

Referenz: hill 2009 rechtsprechung n. 3
Publikationsdatum: 03.02.2009
Rechtsgebiet: Gesundheitswesen & soziale Sicherheit

Urteil C-178/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Oktober 2008

Bemerkungen

Dr. iur. Frank Th. Petermann, Rechtsanwalt, St. Gallen

VORBEMERKUNG:

AUSZUG AUS DEM SACHVERHALT:

ZUSAMMENFASSUNG DER ERWÄGUNGEN

BESPRECHUNG:

Urteil C-178/2008

VORBEMERKUNG:

[Rz 1] Urteilsbesprechungen stellen in der Rechtswissenschaft einen wichtigen Beitrag zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Arbeit der Gerichte dar. Besprochen werden allerdings i.d.R. nur rechtskräftige Urteile, was einerseits auf der Hand liegt, andererseits aber den grossen Nachteil birgt, dass meistens erstinstanzliche Urteile gar nicht besprochen werden, zweitinstanzliche nur bisweilen und sich die Urteilsbesprechungen v.a. auf höchstrichterliche Entscheide beschränken. Damit sind zwei weitere grosse Nachteile verbunden, nämlich dass einerseits selten andere Entscheide als solche, die das Bundesgericht erlassen hat, besprochen werden und andererseits, dass dessen Arbeitslast unverändert hoch bleibt. Das in Frage stehende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts weist derart viele und gravierende Mängel sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht auf, dass es sich in casu aufdrängt, ausnahmsweise an dieser Stelle ein nicht rechtskräftiges Urteil zu besprechen. In den Bemerkungen werden nicht alle, wohl aber die Meisten und Wichtigsten dieser Unzulänglichkeiten besprochen.

AUSZUG AUS DEM SACHVERHALT:

[Rz 2] Der Verein "DIGNITAS - menschenwürdig leben - menschenwürdig sterben", eine der drei grossen Sterbehilfeorganisationen in der Schweiz, (im Folgenden Beschwerdeführer genannt) stellte am 7. August 2007 dem Bundesrat ein Gesuch um Erteilung einer - befristeten - Bewilligung gemäss Art. 14a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951 (BetmG, SR 812.121) bezüglich des Umgangs mit Natrium-Pentobarbital (im Folgenden NaP genannt). Da gemäss Art. 2 Abs. 2 und Art. 12 der Betäubungsmittelverordnung vom 29. Mai 1996 (BetmV, SR 812.121.1) das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic (im Folgenden Swissmedic genannt) für die Erteilung von Bewilligungen für nationale und internationale Organisationen zuständig ist, wurde das Gesuch in der Folge an die Swissmedic weitergeleitet.

[Rz 3] Mit Verfügung vom 21. November 2007 wies die Swissmedic das Gesuch ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, Bewilligungen gemäss Art. 14a BetmG (im Folgenden Organisations-Bewilligung genannt) könnten nur an Organisationen des Schweizerischen Rechts oder des Völkerrechts wie das Rote Kreuz, die Vereinten Nationen oder ihre Spezialorganisationen erteilt werden. Nur diesen Organisationen sei gemeinsam, dass sie ihre Tätigkeiten bei notfallmässigen Einsätzen zu Gunsten breiter Bevölkerungsschichten und als Überlebenshilfe bei Katastrophen natürlichen oder menschlichen Ursprungs ausübten. Die Tätigkeit des Gesuchstellers erfülle indes keines dieser drei Kriterien.

[Rz 4] Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 7. Januar 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und das Institut sei anzuweisen, die beantragte Bewilligung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu erteilen.

Zur Begründung der Beschwerde wird ausgeführt, die Verweigerung der beantragten Bewilligung prolongiere den Zustand der Rechtsunsicherheit und schaffe unnötige sowie unhaltbare Risiken; zudem stehe die Verweigerung im Widerspruch zu Sinn und Zweck des geltenden Betäubungsmittelrechts. Im

Weiteren wird geltend gemacht, bei konsequenter Anwendung des geltenden Betäubungsmittelrechts wäre der Einsatz nichtmedizinischen Personals für die Freitod-Begleitung nicht mehr möglich, da der nach heutiger Praxis geduldete Einsatz von NaP durch Nicht-Medizinalpersonen ausgeschlossen wäre.

Der Beschwerdeführer hält weiter fest, bei der Beurteilung des Gesuches müsse auch Art. 8 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) berücksichtigt werden. Er verweist auf BGE 133 I 58, in welchem das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten habe, das Recht eines Menschen selbst über Art und Zeitpunkt seines eigenen Todes zu bestimmen, gehöre zum Recht auf Selbstbestimmung und sei durch Art. 8 Abs. 1 EMRK garantiert. Das Bundesgericht habe dort festgehalten, es bedürfe zur Verwendung von NaP als Sterbemittel stets eines ärztlichen Rezepts. Damit habe es auf der einen Seite die langjährige Praxis, dass NaP für Zwecke der Freitod-Begleitung durch nicht-medizinisches Personal appliziert wird, implizit für rechtmässig erklärt, auf der anderen Seite fehle es aber nach wie vor an einer Regelung für den Umgang mit NaP von Personen, die im Dienst einer Sterbehilfeorganisation stünden. Der Beschwerdeführer hält fest, dass eine Organisations-Bewilligung nach Art. 14a BetmG nicht eine Ausweitung der durch ihn schon heute ausgeübten Tätigkeit bedeute, sondern im Gegenteil, deren Einschränkung und Regulierung.

Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, dass Art. 14a BetmG als Folge einer faktischen Notwendigkeit entstanden sei, welche einen Einsatz von Betäubungsmitteln über die Grenzen des bis dahin geltenden Betäubungsmittelrechts hinaus erforderlich gemacht hätte. Die Bewilligungen hätten nämlich jeweils vom Bundesrat *extra legem* erteilt werden müssen, mit Art. 14a BetmG seien diese Bewilligungen *extra legem* dann aber überflüssig geworden. Im Bereich der Sterbehilfe sei die Situation heute ähnlich; der zur Zeit nur geduldete Zustand müsse eine rechtliche Normierung erfahren, was mit der Erteilung einer Bewilligung gemäss Art. 14a BetmG der Fall wäre.

Anschliessend erläutert der Beschwerdeführer die von ihm beantragte Organisations-Bewilligung wie folgt: Konkret gehe es darum, dass ihm mit einer solchen Bewilligung erlaubt werden solle, die von einem Arzt für eine jeweils bestimmte Person verschriebene Dosis NaP in Vertretung des Arztes bzw. des Patienten in einer Apotheke zu beziehen, sie bis zum Einsatz aufzubewahren (d.h. zu lagern) und bei der Freitod-Begleitung der betreffenden Person dann auch zu verwenden (d.h. zu verabreichen). Sollte die ärztlich rezeptierte NaP-Dosis nicht mehr benötigt werden, etwa im Falle eines Rücktritts vom Sterbewunsch, könne sie später für eine andere Person eingesetzt werden, für welche eine entsprechende ärztliche Verschreibung vorliege. Zudem müsse die Bewilligung auch die Lagerung von entsprechenden Reservedosen umfassen, da diese aus verschiedenen Gründen benötigt würden. Schliesslich müsse die Bewilligung auch mit den notwendigen Kautelen in Bezug auf Verschluss, Lagerbuchhaltung, Berichterstattung und Kontrolle versehen werden.

[Rz 5] Die Swissmedic beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 7. Februar 2008 die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Sie begründet ihren Antrag folgendermassen: Es sei grundsätzlich unbestritten, dass der Gesetzgeber mit Art. 14a BetmG eine geeignete gesetzliche Grundlage habe schaffen wollen, um Organisationen des Schweizerischen Rechts oder des Völkerrechts eine Bewilligung für den Umgang mit Betäubungsmitteln erteilen zu können. Welche Organisationen konkret in den Genuss einer solchen Bewilligung gelangen könnten, sei jedoch nicht explizit festgelegt worden. In der Norm seien jedoch konkrete Beispiele wie das Rote Kreuz, die Vereinten Nationen oder ihre Spezialorganisationen erwähnt. Diese hätten folgende Merkmale gemeinsam: Notfallmässige Einsätze, das Erreichen breiter Bevölkerungsschichten und die Überlebenshilfe bei Katastrophen natürlichen oder menschlichen Ursprungs. Die Tätigkeit einer Sterbehilfeorganisation erfülle jedoch keines dieser Kriterien. Für ein eigenes Lager bestehe keine Dringlichkeit. Die Swissmedic verweist sodann auf die Stellungnahme der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK) über die "Beihilfe zum Suizid" (im Folgenden NEK-Bericht-2005 genannt), gemäss welcher eine gewisse Frist zwischen dem Ersuchen um Sterbehilfe und dem Akt an sich einzuhalten sei, da dies der Überprüfung des authentischen Willens des Suizidkandidaten diene. Im Weiteren streicht die Swissmedic heraus, dass die Tätigkeit der Sterbehilfeorganisationen keinen kollektiven Hilfscharakter hätte, da nur bestimmte, im Voraus bekannte Personen individuell unterstützt würden. Die Organisationen, welche eine Organisations-Bewilligung nach Art. 14a BetmG erhielten, hätten den Zweck, Menschen zu helfen, eine Katastrophe zu überleben, die Sterbehilfeorganisationen hätten jedoch das Ziel, das Leiden einer Person durch den Tod zu verkürzen.

Die Swissmedic führt weiter aus, der Beschwerdeführer irre, wenn er meine, dass im Bereich Sterbehilfe eine faktische Notwendigkeit bestehe, eine vom Gesetz und seiner Logik abweichende Bewilligung zu erteilen. Sterbehilfeorganisationen könnten schon heute völlig legal ihre Tätigkeit ausüben, sofern die mit ihnen zusammenarbeitenden Ärzte aufgrund einer sorgfältigen Untersuchung ein auf den Namen des Patienten lautendes Rezept ausstellten. Es bestehe kein Anlass, vom klaren Gesetzestext abzuweichen und eine Bewilligung nach Art. 14a BetmG zu erteilen.

Zum gleichen Schluss sei im Übrigen auch der Bundesrat am 29. August 2007 nach Kenntnisnahme des Ergänzungsberichts des EJPD vom Juli 2007 zum Bericht "Sterbehilfe und Palliativmedizin - Handlungsbedarf für den Bund?" (im Folgenden ErgBericht-EJPD-2007 genannt) gekommen, weshalb er beschlossen habe, auf eine gezielte Revision des Betäubungsmittelrechts zu verzichten.

[Rz 6] Der Beschwerdeführer replizierte am 25. März 2008, er habe keine Bewilligung *extra legem* beantragt, er habe darauf hingewiesen, dass Art. 14a BetmG erlassen worden sei, um die Erteilung von Bewilligungen *extra legem* bestehender faktischer Notwendigkeiten wegen vermeiden zu können. Die Bestimmung sei offen formuliert, das Rote Kreuz und die UNO seien nur beispielhaft im Sinne einer Teilenumeration zu verstehen. Für den Bereich der Sterbehilfe bestehe heute eine faktische Notwendigkeit zur Erteilung einer Organisations-Bewilligung.

Die Swissmedic verzichtete in der Folge auf die Einreichung einer Duplik.

Am 10. April 2008 reichte der Beschwerdeführer unaufgefordert eine weitere Stellungnahme sowie ein Schreiben der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich vom 4. April 2008 ein, in welchem offenbar erläutert wurde, welche Kriterien bei der Abgabe von NaP an Sterbewillige zu beachten seien.

Mit Verfügung vom 6. Mai 2008 wurde der Schriftenwechsel geschlossen.

ZUSAMMENFASSUNG DER ERWÄGUNGEN

1.

[Rz 7] Das Bundesverwaltungsgericht erkannte, dass sich das Verfahren nach den Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) und des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) richte und es zur Beurteilung der vorliegenden Sache zuständig sei.

2.

[Rz 8] Das Bundesverwaltungsgericht erkannte, dass es für Beschwerdeverfahren wie das vorliegende gemäss Art. 49 VwVG volle Kognition habe und kassatorisch entscheide.

3.

[Rz 9] Das Bundesverwaltungsgericht stellt in Erw. 3 vorab die geltende Rechtslage im Zusammenhang mit der Verwendung von NaP im Rahmen des begleiteten Suizids dar. NaP sei ein Abhängigkeit erzeugender psychotroper Stoff vom Wirkungstyp der Barbiturate und unterliege der Betäubungsmittelgesetzgebung des Bundes (Art. 1 Abs. 3 lit. c BetmG). Er sei auch im Verzeichnis der Betäubungsmittel aufgeführt, welches auf der Liste III des Internationalen Übereinkommens über psychotrope Stoffe vom 21. Februar 1971 (SR 0.812.121.02, für die Schweiz in Kraft seit dem 21. Juli 1996, im Folgenden Übereinkommen genannt) basiere. Gemäss Art. 9 Ziff. 1 des Übereinkommens dürften die genannten Stoffe zur Verwendung durch Einzelpersonen grundsätzlich nur gegen ärztliches Rezept geliefert oder abgegeben werden (Verschreibungspflicht). Es führte sodann aus, dass für den Umgang mit Betäubungsmitteln das Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (HMG, SR 812.21) gelte, sofern diese als Heilmittel verwendet würden. Regle das HMG diesen Umgang mit Betäubungsmitteln nicht, so sei die Betäubungsmittelgesetzgebung anwendbar. Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 BetmG sähen eine Bewilligungspflicht für Herstellung, Ein- und Ausfuhr sowie Verarbeitung und den Handel mit Betäubungsmitteln vor. Von dieser Bewilligungspflicht seien einzig die Medizinalpersonen ausgenommen, denen gemäss Art. 9 BetmG der Umgang mit Betäubungsmitteln nach Massgabe der vorschriftsgemässen Berufsausübung gestattet sei. Der unbefugte Umgang mit Betäubungsmitteln, insbesondere auch das unbefugte Aufbewahren, sei gemäss Art. 19 Abs. 1 Alinea 5 unter Strafe gestellt.

Als verschreibungspflichtige Arzneimittel dürften Betäubungsmittel in Apotheken - ausser in "begründeten Ausnahmefällen" - nur auf ärztliches Rezept hin abgegeben werden (Art. 24 Abs. 1 lit. a HMG). Auch Medizinalpersonen seien im Rahmen der Bestimmungen über die Selbstdispensation abgabeberechtigt, ebenso entsprechend ausgebildete Fachpersonen unter der Kontrolle von Medizinalpersonen. Zur Verschreibung bzw. Verordnung von Betäubungsmitteln seien nur Ärzte und Tierärzte befugt (Art. 10 BetmG). Das Bundesverwaltungsgericht verweist sodann auf Art. 26 Abs. 1 HMG und Art. 11 BetmG, wonach für die Abgabe und Verschreibung von Arzneimitteln die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften beachtet werden müssten und die Betäubungsmittel insbesondere nur in dem Umfange verwendet, abgegeben und verordnet werden dürften, als dies nach den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften notwendig sei. Der

Gesundheitszustand des Patienten müsse dem verschreibenden Arzt bekannt sein, wobei bei Betäubungsmitteln Voraussetzung sei, dass der oder die Rezeptierende den Patienten selber untersucht haben müsse (Art. 26 Abs. 2 HMG, Art. 43 Abs. 1 BetmV). Das Gericht betont ferner, dass gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a und Art. 9 Abs. 1 HMG als Arzneimittel verwendungsfertige Betäubungsmittel nur in Verkehr gebracht werden dürften, wenn sie von der Swissmedic zugelassen seien; gleichzeitig hält es aber fest, dass Ärzte im Rahmen ihrer Therapiefreiheit auch nicht zugelassene Arzneimittel und Betäubungsmittel verschreiben und abgeben dürfen (Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG).

[Rz 10] Das Bundesverwaltungsgericht untersucht sodann in Erw. 3.2 die strafrechtlichen Implikationen der Sterbehilfe, nimmt eine Abgrenzung zwischen direkter aktiver und indirekter aktiver Sterbehilfe vor und erwähnt das Kriterium der selbstsüchtigen Beweggründe nach Art. 115 StGB.

[Rz 11] Ebenfalls in Erw. 3.2 vertritt das Bundesverwaltungsgericht die Meinung, eine wesentliche Problematik in der Praxis bestehe darin, dass die Beihilfe zum Suizid einerseits nicht Teil der ordentlichen ärztlichen Tätigkeit sei, weil sie den Zielen der Medizin widerspreche, andererseits aber die Achtung des Patientenwillens grundlegend für die Arzt-Patienten-Beziehung sei. Falls ein Arzt sich zur Beihilfe zum Suizid entschliesse, trage er gemäss Ziff. 4.1 der Richtlinien vom 25. November 2004 der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) zur "Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende" (im Folgenden zitiert als SterbeRL-2004) die Verantwortung für die Prüfung der von der Akademie aufgestellten Voraussetzungen. Diese Voraussetzungen zitiert das Gericht im vollen Wortlaut. Zwar erkennt es abschliessend an, dass diese Richtlinien grundsätzlich unverbindlich seien, jedoch komme ihnen in der Praxis grosse Bedeutung zu.

4.

[Rz 12] Das Bundesverwaltungsgericht stellt sodann in Erw. 4 den Kernpunkt des vorliegenden Verfahrens dar, nämlich dass der Beschwerdeführer die Erteilung einer Bewilligung gemäss Art. 14a BetmG beantrage, "die ihm einen erleichterten Umgang mit NAP - insbesondere die Lagerung und die Verabreichung durch Nicht-Medizinalpersonen - im Zusammenhang mit dem begleiteten Suizid ermöglichen soll." Der Bundesrat könne gemäss Art. 14a BetmG gewissen Organisationen den Umgang mit Betäubungsmitteln bewilligen, diese Kompetenz habe er der Swissmedic übertragen (Art. 2 Abs. 2 BetmV). Es stelle sich die Frage, ob der Beschwerdeführer als Organisation im Sinne von Art. 14a BetmG zu gelten habe; er selbst stelle sich auf diesen Standpunkt, indem er behaupte, die Aufzählung in Art. 14a BetmG sei nicht abschliessend. Das Bundesverwaltungsgericht erkennt sodann in Erw. 4.2 auch an, dass die Aufzählung in Art. 14a Abs. 1 BetmG offensichtlich nicht abschliessend sei; anhand der anerkannten Auslegungsmethoden und Kriterien sei daher zu ermitteln, welche Organisationen für den Erhalt einer Organisations-Bewilligung in Frage kämen.

[Rz 13] Ausgangspunkt jeder Auslegung ist gemäss Erw. 4.2.1 des Bundesverwaltungsgerichts die grammatikalische Auslegung, die auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch abstelle. Das Gericht untersucht in der Folge die Zielsetzungen der in Art. 14a BetmG explizit genannten Organisationen, nämlich des Roten Kreuzes und der Vereinten Nationen, und ebenso die statutengemässe Zielsetzung des Beschwerdeführers. Es kommt zum Schluss, das Rote Kreuz und die Vereinten Nationen hätten das Ziel der humanitären Hilfe (d.h. das Leben der in Not geratenen Menschen zu schützen, ihr Leiden zu lindern und ihre Würde zu wahren). Sie seien darauf ausgerichtet, Leben zu erhalten und Leiden zu verringern, während das Haupttätigkeitsgebiet des Beschwerdeführers nicht in der Erhaltung des Lebens, sondern in der Beendigung desselben durch einen begleiteten Suizid liege. Bei Art. 14a BetmG beziehe sich der Wortlaut aber auf Organisationen, "die in der *Überlebenshilfe* in Konflikt- und Katastrophenfällen tätig" seien.

[Rz 14] Das Bundesverwaltungsgericht macht in Erw. 4.2.2 Ausführungen zur systematischen Auslegung von Art. 14a BetmG. Der Sinn einer Rechtsnorm bestimme sich durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhalt, in dem sie sich in einem Gesetz präsentiere. Betrachte man die Bestimmungen über Herstellung, Abgabe, Bezug und Verwendung von Betäubungsmitteln im zweiten Kapitel des BetmG, so erkenne man, dass allen gemeinsam sei, dass ein wirksamer Kontrollmechanismus bestehe, um möglichen Missbrauch zu verhindern, und so die öffentliche Gesundheit geschützt werden könne. Daraus sei ersichtlich, dass der Gesetzgeber beabsichtigt habe, den Umgang mit Betäubungsmitteln "nur unter äusserst restriktiven Bedingungen und unter engmaschiger staatlicher Kontrolle zuzulassen."

Da der Beschwerdeführer wohl kaum eine Sicherstellung wie das Rote Kreuz oder die UNO gewährleisten könne, wäre die vom Gesetzgeber geforderte enge Kontrolle in Frage gestellt, würde man ihm eine Organisations-Bewilligung nach Art. 14a BetmG erteilen.

[Rz 15] Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich in Erw. 4.2.3 mit der historischen Auslegung. Bei

ihr werde auf den Sinn abgestellt, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gegeben habe. Der Gesetzgeber habe in der Botschaft ausgeführt, eine Änderung des Betäubungsmittelgesetzes sei aus "dringenden sachlichen Gründen" notwendig (BBl 1968 I 737). Das Gericht schliesst daraus, dass der Gesetzgeber zweifellos davon überzeugt gewesen sei, dass ein Betäubungsmittelsatz nur im Rahmen der Hilfstätigkeit, bei dringenden humanitären Einsätzen der entsprechenden Organisation erfolgen werde.

[Rz 16] In Erw. 4.2.4 untersucht das Bundesverwaltungsgericht das Normverständnis und die gegenwärtigen Verhältnisse. Auch diese sog. zeitgemässe Auslegung führe zu keinem anderen Ergebnis; als Begründung wird der ErgBericht-EJPD-2007 angeführt, in welchem zusammenfassend festgehalten wird, dass die bestehenden Vorschriften zur Verschreibung und Abgabe von NaP in letaler Dosis im Betäubungsmittelrecht als ausreichend zu bewerten seien.

[Rz 17] In Erw. 4.2.5 prüft das Bundesverwaltungsgericht den Sinngehalt von Art. 14a BetmG unter dem Gesichtspunkt der teleologischen Auslegung, d.h. nach den Kriterien, welche sich auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist, beziehen. Danach solle der Wortlaut dieser Bestimmung nicht isoliert betrachtet werden, sondern im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers. Das Bundesverwaltungsgericht verweist in diesem Zusammenhang auf die Sucht- und Missbrauchsgefahr im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln, weshalb eine kontrollierte Abgabe nur durch Fachpersonen selbst, oder aber durch Institutionen und Organisationen, die über entsprechendes Fachpersonal verfügen, erfolgen solle (Art. 14 Abs. 1 BetmG, vgl. auch Art. 4 BetmG).

[Rz 18] Das Bundesverwaltungsgericht kommt in Erw. 4.2.6 im Sinne eines Zwischenergebnisses zum Schluss, dass sämtliche Auslegungsmethoden zum Ergebnis führen würden, dass der Umgang mit Betäubungsmitteln wegen der vorhandenen Missbrauchsgefahr nur bestimmten Medizinalpersonen mit den nötigen Fachkenntnissen sowie Institutionen, die über entsprechend ausgebildetes Fachpersonal verfügen, ermöglicht werden solle. Organisationen werde eine Bewilligung nach Art. 14a BetmG nur erteilt, wenn sie die Betäubungsmittel für ihre Hilfstätigkeit im humanitären Bereich - insbesondere für die Überlebenshilfe - benötigten und zudem über entsprechendes Fachpersonal verfügten, das, wie sie selber, den korrekten und verantwortungsbewussten Umgang mit den Betäubungsmitteln gewährleisten könne.

[Rz 19] Das Bundesverwaltungsgericht hält in Erw. 4.3 fest, dass Art. 14a BetmG eine Kann-Vorschrift sei, laut welcher der Swissmedic bei der Erteilung resp. dem Entzug der Bewilligung ein relativ weites Ermessen zustehe, das pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben sei.

Die Bewilligung nach Art. 14a BetmG sei eine Polizeibewilligung, die nur erteilt werde, wenn die gesuchstellende Person die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen erfülle. Seien die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen aber erfüllt, bestehe ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung. Wenn aber die Voraussetzungen für die Erteilung der Polizeibewilligung durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschrieben würden, verfüge die Bewilligungsbehörde über einen gewissen Beurteilungsspielraum. Weil im vorliegenden Fall die Liste der nationalen und internationalen Organisationen, die gemäss Art. 14a BetmG eine derartige Polizeierlaubnis beantragen können, nicht abschliessend sei, könne die Swissmedic im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums die Kriterien bestimmen, welche von den Organisationen zu erfüllen seien, die um eine Bewilligung nachsuchten. Die von der Swissmedic für eine Bewilligungserteilung aufgestellten Kriterien (die Leistung notfallmässiger Einsätze, das Erreichen Müssen von breiten Bevölkerungsschichten und die Leistung von Überlebenshilfe bei Katastrophen) entsprächen dem Sinn und Zweck der Norm und dem Willen des Gesetzgebers. Sie trügen dem Gleichbehandlungsgebot hinreichend Rechnung und seien verhältnismässig.

Der Beschwerdeführer erfülle diese Kriterien ganz offensichtlich nicht, leiste er doch keine Überlebens-, sondern vielmehr Sterbehilfe. Seine Einsätze erfolgten auch nicht notfallmässig und kämen nicht einer Vielzahl von Hilfsbedürftigen zu Gute. Die Vorinstanz habe daher Art. 14a BetmG richtig ausgelegt und auch das ihr zustehende Ermessen korrekt ausgeübt.

5.

[Rz 20] Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich in Erw. 5 mit dem vom Beschwerdeführer geltend gemachten Argument auseinander, die geltende Regelung tangiere das in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerte Selbstbestimmungsrecht des Menschen, welches auch ein Grundrecht auf Suizid garantiere. Prüfungsgegenstand sei aber im Folgenden nur, "ob der grundrechtliche Schutz der *individuellen Selbstbestimmung*" durch die Verweigerung der Bewilligung an den Beschwerdeführer in unzulässiger Weise eingeschränkt werde.

[Rz 21] Das Bundesverwaltungsgericht führt in Erw. 5.3 aus: "Da dem Beschwerdeführer keine Ausnahmegewilligung nach Art. 14a BetmG erteilt wurde, besteht für die Abgabe von NAP im Rahmen der begleiteten Sterbehilfe eine ärztliche Rezeptpflicht (vgl. oben Erw. 3.1). Die Verschreibungspflicht dient generell dem Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Bevölkerung sowie - im Zusammenhang mit der Sterbehilfe - der Verhinderung von Straftaten resp. der Bekämpfung damit verbundener Missbrauchsgefahren (BGE 133 I 58 E. 6.3.2). Für eine restriktive Anwendung von Art. 14a BetmG besteht somit zweifellos ein gewichtiges öffentliches Interesse."

[Rz 22] Das Bundesverwaltungsgericht betont in Erw. 5.4, dass die Aushändigung von NaP im Interesse der Patienten einer vorgängigen individuellen ärztlichen Untersuchung und Verschreibung bedürfe. Die Medikation könne nur nach einer den ärztlichen Berufs- und Sorgfaltspflichten entsprechend vorgenommenen Diagnose, Indikationsstellung und einem Aufklärungsgespräch vorgenommen werden. Auch obliege die Prüfung der Urteilsfähigkeit, der medizinischen Unterlagen und der Beurteilung, ob alle möglichen Behandlungsmassnahmen getroffen worden seien, dem behandelnden Arzt. "Da der Beschwerdeführer nicht über die entsprechenden Fachpersonen verfügt, ist das Festhalten an der Rezeptpflicht für die Abgabe von NAP und somit die Verweigerung der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 14a BetmG geeignet, allfällige Missbräuche zu verhindern. Da kein milderes Mittel ersichtlich ist, um dieses Ziel zu erreichen, ist die Massnahme auch erforderlich."

Würde man dem Beschwerdeführer die Abgabe von NaP "aus einem Lager durch Nicht-Medizinalpersonen - wie vom Beschwerdeführer vorgesehen -" ermöglichen, fielen ebenfalls der Schutz vor unüberlegten, voreiligen Entschlüssen und die Garantie der medizinischen Rechtfertigung der Sterbebegleitung in jedem Einzelfall weg. Auch die Missbrauchsrisiken und die "weder staatlich noch durch Medizinalpersonen überwachte Lauterkeit der Beweggründe der Suizidhelfer" rechtfertige es, an der ärztlichen Verschreibungspflicht von NaP und dem Verbot der Lagerhaltung festzuhalten. "Der Entscheid der Vorinstanz, dem Beschwerdeführer keine Bewilligung nach Art. 14a BetmG für den Bezug von NAP zu erteilen, um die generelle Rezeptpflicht und das Verbot der Lagerhaltung weiterhin durchsetzen zu können, erweist sich damit als verhältnismässig."

Da das Recht des Einzelnen auf Suizid durch die Verweigerung der Organisations-Bewilligung keineswegs so sehr erschwert oder verunmöglicht werde, dass die Inanspruchnahme dieses Rechts illusorisch würde, ist nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in Erw. 5.5 keine Verletzung des Kerngehalts des Rechts auf individuelle Selbstbestimmung auszumachen. Damit soll nach der in Erw. 5.6 zum Ausdruck gebrachten Meinung des Gerichts feststehen, dass aus grundrechtlicher Sicht nicht angezeigt und erforderlich sei, Sterbehilfeorganisationen eine Bewilligung nach Art. 14a BetmG zu erteilen. Die Frage, ob sich der Beschwerdeführer überhaupt auf grundrechtliche Schutzansprüche der von ihm begleiteten Suizidwilligen berufen könne, könne somit offen bleiben.

[Rz 23] Abweisung der Beschwerde unter Auferlegung der Verfahrenskosten.

BESPRECHUNG:

[Rz 24] Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers ergibt sich klar, dass er die gegenwärtige Situation als unbefriedigend erachtet; wenn seine Mitarbeiter NaP von der Apotheke holen und woanders hin "befördern" müssen, und wenn er die entsprechenden Dosen einige Zeit aufbewahren muss und sie somit "lagert". Seine Beanstandungen sind berechtigt, weil das BetmG durch diese Beförderung und Lagerung objektiv verletzt wird, solange nicht (in welcher Weise auch immer) klaggestellt wird, dass diese Handlungen befugtermassen erfolgen. Würde diese Befugnis in einer Bewilligung explizit erteilt, träte Rechtssicherheit ein. Hinzu käme, dass auf diese Weise vermieden werden könnte, dass - wie es bisher der Fall gewesen ist - jede einzelne Dosis NaP in der Apotheke bestellt, abgeholt, befördert und im Falle des Nichtgebrauchs einer dergestalt ad personam ausgestellten NaP-Dosis wieder zurückgeschoben und vernichtet werden muss, statt dass sie - mit einem neuen Rezept - für eine andere Person eingesetzt werden könnte. Dieses Argument ist zwar betriebswirtschaftlicher Natur und von daher für die sich hier stellende betäubungsmittelrechtliche Fragestellung von eher untergeordneter Natur. Es verdient es aber dennoch, an dieser Stelle cursorisch erwähnt zu werden, und zwar v.a. deswegen, weil dem Beschwerdeführer (aber auch anderen Sterbehilfeorganisationen) ständig nachgesagt wird, die Kosten für eine Freitodbegleitung seien dermassen hoch, dass es sich hier um "Geschäftemacherei" handle; dieser Vorwurf wird zwar von Seiten der Behörden nicht explizit erhoben, es wird ihm aber auch nicht widersprochen, sodass er als implizit vorgebracht gelten kann. Medienschaffende erheben ihn denn auch bei jeder sich bietenden Gelegenheit. Solange aber die Behörden durch Aufrechterhaltung derartiger Hürden unter Berufung auf die Betäubungsmittelsicherheit im Bereich der Betäubungsmittelhandhabung den Sterbehilfeorganisationen einen hohen (und selbstverständlich mit Kosten verbundenen) Verwaltungsaufwand verursachen, sollten sie den Vorwurf der Geschäftemacherei auch nicht implizit

erheben.

Die Überlegung, diese Probleme anders und sinnvoller zu regeln, wie es der Beschwerdeführer in diesem Verfahren beantragt, ist v.a. auch deswegen nicht von der Hand zu weisen, weil der Regierungsrat des Kantons Zürich ihm erst vor kurzem im Rahmen einer Antwort auf eine Anfrage im Zürcher Kantonsrat zum wiederholten Mal bescheinigt hat, "dass bereits mehrere Strafverfahren gegen Personen, die für Dignitas tätig waren, geführt worden sind, sei dies zur Abklärung finanzieller Fragen, sei dies zur Überprüfung der Umstände der Verschreibung, Abgabe und Lagerung von Natriumpentobarbital (NaP) oder aber bezüglich möglicher zu weit gehender Hilfeleistungen bei der Suizidhandlung selber. Sämtliche Verfahren wurden mangels rechtsgenügenden Verdachts einer strafbaren Handlung eingestellt (vgl. KR-Nrn. 44/2007; 11/2007; 269/2005 [<http://www.kantonsrat.zh.ch/Dokumente/Gesch%E4fte/2008/R08283.pdf>])). Aus der Zusammenfassung der Anträge des Beschwerdeführers durch das Bundesverwaltungsgericht erhellt klar und deutlich, dass dieses Gericht es als selbstverständlich erachtet, dass jede Abgabe des Barbiturats an Sterbewillige durch ein entsprechendes ärztliches Rezept gedeckt sein muss.

[Rz 25] Das Bundesverwaltungsgericht führt in Erw. 3.1 auf S. 10 zusammenfassend aus, dass nach der einschlägigen betäubungs- und heilmittelrechtlichen Gesetzgebung "der Umgang mit NAP bewilligungspflichtig und seine Abgabe nur aufgrund eines ärztlichen Rezepts zulässig ist [...]." Als Belegstelle für diese Aussage verweist das Bundesverwaltungsgericht auf den Schreibenden, Frank Th. Petermann, Rechtliche Überlegungen zur Problematik der Rezeptierung und Verfügbarkeit von Natrium-Pentobarbital, in: AJP 2006, 439-467, dort S. 443 (im Folgenden als Petermann, NaP-Rezeptierung bezeichnet).

Einerseits legt es dem Schreibenden nun aber Aussagen in den Mund, welche dieser nie gemacht hat; über die Bewilligungspflicht für den Umgang mit NaP spricht sich das zitierte Werk nämlich an der genannten Stelle nicht aus. Andererseits unterschlägt es bezüglich der Rezeptpflicht die in diesem Werk durch den Schreibenden geäusserte (gegenteilige) Meinung, dass die Abgabe von NaP gestützt auf Art. 24 Abs. 1 lit. a HMG auch nach bestehendem Recht rezeptfrei möglich wäre (Petermann, NaP-Rezeptierung, 463 mit Verweis auf Hugentobler).

Diese Art des Zitierens, welche wohl am treffendsten mit dem französischen Ausdruck "être rusé" zu umschreiben ist, wäre allenfalls noch in Kauf zu nehmen, wenn sie von einem nicht allzu zurückhaltenden oder gar listigen Anwalt, stammte. Eines Gerichts ist sie jedoch schlichtweg nicht würdig.

[Rz 26] Das Bundesverwaltungsgericht zitiert in Erw. 3.2 die SterbeRL-2004 der SAMW formulierten Voraussetzungen für die Beihilfe des Arztes zum Suizid im Wortlaut. Anschliessend an dieses Zitat hält es dann fest, diese Richtlinien der Akademie seien "grundsätzlich unverbindlich", um diese Aussage dann sogleich wieder dahin zu relativieren, dass ihnen in der Praxis aber "doch grosse Bedeutung" zukomme.

Mit dieser abschliessenden Feststellung impliziert das Gericht nun aber klar, dass die Meinungsäusserung der SAMW (notabene einer privatrechtlichen Stiftung) eben doch nicht ganz unverbindlich sei. Faktisch weigert sich das Bundesverwaltungsgericht damit auch, die Kritik, welche die Lehre an der Überführung solcher Richtlinien in Gesetze geäussert hat, auch nur zur Kenntnis zu nehmen (so etwa Petermann, NaP-Rezeptierung, 451-452 mit Verweis auf Radbruch, Stanovic und Engi, ebenso David Rüetschi, Die Medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW aus juristischer Sicht, in: Schweizerische Ärztezeitung 2004, 1222-1225, der die Tatsache, dass die Richtlinien der SAMW grundsätzliche Wertentscheidungen und regelmässig auch Grundrechte tangieren, aus rechtsstaatlicher Sicht als „äusserst bedenklich“ betrachtet [1222]; ebd., Ärztliches Standesrecht in der Schweiz – Die Bedeutung der Medizinisch-ethischen Richtlinien der schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften, in: Carl-Heinz Witt/Matthias Casper et al. [Hrsg.], Die Privatisierung des Privatrechts – rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart 2002, 231-255, 247 und Céline Tritten, Les directives médico-éthiques et recommandations de l'Académie Suisse des Sciences Médicales relatives au traitement et à la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance, in: Revue du droit de tutelle 2/2005, 70-83, welche darauf hinweist, dass im Falle eines Regelungskonflikts mit geltendem Verfassungs- oder Völkerrecht, die Richtlinien der SAMW ihre Legitimation verlieren [70]. Verwiesen sei an dieser Stelle auch auf BGE 104 Ia 310, welcher die Delegation einer Gesetzgebungskompetenz nur dann als zulässig betrachtet, wenn die Rechtstellung des Bürgers dadurch nicht schwerwiegend beeinträchtigt werde, was bei Themen wie Fortpflanzungsmedizin oder Sterbehilfe jedoch der Fall sei (Petermann, NaP-Rezeptierung, 458, Fn 190).

[Rz 27] Das Bundesverwaltungsgericht misst in mehreren seiner Erwägungen (so etwa in den Erw.

4.2.2, 4.2.4, 4.2.6, 5.3 und 5.4) dem "Schutz vor Missbräuchen" entscheidendes Gewicht bei; gemeint ist damit immer der Schutz vor Missbräuchen in der Sterbehilfe. Was unter möglichem Missbrauch zu verstehen sei, wird allerdings nie klar dargelegt.

Das ganze Missbrauchs-Argument ist somit nichts anderes als ein sog. Dammbrech-Argument (vgl. dazu insbesondere Reinhard Merkel, Das Dammbrech-Argument in der Sterbehilfe-Debatte, in: Frank Th. Petermann [Hrsg.], Sicherheitsfragen der Sterbehilfe [Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis 54], St. Gallen 2008, 125-146, insbesondere 127-135). Ein Gericht sollte sich von dieser Art von Argumenten in seiner Urteilsfindung nicht leiten lassen, sondern diese kritisch hinterfragen. Vorbildlich wurde solch ein (sogar von staatlicher Seite vorgebrachtes) Dammbrech-Argument vom Deutschen Bundesverfassungsgericht hinterfragt und für unzulässig befunden, vgl. dazu BVerfG, 1 BvR 370/07, Urteil vom 27.2.2008 (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html). In casu ging es um die Anfechtung des nordrhein-westfälischen Gesetzes zur Online-Durchsuchung, welches vom genannten Bundesland mit den inzwischen üblichen Argumenten bezüglich Terrorismus etc. begründet wurde. Das BVerfG entschied (Absch. 245): "Selbst bei höchstem Gewicht der drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung kann auf das Erfordernis einer hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit nicht verzichtet werden." Zu dieser Thematik sei auch verwiesen auf: Frank Th. Petermann, Urteilsfähigkeit, Zürich 2008, Rz 222 sowie Rz 327-330; ebd., Die geltende Regelung für Natrium-Pentobarbital: Ein legistischer Rubik's Cube?, in: AJP 2008, 1413-1431, 1415, Fn 24, (im Folgenden zitiert als Petermann, NaP-Regelung); Klaus Peter Rippe, "Ethisierung" des Rechts vs. "Verrechtlichung" der Ethik, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Sicherheitsfragen der Sterbehilfe (Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis 54), St. Gallen 2008, 275-327, 323.

Bisweilen wird das Wort Missbrauch auch schlicht falsch verwendet, so etwa im ErgBericht-EJPD-2007, S. 6, wo vier mögliche Missbrauchsgefahren genannt werden, nämlich 1.) mangelnde Urteilsfähigkeit des Suizidenten, 2.) Willensbildung und Willensäußerung des Suizidenten nach Druckausübung auf ihn, 3.) selbstsüchtige Beweggründe des Suizidhelfers sowie 4.) die Konstellation, in welcher die Tatherrschaft nicht beim Suizidenten liege, also Fremdtötung statt Suizid vorliege.

Hätte das Bundesverwaltungsgericht diese angeblichen Missbrauchstatbestände einer kritischen Würdigung unterzogen, statt sie einfach unbesehen zu übernehmen, so hätte es zweifelsohne erkannt, dass drei dieser vier Missbrauchsgefahren nichts anderes als Straftatbestände darstellen. Diesen ist aber mit den Mitteln des Strafrechts zu begegnen (vgl. dazu auch Christoph Blocher, Klare Schranken für die Sterbehilfe, in: NZZ vom 26. Mai 2007).

Nur gerade die zweite der genannten Missbrauchsgefahren enthält tatsächlich *soft factors*, welche - theoretisch - solches Potential beinhalten. Es geht dort um die - theoretisch durchaus mögliche - Gefahr, dass aus finanziellen Gründen mehr oder minder feiner Druck auf Kranke und Betagte ausgeübt wird, ihrem Leben ein Ende zu setzen. Allerdings ist die gegenteilige Gefahr genau so realistisch (wenn nicht sogar realistischer), nämlich dass Menschen aus rein pekuniären Interessen gehindert werden, ihrem Leben ein Ende zu setzen. Sehr pointiert hat sich der Strafrechtler Gunther Arzt in diesem Zusammenhang wie folgt geäußert: "Dreht man die Medaille um, könnte man sagen, dass es ethisch verwerflich ist, an assistierte Suizide strenge Massstäbe anzulegen, weil das Risiko besteht, dass nicht völlig auszuschliessen ist, dass bei dieser Haltung die drohenden Verluste an Kunden und damit Einnahmen der im Gesundheitswesen Tätigen eine verborgene Rolle spielen" (Gunther Arzt, Für Sterbehilfe relevante standesrechtliche Bestimmungen im Lichte der Gesamtrechtsordnung, in: Frank Th. Petermann [Hrsg.], Sterbehilfe - Grundsätzliche und praktische Fragen. Ein interdisziplinärer Diskurs (Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis 38), St. Gallen 2006, 69-98, 86).

[Rz 28] In seiner gesamten Erw. 4.2, unterteilt in die Erw. 4.2.1 bis 4.2.6, befasst sich das Bundesverwaltungsgericht über fünf Seiten hinweg mit den verschiedenen Auslegungsmethoden. Unter Auslegung, bisweilen auch als Hermeneutik bezeichnet, versteht man in der Rechtswissenschaft die Ermittlung des Sinnes einer Rechtsnorm. Jede wissenschaftliche Untersuchung soll ein präzises (oder, wo dies nicht möglich ist, zumindest ein gut nachvollziehbares) Ergebnis liefern. Vorab müssen dazu die Grundparameter, aufgrund derer man die Untersuchung durchführt, stimmen. Im vorliegenden Urteil stimmen diese (mitunter in eklatanter Weise) nicht, wenig erstaunlich ist es daher, dass auch das Ergebnis der Auslegung nicht zu überzeugen vermag.

[Rz 29] Das Bundesverwaltungsgericht beginnt mit der *grammatikalischen Auslegung* (Erw. 4.2.1). Da in Art. 14a BetrVG die Rede von nationalen und internationalen Organisationen "wie jenen des Roten Kreuzes, der Vereinten Nationen oder ihren Spezialorganisationen" ist, untersucht es die Zielsetzungen des Roten Kreuzes und der Vereinten Nationen. Beiden sei gemeinsam, dass sie humanitäre Hilfe zum Ziel hätten. Unter humanitärer Hilfe sei alles zu verstehen, was unternommen werden müsse, "um das

Leben der in Not geratenen Menschen zu schützen, ihr Leiden zu lindern und ihre Würde zu wahren". Jede Art der Unterstützung sei denkbar, solange sie den Zielen diene, Leben zu erhalten und Leiden zu verringern. Dabei entnahm das Bundesverwaltungsgericht seine Definition, was unter humanitärer Hilfe zu verstehen sei, der Website www.youngcaritas.ch, "einer Plattform zu sozialen Themen, ein Treffpunkt und Netzwerk von Interessierten. youngCaritas ist eine wachsende Gruppe aus jungen Menschen, die zumindest einen kleinen Teil dieser Welt positiv verändern wollen" (<http://www.youngcaritas.ch/page.php?pid=1000>).

Das Gericht argumentiert weiter, das Haupttätigkeitsgebiet des Beschwerdeführers liege nicht in der Erhaltung des Lebens, sondern in der Beendigung desselben durch einen begleiteten Suizid. Ausgehend vom Wortlaut von Art. 14a BetmG sei aber davon auszugehen, dass mit dieser Bestimmung nur Organisationen mit humanitärem Charakter gemeint seien, welche in der Überlebenshilfe tätig seien.

Diese Begründung überzeugt in mehrfacher Hinsicht nicht:

-Vorerst kann nicht einfach aus der Tatsache, dass die zwei einzigen namentlich genannten Organisationen sich der Überlebenshilfe widmen, geschlossen werden, dass gerade *diese* das Kriterium sei, nach welchem eine Bewilligung in Anwendung von Art. 14a BetmG vergeben werden müsse. Eine Belegstelle, dass die Gewährung von Überlebenshilfe die ratio legis gewesen sei, vermag das Bundesverwaltungsgericht bezeichnenderweise denn auch nicht zu liefern. Zudem ist weder dem Gesetz noch den Materialien zu entnehmen, dass insbesondere das Rote Kreuz Betäubungsmittel immer nur für die Überlebenshilfe einsetzt; es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es solche auch dort einsetzt, wo Sterbende an ihren durch Verletzungen hervorgerufenen Schmerzen zu sehr leiden und deshalb palliative Sedierung gefordert ist.

-Sodann war weder zur Zeit, als der Bundesrat mittels Bundesbeschlüssen den Zustand *extra legem* notdürftig legalisieren musste, noch Ende der 60er-Jahre, als der Erlass von Art. 14a BetmG diskutiert wurde, die Sterbehilfe überhaupt ein Diskussionsgegenstand. Die Sterbehilfe wurde erst vor rund 30 Jahren zu einem Thema, als sich die Lebenserwartung stetig zu verlängern begann und die Apparatedizin immer mehr aufkam (vgl. zum Ganzen: Petermann, Urteilsfähigkeit, Rz 194-197). Weiter ist zu berücksichtigen, dass damals auch die Rechtslage eine völlig andere war: NaP wurde erst im Jahre 1996 der Betäubungsmittelgesetzgebung unterstellt (Petermann, NaP-Regelung, 1415); auch wenn das Thema Sterbehilfe damals schon ein Diskussionsgegenstand gewesen wäre, hätte deshalb in diesem Zusammenhang kein Bedarf nach einer Organisations-Bewilligung bestanden.

-Überdies erwähnt das Bundesverwaltungsgericht selbst, dass unter humanitärer Hilfe auch verstanden wird, das "Leiden [der in Not geratenen Menschen] zu lindern und ihre Würde zu wahren." Dies ist in der Tat richtig, effektiv ist es die Menschenwürde, welche zum Recht auf Hilfe in Notlagen führt (Philippe Mastronardi, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, N 50 zu Art. 7 BV). "Die Menschenwürde garantiert die Autonomie und das Selbstbestimmungsrecht des Menschen. [...] Die Menschenwürde schliesst die gleiche Achtung des Anderen in seiner Andersartigkeit als gleichwertigen Menschen ein" (Mastronardi, N 32 zu Art. 7 BV). Sehr pointiert ebd. in N 37 zu Art. 7 BV: "Was den *Inhalt* der Menschenwürde ausmacht, muss in einer liberalen Gesellschaft letztlich offen bleiben: Ihr Sinn liegt gerade im Verbot, ein bestimmtes *Menschenbild* zu verordnen. Der Selbstwert des Einzelnen darf vom Staat inhaltlich nicht vorgeschrieben werden. Vielmehr soll das Selbstverständnis jeder Person für ihren Lebensentwurf massgeblich sein. Staat und Rechtsgemeinschaft sollen diese individuelle Freiheit achten und schützen."

Unter dem Stichwort Menschenwürde sei hier - anstelle vieler - auf den Fall Chantal Sébire aus Frankreich verwiesen, einer aufgrund eines extrem seltenen Ästhesioneuroblastoms vollständig entstellten, und aufgrund einer Morphiumallergie auch unter schwersten Schmerzen leidenden Patientin, welche sich im März 2008 in aller Heimlichkeit suizidieren musste, weil ihr in Frankreich trotz Appells an den Staatspräsidenten jede Hilfe verwehrt blieb (siehe dazu auch http://de.wikipedia.org/wiki/Chantal_S%C3%A9bire mit weiteren Verweisen).

-Des weiteren kann dem Bundesverwaltungsgericht im virtuellen Zeitalter zwar nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass es die Definition des Terminus "humanitäre Hilfe" dem World Wide Web entnommen hat, wohl aber kann die Organisation, welche hinter der Fundstelle www.youngcaritas.ch steht, kaum als zitierfähige Autorität angesehen werden. Noch weniger kann den Rechtsunterworfenen mit dem Verweis auf derartige Quellen das Bild einer kompetenten und unparteiischen Gerichtsbarkeit vermittelt werden.

-Wird nun den soeben angeführten vier Beanstandungen, insbesondere der ersten, gebührend Rechnung getragen, so stellt sich auch ernsthaft die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht die Auslegung von Art. 14a BetmG mit der von einem Gericht zu erwartenden Unvoreingenommenheit

vorgenommen hat, oder aber, ob es sich (bewusst oder unbewusst) von weltanschaulichen Motiven hat leiten lassen. In diesem Falle hätte es gegen Art. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) verstossen. Auch das Faktum, dass das Gericht zur Erklärung des Begriffs "humanitäre Hilfe" auf die Auffassung der Caritas (resp. youngcaritas), des Hilfswerks der römisch-katholischen Kirche (<http://de.wikipedia.org/wiki/Caritas>) zurückgreift, ist wenig geeignet, den Eindruck eines weltanschaulich neutralen Gerichts zu vermitteln. Wenn ein Gericht implizit oder gar explizit und dazu noch ohne tragfähige Quellen den Lebensschutz einer Norm als *ratio legis* darzustellen versucht, so drängt es sich geradezu auf, die Frage nach der Weltanschauung der erkennenden Richter zu stellen. Weltanschauung aber hat in einem säkularen Staat in der Rechtsanwendung nichts verloren. Schon der Kommentator des ersten schweizerischen Obligationenrechts, Friedrich Fick, hielt dazu in N 69 zu Art. 41 OR (zur Erläuterung des Begriffs der "guten Sitten") fest: "Der Richter wird suchen müssen, seinen Begriff der Sittlichkeit aus der heutigen Staatsauffassung zu schöpfen, weder nach der kollektivistischen, noch nach der anarchistischen Lebensauffassung abzuirren, namentlich aber sich hüten müssen, die Sonderbegriffe einzelner sozialer und religiöser Gruppen der Volksgemeinschaft zu verallgemeinern." (Friedrich Fick, Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, Zürich 1911, N 69 zu Art. 41 OR). Vgl. dazu auch Martin Hilti, Die Gewissensfreiheit in der Schweiz, Diss., Zürich 2008, welcher seine überzeugenden Ausführungen auf den S. 267-268 wie folgt zusammenfasst: "Im Weiteren fliesst aus der Gewissensfreiheit ein staatliches Identifikationsverbot: Der Staat hat darauf zu verzichten, sich bestimmte Wertpositionen allein um ihrer Zugehörigkeit zu einem bestimmten moralischen System willen zu eigen zu machen."

Nicht nur darf ein Gericht seiner Urteilsfindung - selbstredend - nicht weltanschaulich begründete Motive zugrunde legen, es sollte auch den blossen Anschein vermeiden, dass es dies allenfalls getan haben könnte. Es sei hier auf den englischen Lord Chief Justice Heward verwiesen, welcher in der Urteilsbegründung i.S. *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* im Jahre 1924 ausführte: Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done. Daraus entstand dann das berühmte Juristen-Sprichwort: Justice must be seen to be done.

[Rz 30] Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich anschliessend mit der *systematischen Auslegung*. Diese hat den Zweck, den Sinn einer Rechtsnorm durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch deren systematischen Zusammenhang mit anderen Rechtsnormen zu ermitteln. Das Gericht führt unter diesem Aspekt aus, der Gesetzgeber habe beabsichtigt, den Umgang mit Betäubungsmitteln "nur unter äusserst restriktiven Bedingungen und unter engmaschiger staatlicher Kontrolle zuzulassen". Es verweist dazu auf die Art. 4-8a, 9-13 sowie 14-14a BetmG. Allen diesen Bestimmungen sei gemeinsam, dass ein wirksamer Kontrollmechanismus bestehe, um möglichen Missbrauch zu verhindern und so die öffentliche Gesundheit zu schützen. Der Beschwerdeführer könne keine entsprechenden Sicherstellungen bieten; würde ihm erlaubt, NaP in grösseren Mengen zu beziehen und zu lagern, wäre die vom Gesetzgeber geforderte enge Kontrolle in Frage gestellt.

Sinn und Zweck der schweizerischen Betäubungsmittelgesetzgebung (und auch derjenigen anderer Länder) war immer die Bekämpfung der Betäubungsmittelabhängigkeit (vgl. dazu bspw. Petra Schendzielorz, Die Anfänge der Betäubungsmittelgesetzgebung in Deutschland, Diss., Berlin 1988, 33-53). Obwohl der genannte Zweck im BetmG (leider) nicht explizit erwähnt ist, lässt er sich ohne Schwierigkeiten aus der Botschaft vom 9. April 1951 an die Bundesversammlung (BBl 1951 I 829-870, insbesondere 848-849) und dort u.a. aus der auf der auf den S. 830-838 in einer Zusammenfassung wiedergegebenen Geschichte der Betäubungsmittelgesetzgebung herleiten. Dass die Bekämpfung der Betäubungsmittel-abhängigkeit und nichts anderes der Zweck der zu schaffenden Betäubungsmittelgesetzgebung war, ergibt sich schliesslich auch aus dem Faktum, dass im ersten für die Schweiz auf diesem Gebiet verbindlichen Erlass, im Internationalen Opiumabkommen vom 23. Januar 1912 (AS 41, 670), Zubereitungen, welche zwar Betäubungsmittel enthielten, aber nicht zur Sucht führten, von der getroffenen Regelung nicht erfasst wurden (BBl 1951 I 831).

Das Bundesverwaltungsgericht ignoriert bei der Art und Weise, wie es Art. 14a BetmG auslegt, zwei wesentliche Grundsätze des öffentlichen Rechts, nämlich den Grundsatz der Rechtsgleichheit und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

Der *Grundsatz der Rechtsgleichheit* legt fest, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Kein Bereich der staatlichen Tätigkeit ist von diesem Grundprinzip ausgenommen (Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz 747). Würde man diesen für eine Demokratie äusserst wichtigen Rechtsgrundsatz aber einfach stur allen sich stellenden Sachverhalten überstülpen, so würden sich in vielleicht nicht vielen, aber doch in einigen Fällen Resultate ergeben, die dem Gerechtigkeitsgedanken auf stossende Art und Weise zuwiderliegen. Bereits bei den alten Römern kannte man deshalb das Sprichwort: *summum ius - summa iniuria*. Denn der Grundsatz der Rechtsgleichheit kann nicht nur dadurch verletzt werden, dass rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die bei den zu regelnden Verhältnissen kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, auch wenn

dies wohl in der Praxis der häufigste Fall ist. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit wird auch dann verletzt, wenn Unterscheidungen unterbleiben, die sich aufgrund unterschiedlicher Verhältnisse aufdrängen (Häfelin/Haller, Rz 753). Das Bundesgericht hat diese wichtige Differenzierung in seiner konstanten und über Jahre hinweg gefestigten Rechtsprechung ebenfalls betont (so in den Entscheiden BGE 122 I 18, Erw. 2b; 114 Ia 321 Erw. 3a; 99 Ia 638, Erw. 9 neben vielen andern).

Das Bundesverwaltungsgericht verletzt diesen Grundsatz, indem es verkennt, dass bei der Anwendung des Wirkstoffs NaP im Rahmen der Sterbehilfe keine Gefahr besteht, der "Konsument" könnte von diesem Mittel abhängig werden, womit sich dessen Unterstellung unter die Betäubungsmittelgesetzgebung bei Sterbehilfeorganisationen nach der ratio legis derselben erübrigen würde. Zwar darf nicht übersehen werden, dass NaP ein stark wirkendes Barbiturat ist und Barbiturate bis Anfang der Neunzigerjahre des letzten Jahrhunderts als gängige Hypnotika (Schlafmittel) eingesetzt wurden und, dass ihnen nachgesagt wurde, sie würden eine physische und psychische Addiktion verursachen. Diese Suchtgefahr bestand aber - es ist wichtig, an dieser Stelle auf diesen Umstand mit allem Nachdruck hinzuweisen - nicht darin, dass bei einer missbräuchlichen Verwendung der Medikamente Rauschzustände herbeigeführt worden wären, die nach weiterem Konsum gerufen hätten, sondern vielmehr darin, dass der Patient Gefahr lief, ohne die weitere Einnahme solcher Medikamente nicht mehr schlafen zu können. Dies war - neben den schlechteren pharmakologischen Eigenschaften - einer der Hauptgründe, warum die Barbiturate als Schlafmittel durch Benzodiazepine und ihre Derivate ersetzt wurden. Allerdings wurden die Barbiturate, eingesetzt als Hypnotika, lediglich in Milligramm-Dosen verwendet, bei Pentobarbital in einer Dosierung von etwa 200 bis 300 Milligramm. Demgegenüber wird das Letztere in der Sterbehilfe in der (letalen) Dosierung von 15 Gramm appliziert. Bei diesen Patienten besteht das Risiko einer (durch NaP verursachten) Betäubungsmittelabhängigkeit *überhaupt nicht*, da ihnen (notabene auf ihren eigenen Wunsch) lediglich eine einzelne - aber tödliche - Dosis des Wirkstoffs abgegeben wird. Man könnte sich nun die Frage stellen, ob Mitarbeiter des Beschwerdeführers den Wirkstoff "missbrauchen" könnten. Diese Frage ist aber *purement académique*, denn der (in der Apotheke jeweils für den betreffenden Patienten abgeholte) Wirkstoff wird sowieso von den Mitarbeitern des Beschwerdeführers transportiert, gelagert und gebrauchsfertig gemacht; sodass die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts, eine Organisations-Bewilligung nach Art. 14a BetmG unterminiere den Schutzgedanken des BetmG, nicht verfährt. Da lediglich (ärztlich rezeptiertes) NaP als Wirkstoff in letaler Dosis abgegeben wird, verletzt das Bundesverwaltungsgericht den Grundsatz der Rechtsgleichheit, weil es hier grundsätzlich verschiedene Dinge über den gleichen Kamm schert.

Der Vollständigkeit halber muss an dieser Stelle aber nicht nur die Suchtgefahr untersucht werden, sondern auch die Möglichkeit, dass NaP zur Verwendung von Tötungsdelikten missbraucht werden könnte. Auch diese Möglichkeit ist sehr unwahrscheinlich, denn nicht nur müsste der Täter dem potenziellen Opfer eine letale Dosis NaP unbemerkt verabreichen (was angesichts der Tatsache, dass es sich dabei um ein Salz mit entsprechendem äusserst bitteren Geschmack handelt, schon sehr schwierig wäre), sondern er müsste dem Opfer zuvor auch noch (in der genauen zeitlichen Abfolge) ein Antiemetikum einflössen, da ohne ein solches die Gefahr gross wäre, dass der Magen des potentiellen Opfers gegen die hohe Salzmenge rebellieren würde. In der Lehre und Rechtsprechung ist denn auch nur gerade ein einziger Fall bekannt, in dem die die Tötung eines Menschen durch Verabreichung eines mit einer tödlichen Dosis NaP versetzten Getränks - erfolglos - versucht wurde (BGE 6S.10/2004 vom 1. April 2004).

Der zweite vom Bundesverwaltungsgericht verletzte Rechtsgrundsatz, der *Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, gilt im öffentlichen Recht als fundamentales Prinzip; in der Bundesverfassung wird er als allgemeines Prinzip in Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) explizit festgehalten. Für den Fall, dass gar Grundrechtseinschränkungen zur Debatte stehen, wird die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit in Art. 36 Abs. 3 BV sogar noch speziell hervorgehoben. Unter Verhältnismässigkeit ist der Anspruch darauf zu verstehen, dass den Einzelnen betreffende Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels *geeignet* und *notwendig* sind. Verwaltungsmassnahmen müssen im Hinblick auf ihr im öffentlichen Interesse stehendes Ziel erforderlich sein; sie sind zu unterlassen, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz 591). Sodann muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen der von ihnen betroffenen Privaten stehen; es geht somit um die Frage der Zumutbarkeit einer Verwaltungsmassnahme, was früher auch als Verhältnismässigkeit i.e.S. bezeichnet wurde (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz 613, vgl. dazu auch Rz 581). Bei der sich hier stellenden Problematik geht es um sämtliche Aspekte der Verhältnismässigkeit.

Das Bundesverwaltungsgericht darf, will es den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht verletzen,

nicht "einfach davon ausgehen", der Beschwerdeführer könne nicht die nötigen Kautelen bieten, um einen "geordneten Umgang mit Betäubungsmitteln" sicherzustellen. Zunächst einmal sind nämlich nicht die gleichen Kautelen wie beim Umgang mit Betäubungsmitteln notwendig, ist doch NaP ein in den Anhängen a und b der Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe vom 12. Dezember 1996 (BetmV-Swissmedic, SR 812.121.2) aufgeführter Wirkstoff und daher gemäss Art. 3 lit. b BetmV ein "von den Kontrollmassnahmen des (BetmG) teilweise ausgenommener Stoff" (vgl. dazu auch Petermann, NaP-Regelung, 1415). Das Gericht hätte prüfen müssen, unter welchen Auflagen dem Beschwerdeführer eine Bewilligung nach Art. 14a BetmG allenfalls noch hätte erteilt werden können, ohne dass der Schutzgedanke des Gesetzes missachtet worden wäre.

Im Übrigen muss hier aber auch darauf hingewiesen werden, dass den Gesetzes- und Verordnungstexten gar nicht entnommen werden kann, welche Qualifikationen diejenigen, die sich um eine Bewilligung nach Art. 14a BetmG bewerben, erfüllen müssen. Art. 4 Abs. 2 BetmG hält lediglich fest: "Die Voraussetzungen für die Erteilung, das Erlöschen oder den Entzug der Bewilligung, ebenso deren Form, Inhalt und Gültigkeitsdauer regelt der Bundesrat." Der Bundesrat hat diese Kompetenz an die Swissmedic subrogiert (Art. 2 Abs. 1 BetmV). Die BetmV-Swissmedic schweigt sich aber darüber aus, welches diese Voraussetzungen sein sollen. Die Kommentierung von Art. 18 HMG in der Lehre kann nicht als Auslegungshilfe dienen, da diese Bestimmung die Bewilligungspflicht für "Einfuhr, Ausfuhr und Handel im Ausland" regelt.

Nicht nur wenig hilfreich, sondern *falsch* ist es, wenn das Bundesverwaltungsgericht hier Art. 14 BetmG ins Feld führt, welcher (als einziger Artikel des 3. Abschnitts unter dem Abschnittstitel: "Krankenanstalten und Institute") festlegt, dass für eine (notabene kantonale) Bewilligung als Krankenanstalt oder der wissenschaftlichen Forschung dienendes Institut eine der in Art. 9 BetmG genannten Personen verantwortlich sein müsse. Erstens beantragt der Beschwerdeführer eine Bewilligung nach Art. 14a BetmG (Abschnitt 3a BetmG, Abschnittstitel: Organisationen) und zweitens schweigt sich auch der vom Bundesverwaltungsgericht (fälschlicherweise) genannte Art. 14 BetmG darüber aus, in welcher Form die Medizinalperson die Verantwortung tragen müsse. Auch hier greifen die Grundsätze der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit; unter dem geplanten Einsatzzweck müsste wohl ausreichen, wenn eine Medizinalperson sich bereit erklärt, "die Verantwortung zu übernehmen", was bspw. auch durch eine Teilzeitanstellung möglich wäre.

Am Rande sei an dieser Stelle auch noch erwähnt, dass das Bundesverwaltungsgericht in der Erw. 4.2.2 auf S. 14 im ersten Abschnitt ausführt, den genannten Bestimmungen sei gemeinsam, dass sie zum Ziel hätten, die öffentliche Gesundheit zu schützen. Der Begriff der öffentlichen Gesundheit ist ein in der Schweiz gebräuchlicher Begriff des Verwaltungsrechts (vgl. dazu auch Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz 2435-2436). Gemeint ist damit das Rechtsgut der Gesundheit des ganzen Volkes. Die Präambel des Übereinkommens verwendet hier denn auch den Begriff Volksgesundheit - und trifft damit gleich eine wichtige Unterscheidung, da die Begriffe der Volksgesundheit und der individuellen Gesundheit nicht deckungsgleich sind. In casu ist dies eine wichtige Abgrenzung, denn die Arbeit der Sterbehilfeorganisationen hat nachgewiesenermassen eine suizidpräventive Wirkung (Petermann, NaP-Regelung, 1422, Fn 69; Petermann, Urteilsfähigkeit, Rz 320-342). Deren Arbeit dient denn auch und in erheblichem Masse dem Schutz der öffentlichen Gesundheit - und damit der Wahrung dieses polizeilichen Schutzgutes.

[Rz 31] Das Bundesverwaltungsgericht macht sich in Erw. 4.2.3 seine Gedanken zur *historischen Auslegung*. Es zitiert in diesem Zusammenhang die bundesrätliche Botschaft vom 20. März 1968 an die Bundesversammlung, in welcher die geplante Änderung des BetmG (Einführung von Art. 14a) behandelt wurde (BBl 1968 I 737-756). Auch auf die Gefahr hin, hier schulmeisterlich zu wirken, muss an dieser Stelle doch festgehalten werden, dass sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem korrekten Zitieren der Botschaft offensichtlich schwer tut. So wird ausgeführt, der Bundesrat habe damals erklärt, die Erteilung der Organisations-Bewilligungen an das IKRK und das Schweizerische Rote Kreuz zum Bezug, zur Aufbewahrung und zur Abgabe von Betäubungsmitteln sei "aus dringenden sachlichen Gründen" nötig gewesen. Dies ist zwar richtig, allerdings findet sich die Belegstelle auf S. 741 der Botschaft, und nicht, wie das Bundesverwaltungsgericht schreibt, auf S. 742.

Ferner führt das Bundesverwaltungsgericht aus: "Der Gesetzgeber war zweifellos davon überzeugt, dass ein Betäubungsmittelleinsatz nur im Rahmen der Hilfstätigkeit, bei dringenden humanitären Einsätzen der entsprechenden Organisation erfolgen wird (vgl. BBl 1968 I 742)." Auf S. 742 der Botschaft steht aber nichts dergleichen. Das Bundesverwaltungsgericht muss sich hier den Vorwurf der wissenschaftlich ungenauen Arbeitsweise gefallen lassen.

Aus der Botschaft lässt sich als Begründung für die Schaffung von Art. 14a BetmG nur (aber immerhin) entnehmen, dass der Bundesrat es als "dringend notwendig [ansah], für alle diese Fälle eine

einwandfreie, einheitliche gesetzliche Grundlage zu schaffen" (BBl 1968 I 742).

[Rz 32] In Erw. 4.2.4. äussert sich das Bundesverwaltungsgericht zur *zeitgemässen Auslegung*. Anstatt jedoch, wie es eine korrekt vorgenommene zeitgemässe Auslegung erfordern würde, das Normverständnis und die zur Zeit der Rechtsanwendung bestehenden Verhältnisse zu untersuchen, begnügt es sich hier, den ErgBericht-EJPD-2007 zu zitieren, in welchem tatsächlich die Meinung vertreten wird, dass die bestehenden Vorschriften des Betäubungsmittelrechts als zur Verschreibung und Abgabe von NaP in letaler Dosis ausreichend zu bewerten seien (ErgBericht-EJPD-2007).

Der Schreibende hat kürzlich einlässlich dargelegt, dass und weshalb die Verwendung von NaP heute in einem Graubereich stattfindet (Petermann, NaP-Regelung, 1415-1416 und insbesondere 1421). Da diese Lehrmeinung erst nach der Veröffentlichung des besprochenen Urteils publiziert wurde, kann dem Bundesverwaltungsgericht nicht vorgeworfen werden, sich damit nicht auseinandergesetzt zu haben. Dass die im eben erwähnten ErgBericht-EJPD-2007 zum Ausdruck kommende Sicht der Dinge jedoch schon deshalb nicht überzeugt, weil mit der bisher über viele Jahre hinweg tolerierten Handhabung von NaP durch die Sterbehilfeorganisationen im Grunde genommen ständig gegen Art. 9 BetmG verstossen wird und werden muss, hätte das Bundesverwaltungsgericht schon bei der Lektüre des Gesetzestextes erkennen können. Bei genauerer Durchsicht der einschlägigen Literatur hätte es ausserdem wohl kaum übersehen, dass der leitende Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich, Andreas Brunner, anlässlich der am 1. März 2007 in Zürich durchgeführten Tagung "Sicherheitsfragen der Sterbehilfe" des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, bereits auf dieses Faktum hingewiesen hat (Frank Th. Petermann [Hrsg.], Sicherheitsfragen der Sterbehilfe [Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis 54], St. Gallen 2008, 349).

Zudem hätte das Bundesverwaltungsgericht eigentlich berücksichtigen müssen, dass der erwähnte ErgBericht-EJPD-2007 im Juli 2007 veröffentlicht wurde, mithin zu einer Zeit, als das EJPD noch Bundesrat Christoph Blocher unterstand. Dieser war bekanntlich ein entschiedener Gegner jedwelcher Regelung im Bereich der Sterbehilfe; und zwar wohl weniger deswegen, weil er die bestehenden Gesetze tatsächlich als hinreichend angesehen hätte, sondern weit eher aus der Motivation heraus, allem aus dem Weg gehen zu wollen, was der Sterbehilfe ein - wie er es nannte - "staatliches Gütesiegel" verleihen würde (Blocher, NZZ vom 26. Mai 2007).

Die Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht bei seiner zeitgemässen Auslegung des Art. 14a BetmG einzig und allein auf den ErgBericht-EJPD-2007 abstellt, kann schon für sich allein betrachtet nicht als Gütesiegel für seine Arbeit gewertet werden; dass es dies aber unter der eben genannten (und ihm ebenfalls bekannten oder zumindest bekannt sein müssenden) Prämisse tut, muss Kopfschütteln erregen. Das Gericht hätte einlässlich prüfen sollen, ob Art. 14a BetmG auf Grund der seit 1996 veränderten Rechtslage bezüglich des Einsatzes von NaP durch Sterbehilfeorganisationen auf diese Organisationen anzuwenden sei.

[Rz 33] Schliesslich prüft das Bundesverwaltungsgericht in Erw. 4.2.5, die Frage, ob die *teleologische Auslegung* zum Ergebnis führe, dass Art. 14a BetmG auf den Gesuchsteller anwendbar sei, nicht näher. Es verweist hier lediglich wiederum auf die Botschaft, wo wiederholt auf die "Suchtgefahr und damit die Missbrauchsgefahr im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln" hingewiesen und ebenfalls erwähnt worden sei, dass eine unkontrollierte Abgabe von Betäubungsmitteln nur durch eine der in Art. 9 BetmG genannten Personen oder Institutionen, die über solche Fachpersonen verfügen, erfolgen sollte.

[Rz 34] Das Bundesverwaltungsgericht fasst in Erw. 4.2.6 im Sinne eines Zwischenergebnisses zusammen, dass sämtliche Auslegungsmethoden zum Schluss führten, dass der "Umgang mit Betäubungsmitteln wegen der vorhandenen Missbrauchsgefahr nur bestimmten Medizinalpersonen mit den nötigen Fachkenntnissen sowie Institutionen, welche über entsprechend ausgebildetes Fachpersonal verfügen", ermöglicht werden solle. Aber selbst dann, wenn diese Kriterien erfüllt seien, soll eine Bewilligung nach Art. 14a BetmG für den Umgang mit Betäubungsmitteln nur an Organisationen erteilt werden, welche im humanitären Bereich tätig sind und sich insbesondere für die Überlebenshilfe einsetzen.

Dass das Bundesverwaltungsgericht zum falschen Schluss kommt, die Überlebenshilfe sei quasi das entscheidende Kriterium für die Erweilung einer Bewilligung nach Art. 14a BetmG, ist insofern nicht erstaunlich, als es schon bei den einzelnen von ihm angewandten Methoden der Auslegung - wie aufgezeigt - von diversen falschen Annahmen ausgeht und aus ihnen falsche Schlüsse zieht. Seine Schlussfolgerung, dass all die von ihm durch Auslegung ermittelten Argumente gegen die Erteilung einer Bewilligung nach Art. 14a BetmG sprechen würden, ist zwar konsequent, aber genau so unhaltbar, wie es seine einzelnen Argumente sind.

[Rz 35] Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich anschliessend in seiner Erw. 4.3. mit der Frage

auseinander, ob und, falls diese Frage zu bejahen sei, unter welchen Voraussetzungen eine Bewilligung nach Art. 14a BetmG zu erteilen sei, insbesondere auch, welcher Ermessensspielraum dabei bestehe. Das Gericht stuft die Organisations-Bewilligung nach Art. 14a BetmG als *Polizeibewilligung* ein. Diese Qualifikation ist *falsch*, handelt es sich bei dieser Bewilligung doch um eine *verwaltungsrechtliche Ausnahmbewilligung* (Petermann, NaP-Regelung, 1429 mit Verweis auf Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz 2536-2538). Ebenso unrichtig sind die vom Bundesverwaltungsgericht erwähnten Bedingungen, unter denen die von ihm fälschlicherweise als "Polizeibewilligung" qualifizierte verwaltungsrechtliche Ausnahmbewilligung zu erteilen sei. Hier wird unter Anderem wieder auf das in den Erw. 4.2.1 bis 4.2.6 Vorgebrachte verwiesen, was einerseits für sich allein schon falsch ist, genauso wie in seiner Verknüpfung mit einer Polizeibewilligung. Eine Polizeibewilligung hat zum Zweck, Polizeigüter zu schützen, indem eine "gefährliche Tätigkeit" dahingehend geregelt wird, dass vor der Erteilung einer Bewilligung, diese Tätigkeit ausführen zu dürfen, geprüft wird, ob der Gesuchsteller entsprechend ausgebildet und persönlich geeignet ist, sowie und ob er die nötigen Sicherheitsmassnahmen ergriffen hat (Häfelin/Müller/Uhlmann, 2523; siehe auch 2527). Die gemeinhin bekannteste Polizeibewilligung ist wohl der Führerausweis für Motorfahrzeuge (Häfelin/Müller/Uhlmann, 2525). Eine Ausnahmbewilligung hingegen bezieht sich auf eine Tätigkeit, die objektiv gesehen einer gesetzlichen Bestimmung zuwiderlaufen würde. Da deren Ausübung subjektiv jedoch notwendig ist, werden die vom Gesetz verfolgten Ziele durch Auflagen in der Bewilligung gesichert. Die Bewilligung zur Ausübung dieser Tätigkeit schliesst somit die generell-abstrakten Normen aus und ersetzt diese durch individuell-konkrete Auflagen. Die Erteilung einer Ausnahmbewilligung verlangt i.d.R. eine besondere Situation, die der Gesetzgeber zwar nicht im Detail vorausgesehen hat, für welche er aber im Voraus dafür gesorgt hat, dass eine bestimmte Verwaltungsbehörde eine vom Gesetz abweichende Bewilligung erteilen kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, 2537-2538).

Verwaltungsrechtliche Ausnahmbewilligungen können erteilt werden, wenn die drei folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: 1. Ausdrückliche gesetzliche Grundlage; 2. Vorliegen einer Ausnahmsituation und 3. Beachtung des Gesetzeszweckes und des öffentlichen Interesses (Petermann, NaP-Regelung, 1429 mit Verweis auf Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz 2539-2545 und die Dissertation von Thomas Heiniger, *Der Ausnahmeentscheid. Untersuchungen zu Ausnahmeermächtigung und Ausnahmbewilligung*, Diss., Zürich 1986). Es wurde auch untersucht und dargelegt, dass bei Sterbehilfeorganisationen alle diese drei für die Erteilung einer Organisations-Bewilligung nach Art. 14a BetmG erforderlichen Bedingungen erfüllt sind (Petermann, NaP-Regelung, 1429). Bezüglich des den Behörden zustehenden Ermessens sei hier auf Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz 2546 verwiesen.

[Rz 36] Das Bundesverwaltungsgericht untersucht sodann in Erw. 5 die menschenrechtlichen Aspekte des hier zu beurteilenden Falles. Es fasst in Erw. 5.1 die Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 133 I 58 insoweit richtig zusammen, als dort effektiv festgehalten wurde, dass zum Selbstbestimmungsrecht gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK (und damit auch gemäss Art. 13 Abs. 1 BV) auch das Recht gehört, selbst über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden. Dieses Recht wird auch in der Lehre immer wieder anerkannt (Stephan Breitenmoser, *Das Recht auf Sterbehilfe im Lichte der EMRK*, in: Frank Th. Petermann [Hrsg.], *Sterbehilfe - Grundsätzliche und praktische Fragen. Ein interdisziplinärer Diskurs* [Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis 38], St. Gallen 2006, 167-211; Ludwig A. Minelli, *Die EMRK schützt die Suizidfreiheit*, in: AJP 2004, 491-504; Rainer J. Schweizer, *Sterbehilfe in verfassungsrechtlicher und menschenrechtlicher Sicht*, in: Frank Th. Petermann [Hrsg.], *Sicherheitsfragen der Sterbehilfe* [Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis 54], St. Gallen 2008, 27-54; Luzius Wildhaber, *Art. 8 EMRK*, in: Heribert Golsong et al. [Hrsg.], *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln 1992; Petermann, NaP-Rezeptierung, 456-458 und Petermann, *Urteilsfähigkeit*, Rz 315-375).

Das Bundesverwaltungsgericht beendet seine Ausführungen in Erw. 5.1 mit dem Hinweis, in den folgenden Erwägungen prüfen zu wollen, ob der grundrechtliche Schutz der individuellen Selbstbestimmung in unzulässiger Weise eingeschränkt werde, wenn dem Beschwerdeführer mit der Vorinstanz keine Bewilligung für den Umgang mit Betäubungsmitteln nach Art. 14a BetmG erteilt werde. Dieser Ansatz ist grundsätzlich richtig, allerdings schränkt das Gericht die zu beurteilende Thematik insofern unglücklich ein, als es nur prüfen will, ob das Recht des Sterbewilligen auf Selbstbestimmung durch eine Bewilligungsverweigerung verletzt werde.

Da das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, ein durch Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV geschütztes Recht ist, muss auch das Recht des Sterbehelfers, den Sterbewilligen Beihilfe bei diesem Akt zu leisten, in die Beurteilung der Frage, ob die individuelle Selbstbestimmung unzulässigerweise beeinträchtigt werde, miteinbezogen werden. Dies drängt sich im Übrigen auch deshalb auf, weil das Recht auf Beihilfe durch Art. 115 StGB ausdrücklich

geschützt wird, sofern keine selbstsüchtigen Motive vorliegen. Durch die geltende NaP-Regelung wird dieses Recht nun aber im Grunde genommen verletzt, muss sich doch jeder Sterbehelfer, um sein Recht auszuüben, zwangsläufig in den Bereich der Illegalität begeben. Auf der Grundlage der heute geltenden Regelung muss jeder Sterbehelfer jederzeit damit rechnen, gestützt auf Art. 19 BetmG wegen Verletzung von Art. 9 BetmG durch unrechtmässige Beförderung oder Lagerung von NaP strafrechtlich verfolgt zu werden.

Zwar ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein Sterbehelfer heute wegen solchen Verhaltens vor dem Strafrichter erscheinen müsste, nicht sehr gross, weil eine solche buchstabengetreue Auslegung von Art. 9 BetmG sonst auch für die private Pflege von schwerst- und todkranken Menschen im eigenen Heim das Aus bedeuten könnte. Eine solche Auslegung müsste nämlich konsequenterweise zur Folge haben, dass auch Spitex- Mitarbeiter und Familienangehörige sowie Freunde solcher Leidenden die den Patienten mittels Betäubungsmittelrezepten verschriebenen Analgetika (Schmerzmittel) nicht mehr von der Apotheke ans Krankenbett *befördern* und sie ihnen dort nicht mehr (mitunter mehrmals täglich) *abgeben* dürften (Petermann, NaP-Regelung, 1421).

In einem Rechtsstaat geht es jedoch nicht an, dass Menschen, die anderen bei der Ausübung eines Menschenrechts helfen, in einen Graubereich der Rechtsordnung abgedrängt oder wissentlich in einem solchen sich selbst überlassen bleiben. Auch diese Menschen haben einen Anspruch darauf, "im weissen Bereich" operieren zu können. Hat der Staat durch die Unterlassung des rechtzeitigen Legiferierens einen Graubereich geschaffen, so ist es auch seine Pflicht, diesen positivrechtlich wieder zu beheben. Besteht in einem Bereich der Rechtsordnung ein erkanntes Konfliktpotential, so hat der Staat die Aufgabe, dieses durch positives Recht oder entsprechende Vereinbarung zu beseitigen und so unangebrachte Verfahren und Sanktionen zu vermeiden.

Obwohl diese Feststellung nicht mehr den Bereich des individuellen Selbstbestimmungsrechts beschlägt, sei an dieser Stelle doch festgehalten, dass nicht nur der Sterbehelfer ein Interesse an der Rechtssicherheit hat, sondern der Staat zugleich ein Interesse an der Betäubungsmittelsicherheit. Der Staat sollte keinen Zustand dulden, der, wie er weiss, im Gesetz nicht geregelt und bei formaler Anwendung des geltenden Rechts sogar gesetzeswidrig ist. Deswegen wurde seinerzeit Art. 14a BetmG erlassen und aus dem gleichen Grunde ist dem Souverän anlässlich der letzten Abstimmung vorgeschlagen worden, einer Revision des BetmG zuzustimmen, was dieser am 30. November 2008 auch getan hat. Im Rahmen dieser Revision wurde u.a. Art. 14a BetmG wie folgt revidiert: Abs. 1 wird dahingehend ergänzt werden, dass der Bundesrat nicht mehr nur (wie *de lege lata*) "nationalen oder internationalen Organisationen wie jenen des Roten Kreuzes, den Vereinten Nationen und ihren Spezialorganisationen" eine Organisations-Bewilligung erteilen kann, sondern auch "nationalen Institutionen und Behörden wie den Zoll- und Grenzwachorganen". Weiter wird nun neu ein Absatz 1^{bis} zu Art. 14a BetmG erlassen, der es ermöglicht, Organisations-Bewilligungen nach Abs. 1 auch "kantonalen Behörden und Gemeindebehörden, namentlich der Polizei" zu erteilen (Volksabstimmungen vom 30. November 2008, Erläuterungen des Bundesrates, Bern 2008, 54).

Der Anlass der zur Schaffung dieser Gesetzesnovelle führte, mag erstaunen: Praktisch einziger Beweggrund war das Faktum, dass die genannten Behörden für die Ausbildung und den Einsatz von Drogenspürhunden darauf angewiesen sind, verbotene und nicht verbotene Betäubungsmittel einsetzen zu dürfen (BBI 2006, 8609). Die Kommission für nationale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (im Folgenden SGK-N genannt) führt dazu aus: "Eine entsprechende Kompetenz, welche es erlauben würde, den Zoll- und Grenzwachorganen und den Polizeicorps eine Bewilligung zur Verwendung von nicht verbotenen Betäubungsmitteln für das Training der Drogenspürhunde zu erteilen, fehlt heute und ist zu schaffen, damit die betreffenden Sicherheitsorgane zur Legitimation ihres Umgangs mit nicht verbotenen Betäubungsmitteln (z.B. Kokain) nicht auf den strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund der Amtspflicht verwiesen werden müssen" (BBI 2006, 8610).

Wenn einer Kommission wie der SGK-N bei einem Tatbestand wie dem eben dargelegten die Legitimation des Einsatzes von an sich nicht verbotenen Betäubungsmitteln durch Amtspersonen ein so grosses Anliegen war, dass sie eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für unerlässlich hielt, dann sei hier doch darauf hingewiesen, dass auch die Verwendung von NaP, eines Barbiturates, das kein Betäubungsmittel im engeren Sinne ist, durch Sterbehilfeorganisationen und ihre Mitarbeiter es verdienen würde, auf klarer Rechtsgrundlage - sei dies durch Gesetzesvorschrift oder durch die Erteilung von Bewilligungen nach Art. 14a BetmG - geregelt zu werden.

[Rz 37] Das Bundesverwaltungsgericht äussert sich danach in der aus einem einzigen Satz bestehenden Erw. 5.2 wie folgt: "Gesetzliche Grundlage für den Entscheid der Vorinstanz bildet Art. 14a BetmG, der zwar verfassungskonform auszulegen, für das Bundesverwaltungsgericht aber massgebend ist (Art. 190 BV, in der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Fassung)". Was das Gericht mit seinem Hinweis auf seine fehlende Kompetenz, Gesetzesbestimmungen auf ihre

Verfassungsmässigkeit zu überprüfen, zum Ausdruck bringen möchte, bleibt im Dunkeln. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Anrufung von Art. 190 BV etwas zur Lösung der sich in casu stellenden Fragen sollte beitragen können.

[Rz 38] Das Bundesverwaltungsgericht untersucht in den Erw. 5.3 und 5.4 sodann weitere Aspekte der in diesem Prozess aufgeworfenen Fragen. Allerdings geht es hier - plötzlich und überraschend und im Widerspruch zu dem, was der Gesuchsteller im Verfahren selber beantragt - davon aus, der Beschwerdeführer wolle NaP ohne ärztliches Rezept abgeben. Diese Annahme ist nun aber nicht nur *vollkommen aktenwidrig*; sondern das Bundesverwaltungsgericht setzt sich mit seiner Fehlinterpretation des ursprünglichen Sachverhalts sogar mit sich selbst in Widerspruch, führt es doch unter Punkt C. im zweiten Abschnitt von S. 4 aus: "*In concreto* gehe es darum, dem Beschwerdeführer zu erlauben, die von einem Arzt für eine bestimmte Person verschriebene NAP-Dosis in Vertretung des Arztes bzw. des Patienten in einer Apotheke zu beziehen, diese bis zum Einsatz aufzubewahren (somit zu lagern) und der betreffenden Person zu verabreichen bzw. bei deren Freitod-Begleitung zu verwenden [...]."

[Rz 39] In Erw. 5.5 hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass bei der jetzigen Lösung keine Verletzung des Kerngehalts des Rechts auf individuelle Selbstbestimmung auszumachen sei. Auch hier scheint es nicht erkannt zu haben, dass bei den durch die geltende Praxis erzwungenen Verstössen gegen das BetmG weniger das Recht auf Selbstbestimmung der Suizidenten in Frage steht, als das Recht auf Selbstbestimmung der Sterbehelfer. Die gesamte Erwägung geht daher zwar nicht vollständig ins Leere, lässt jedoch einen wesentlichen Teil der eigentlichen Fragestellung unbehandelt.

[Rz 40] Dass das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf seine bereits besprochenen Erwägungen in seiner Erw. 6 zum Schluss kommt, die Swissmedic habe dem Beschwerdeführer die Bewilligung nach Art. 14a BetmG zu Recht verweigert, erstaunt nicht. Allerdings ist diese Schlussfolgerung falsch, da schon die Erwägungen, welche zu ihr führen, an erheblichen Mängeln leiden.

Das besprochene Urteil weist eine derartig *grosse Anzahl erheblicher* Mängel auf, dass man sich, auch im Wissen um die sicherlich nicht unerhebliche Arbeitslast des Bundesverwaltungsgerichts, kaum des Eindrucks erwehren kann, dass dieses noch nicht einmal zwei Jahre alte Gericht seine Rolle und seine Position im Gerichtswesen offenbar noch nicht gefunden hat. Das ist bedauerlich, denn die neu geschaffene Institution des Bundesverwaltungsgerichts hätte grosses Potential, die Rechtsprechung im Verwaltungsrecht mit sorgfältig begründeten Urteilen, die weit herum auf Anerkennung stossen würden, zu prägen und mit solchen überzeugenden Erkenntnissen, gegen welche ein Weiterzug wenig sinnvoll erscheinen würde, zu einer wesentlichen Entlastung des Bundesgerichts beizutragen. Diese Chance hat das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall nicht wahrgenommen.