

■ Hill - News

Urteilsbesprechung* BGE 2A.48/2006 resp. 2A.66/200

Bundesgericht, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 3. November 2006, Rezeptfreie Abgabe von Natrium-Pentobarbital (NaP), Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. November 2005 und gegen den Entscheid des Eidgenössischen Departements des Inneren (EDI) vom 20. Dezember 2005.

RA Dr. Frank Th. Petermann, St. Gallen /
21.02.2007

AUSZUG AUS DEM SACHVERHALT:

[Rz 1] Der Beschwerdeführer, geb. 1953, leidet an einer schweren bipolaren affektiven Störung (ICD-10 Kap. 5, Diagnose-Ziffer F31.0-7). Er beging bereits zwei Suizidversuche und wurde wiederholt stationär behandelt. Am 1. Juli 2004 trat er dem Verein "Dignitas" bei und bat diesen am 8. November 2004, für ihn eine Freitodbegleitung in die Wege zu leiten, da er sein Leben aufgrund der nur schwer behandelbaren Krankheit als nicht mehr menschenwürdig erachte. *Da für die hierzu erforderlichen 15 Gramm Natrium-Pentobarbital kein ärztliches Rezept erhältlich gemacht werden konnte*, gelangte er am 8. Juni 2005 mit dem Antrag an zwei Instanzen, es sei ihm zu bewilligen, über den Verein "Dignitas" ohne Vorlage einer ärztlichen Verschreibung 15 Gramm dieses Stoffes zu beziehen. Sein Ersuchen begründete er dahingehend, dass er als handlungsfähiger Mensch einen Anspruch darauf habe, sein eigenes Leben risiko- und schmerzfrei sowie ohne Gefahren für Dritte beenden zu können.

[Rz 2] Sowohl das Bundesamt für Gesundheit (BAG) als auch die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich wiesen das Gesuch mit der Begründung ab, Natrium-Pentobarbital sei ein abhängigkeiterzeugender psychotroper Stoff, der nur in Apotheken auf ärztliche oder tierärztliche Verschreibung hin abgegeben werden dürfe; aus Art. 8 EMRK ergebe sich keine positive Verpflichtung des Staates, für die risiko- und schmerzfreie Durchführung eines Suizids zu sorgen.

[Rz 3] Gegen die beiden ablehnenden Verfügungen ergriff der Beschwerdeführer die entsprechenden Rechtsmittel; gegen den Entscheid des BAG führte er am 20. Dezember 2005 Beschwerde beim EDI. Dieses trat auf die Beschwerde nicht ein, u.a. mit der Begründung, dass Natrium-Pentobarbital nur auf ärztliche Verschreibung hin ausgehändigt werden dürfe und eine Notfallsituation, in welcher ein Apotheker ein verschreibungspflichtiges Pharmakon ausnahmsweise auch ohne ärztliches Rezept abgeben dürfe, liege nicht vor. Zudem sei das BAG nicht befugt, eine Apotheke anzuhalten, Natrium-Pentobarbital abzugeben.

[Rz 4] Gegen den Entscheid der Gesundheitsdirektion gelangte der Beschwerdeführer am 1. September 2005 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Dieses wies seine Beschwerde am 17. November 2005 mit der Begründung ab, dass sich die Ablehnung des Gesuchs ohne Vorlage eines ärztlichen Rezepts in einer Apotheke 15 Gramm Natrium-Pentobarbital beziehen zu können, auf eine klare bundesrechtliche Gesetzesgrundlage stütze, welche nicht im Widerspruch zu Art. 8 EMRK stehe.

[Rz 5] Gegen die Entscheide dieser beiden Instanzen erhob der Beschwerdeführer am 25. bzw. am 31. Januar 2006 beim Bundesgericht je eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Auf Antrag des Beschwerdeführers führte das Bundesgericht am 27. Oktober 2006 eine parteiöffentliche Verhandlung durch, an welcher seine Rechtsvertreter *und er selbst* zu Wort kamen.

[Rz 6] Das Bundesgericht wies die beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden ab, siehe die:

ZUSAMMENFASSUNG DER ERWÄGUNGEN:

1.

[Rz 7] Das Bundesgericht hatte sich mit zwei verschiedenen Verwaltungsgerichtsbeschwerden auseinander zu setzen, welche jedoch in einem engen sachlichen und prozessualen Zusammenhang standen. Es entschied daher zu Recht, die beiden Verfahren zusammenzufassen und durch ein einziges Urteil zu erledigen.

2.

[Rz 8] Das Bundesgericht erkannte richtig, dass die angefochtenen Entscheide sich auf Bundesrecht, nämlich das Betäubungsmittelgesetz und seine Verordnungen (Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 bzw. Verordnung vom 29. Mai 1996 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe [BetmG/BetmV], SR 812.121 bzw. 812.121.1; der Verordnung vom 12. Dezember 1996 des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe [BetmV-Swissmedic], SR 812.121.2) sowie das Heilmittelgesetz (Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte [HMG], SR 812.21) stützten, die Entscheidungen der Vorinstanzen daher Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG darstellten und gemäss Art. 97 ff. OG daher die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig sei.

3.

[Rz 9] Das Bundesgericht untersuchte in Erw. 4 sodann die rechtliche Stellung von Natrium-Pentobarbital im Heilmittelrecht und setzte sich mit der Verschreibungspflicht generell auseinander, sowohl im schweizerischen als auch im (für die Schweiz anwendbaren) internationalen Recht). Es untersuchte sodann die Möglichkeit einer rezeptfreien Abgabe sowohl nach Art. 24 Abs. 1 lit a HMG, nach Art. 48 Abs. 1 BetmV und Art. 9 Ziff. 3 des Übereinkommens über psychotrope Stoffe (SR 0.812.121.02) und kam zum Schluss, dass eine rezeptfreie Abgabe in casu nicht möglich sei, da es dem Beschwerdeführer möglich und zumutbar sei, einen Arzt zu konsultieren.

4.

[Rz 10] Das Bundesgericht setzt sich in den Erw. 5 und 6 mit dem vom Beschwerdeführer angerufenen Recht auf persönliche Freiheit gem. Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 10 Abs. 2 BV auseinander und prüft, ob unter dieser Prämisse eine rezeptfreie Abgabe von Natrium-Pentobarbital zu erfolgen habe. Es kommt zum Schluss, dass zum Selbstbestimmungsrecht gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK auch das Recht gehöre, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden. Von diesem Recht auf den eigenen Tod, welches als solches nicht in Frage zu stellen sei, unterscheidet es sodann den Anspruch des Sterbewilligen auf Beihilfe zur Selbsttötung oder aktiver Sterbehilfe, welchen es als nicht gegeben sieht, auch unter Verweis auf Art. 2 EMRK.

[Rz 11] Als umstrittene Frage bezeichnet das Bundesgericht in Erw. 6.2.3, ob der Staat gestützt auf Art. 8 EMRK auch sicherzustellen habe, dass der Beschwerdeführer schmerz- und risikolos sterben könne und deshalb dafür zu sorgen habe, dass er in Abweichung von der gesetzlichen Regelung ohne ärztliche Verschreibung Natrium-Pentobarbital erhalte. Das Bundesgericht wirft hier die Frage alternativer Suizidmethoden auf, ohne sie jedoch näher zu konkretisieren.

5.

[Rz 12] In den Erw. 6.3.2 und 6.3.4 setzt sich das Bundesgericht mit der medizinisch-rechtlichen Seite des Problems auseinander und thematisiert an dieser Stelle auch das Umdenken, welches bei der Ärzteschaft und ihren Organisationen zu einer immer stärkeren Akzeptanz der ärztlichen Suizidbeihilfe führe.

6.

[Rz 13] Schliesslich wird in Erw. 6.3.5 der besonders wichtige Aspekt der Verschreibung und Abgabe von Natrium-Pentobarbital bei psychisch kranken Personen untersucht. Das Bundesgericht anerkennt, dass unheilbare, dauerhafte, schwere psychische Beeinträchtigungen ähnlich wie somatische ein Leiden begründen können, welches dem Patienten sein Leben auf Dauer hin nicht mehr als lebenswert erscheinen lassen und nach den neueren ethischen, rechtlichen und medizinischen Stellungnahmen auch in solchen Fällen die Verschreibung von Natrium-Pentobarbital nicht mehr unbedingt kontraindizieren muss. Allerdings sei äusserste Zurückhaltung geboten, es gelte zu unterscheiden "zwischen dem Sterbewunsch [...] der Ausdruck einer therapierbaren psychischen Störung ist und nach Behandlung ruft, und jenem, der auf einem selbst bestimmten, wohlwogenen und dauerhaften Entscheid einer urteilsfähigen Person beruht ("Bilanzsuizid"), den es gegebenenfalls zu respektieren gilt." Das Bundesgericht wirft die Frage auf, ob diese Unterscheidung überhaupt ohne ein "vertieftes psychiatrisches Fachgutachten" vorgenommen werden könne.

BEMERKUNGEN:

1.

[Rz 14] Das vorliegende Urteil, welches einstimmig erging, kann mit Fug und Recht als Grundsatzurteil angesehen werden, welches seine Wirkung auch über die Grenzen der Schweiz hinaus in anderen Ländern Europas entfalten wird. Es ist das erste höchstrichterliche Urteil eines EMRK-Mitgliedstaates, welches das Recht, über Art und Zeitpunkt des eigenen Todes zu entscheiden, als Bestandteil des Selbstbestimmungsrechts i.S.v. Art. 8 Ziff. 1 EMRK anerkennt. So gesehen ist es eine Weiterentwicklung des Urteils *Pretty* (EGMR, *Pretty c. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 29. April 2002, Rec. 2002-III, 155/203), in welchem der EGMR noch erklärt hatte, diese Frage habe er bisher noch nicht entscheiden müssen. Da bei der Auslegung der EMRK-Garantien durch die Gerichtsbarkeit der Vertragsstaaten die Forderung besteht, rechtsvergleichend auch Urteile der Höchstgerichte der anderen Vertragsstaaten zu berücksichtigen, kann dieses Urteil sogar europäisch wegweisend werden, obwohl das Bundesgericht die beiden Beschwerden formell abgewiesen hat. Die Abweisung bezieht sich jedoch allein auf die Frage, ob ein rezeptfreier Zugang zu Natrium-Pentobarbital gewährt werden müsse.

[Rz 15] Es enthält viele Aussagen grundsätzlicher Natur, auf welche sogleich eingegangen wird:

2.

[Rz 16] Begrüssenswert ist, mit welcher Klarheit das Bundesgericht die grundrechtliche Frage nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 10 Abs. 2 BV aufwarf (Erw. 5) und in Erw. 6.1 beantwortete: "Zum Selbstbestimmungsrecht im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK gehört auch das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden; dies zumindest, soweit der Betroffene in der Lage ist, seinen entsprechenden Willen frei zu bilden und danach zu handeln [mit reichhaltigen Literaturstellen belegt]." Das Bundesgericht anerkannte dies gar als "Recht auf den eigenen Tod", welches nicht in Frage gestellt werden dürfe (Erw. 6.2.1).

2.1

[Rz 17] Das Bundesgericht unterzog dieses Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, sodann einer Unterscheidung, in welcher es einer häufig geäusserten Lehrmeinung folgte, welche jedoch die eigentliche Frage nicht beantwortet: Das Bundesgericht führte in Erw. 6.2.1 aus, das Recht auf den eigenen Tod (welches es nicht in Frage stellen wollte) sei vom durch den Beschwerdeführer geltend gemachten Anspruch auf Beihilfe zum Suizid seitens des Staates oder Dritter abzugrenzen, denn ein solcher lasse sich weder aus Art. 10 Abs. 2 BV noch aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK ableiten.

[Rz 18] Diese Feststellung ist zwar grundsätzlich richtig, geht aber an der eigentlichen Fragestellung vorbei: Denn die eigentliche Frage ist nicht, ob ein Sterbewilliger Anspruch darauf hat, dass ihm Beihilfe zur Selbsttötung oder gar

aktive Sterbehilfe geleistet wird; eine solche Frage ist *purement academique*, solange es genügend Menschen gibt, welche willens und bereit sind, einem Sterbewilligen diese Beihilfe zu leisten. Dass es genügend solcher Menschen gibt, war bspw. am 14. Februar 2007 im St. Galler Tagblatt Online zu lesen, unter dem Titel "Die Solidarität ist noch intakt" begann ein Artikel mit folgendem Lead: "Ob im Sportverein oder bei der Sterbehilfe: Noch immer gibt es viele Menschen, die sich ohne Lohn für andere einsetzen. Die St. Galler Regierungspräsidentin KARIN KELLER-SUTTER will solchen stillen Helfern danken."

[Rz 19] Die *wirkliche* Frage ist, ob der Staat verbieten resp. verhindern darf, dass dem Sterbewilligen ein Dritter bei seiner eigenen Tötung behilflich ist (FRANK TH.PETERMANN, Rechtliche Überlegungen zur Problematik der Rezeptierung und Verfügbarkeit von Natrium-Pentobarbital, [NaP-Rezeptierung], in: AJP/PJA 2006, 439-467, 457). Diese Frage ist zu verneinen, auch das vom Bundesgericht beigezogene Rechtsgutachten von JAAG/RÜSSLI erkannte dies (TOBIAS JAAG/MARKUS Rüssli, Sterbehilfe in staatlichen Spitälern, Kranken- und Altersheimen, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 2001, 113-129, 123-124, gleicher Meinung Petermann, NaP-Rezeptierung, 457.). Diese Auffassung wurde im Übrigen bereits in den Überlegungen zur NaP-Rezeptierung in der FN 187 (PETERMANN, NaP-Rezeptierung, 457-458) zum Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. November 2005 in eben diesem Fall explizit dargelegt. Es ist bedauerlich, dass das Bundesgericht, welches diesen Aufsatz im angefochtenen Entscheid mehrfach zitierte, sich mit dieser Abgrenzung der Fragestellung zu *just dem zu beurteilenden Fall* nicht auseinandergesetzt zu haben scheint und darauf nicht eingeht.

2.2.

[Rz 20] Das Bundesgericht näherte sich in Erw. 6.2.3. der eigentlichen Frage immerhin soweit, als es thematisierte: "Umstritten ist, ob der Staat darüber hinaus, gestützt auf Art. 8 EMRK, auch sicherstellen muss, dass der Beschwerdeführer schmerz- und risikolos sterben kann und deshalb dafür zu sorgen hat, dass er in Abweichung von der gesetzlichen Regelung ohne ärztliche Verschreibung Natrium-Pentobarbital erhält." Es hielt zwar fest, dass die Rechte aus der EMRK nicht bloss theoretische oder illusorische Rechte sein dürften, sondern Rechte, die konkret seien und Wirksamkeit entfalten (mit Verweis auf den leading case des EGMR i.S. *Artico vs. Italien* vom 13. Mai 1980).

[Rz 21] Das Bundesgericht erkannte jedoch in seiner Weigerung, dem Beschwerdeführer "Natrium-Pentobarbital rezeptfrei abzugeben" - im Hinblick auf alternative Suizidmethoden - keine Verletzung der Freiheit über die Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden. Das erstaunt insbesondere deswegen, weil es ja im gleichen Urteil explizit anerkennt, dass Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens unter den Schutz von Art. 8 Abs. 1 EMRK fallen. Die Überlegungen des Bundesgerichts gilt es daher jetzt genau zu betrachten:

[Rz 22] Zum einen hat der Beschwerdeführer nicht einfach eine "voraussetzungslose rezeptfreie Abgabe" des Natrium-Pentobarbitals verlangt, sondern dargelegt, dass er aus noch zu erörternden Gründen kein Rezept "erhältlich machen könne". In den Überlegungen zur NaP-Rezeptierung wurde dargelegt und mit verschiedenen Beispielen untermauert, dass insbesondere polymorbide Alterspatienten und Patienten mit einer psychischen Erkrankung Mühe hätten, ein Rezept erhältlich zu machen, weil verschiedene Seiten Druck auf Ärzte auszuüben versuchen, gerade in solchen Fällen das letale Pharmakon nicht zu

verschreiben (PETERMANN , NaP-Rezeptierung, 447-458). Von einer "voraussetzungslosen rezeptfreien Abgabe" kann nicht die Rede sein. Für die beiden obgenannten Hauptkategorien wurden die zu prüfenden Voraussetzungen aufgezeigt; nämlich ein ärztliches Attest, enthaltend Diagnose resp. Diagnoseprüfung, Prüfung von Alternativen sowie Wohlerwogenheit und Kontinuität des Sterbewunsches und - besonders wichtig - der Sicherstellung einer "chain of custody", sodass gewährleistet wird, dass das Barbiturat nicht in falsche Hände gelangt (PETERMANN , NaP-Rezeptierung, 460-463). Für den Fall, dass die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind, wurden vier verschiedene Alternativen zur derzeitigen Abgabep Praxis aufgezeigt, insbesondere die Abgabe nach Art. 24 Abs. 1 lit. a HMG und die Abgabe durch die Kantonsapothek e über einen Bezugsschein als Rezept- resp. Verschreibungssurrogat. (PETERMANN , NaP-Rezeptierung, 463-465; vgl. zur Abgabe gestützt auf Art. 24 Abs. 1 lit. a HMG auch DANIEL HUGENTOBLE R, Praktische Erfahrungen mit dem neuen HMG aus der Sicht des Apothekers, in: THOMAS EICHENBERGER/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Das neue Heilmittelgesetz, Eine erste Bilanz. Referate der Tagung vom 19. November 2003 in Bern, Zürich, 2004, 145-155, welcher die Anwendbarkeit von Art. 24 Abs. 1 lit. a HMG auch als hinreichend begründet ansieht, wenn "der klare Wunsch der Patientin oder des Patienten [besteht], auf eine Konsultation des Arztes zu verzichten." Auch die Botschaft zum Heilmittelgesetz vom 1. März 1999 steht einer solchen Anwendung nicht entgegen, spricht sie doch ausdrücklich von Notfällen und dem Fortführen bestehender Therapien als *Beispiele*, hält also explizit noch allenfalls andere Möglichkeiten der Anwendung von Art. 24 Abs. 1 lit. a HMG offen. Auch die Materialien enthalten nichts, was diese Auslegung einschränkt (PETERMANN, NaP-Rezeptierung, 463 FN 244).

[Rz 23] Zum anderen verkennt das Bundesgericht mit seiner Argumentation: "Allein die Tatsache, dass mögliche Alternativen zum Suizidmittel Natrium-Pentobarbital allenfalls risikobehafteter oder schmerzhafter erscheinen, genügt nicht, um die rezeptfreie Abgabe dieses Mittels zum Zweck des Suizids zu legitimieren" die traurige Realität in unserem Lande: In der Schweiz finden pro Jahr rund 1'300 bis 1'400 Suizide statt; diesen stehen jedoch gemäss einer Auskunft des Bundesrates bis zu 67'000 (sic!) missglückte Suizidversuche gegenüber (FRANK TH. PETERMANN , Der Entwurf eines Gesetzes zur Suizidprävention [Gesetzesentwurf], in: AJP/PJA 2004, 1111-1138, 1111-1112 mit Verweis auf die Einfache Anfrage von ANDREAS GROSS vom 3. Dezember 2001 betreffend Suizide und Suizidversuche. Zahlen, Antwort des Bundesrates vom 9. Januar 2002, Geschäft Nr. 01.1105.) Setzt man die Zahl der gelungenen Suizide mit der Zahl der versuchten in Bezug, so wird klar, dass auf 50 Suizidversuche jeweils einer gelingt; in den übrigen 49 gescheiterten Fällen laufen die Suizidenten ganz erhebliche Risiken, sich (und anderen) dauerhafte und schwerste gesundheitliche Schädigungen zuzufügen (PETERMANN , NaP-Rezeptierung, 457). Das Bundesgericht erwähnt zwar "mögliche Alternativen", führt diese aber nicht näher aus, gibt keine Empfehlung ab. Die möglichen "sanfteren" Alternativen (Medikamentenkombinationen und inerte wie toxische Gase) wurden geprüft und dahingehend verworfen, dass sie dem Sterbewilligen ohne Not nicht zuzumuten sind (PETERMANN , NaP-Rezeptierung, 440-441); von den gefährlicheren Methoden gar nicht zu sprechen (vgl. dazu LUDWIG A. MINELLI , Die EMRK schützt die Suizidfreiheit - Wie antwortet darauf das Schweizer Recht?, in AJP/PJA, 491-504, 494-496).

[Rz 24] Wenn also ein Sterbewilliger mit einer Wahrscheinlichkeit von 49:1 davon ausgehen muss, sich bei einem intendierten Suizid nicht zu töten, sich dabei aber nachhaltig und schwer verletzen zu können, dann kann m.E. nicht von

einer konkreten und wirksamen Freiheit gesprochen werden. Die vom Bundesgericht anerkannte Freiheit, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, erweist sich somit als ungenügend konkretisiert und noch zu theoretisch.

[Rz 25] Schliesslich muss an dieser Stelle mit aller Deutlichkeit festgehalten werden, dass, wenn das Recht über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, anerkannt wird, wohl selbstredend auch dazu gehört, dieses Recht in Anwendung der schmerz- und risikolosesten Methode ausüben zu können. Eine diesbezügliche Einschränkung könnte jedenfalls nur zum Schutz von Polizeigütern gerechtfertigt sein; ist jedoch durch eine *chain of custody* sichergestellt, dass diese nicht gefährdet sind, lässt sich eine Einschränkung m.E. mit keinem Argument mehr rechtfertigen.

2.3.

[Rz 26] Es wurde bereits zuvor erwähnt, dass die Problematik v.a. zwei Kategorien von Sterbewilligen betrifft, Alters(Bilanz)-Suizide und "psychisch Kranke", allenfalls auch noch Fälle, in denen Paare gemeinsam aus dem Leben scheiden möchten, weil der eine Partner sterben muss. Reduziert man insbesondere im Bezug auf diese beiden Gruppen also die *wirkliche Frage* auf ihre Essenz, so muss sie lauten: Darf der Staat zulassen, dass diejenigen Dritten, welche bereit wären, dem Sterbewilligen Beihilfe zur Selbsttötung zu leisten, durch andere Dritte (bspw. die SAMW, die FMH, kantonale Ärztesgesellschaften und ärztliche Fachgesellschaften) oder gar kantonale Gesundheitsbehörden faktisch daran gehindert werden?

[Rz 27] In den Überlegungen zur NaP-Rezeptierung wurde diesbezüglich auf die EMRK-widrige Formulierung der Sterberichtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften vom 25. November 2004 hingewiesen (PETERMANN, NaP-Rezeptierung, 447), ebenso auf den Druck, den die Ärzteorganisationen FMH [Schweizerische Ärztesgesellschaft], AGZ [Ärztgesellschaft des Kantons Zürich] und die SGP [Schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie] auf ihre Mitglieder ausüben (PETERMANN, NaP-Rezeptierung, 449-450).

[Rz 28] Wie stark hier nicht nur von den genannten Dritten Druck auf die Ärzteschaft ausgeübt wird, sondern auch von kantonalen Gesundheitsbehörden, geht eindrücklich aus einem Schreiben vom 26. Juli 2004 des Zürcher Kantonsarztes ULRICH GABATHULER an eine schweizerische Sterbehilfeorganisation hervor: Der Kantonsarzt nimmt zwar von der Möglichkeit, die Urteilsfähigkeit psychisch kranker Patienten mittels Gutachten abzuklären Kenntnis, anerkennt sie aber nur theoretisch, denn er hält abschliessend fest: "Ich bin im übrigen auch überzeugt, dass Ihre Organisation selber bei der Einführung solch aufwändiger Prüfungen höchste - und ich glaube damit menschlich nicht durch- und aushaltbare - Belastungen für die involvierten Personen schafft."

[Rz 29] GABATHULERS Argumentation erinnert im Übrigen stark an CARL ZUCKMAYERS berühmte Geschichte vom Hauptmann von Köpenick: Dem Schuster WILHELM VOIGT wurde die Arbeitsbewilligung verweigert, weil er keinen Pass hatte und das Passbüro weigerte sich, einen solchen auszustellen, weil er keine Arbeitsbewilligung vorweisen konnte. Wenn einerseits verlangt wird, dass aufwändige Gutachten über Sterbewillige gemacht werden, im gleichen Atemzug jedoch schon festgehalten wird, dass diese *derart* aufwändig sind, dass sie menschlich gar nicht durch- und aushaltbar sind, dann bringt dies zum Ausdruck,

dass psychisch Kranke s.M.n. eben überhaupt kein Recht auf einen assistierten Suizid haben - oder dass er persönlich sich dem in den Weg stellt.

3.

[Rz 30] Das Bundesgericht erklärt die Frage nach der Verschreibung und Abgabe von Natrium-Pentobarbital für einen begleiteten Suizid bei psychisch kranken Personen als "besonders heikel" (Erw. 6.3.5.). Es thematisiert in Erw. 6.3.5.1., es sei nicht zu verkennen, dass eine unheilbare, dauerhafte, schwere psychische Beeinträchtigung einem Patienten genauso wie ein somatisches Leiden sein Leben als nicht mehr lebenswert erscheinen lassen könne und auch in solchen Fällen eine Verschreibung von Natrium-Pentobarbital nicht mehr notwendigerweise kontraindiziert und als Verletzung der medizinischen Sorgfaltspflichten anzusehen sei (mit Verweis auf GEORG BOSSHARD/MARTIN KIESEWETTER/KLAUS PETER RIPPE/CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Suizidbeihilfe bei Menschen mit psychischen Störungen, unter besonderer Berücksichtigung der Urteilsfähigkeit, SJZ 101 (2005) Nr. 3, 53-62 und Nr. 4, 81-91). Allerdings sei "äusserste Zurückhaltung" geboten, gelte es doch zwischen dem Sterbewunsch aufgrund einer therapierbaren psychischen Störung und einem selbst bestimmten, wohlwogenen und dauerhaften Entscheid einer urteilsfähigen Person zu unterscheiden. Ob also insbesondere die Urteilsfähigkeit gegeben sei, ist von zentraler Bedeutung und lässt sich, so das Bundesgericht, kaum ohne das Vorliegen eines vertieften psychiatrischen Fachgutachtens klären (Erw. 6.3.5.2).

[Rz 31] Das Bundesgericht macht also Ausführungen in Bezug auf Voraussetzungen für die Begleitung von "psychisch kranken Personen", lässt aber offen, was es darunter genau versteht. Die Art und Weise, wie das Bundesgericht argumentiert, erweckt beim Leser fast zwangsläufig den Anschein, als seien "psychisch kranke" Personen auch potentiell urteilsunfähige Personen. Dies gilt es nun, zumindest vom Grundsatz her, genauer auszuleuchten:

3.1

[Rz 32] Psychisch Kranke können als die wohl letzte Minderheitengruppe innerhalb der Bevölkerung angesehen werden, welche häufig *offen* diskriminiert und stigmatisiert wird (MATHIAS BERGER, Die Versorgung psychisch Erkrankter in Deutschland - unter besonderer Berücksichtigung des Faches Psychiatrie und Psychotherapie, in: Der Nervenarzt 2/2004, 195-204; 203-204). Unter psychisch Kranken stellt man sich gewöhnlich "Irre" vor, welche in der "Irrenanstalt" hausen oder bestenfalls noch in "begleiteten Wohnheimen". Dies entspricht natürlich nicht der Realität, hält sich aber nichtsdestotrotz hartnäckig in den Köpfen. Ob jemand "psychisch krank" ist oder nicht, entscheidet sich heute anhand der Kriterien des 5. Kapitels (V) des ICD-10 (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems); die Ziffer 10 bezeichnet deren 10. Revision. Das Kapitel V (F) betrifft die psychischen Krankheiten.

[Rz 33] Die Terminologie hat sich in den letzten 100 Jahren stark geändert; früher wurde nämlich zwischen Geisteskrankheit (mental illness) und Gemütskrankheit (affective illness) unterschieden (PETERMANN, Gesetzesentwurf, 1118); diese Unterscheidung (welche aus verschiedenen Gründen, insbesondere auch zur Vermeidung der Stigmatisierung aufgegeben wurde) hat auch in unseren Gesetzen ihren Niederschlag gefunden, so bspw. in Art 397a ZGB, welcher die Bedingungen für die fürsorgerische Freiheitsentziehung regelt. Der Gesetzgeber unterschied damals noch zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche

(Gemütskrankheit). Unter *Geisteskrankheit* "versteht die herrschende Lehre und Rechtsprechung das Hervortreten psychischer Symptome oder Verlaufsweisen, die einen stark auffälligen Charakter haben und die einem besonnenen Laien nach hinreichender Bekanntschaft mit dem Prüfling den Eindruck völlig uneinfühlbarer, qualitativ tiefgehend abwegiger, grob befremdender und daher prinzipieller Störungsanzeichen machen. Entscheidend ist, wie die Person in ihrem sozialen Umfeld erlebt wird. Geisteskrankheit im rechtlichen Sinne liegt nicht vor, wenn das Verhalten der Person zwar auffällig, aber noch einfühlbar ist" (FRANK TH. PETERMANN , Die fürsorgerische Freiheitsentziehung, Art. 397a-f ZGB, in: JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/IVO SCHWANDER/STEPHAN WOLF (Hrsg.), Handkommentar ZGB, Zürich 2006, N 5 zu Art. 397a ZGB mit Verweis auf entsprechende Literatur. Unter *Geistesschwäche* werden sämtliche psychischen Gleichgewichtsstörungen subsumiert, bei denen Laien keine völlig uneinfühlbare, qualitativ tiefgehend abwegige Störungen, keine "Verrücktheiten" feststellen. Geistesschwäche (im Gegensatz zur Geisteskrankheit) liegt vor, wenn das auffällige Verhalten aufgrund der persönlichen Situation und des Vorlebens zwar noch als einfühlbar und nachvollziehbar, jedoch quantitativ als inadäquat erscheint. Die Geistesschwäche kann sowohl das Geistes-, als auch das Gefühls- und Impulsleben betreffen." (PETERMANN , FFE-Kommentar, N 6 zu Art. 397a ZGB mit Verweisen). Die Begriffe hatten bisweilen zu Auslegungsschwierigkeiten und Kontroversen geführt (vgl. bspw. AUGUST EGGER , Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 11-89, 2. überarb. Aufl., Zürich 1930, N 13-14 zu Art. 16 ZGB), welche nun aber insofern obsolet sind, als in der neueren juristischen und medizinischen Terminologie konsequent von psychischen Störungen gesprochen wird.

[Rz 34] Die Formulierung des Bundesgerichts, wonach "äusserste Zurückhaltung" geboten sei, sollte daher dahingehend verstanden werden, dass diese Zurückhaltung lediglich bei Patienten angebracht ist, welche an Störungen leiden, welche mit derart gravierenden Symptomen wie die ehemaligen "Geisteskrankheiten" einhergehen, wo tatsächlich bisweilen zumindest grundsätzliche Zweifel an der Urteilsfähigkeit bestehen. Diese Schlussfolgerung liegt insbesondere auch deswegen nahe, weil psychische Krankheiten viel weiter verbreitet sind, als man gemeinhin annehmen möchte. Eine im Auftrag des deutschen Bundesministeriums für Gesundheit erstellte Studie erbrachte, "dass die 12-Monats-Prävalenz psychischer Erkrankungen, d.h. von Personen, die eine ICD-10-Diagnose im Laufe von 12 Monaten aufweisen, 31 Prozent beträgt." (BERGER , a.a.O., 196). Dieser Anstieg liegt auch im internationalen Trend; Studien der Weltbank und der Harvard University zum "Global burden of disease" ergaben, dass im Jahre 2020 fünf psychische Störungsbilder unter den 10 wichtigsten Erkrankungen rangieren werden (BERGER , a.a.O., 196).

3.2.

[Rz 35] Der vom Bundesgericht in Erw. 6.3.5.2. in apodiktischer Form geäußerten Forderung nach einem "psychiatrischen Fachgutachten" kann nicht ohne weiteres gefolgt werden. Zum einen, weil wie BOSSHARD/KIESEWETTER/RIPPE/SCHWARZENEGGER a.a.O. auf S. 91 richtig festhalten, "auch bei Menschen mit psychischen Störungen [...] autonome, dauerhafte und wohlwogene Suizidwünsche vorkommen [können]. Diese sind nicht direkt im krankheitsbedingten Geschehen verwurzelt, sondern beziehen sich indirekt - als Reflexion ihrer Störung, ihres Leides, ihrer Prognose und ihrer Gesamtsituation - auf diese psychische Störung." Die Urteilsfähigkeit wird gemeinhin vermutet - auch bei

Menschen mit psychischen Störungen. Wäre dies anders, würde etwa bei Menschen mit psychischen Störungen als grundsätzliche Prämisse von fehlender Urteilsfähigkeit ausgegangen, so würde (mit Verweis auf die eben genannten Zahlen von BERGER) rund ein Viertel der Bevölkerung nicht mehr in der Lage sein, sich rechtsgeschäftlich gültig zu verpflichten (sic!). Das Bundesgericht hat daher die viel zu generell gestellte Forderung nach einer psychiatrischen Expertisierung aus dem GUTACHTEN BOSSHARD/KIESEWETTER/RIPPE/SCHWARZENEGGER zu wenig auf ihre innere Berechtigung geprüft; insofern erinnert dies an das von Arzt erwähnte Beispiel der Risikovermeidungsbürokratie (vgl. dazu GUNTHER ARZT, Für Sterbehilfe relevante standesrechtliche Bestimmungen im Lichte der Gesamtrechtsordnung, in: FRANK TH. PETERMANN (Hrsg.), Sterbehilfe - Grundsätzliche und praktische Fragen. Ein interdisziplinärer Diskurs, St. Gallen, 2006, 69-98, 96)

[Rz 36] Die Urteilsfähigkeit wird hier offenbar mit (scheinbarer oder auch tatsächlicher) Unvernunft vermischt. Die Tatsache, dass jemand einen unvernünftigen Wunsch äusserst, heisst noch lange nicht, dass er urteilsunfähig ist (ARZT , a.a.O., 85; g.M. EGGER , N 9 zu Art. 161 ZGB: "Nur die Fähigkeit, in concreto vernunftsgemäss zu handeln, steht in Frage, nicht die Vernünftigkeit der Handlung selbst."). Unvernunft, so ARZT, ist hinzunehmen, auch wenn sie den wohlverstandenen Interessen zuwiderläuft. Zwar könnte man sich durchaus die Frage stellen, ob der Staat gestützt auf die in Art. 2 Ziff. 1 EMRK und Art. 10 Abs. 1 BV verankerte Pflicht, Leben zu schützen, gegen diese Unvernunft nicht einschreiten müsste. Doch dann müsste er auch gegen Extremsportler einschreiten, müsste für Freeclimber das Matterhorn absperren, Autorennbahnen und neuestens auch Fussballstadien schliessen, das Rauchen komplett verbieten etc. Freiheit impliziert eben auch immer Freiheit zur Unvernunft, sei es bei der Wahl des Berufs, eines Partners, der Zeugung eines Kindes und beim Wunsch, die Augen für immer zu schliessen (ARZT , a.a.O., 96). Diese Ansicht äusserste auch der EGMR im Urteil *Pretty*; in Ziff. 62 des Urteils hielt er fest: "Der Gerichtshof betont, dass die Fähigkeit, sein Leben in einer selbst gewählten Art und Weise zu führen auch die Möglichkeit beinhalten kann, Aktivitäten zu setzen, die für den jeweiligen Menschen physisch oder moralisch gefährlich oder schmerzhaft sein können. Das Ausmaß, bis zu dem der Staat seine Zwangsmacht oder das Strafrecht einsetzen darf, um Menschen vor den Konsequenzen ihres selbst gewählten Lebensstils in Schutz zu nehmen, war lange Zeit ein Thema der moralischen und juristischen Diskussion, wobei der Umstand zur Heftigkeit der Auseinandersetzung beigetragen hat, dass eine solche Einmischung oft als Eindringen in die Privatsphäre angesehen wird."

[Rz 37] Allenfalls wird die Urteilsfähigkeit auch mit der *Wohlerwogenheit* eines Sterbewunsches vermischt. BOSSHARD/KIESEWETTER/RIPPE/SCHWARZENEGGER a.a.O., 61 stellen dies (mit Verweis auf die Guidelines der Dutch Psychiatric Association, Physician Assisted Suicide by Patients with a Psychiatric Disorder. Guidelines for the Psychiatrist, o.O., 2000, 13 ff.) als Kriterium auf: Ein Urteil ist wohlerwogen, wenn die betroffene Person: 1. die eigene Lebenssituation angemessen versteht und beurteilt; 2. die wichtigsten zukünftigen Möglichkeiten (inklusive weiterer therapeutischer Optionen) kennt und zu einem angemessenen Urteil über deren Eintrittswahrscheinlichkeit bzw. die damit verbundenen Unsicherheiten gelangt ist und 3. die Optionen vor dem Hintergrund ihrer Erfahrungen und persönlichen Wertüberzeugungen geprüft hat (vgl. hierzu auch FRANK TH. PETERMANN, Sterbehilfe - Eine terminologische Einführung, in: FRANK TH. PETERMANN (Hrsg.), Sterbehilfe - Grundsätzliche und praktische Fragen. Ein interdisziplinärer Diskurs, St. Gallen, 2006, 21-44 [terminologische Einführung], 40-44; PETERMANN, Gesetzes-

entwurf, 1122-1123). Die Wohlerwogenheit kann auch als Urteilsfähigkeit i.w.S. betrachtet werden; allerdings braucht sie m.E. nicht in einem vertieften psychiatrischen Fachgutachten abgeklärt werden, so lange *Erkenntnisfähigkeit* (die Fähigkeit, die Realität wahrzunehmen, sich Urteil und Wille zu bilden) und *Steuerungsfähigkeit* (die Fähigkeit, dem Willen entsprechend zu handeln) grundsätzlich vorhanden sind oder zumindest scheinen. Die Wohlerwogenheit im oben beschriebenen Sinne kann sicherlich von jedem Arzt abgeklärt werden. Ein vertieftes psychiatrisches Fachgutachten rechtfertigt sich m.E. nur, wenn ernsthafte Zweifel an der Urteilsfähigkeit i.e.S. des Patienten bestehen (vgl. zum Suizidwunsch aufgrund psychischer Krankheiten und Störungen auch JOHANN FRIEDRICH SPITTLER, Urteilsfähigkeit zum Suizid - eine neurologisch-psychiatrische Sicht, in: FRANK TH. PETERMANN (Hrsg.), Sterbehilfe - Grundsätzliche und praktische Fragen. Ein interdisziplinärer Diskurs, St. Gallen, 2006, 99-131, 117-119). An dieser Stelle sei auch insbesondere auf SPITTLERS Verfahrensvorschlag zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit bei beabsichtigtem assistiertem Suizid hingewiesen (SPITTLER, a.a.O., 129-130).

[Rz 38] Schliesslich sei zum Thema Gutachten noch vermerkt, dass es z.Z. weder in der Medizin noch in der Rechtswissenschaft ein Standard-Verfahren zur Klärung der Frage der Urteilsfähigkeit eines Patienten zur Beendigung des eigenen Lebens gibt (PETERMANN, Gesetzesentwurf, 1116; PETERMANN, terminologische Einführung, 43). Für andere Bereiche gibt es hingegen sehr wohl standardisierte Verfahren, bspw. um die Urteilsfähigkeit zum Behandlungsverzicht (was faktisch dem Wunsch nach passiver Sterbehilfe gleichkommt) abzuklären (PETERMANN, NaP-Rezeptierung, 462 mit Verweis auf entsprechende Prüfverfahren).

4.

[Rz 39] Im vorliegenden Fall wies das Bundesgericht die beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden auch ab, weil es fand, die ärztliche Rezeptpflicht zur Abgabe von Natrium-Pentobarbital beruhe auf einer klaren, hinreichend zugänglichen und vorhersehbaren Grundlage und verwies auf den Schutz der Polizeigüter. Es führte aus, eine Medikation setze "eine den ärztlichen Berufs- und Sorgfaltspflichten entsprechend vorgenommene Diagnose, Indikationsstellung und ein Aufklärungsgespräch voraus." (Erw. 6.3.2). Die Passage ist m.E. etwas unglücklich formuliert, gewinnt aber durch entsprechende Interpretation ihren Sinn.

[Rz 40] Es geht hier, auch wenn vom Bundesgericht nicht mehr explizit erwähnt, um die Voraussetzungen von Art. 26 Abs. 1 und 2 HMG. Abs. 1 verlangt, dass bei Verschreibung und Abgabe eines Medikaments die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften beachtet werden; Abs. 2 legt fest, dass Arzneimittel nur verschrieben werden dürfen, wenn der Gesundheitszustand des Patienten bekannt ist. Setzt man das aus Erw. 6.3.2 zitierte Argument mit der in dieser Entscheid formulierten Konkretisierung von Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 10 Abs. 2 BV, wonach das Recht besteht, selbst über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, in Bezug, so kann dies nur dahingehend interpretiert werden, dass das Bundesgericht Wohlerwogenheit und Kontinuität eines Sterbewunsches als ausreichende medizinische Rechtfertigung der Medikation ansieht. Anders würde die Passage gar keinen Sinn ergeben, denn es gibt in der Medizin keine Indikationsstellung, welche die Verabreichung eines Barbiturats in letaler Dosierung verlangt oder vorschlägt. Dies ist auch richtig so, denn *nur der Patient selbst* hat das Recht,

diese Medikation zu verlangen und - wie jetzt das Bundesgericht entschied - auch grundsätzlich zu erhalten (wenn auch weiterhin nur über den Weg eines ärztlichen Rezepts).

[Rz 41] Dass Wohlerwogenheit und insbesondere die Kontinuität des Sterbewunsches das massgebende Kriterium sein müssen, wurde schon im Gesetzesentwurf des Schreibenden dargelegt (PETERMANN, Gesetzesentwurf, 1123), welcher vom Bundesgericht hier auch zitiert wird.

[Rz 42] Nur unter dieser Prämisse ist übrigens auch die ärztliche Rezeptierung von Natrium-Pentobarbital bei polymorbiden Alterspatienten möglich, welche zwar noch nicht pflegebedürftig sind und nicht an einer Krankheit mit infauster Prognose leiden, aber aufgrund verschiedener anderer mehr oder weniger behindernder Gebrechen, verbunden mit einer entsprechenden Einschränkung der Lebensqualität, den Wunsch haben ihr Leben zu beenden (PETERMANN, NaP-Rezeptierung, 455). Die medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) betreffend die Betreuung von Patienten und Patientinnen am Lebensende vom 25. November 2004 erkennen zwischenzeitlich, wie auch ein stetig wachsender Teil der Lehre, das Recht des Arztes, Suizidbeihilfe zu leisten, explizit an (Ziff. 4.1). Die SAMW wollte dieses Recht des Arztes jedoch an die Bedingungen des ohnehin baldigen Todeseintritts knüpfen. Indem das vorliegende Urteil das Recht auf Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens anerkennt, macht es diese Bedingung zunichte und stärkt die von der SAMW bereits anerkannte Freiheit des Arztes zusätzlich (vgl. dazu auch Erw. 6.3.4). Grundrechte gelten voraussetzungslos; es gibt keine materiellen Schranken für deren Inanspruchnahme.

5.

[Rz 43] Man kann sich fragen, ob der durch das Bundesgericht gewählte Weg der richtige ist; ob im Fall von Natrium-Pentobarbital nicht eine Loslösung aus der Rezeptpflicht von HMG und BetmG der sinnvollere Weg wäre. Das Bundesgericht hat es sich mit dieser Entscheidung nicht leicht gemacht und sorgfältige Güterabwägungen vorgenommen. Allerdings: Nur unter der Prämisse, dass diese Güterabwägungen und Überlegungen des Gerichts von allen Beteiligten respektiert werden, dürfte das Gericht einen grundsätzlich gangbaren Weg aufgezeigt haben.

[Rz 44] Sollten die ärztlichen Standesorganisationen also die entsprechenden Verbote nicht rasch ausreichend relativieren, wäre m.E. ein gangbarer Weg, dass sich ein Sterbewilliger für ein solches Gutachten an den jeweiligen amtsärztlichen Dienst wendet und dort eine solche Begutachtung verlangt. Sollte ihm diese verweigert werden, hätte er wieder eine anfechtbare Verfügung, welche er bis vor Bundesgericht oder gar bis nach Strassbourg ziehen könnte.

6.

[Rz 45] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Bundesgericht mit dem hier besprochenen Entscheid einen wichtigen Schritt zur Konkretisierung des in Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 10 Abs. 2 geschützten Rechts auf Achtung des Privatlebens, zu dem auch das Recht *selbst über Art und Zeitpunkt des eigenen Tods zu bestimmen zu können* gehört, getan hat.

[Rz 46] Das höchstrichterliche Urteil aus Lausanne wird dazu führen, dass ärztliche Standesorganisationen und Gesundheitsbehörden jetzt keine rechtliche Handhabe mehr haben, um Ärzten, welche willens und bereit sind, sterbewilligen Patienten nach entsprechenden (ihrer Meinung nach) hinreichenden Abklärungen das letale Barbiturat zu rezeptieren, Steine in den Weg zu legen oder sie nachträglich sanktionieren zu können. Sollten sie solches aber weiterhin tun, wird sich das Bundesgericht wohl oder übel mit der konkreteren Ausgestaltung des aus Art. 8 Ziff. 1 und Art. 10 Abs. 2 BV fließenden Rechts, selbst über Art und Zeitpunkt seines Sterbens zu bestimmen, auseinandersetzen müssen. Ein solches Kräftemessen mit dem Bundesgericht wäre aber für die ärztlichen Standesorganisationen, von denen gewisse immer wieder den schleichenden Verfall ihrer Autorität bei ihren Mitgliedern beklagen, ein wohl wenig sinnvolles Unterfangen.

* Aufgrund der grossen Bedeutung des vorliegenden Urteils erfolgt die Publikation dieser Besprechung auch in einer der nächsten Ausgaben der Aktuellen Juristischen Praxis (AJP) und im Ende des Jahres erscheinenden Tagungsband "Sicherheitsfragen der Sterbehilfe".