dazu fol-

<sup>47</sup> BVerfGE 153, 182, Rn. 310–312. Die vorsichtige Formulierung, die Suizidhilfe sei „nicht von vornherein aus dem Schutzbereich der Berufsfreiheit ausgenommen“ (Rn. 311) wird anschließend zu der Feststellung verstärkt, die Voraussetzungen, unter denen für bestimmte Tätigkeiten der Schutz des Art. 12 GG versagt werden könne, träfen „auf die Suizidhilfe auch dann nicht zu, wenn sie in geschäftsmäßiger Form erbracht wird“ (Rn. 312).

<sup>48</sup> So soll nach dem Entwurf von Castellucci u.a. (s.o. Fn. 3) der Zugang zu einem tödlich wirkenden Medikament in den eng gefassten Ausnahmefällen im Wege einer ärztlichen Verschreibung nach § 13 BtMG ermöglicht werden. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 13 BtMG wird de lege lata erwogen in BVerfG NJW 2020, 2394, Rn. 14.

<sup>49</sup> Zur Argumentation des BVerfG, dass in extremen Notlagen „die Anwendung eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung ausnahmsweise als therapeutischen Zwecken dienend angesehen werden“ könne (BVerfGE 158, 142, Rn. 37) vgl. U. Neumann (Fn. 35), S. 178 f.

<sup>50</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 79 ff.

<sup>51</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 79.

<sup>52</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 92.

<sup>53</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 79.

<sup>54</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 91.

genden Dialog vor: „Herr X hat letzte Woche seiner Gesundheit erheblich geschadet“ – „?“ – „Ja, er hat sich umgebracht“. Das wäre grotesk, denn „krank“ und „gesund“ sind Prädikate, die nur auf ein lebendes Wesen anwendbar sind.

Auf abstrakterer Ebene formuliert: Die Vorstellung, der Suizid bewirke einen Gesundheitsschaden, basiert auf einem Kategorienfehler. Denn, nochmals gesagt: Von „Gesundheit“ und „Krankheit“ kann nur in Bezug auf einen lebenden Menschen (ein lebendes Wesen) gesprochen werden. Der Tod ist keine gesteigerte Form von Krankheit. Er ist das Ende jeder Krankheit (wie auch der Gesundheit).

Natürlich könnte man hier an eine Analogie in der argumentativ starken Form eines a fortiori-Schlusses denken: Wenn das Gesetz die Gesundheit schützen soll, dann erst recht das Leben. Aber für einen solchen Schluss fehlt die Basis, nämlich die Vergleichbarkeit der Interessenlage. Jeder Mensch hat ein Interesse an Gesundheit, sofern er nicht seelisch krank oder Opfer einer menschenfeindlichen Ideologie ist. Dieses Interesse ist unabhängig von der Situation, in der er sich befindet. Dagegen gibt es Situationen, in denen auch der geistig gesunde und weder durch religiösen noch durch ideologischen Fanatismus geprägte Mensch den Wunsch hat, sein Leben zu beenden. Beispiele dafür liefern die Fallschilderungen, die den einschlägigen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zu § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zugrunde liegen, mit hinreichender (und teilweise erschütternder) Deutlichkeit.

Nicht überzeugend sind auch die weiteren Erwägungen, die der *Senat* zur Stützung seiner These, der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck schließe die Erteilung einer entsprechenden Erlaubnis aus, anstellt. So basiert das Argument: „Bei zweckorientierter Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ist eine Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels in tödlicher Dosis zu versagen, weil [!] dies objektiv betrachtet tödlich wirkt und auch subjektiv dazu bestimmt ist, die Selbsttötung herbeizuführen“,<sup>55</sup> ersichtlich auf einer Tautologie. Die weitere Behauptung, das Unterbleiben einer gesetzlichen Regelung zu Gunsten einer Freigabe von Betäubungsmitteln zur Selbsttötung spreche dafür, dass der Gesetzgeber die in einem Verfahren von dem BfArM und dem VG Köln vertretene Auffassung „nicht ausdrücklich ändern wollte und dies somit seinem Willen entsprach“,<sup>56</sup> ist abseitig. Mit einer entsprechenden Begründung kann man in den „Willen des Gesetzgebers“ nahezu Beliebiges hineininterpretieren.

### c) „Systematische“ Auslegung

Das entscheidende Argument gegen die von der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte vertretene Auffassung resultiert aber aus der Struktur der Regelung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG. Dieser Auffassung, die in diesem Punkt bisher weder vom Bundesverwaltungsgericht noch, soweit ersichtlich, in der Rechtswissenschaft kritisiert wurde, liegt ein höchst fragwürdiges Verständnis der Funktion zugrunde, die dem Kriterium der „notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung“ in der Systematik der Norm zukommt. Bevor auf diesen zentralen Punkt näher einzugehen ist (dazu

unter IV.), zunächst aber einige Bemerkungen zu Argumenten, die der *Senat* selbst als „systematische Argumente“ rubriziert.<sup>57</sup>

Der *Senat* bezieht sich im Rahmen seiner „systematischen“ Argumentation unter anderem auf den Gesichtspunkt der „Einheit der Rechtsordnung“ und vertritt in diesem Kontext die Auffassung, dass der in der Rechtsordnung verankerten Straffreiheit der Selbsttötung „keine generelle Wertentscheidung des Gesetzgebers zu entnehmen [sei], die es zugleich ausschliesse, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG so auszulegen, dass dieser einer Erlaubnis zum Erwerb von Betäubungsmitteln zum Zweck der Selbsttötung entgegensteht.“<sup>58</sup> Zur Begründung verweist der *Senat* darauf, dass die Straffreiheit der Selbsttötung keine „positive Entscheidung des Staates“ zu Gunsten der Freiheit zur Selbsttötung darstelle.<sup>59</sup> Dies war im Jahre 2015 eine vertretbare Auffassung, die allerdings jedenfalls hinsichtlich der angeblich fehlenden „positiven Entscheidung des Staates“ durch das Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F.<sup>60</sup> inzwischen überholt ist.

In seinem Urteil aus dem Jahre 2017 verschärft der gleiche *Senat* diese Argumentation zum Topos der „Einheit der Rechtsordnung“ dahingehend, dass dieser Gesichtspunkt der von ihm vertretenen Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG nicht nur nicht entgegenstehe, sondern diese geradezu fordere. Er bezieht sich dabei auf den zwischenzeitlich in Kraft getretenen § 217 StGB (a.F.): Durch die Berücksichtigung des in den Materialien zu diesem Gesetz zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willens lasse sich eine „unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung anzustrebende Wertungsgleichheit zwischen dem Strafrecht einerseits und dem Betäubungsmittelrecht andererseits herstellen.“<sup>61</sup>

Auch dies war zum Zeitpunkt des Erlasses des Urteils eine vertretbare Sichtweise. Unverständlich ist aber, dass der 9. *Senat* in seiner aktuellen Entscheidung pauschal auf die in den beiden Entscheidungen des 13. *Senats* vorgebrachten Argumente verweist, ohne darauf einzugehen, dass der Gesichtspunkt der „Einheit der Rechtsordnung“, auf den beide Entscheidungen Bezug nehmen, nach dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. nicht mehr für, sondern gegen die vom OVG Münster verfochtene Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG spricht. Den Topos der „Einheit der Rechtsordnung“ nur dann heranzuziehen, wenn er für die eigene Rechtsauffassung spricht, ist mit den Standards rationaler juristischer Argumentation nicht vereinbar.

Die Zwischenbilanz bis zu diesem Punkt lautet: Die in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte dominierende Auffassung, die von ihnen verfochtene restriktive Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG könne sich auf Wortlaut und Systematik sowie auf den Willen des Gesetzgebers stützen, ist für keine der angeführten Auslegungsmethoden überzeugend.

<sup>57</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 74 ff.

<sup>58</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 78.

<sup>59</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 78.

<sup>60</sup> BVerfGE 153, 182.

<sup>61</sup> OVG Münster, Urt. v. 17.2.2017 – 13 A 3079/15, Rn. 54.

<sup>55</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 92.

<sup>56</sup> OVG Münster, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 96.

#### IV. Regelungsstruktur des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG

Der zentrale Einwand gegen diese Interpretation betrifft indes, wie schon angedeutet, ein Missverständnis der Systematik der Bestimmung, das, soweit ich sehe, bisher auch von den Verfechtern einer „liberalen“ Interpretation der Bestimmung nicht beanstandet wurde.

Sowohl die Vertreter einer restriktiven Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG als auch deren Kritiker gehen bisher übereinstimmend davon aus, dass eine Erlaubnis zum Erwerb einer tödlichen Menge eines Betäubungsmittels nur dann erteilt werden kann, wenn sie sich als Maßnahme der „notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung“ kennzeichnen lässt. Diese Voraussetzung aber lässt sich der Bestimmung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG nicht entnehmen.

Denn: Die Erteilung der Erlaubnis zum Bezug eines tödlich wirkenden Medikaments setzt, entgegen der bisher herrschenden Meinung, *nicht* voraus, dass die beabsichtigte Verwendung der Substanz („die Art und der Zweck des beantragten Verkehrs“) dem Zweck der medizinischen Versorgung der Bevölkerung *dient*. Dass dies erforderlich sei, entspricht weder dem Wortlaut noch Sinn und Zweck des Gesetzes.

Nach dem unmissverständlichen Wortlaut des Gesetzes ist die Erlaubnis dann *zu versagen*, wenn die beabsichtigte Verwendung der Substanz „nicht mit dem Zweck dieses Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, [...] vereinbar ist“. Die beabsichtigte Verwendung darf also nicht mit diesem Zweck *unvereinbar* sein; sie darf diesem Zweck nicht *widerstreiten*. Das bedeutet aber – selbstverständlich – nicht, dass die Erlaubnis nur erteilt werden dürfte, wenn die beabsichtigte Verwendung dem Zweck der medizinischen Versorgung der Bevölkerung *dient*, also die Gesamtbilanz dieser Versorgung positiv beeinflusst. Vielmehr genügt es, dass die beabsichtigte Verwendung unter dem Gesichtspunkt der medizinischen Versorgung der Bevölkerung indifferent ist. Nicht alles, was nicht geeignet ist, einem bestimmten Zweck zu dienen, ist mit diesem Zweck deshalb unvereinbar. An einem einfachen Beispiel: Wenn das Verbot, sich in der Öffentlichkeit mit Vollverschleierung zu zeigen, mit der Religionsfreiheit *vereinbar* ist, so bedeutet das nicht, dass dieses Verbot der Religionsfreiheit *dienen* würde.

Unter dem Gesichtspunkt der „notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung“ könnte eine beantragte Erlaubnis also nur dann versagt werden, wenn sie diese Versorgung *gefährden* würde und deshalb mit dem entsprechenden Gesetzeszweck unvereinbar wäre. Nun kann die medizinische Versorgung der Bevölkerung zwar durch die Verweigerung, nicht aber durch die Ermöglichung des Zugangs zu Medikamenten beeinträchtigt werden. Dies gilt auch dann, wenn man es für gerechtfertigt hält, den Zugang zu einer letal wirkenden Substanz unter Berufung auf § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG zu verweigern. Denn: Dass durch die Ermöglichung des Zugangs die medizinische Versorgung der Bevölkerung gefährdet wäre, lässt sich nicht behaupten.

Eine sinnvolle und systematisch stimmige Interpretation des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ist deshalb nur dann möglich, wenn man den Grund für die Versagung der Erlaubnis allein in der konkreten Gefahr des Missbrauchs des Betäubungsmittels bzw. der Entstehung/Erhaltung einer Betäubungsmittelabhängigkeit sieht. Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn „die Art und der Zweck des beantragten Verkehrs nicht mit dem Zweck des Gesetzes, [...] den Mißbrauch von Betäubungsmitteln [...] sowie das Entstehen oder Erhalten einer Betäubungsmittelabhängigkeit soweit wie möglich auszuschließen, vereinbar ist“. Die Erlaubnis darf also dann nicht erteilt werden, wenn sich die beabsichtigte Verwendung der Substanz als Missbrauch darstellen würde. Der Bezug auf die „medizinische Versorgung der Bevölkerung“ hat bei dieser Lesart nur die Funktion eines gegenläufigen Abwägungsfaktors. Dies entspricht der Politik des Gesetzgebers, der mit der Verabschiedung des BtMG in erster Linie die Drogensucht sowie deren gesundheitliche und soziale Folgen (Drogenkriminalität) bekämpfen wollte.<sup>62</sup> Die dafür erforderliche Beschränkung des Zugangs zu Betäubungsmitteln sollte allerdings, so die Strategie des Gesetzgebers, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung nicht beeinträchtigen. In diesem Sinne wurde als Zweck des Gesetzes auch diese Versorgung festgeschrieben.<sup>63</sup> Die Spannung, die zwischen beiden Zielsetzungen besteht, kommt im Gesetzestext in der Formulierung „daneben aber“, mit der die beiden Zwecke in Relation gesetzt werden, klar zum Ausdruck.

Denn in dieser Formulierung liegt die Anerkennung, dass die Ziele der medizinischen Versorgung der Bevölkerung einerseits, der Verhinderung von Missbrauch andererseits gegenläufig sind. Das bedeutet: Auch dann, wenn die Gefahr eines Missbrauchs oder der Entstehung/Erhaltung einer Betäubungsmittelabhängigkeit besteht, kann es der Gesichtspunkt der notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung ermöglichen (möglicherweise: gebieten), die betreffende Erlaubnis zu erteilen. Denn Ziel des Gesetzes ist es, diesen Gefahren innerhalb der Grenzen zu begegnen, die durch das Erfordernis der medizinischen Versorgung der Bevölkerung gezogen sind. Ist die Situation eines möglichen Missbrauchs (oder der Gefahr der Entstehung/Erhaltung einer Betäubungsmittelabhängigkeit) nicht gegeben, dann kommt es auf den Gesichtspunkt der „medizinischen Versorgung der Bevölkerung“ nicht mehr an.

Für die Frage, ob eine Erlaubnis zum Erwerb einer tödlich wirkenden Substanz grundsätzlich möglich ist, bedeutet das: Entscheidend ist, ob die Verwendung eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung als „Missbrauch“ der Substanz qualifiziert werden kann. Diese Frage hat das OVG Münster bereits vor dem Urteil des BVerfG zu § 217 StGB a.F. zutreffend verneint.<sup>64</sup> Nach dieser Entscheidung des BVerfG ist die Gegenauffassung nicht mehr vertretbar. Da die Gefahr der Entstehung oder Erhaltung einer Betäubungsmittelabhängigkeit bei Verwendung der Substanz zur Selbsttötung von vornherein nicht in Betracht kommt,<sup>65</sup> erweist sich die Auffassung, § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG verbiete grundsätz-

l

<sup>62</sup> Zutreffend OVG Münster, Urte. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 90.

<sup>63</sup> Ausdrücklich zu dem Nebeneinander beider Zielsetzungen BT-Drs. 8/3551 v. 9.1.1980 unter A II.

<sup>64</sup> OVG Münster, Urte. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 90.

<sup>65</sup> OVG Münster, Urte. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, Rn. 72.

lich die Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb einer zur Selbsttötung geeigneten und bestimmten Substanz, auch auf der Grundlage einer systematischen Interpretation der Bestimmung als nicht tragfähig. Die verbreitete Auffassung, aus allgemeinen Auslegungskriterien (Wortlaut, vom Gesetzgeber verfolgter Zweck, Systematik) ergebe sich, dass § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG in den fraglichen Fällen der Erteilung einer Erlaubnis als „zwingender Versagungsgrund“ entgegenstehe, ist unzutreffend.

Das bedeutet: Es kann keine Rede davon sein, dass eine „verfassungskonforme“ Auslegung der Bestimmung, wie das BVerwG sie in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2017 vorgenommen hat,<sup>66</sup> wegen Missachtung eines „klaren Wortlauts“ oder eines „klar erkennbaren Willens des Gesetzgebers“ unzulässig wäre. Es bedeutet aber zugleich, dass der Rückgriff auf die Methode der „verfassungskonformen Auslegung“ nicht erforderlich ist, um den Weg zu einer Erteilung der Erwerbserlaubnis für Natrium-Pentobarbital zu Suizidzwecken zu öffnen.

Es bedeutet *nicht*, dass de lege lata auf die Methode der verfassungskonformen Auslegung im Kontext des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG vollständig verzichtet werden könnte. Denn auf der Basis einer Auslegung der Bestimmung anhand der traditionellen Interpretationsmethoden ergibt sich lediglich die Möglichkeit, nicht aber die Notwendigkeit, dem Antragsteller in bestimmten Fällen („extreme Notlagen“) die Erlaubnis zum Erwerb der letal wirkenden Substanz zu erteilen. Die Erwägungen, die das BVerwG zur verfassungsrechtlichen Gebotenheit der Erteilung der Erlaubnis in diesen Fällen angestellt hat, sind – trotz der inzwischen erfolgten Nichtigerklärung des § 217 StGB a.F. – nach wie vor aktuell.

Dies gilt ungeachtet der zu erwartenden Neuregelung der Suizid- und Sterbehilfe durch den Gesetzgeber. Auch wenn hier im Bereich des Betäubungsmittelrechts eine Lösung über § 13 BtMG gesucht werden sollte, so wäre zu berücksichtigen, dass dem Suizidwilligen gegenüber dem Arzt kein Anspruch auf Verschreibung der Substanz zustehen könnte. Im Übrigen wäre es kaum zu verantworten, die bisherige Rechtsprechung in Hinblick auf eine künftige Gesetzgebung zu ändern, die hinsichtlich ihres Regelungsgehalts wie auch der zeitlichen Perspektive des Gesetzgebungsverfahrens noch weithin unbestimmt ist.

Es ist zu hoffen, dass das Bundesverwaltungsgericht trotz des Drucks, der von Seiten der Politik ausgeübt wurde und der sich beispielsweise in dem unter dem Aspekt der Gewaltenteilung problematischen „Nichtanwendungserlass“ des Bundesministeriums für Gesundheit manifestierte,<sup>67</sup> an seiner dogmatisch überzeugenden, humanen und der Überzeugung einer klaren Mehrheit in der Bevölkerung entsprechenden<sup>68</sup> rechtlichen Bewertung festhalten wird.

---

<sup>66</sup> BVerwGE 158, 142.

<sup>67</sup> Schreiben v. 21.6.2018 an den Präsidenten des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte.

<sup>68</sup> Vgl. Fn. 2.