

Impressum

Schriftleitung / Direction:

Prof. Dr. Ivo Schwander, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen
Tel. 071 224 22 42, Fax 071 224 28 70,
E-Mail: ivo.schwander@unisg.ch

Verlag und Abonnementverwaltung / Edition et administration:

Dike Zeitschriften AG, Zürich/St. Gallen
Postadresse: Weinbergstr. 41, 8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, Fax 044 251 58 29
E-Mail: auslieferung@dikey.ch, Internet: <http://www.dike.ch>

Inseratenverwaltung / Annonces:

Dike Zeitschriften AG, Zürich/St. Gallen
Postadresse: Weinbergstr. 41, 8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, Fax 044 251 58 29
E-Mail: auslieferung@dikey.ch, Internet: <http://www.dike.ch>

Erscheint monatlich / Paraît chaque mois

Abonnementspreise 2010:

- Fr. 352.–/Jahr, inkl. Mehrwertsteuer;
- für Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) Fr. 228.–/Jahr, inkl. Mehrwertsteuer.
 - Preis für Einzelnummer Fr. 39.– (Sondernummer Fr. 55.–), inkl. Mehrwertsteuer.
 - Für Abonnemente ins Ausland erfolgt zusätzliche Rechnungstellung für die effektiven Portokosten.
 - Bestellungen sind ausschliesslich direkt an den Verlag (Abonnementverwaltung) zu richten.
 - Die Bezugsgebühren von Zeitschriften des Verlages werden zu Beginn eines jeden Jahres in voller Höhe für das laufende Kalenderjahr berechnet.

Prix de l'abonnement:

- Frs. 352.–/année, TVA incluse;
- pour les étudiants (prière de joindre une copie de la carte de légitimation) frs. 228.–/année, TVA incluse.
 - Prix à la vente au numéro frs. 39.– (numéro spécial frs. 55.–), TVA incluse.
 - Pour les abonnements à l'étranger, les frais de port effectifs s'ajoutent à ces montants.
 - Les commandes doivent être exclusivement adressées à l'éditeur (Service des abonnements).

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période.

Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Das Recht zum Nachdruck, zur Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift steht ausschliesslich der Dike Zeitschriften AG zu.
ISSN 1660-3362.

Les droits de réimpression, de reproduction, de mise sur microfilm, d'enregistrement sur un support électronique de données et d'exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue appartiennent exclusivement à Dike Zeitschriften SA. ISSN 1660-3362.

Bank von einer *Treuwidrigkeit* dieser und damit von einem *Verstoss gegen Art. 398 Abs. 2 OR* auszugehen wäre (Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 12. April 2012, Geschäfts-Nr.: LB100068-O/U.doc, 2 d) aa), 15). Unter diesem Gesichtspunkt wird klar, weshalb es für den Kläger entscheidend ist, ob der Auftrag zum Erwerb von Aktien durch den Kommissionär über eigene Bestände oder durch Kauf der Titel auf dem Markt abgewickelt wurde und wer hierfür beweispflichtig ist.

5.4. Beweislast

Zur Thematik der Beweislast hat das Bundesgericht ausgeführt, dass sich die beklagte Bank in ihrer Wertschriftenabrechnung bezüglich der Ausführung des Auftrages als *Selbstkontrahent* bezeichnete, ohne eine andere Person als Verkäufer zu nennen, und damit die *widerlegbare Vermutung* auslöste, sie habe als Kommissionär (Art. 437 OR i.V.m. Art. 436 Abs. 1 OR) von der Befugnis Gebrauch gemacht, auf den Einkauf der Aktien bei einem Dritten zu verzichten, weil entsprechende Wertpapiere bereits im Eigenbestand vorhanden waren. *Beweispflichtig* für die Widerlegung der Vermutung des Selbsteintritts durch Nachweis eines Börsenkaufs ist der *Kommissionär*. Dieser Beweis sollte – zumindest unter der aktuellen Börsen- und Effektengesetzgebung – einfach zu führen sein, weil ein Effektenhändler in einem Journal die eingegangenen Aufträge und die von ihm getätigten Geschäfte mit allen Angaben, die für deren Nachvollzug und für die Beaufsichtigung seiner Tätigkeit erforderlich sind, aufzuzeichnen hat (Art. 15 Abs. 1 BEHG) und zu diesen Angaben auch gehört, wer bei Effektentransaktionen Gegenpartei ist (Art. 1 Abs. 3 lit. e BEHV-FINMA).

7. Strafrecht / Droit pénal

7.3. Strafrecht – Besonderer Teil – allgemein / Droit pénal – Partie spéciale – en général

(5) Rezept für Freitodbegleitung wegen Erblindung zulässig. Fragwürdiger Geltungsbereich einer SAMW Richtlinie.

Strafgericht des Kantons Basel-Stadt, Einzelgericht, ES.2011.210, Urteil vom 5. Juli 2012.



PATRICK SCHAERZ
Rechtsanwalt, Uster

Auszüge aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung der Anklageschrift)

1.a) Am 4. August 2010 – und damit neun Tage, bevor er in den Namen des Patienten nicht enthaltendes «Hausärztliches Zeugnis zur Abklärung einer Freitodbegleitung» aufgrund der entsprechenden Wegleitung der Sterbehilfeorganisation EXIT verfasst hatte – stellte der Beschuldigte, der als Spezialarzt FMH für Innere Medizin tätig ist, in seinen Arbeitsräumlichkeiten ein auf die seit Januar 2004 von ihm betreute Patientin O.T., geb. 6. Oktober 1927, lautendes Rezept aus über das gemäss den Anhängen a und b der Betäubungsmittelverordnung Swissmedic indizierte Betäubungsmittel Pentobarbital (zwei Dosen à jeweils 15 g in letaler Dosis). Dies, obwohl O.T. im Sinne von Ziff. 4.1. der für das ärztliche Handeln in der Schweiz massgeblichen Medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften «Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende» nicht in einer Weise erkrankt war, welche die Annahme gerechtfertigt hätte, dass das Ende ihres Lebens nahe bevorstand.

b) Am 11. August 2010 löste eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter der Sterbehilfeorganisation EXIT, bei welcher O.T. seit Dezember 2008 Mitglied war, das Rezept in der an der Limmatstrasse 119 in Zürich gelegenen Limmatplatz-Apotheke ein und bezog dort das tödlich wirkende Sterbemittel.

c) Am 5. Oktober 2010, ca. 11.22 Uhr, nahm O.T., nachdem sie vorgängig eine entsprechende «Freitoderklärung» (Formular der Sterbehilfeorganisation EXIT) unterzeichnet hatte, an ihrem Wohnort in Basel im Beisein der EXIT-Sterbebegleiterin U.V. sowie ihres Bekannten F.D. eine der ihr

vom Beschuldigten verschriebenen letalen Pentobarbital-Dosen ein, woraufhin sie 3 Minuten später einschlief und 12 Minuten später verstarb.

d) Dem Beschuldigten wurde diesbezüglich vorgeworfen, dass er bei der Verschreibung des Pentobarbitals im Sinne von Art. 26 Abs. 1 HMG wissentlich und willentlich die anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften nicht beachtete oder dies zumindest in Kauf nahm, und damit im Sinne von Art. 86 Abs. 1 Bst. b die Gesundheit von Menschen gefährdete, wobei diese Gefährdung nicht abstrakt blieb, sondern sich im am 5. Oktober 2010 durch Einnahme des mittels Pentobarbitals begangenen Suizids von O.T. konkretisierte.

Dem Beschuldigten war bekannt, dass O.T., die sich am 23. Dezember 2008 mit der Begründung «Mein Problem ist meine Blindheit» bei EXIT angemeldet hatte, an keiner tödlich verlaufenden Krankheit im Sinne von Ziff. 4.1. der Medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften «Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende» litt. So schrieb er in seinem zwei Monate vor der inkriminierten Rezeptierung erstellten ärztlichen Bericht vom 15. Juni 2010 an das Spitex-Zentrum Basel: «Bitte beraten Sie Frau T. über die Hilfsmöglichkeiten zuhause bei fortgeschrittener Makuladegeneration und starker Sehbehinderung. Sie ist durch den Sehverlust etwas depressiv geworden, sonst gesund.»

Ungeachtet dieser gegenüber dem Spitex-Zentrum gemachten Feststellung schrieb der Beschuldigte gleichentags an EXIT das folgende: «Meine Patientin ist im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte. Wegen einer progressiven Sehverschlechterung mit Depression, aktuell hilfsbedürftig und fast vollständig blind, wünscht sie die Beratung über den Lebensabschluss.»

Obwohl der Beschuldigte davon Kenntnis hatte, dass er vor der Rezeptierung des tödlich wirkenden Pentobarbitals einen gemäss der EXIT-Wegleitung «Hausärztliches Zeugnis zur Abklärung einer Freitodbegleitung» verfassten ärztlichen Bericht über seine Patientin hätte verfassen müssen, erstellte er am 4. August 2010 lediglich das vorne aufgeführte Rezept, woraufhin er von der für O.T. zuständigen EXIT-Sterbebegleiterin am 12. August 2010 wie folgt ermahnt werden musste: «Leider musste ich feststellen, dass wir nur Ihr Schreiben vom 15. Juni 2010 an EXIT haben. Für die Behörden brauchen wir ein ausführliches Zeugnis [...]. Darf ich Sie bitten, ein Zeugnis nach unserer Vorlage zu verfassen und an mich zu senden [...].» In der Folge begnügte sich der Beschuldigte allerdings damit, die als Muster für ein ärztliches Zeugnis dienende EXIT-Wegleitung «Hausärztliches Zeugnis zur Abklärung einer Freitodbegleitung» am 13. August 2010 mit ein paar handschriftlichen Anmerkungen zu ergänzen, wobei er – obwohl

er einen der Schwerpunkte seiner EXIT-relevanten Erwägungen auf die angeblichen «Depressionen» seiner Patientin gelegt hatte – wahrheits- und aktenwidrig erklärte, das «Therapieprogramm» sei ausgeschöpft, obwohl sich O.T. in Tat und Wahrheit nie in psychiatrische oder psychologische Behandlung begeben hatte. Nachdem er das Ganze noch nicht einmal mit dem Namen seiner Patientin versehen hatte, musste er am 18. August 2010 von EXIT neuerlich ermahnt werden: «Darf ich Sie bitten, das Zeugnis von Frau O.T., geb. 6. Oktober 1927, noch eigenhändig mit dem Namen und Geburtsdatum der Patientin zu versehen, da die Behörden dieses sonst nicht zuordnen können und damit wohl auch nicht akzeptieren werden.» In der Folge erstellte der Beschuldigte vermutlich erst am 24. August 2010 – und damit fast drei Wochen nach der Rezeptierung des Pentobarbitals – ein zumindest den EXIT-Ansprüchen genügendes, den bereits am 11. August 2010 erfolgten Bezug des Betäubungsmittels jedoch erst im nachhinein – und damit zu spät – rechtfertigendes, inhaltlich höchst fragwürdiges «ärztliches Zeugnis».

2. Mit Strafbefehl vom 6. September 2011 wurde der Angeeschuldigte wegen Widerhandlung gegen das Heilmittelgesetz gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 26 Abs. 1 HMG zu einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu 630 Franken und einer Busse von 3'000 Franken verurteilt.

3. Gegen diesen Strafbefehl hat der Angeschuldigte rechtzeitig Einsprache erheben lassen. Der hinfällige Strafbefehl gilt daher gemäss Art. 356 Abs. 1 StPO als Anklageschrift.

Aus den Erwägungen

«1. Der Sachverhalt gemäss Anklage gilt aufgrund der relevanten Akten als erstellt. Gestützt auf das Beweisergebnis ist folgendes festzuhalten:

Der angeschuldigte Arzt hat am 4. August 2010 für die 82-jährige O.T. für den Bezug von Natrium-Pentobarbital ein Rezept ausgestellt. O.T. litt unter einer «schweren» Makuladegeneration und war im fraglichen Zeitpunkt beinahe blind. Eingereicht worden ist das Rezept am 11. August 2010 bei einer Zürcher Apotheke, die das verordnete Mittel an die für EXIT tätigen Sterbebegleiter auslieferte. Seitens EXIT wurde der Angeschuldigte am 12. August 2010 ermahnt, ein ausführliches Zeugnis auszustellen. Darauf reichte dieser einen ihm von EXIT zugestellten, mit seinen handschriftlichen Ergänzungen versehenen Fragebogen bzw. ein «Hausärztliches Zeugnis zur Abklärung hinsichtlich einer Freitodbegleitung» ein. Der Angeschuldigte vermerkte darin, dass das «volle Therapieprogramm durch Augenärzte ausgeschöpft» sei. Nach Abgabe einer Freitod-erklärung und Einnahme des Mittels Pentobarbital verstarb O.T. am 5. Oktober im Beisein der beiden Sterbebegleiter.

Die Anklage scheint das Nichtausschöpfen des Therapieprogramms auf eine bestehende Depression zu beziehen. Gewiss erwähnte der Angeklagte im erwähnten Arztzeugnis die Depression als Sekundärphänomen der bestehenden Sehschwäche. Doch lässt das Arztzeugnis keinen Zweifel darüber offen, dass sich das Ausschöpfen des Therapieprogramms ausschliesslich auf die Sehschwäche und nicht die Depression bezieht. Dass in casu in diesem Sinne therapeutisch alles Notwendige vorgekehrt worden ist, kann aufgrund der Aktenlage nicht widerlegt werden, so dass im Zweifel zugunsten des Angeklagten davon auszugehen ist. Kritik am erwähnten Zeugnis ist indessen angesichts der hier getroffenen lebenswichtigen Entscheidung insofern angebracht, als es zunächst seitens EXIT eingefordert werden musste und der angemahnte Arzt alsdann das ihm im Sinne einer Wegleitung vorgeschlagene, Fragen enthaltende Formular nurmehr mit handschriftlichen Notizen versah. Sachgerecht zu erwarten gewesen wäre dagegen ein vom Angeklagten rechtzeitig, noch vor Ausstellen des Rezepts verfasstes ausführliches Zeugnis. Das vom Angeklagten gewählte Vorgehen nährt stattdessen den Vorwurf eines nachlässigen Umgangs mit einem wichtigen Anliegen seiner Patientin.

Fest steht im Weiteren, dass O.T. weder an einer tödlich verlaufenden Krankheit noch an einer psychischen Störung litt. Nach einer Knieoperation wurde O.T. am 5. Juni 2010 aus dem Universitätsspital Basel entlassen. Im Entlassungsbericht wurde der Patientin ein guter Allgemeinzustand attestiert. Dass sie als Folge der starken Sehschwäche und ihres hohen Alters «etwas depressiv geworden» war, ist nachvollziehbar. Von einer schwerwiegenden psychischen Beeinträchtigung ihrer geistigen Gesundheit kann allerdings keine Rede sein.

2. In rechtlicher Hinsicht ist zu prüfen, ob das geschilderte Vorgehen des Angeklagten den Tatbestand von Art. 86 Abs. 1 lit. b des Heilmittelgesetzes (HMG) erfüllt. Demgemäss ist strafbar, wer Arzneimittel u.a. entgegen anderen Bestimmungen dieses Gesetzes [...] verschreibt; insbesondere stellt sich die Frage der Verletzung von Art. 26 Abs. 1 HMG, wonach bei der Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften beachtet werden müssen.

Im einzigen zentralen Punkt der Anklage wirft die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten vor, das Rezept bezüglich der Abgabe von Natrium-Pentobarbital ausgestellt zu haben im Wissen, dass die Patientin nicht tödlich krank ist und deren Ende somit auch nicht unmittelbar bevorsteht. Die Staatsanwaltschaft stützt sich dabei einerseits auf das Heilmittelgesetz und andererseits auf die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissen-

schaften (SAMW) vom 25. November 2004 betreffend die Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende.

Diese Richtlinien regeln unter dem Titel «Beihilfe zum Suizid» (Ziff. 4.1.) die spezifischen Voraussetzungen für die ärztliche Unterstützung. Entscheidet sich ein Arzt in einer Dilemmasituation zur Beihilfe zum Suizid, so trägt er demnach die Verantwortung für die Prüfung der folgenden Voraussetzungen: «Die Erkrankung des Patienten rechtfertigt die Annahme, dass das Lebensende nahe ist. Alternative Möglichkeiten der Hilfestellung wurden erörtert und soweit gewünscht auch eingesetzt. Der Patient ist urteilsfähig, sein Wunsch ist wohlüberlegt, ohne äusseren Druck entstanden und dauerhaft. Dies wurde von einer unabhängigen Drittperson überprüft, wobei diese nicht zwingend ein Arzt sein muss.»

Was die Abgabe von Natrium-Pentobarbital angeht, untersteht dieses Mittel unstrittig dem Heilmittel- und dem Betäubungsmittelgesetz. Pentobarbital ist in der Stoffliste von Swissmedic enthalten und daher als Arzneimittel verkehrsfähig. Rechtlich gehört es als abhängigkeitszeugender psychotroper Stoff zu den Betäubungsmitteln (Kategorie B) und ist ausschliesslich auf ärztliche Verschreibung erhältlich (Akten S. 120, 121, 122–125; s.a. BGE 133 I 58 E. 4.1.2 und 6.2.3).

Grundsätzlich ist es richtig, für die Beurteilung des hier zur Diskussion stehenden Sachverhalts als Auslegungshilfe – neben den Bestimmungen des Heilmittelgesetzes – die Richtlinien der SAMW heranzuziehen, wie dies das Bundesgericht in einem wegweisenden Entscheid vom 3. November 2006 getan hat (BGE 133 I 58, s.a. Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 11.3.2010 E. 4.4). Jedoch hat das Bundesgericht in diesem Entscheid ausgeführt, im Zusammenhang mit der Abgabe von Natrium-Pentobarbital für einen begleiteten Suizid bei psychisch kranken Personen sei nicht zu verkennen, dass eine unheilbare, dauerhafte, schwere psychische Beeinträchtigung ähnlich wie eine somatische ein Leiden begründen könne, das dem Patienten sein Leben auf Dauer hin nicht mehr als lebenswert erscheinen lässt. Nach neueren ethischen, rechtlichen und medizinischen Stellungnahmen sei auch in solchen Fällen eine allfällige Verschreibung von Natrium-Pentobarbital nicht mehr notwendigerweise kontraindiziert und generell als Verletzung der medizinischen Sorgfaltspflichten ausgeschlossen (E. 6.3.5.1; bestätigt in BGE 2C_9/2010).

Aufgrund dieser bundesgerichtlichen Erwägungen (mit Hinweis auf KLAUS-PETER RIPPE/CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/GEORG BOSSHARD/MARTIN KIESEWETTER, Urteilsfähigkeit von Menschen mit psychischen Störungen und Suizidbeihilfe, in: SJZ 101/2005 S. 53 ff.; Empfehlung Nr. 6 vom 27.4.2005 der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin betreffend «Beihilfe zum Suizid») sind die

Richtlinien der SAMW im Besonderen auf die vorliegende Sachverhaltskonstellation nicht anwendbar. Die Verschreibung von Pentobarbital ist demnach nicht generell beschränkt auf Personen, deren Lebensende unmittelbar bevorsteht. Derselben Ansicht ist SCHWARZENEGGER, der in einem Referat festhält, dass für Fallkonstellationen der Suizidhilfe bei Personen, die nicht unmittelbar in Todesnähe stehen, keine expliziten Berufs- und Standesregeln existieren (Das Mittel zur Suizidhilfe und das Recht auf den eigenen Tod, in: Jusletter 19. März 2007 [Rz 31]). Und auch die Zentrale Ethikkommission der SAMW (ZEK) kommt in einer Stellungnahme vom 20. Januar 2012 zum Schluss, «dass die Richtlinien Suizidhilfe bei Menschen, die aufgrund allgemeiner Lebensmüdigkeit oder infolge fehlender Lebensqualität einen Sterbewunsch äussern, nicht erfassen, sofern diese nicht am Lebensende stehen. Dies steht im Einklang zur mehrfach von der ZEK festgehaltenen Grundhaltung, wonach eine zunehmende Etablierung der Suizidhilfe in der Verantwortung der Gesellschaft als Ganzer liege und nicht an die Ärzteschaft delegiert werden dürfe.» Nicht anderer Meinung ist die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) in ihrem Positionspapier «Suizidbeihilfe ist nicht gleich Sterbehilfe» von Januar 2008.

Der Vorwurf der Staatsanwaltschaft, wonach eine Verschreibung von Natrium-Pentobarbital nur bei todkranken Personen erlaubt ist, ist somit nicht haltbar. Weitergehende Vorwürfe werden dem Angeschuldigten indessen nicht zur Last gelegt, so dass aufgrund der Bindungswirkung der Anklage ein Schuldspruch nicht ergehen kann.

3. Möglich gewesen wäre ein Schuldspruch eventualiter, hätte die Anklage eine Verletzung ärztlicher Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Abklärung der Urteilsunfähigkeit oder der Diagnose formuliert. Wohl wird ein ungenaues Vorgehen des Angeschuldigten bemängelt, insofern er das Rezept und das Arztzeugnis in chronologisch inkorrekt abfolge ausgestellt hat, und dies gemäss Anklage mit der unzutreffenden Massgabe, dass sich die Patientin nicht in einem todesnahen Zustand befand. Würde die Anklage wie gefordert weitergehende substantielle Vorwürfe enthalten, würde sich die Frage stellen, welche anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften anzuwenden sind. Gleichgesetzt werden könnten sie mit den Anforderungen, die das Bundesgericht im erwähnten Entscheid allerdings für psychisch schwer gestörte Patienten stipulierte, weswegen sie im vorliegenden Fall nicht anwendbar sind. Die schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie erachtet die Erstellung eines psychiatrischen Gutachtens, wie es das Bundesgericht voraussetzt, in jedem Falle als zu hohe Hürde (Suizidbeihilfe bei Psychischkranken, in Schweizerische Ärztezeitung, 2005, 86: Nr. 24, S. 1456). Für Personen, die nicht psychisch beeinträchtigt sind, könnten eher die

Empfehlungen der Nationalen Ethikkommission zu Rate gezogen werden (Sorgfaltskriterien im Umgang mit Suizidbeihilfe, Stellungnahme Nr. 13/2006). Demgemäss gibt es jedoch in casu keine Anhaltspunkte dafür, dass O.T. hinsichtlich ihres Entscheides, ihr Leben zu beenden, nicht urteilsfähig gewesen wäre. Aufgrund der Akten hat sie sich ab 2005 angesichts der drohenden Blindheit zu ihrer Lebensmüdigkeit geäussert. Bis 2010 sind zwar wenige Gespräche geführt worden. Doch hat sie sich Ende 2008 bei EXIT angemeldet und am 5. Oktober 2010 die Freitoderklärung unterzeichnet. In der fraglichen Zeitspanne von fünf Jahren ist anzunehmen, dass ihr Todeswunsch genügend gereift ist. Vor allem nicht nachzuweisen ist, dass in dieser Zeitspanne Anhaltspunkte für eine anzunehmende Urteilsunfähigkeit aufgetreten sind. Zu erinnern ist an den Austrittsbericht des Universitätsspitals Basel vom 5. Juni 2010 betreffend den guten Allgemeinzustand. Im Weiteren vorauszusetzen wäre, dass der Todeswunsch aus einem schwerwiegenden krankheitsbedingten Leiden entstanden ist. Dies müsste aufgrund der Krankengeschichte bejaht werden. O.T. litt an einer zur völligen Blindheit führenden Makuladegeneration. Eine weitere Anforderung wäre das Fehlen einer psychischen Krankheit, was im vorliegenden Fall zutrifft. Sodann müsste der Todeswunsch konstant und dauerhaft geäussert worden sein. Hinweise, dass dem nicht so gewesen war, bestehen nicht. Auch müsste der Entscheid frei von äusseren Einflüssen gefällt worden sein, wovon aufgrund der Aktenlage auszugehen ist. Unwiderlegbar auszugehen ist endlich davon, dass alternative Optionen ausgeschöpft wurden. Zumindest ist das Gegenteil nicht nachzuweisen, dass der Angeschuldigte zusammen mit seiner Patientin die Situation nicht geklärt hätte. O.T. lehnte auch weitere Unterstützung etwa seitens einer Einrichtung ab, die das Leben Blinder mit Hilfsmitteln erleichtert und lebenswert erscheinen lässt. Entscheidend ist das Fehlen jeglichen Nachweises, dass der Angeschuldigte diesbezüglich eine Klärung unterlassen hat. Der einzige Umstand, von dem nachgewiesenermassen auszugehen wäre, besteht in der unterlassenen Einholung einer Zweitmeinung durch eine unabhängige Drittperson. In den Krankenakten wäre ein diesbezüglicher Eintrag vorhanden gewesen. Allein der Todeswunsch von O.T. wäre auch für eine unabhängige Drittperson klar erkennbar gewesen. Im Übrigen wird das Erfordernis einer Zweitmeinung in Praxis und Wissenschaft nicht einhellig vertreten. Ob eine Verurteilung aus diesen Gründen möglich gewesen wäre, bleibt somit äusserst fraglich, auch wenn dem Angeschuldigten gewisse, vorne erwähnte rechtlich irrelevante Nachlässigkeiten formeller Natur durchaus zur Last zu legen sind.

Aus diesen Gründen ist ein Freispruch nicht nur wegen der Bindungswirkung der Anklage unumgänglich. Er wäre

auch bei einer wie erwähnt erweiterten Anklage höchstwahrscheinlich nicht zu vermeiden gewesen.

Demgemäss erkennt das Einzelgericht: Der Angeklagte wird von der Anklage der Widerhandlung gegen das Heilmittelgesetz kostenlos freigesprochen.»

Bemerkungen

1. Es stellt sich als erstes die Frage, warum die Anklage abgewiesen und der Angeklagte von Schuld und Strafe freigesprochen wurde. Das Gericht erkannte zu Recht, dass die Anklage eigentlich nur einen einzigen Punkt enthielt, nämlich den Vorwurf an den Angeklagten, er habe der 82-jährigen, praktisch vollständig erblindeten Patientin das letale Barbiturat im Wissen um die Tatsache rezeptiert, dass ihre Erblindung keinen tödlichen Verlauf habe und dass ihr Ende somit auch nicht unmittelbar bevorstehe. Sie stützte sich dabei einerseits auf Art. 26 HMG, welcher wiederum auf die «anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften» verweist; welche im vorliegenden Fall nach Meinung der Staatsanwaltschaft die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) vom 25. November 2004 betreffend die Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende sei (Strafurteil, 6). Das Gericht kam zum Schluss, dass die Richtlinien der SAMW gemäss BGE 133 I 58 lediglich als Auslegungshilfe beizuziehen seien und keine eigenständige Bedeutung hätten. Das Gericht bestätigte dies auch mit dem unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid 2C_9/2010; nach dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in welcher auf neuere ethische, rechtliche und medizinische Stellungnahmen verwiesen wird, sei auch in Fällen, in denen ein Patient nicht todkrank sei, sondern ihm aus anderen Gründen (Leiden) sein Leben nicht mehr als lebenswert erscheine, die Rezeptierung von Natrium-Pentobarbital nicht notwendigerweise kontraindiziert und könne somit auch nicht als Verletzung der medizinischen Sorgfaltspflichten betrachtet werden. Das Gericht äusserte sich sodann sibyllinisch wie folgt: «Aufgrund dieser bundesgerichtlichen Erwägungen [...] sind die Richtlinien der SAMW im Besonderen auf die vorliegende Sachverhaltskonstellation nicht anwendbar. Die Verschreibung von Pentobarbital ist demnach nicht generell beschränkt auf Personen, deren Lebensende unmittelbar bevor steht.» Das Gericht kam somit zum richtigen Schluss, dass der Vorwurf der Staatsanwaltschaft an den Angeklagten, wonach eine Verschreibung von Natrium-Pentobarbital nur bei todkranken Personen erlaubt sei, nicht haltbar sei (Strafurteil, 7). Da dem Angeklagten keine weiteren Vorwürfe zur Last gelegt wurden, war ein Schuldspruch aufgrund der Bindungswirkung der Anklage ohnehin nicht mehr möglich.

2. Interessant ist sodann, dass das Gericht trotz der an sich klaren Rechtslage in Bezug auf das Anklageprinzip sich dennoch weitergehende Überlegungen machte. So prüfte es, ob ein Schuldspruch möglich gewesen wäre, wenn die Staatsanwaltschaft dem Angeklagten eine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Abklärung der Urteilsfähigkeit oder der Diagnose vorgeworfen hätte. Dann, so das Gericht, hätte sich die Frage gestellt, welche anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften im vorliegenden Fall hätten zur Anwendung kommen müssen. Mit anderen Worten, das Gericht stellte sich die Frage, ob in einem solchen Fall das «vertiefte psychiatrische Fachgutachten» gemäss dem sog. «EXIT-Gutachten» (siehe nähere Details dazu weiter hinten) und auf welches auch das Bundesgericht in BGE 133 I 58 E. 6.3.5.2 Bezug nimmt, zur Anwendung hätte gelangen müssen. Das Gericht verneinte auch dies, mit der Begründung, dass diese Anforderungen allenfalls für psychisch schwer gestörte Patienten vorgesehen worden seien, weswegen sie im vorliegenden Fall nicht anwendbar seien. Des Weiteren begründete das Gericht diese Ablehnung auch damit, dass die Schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie die Erstellung eines psychiatrischen Gutachtens, wie es das Bundesgericht respektive das EXIT-Gutachten voraussetze, in jedem Fall als zu hohe Hürde betrachte. In casu gebe es nämlich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Verstorbene hinsichtlich ihres Entscheides, ihr Leben zu beenden, nicht urteilsfähig gewesen sei. Hinzu gekommen wäre im Übrigen sodann, dass der Todeswunsch aus einem schwerwiegenden krankheitsbedingten Leiden entstanden war, was das Gericht aufgrund der Krankengeschichte und der zur beinahe völligen Blindheit geführten Makuladegeneration als erstellt ansah. Das Gericht kam zur Ansicht, es gebe keinerlei Hinweise darauf, dass der Todeswunsch nicht konstant und dauerhaft geäussert worden sei, ebenso wenig dafür, dass er nicht frei von äusseren Einflüssen gefällt worden sei. Als unwiderlegbar betrachtete das Gericht auch, dass alternative Optionen erörtert worden seien (etwa weitere Unterstützung durch Blindeneinrichtungen etc.), von der Patientin aber abgelehnt worden seien. Eine Zweitmeinung hätte der Angeklagte nicht einholen müssen, da dieses Erfordernis in Praxis und Wissenschaft nicht einhellig vertreten werde. Das Gericht kam zusammenfassend zum Schluss, dass auch bei korrekter Rüge der genannten Punkte durch die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung des Angeklagten äusserst fraglich gewesen wäre.

3. Vom Ergebnis her überzeugt das Urteil. Angesichts der besonderen Problematik der sich hier stellenden Rechtsfragen wäre es hingegen wünschenswert gewesen, dass sich das Gericht noch intensiver mit den Vorbringen aus der Einsprache des Angeklagten auseinandergesetzt hätte, denn dort wurden weitere Aspekte erwähnt, welche ebenfalls zu

einem Freispruch hätten führen müssen. Auf einige dieser Aspekte soll in der Folge kurz eingegangen werden. Bevor dies jedoch getan wird, erscheint es dem Autor zum besseren Verständnis notwendig, hier einen kurzen geschichtlichen Abriss der Entwicklung der Thematik innerhalb der letzten zehn Jahre aufzuzeigen.

4. Kurzer geschichtlicher Abriss der Thematik der letzten zehn Jahre.

a) Im November 2004 erliess die Zentrale Ethikkommission (ZEK) der SAMW ihre medizinisch-ethischen Richtlinien zur Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende. Diese Richtlinie aus dem Jahre 2004 ist das Ergebnis ihrer zweiten Revision. Ihr vorausgegangen waren zwei weitere Richtlinien in diesem Bereich, eine aus dem Jahre 1995 und die erste aus dem Jahre 1976. Während die ersten beiden Richtlinien die Beihilfe zum Suizid ablehnten und als Nichtteil der ärztlichen Tätigkeit ansahen, stellt die aktuelle Form der Richtlinie insofern eine vorsichtige Öffnung dar, indem sie einerseits zwar die Meinung vertritt, Beihilfe zum Suizid sei nicht Teil der ärztlichen Tätigkeit, weil sie den Zielen der Medizin widerspreche, andererseits aber die Achtung des Patientenwillens grundlegend für die Arzt-Patienten-Beziehung sei und daher die Entscheidung des Arztes, Beihilfe zum Suizid zu leisten, als solche zu respektieren sei. Ein Arzt, der sich dazu entschliesse, trage jedoch die Verantwortung für die Prüfung der folgenden Voraussetzungen: erstens, die Erkrankung des Patienten rechtfertige die Annahme, dass das Lebensende nahe sei; zweitens, alternative Möglichkeiten der Hilfestellung seien erörtert und soweit gewünscht auch eingesetzt worden, und drittens, der Patient sei urteilsfähig, sein Wunsch wohl erwogen, ohne äusseren Druck zu Stande gekommen und dauerhaft, dies sei von einer unabhängigen Drittperson, welche allerdings nicht zwingend ein Arzt sein müsse, überprüft worden.

b) Im Jahre 2005 erliess die Nationale Ethikkommission für Humanmedizin (NEK) ihre Stellungnahme Nr. 9/2005 mit dem Titel «Beihilfe zum Suizid». Im Jahre 2006 publizierte sie dann noch, im Hinblick auf das damals geplante Gesetzgebungsverfahren im Bereich Sterbehilfe, ihre Stellungnahme Nr. 13/2006, «Sorgfaltskriterien im Umgang mit Suizidbeihilfe». Es würde den Rahmen der vorliegenden Urteilsbesprechung bei weitem sprengen, hier auf diese beiden Stellungnahmen detailliert einzugehen; zusammenfassend lässt sich aber sagen, dass die NEK die Haltung der SAMW, den Zugang zur organisierten Suizidbeihilfe auf Personen beschränken zu wollen, die an einer «unheilbaren Krankheit mit unmittelbar bevorstehender Todesfolge» leiden, mehrfach kritisiert hat; zuletzt übrigens in ihrer Vernehmlassungsantwort vom 26. Februar 2010 zu dem gescheiterten Versuch der ehemaligen Justizministerin, Eve-

line Widmer-Schlumpf, die organisierte Suizidbeihilfe in der Schweiz durch eine Revision von Art. 115 StGB massiv einzuschränken.

c) Am 1. Februar 2007 publizierte das Bundesgericht sein Urteil im Fall *Haas* (BGE 133 I 58). Zwar wies es in diesem Leitentscheid die Klage eines an einer schweren bipolaren Störung leidenden Patienten auf staatliche Herausgabe einer letalen Dosis Natrium-Pentobarbital (NaP) auf dem Wege über eine Sterbehilfeorganisation ab, allerdings in erster Linie, weil die Abgabe von NaP sowohl im Lichte der innerstaatlichen Gesetzgebung als auch des Völkerrechts ausnahmslos an ein ärztliches Rezept gebunden sei. Darüber hinaus stellte es jedoch in E. 6.1 fest, dass der urteilsfähige Mensch das Recht habe, selbst über *Art und Zeitpunkt* des eigenen Todes zu bestimmen, und dies losgelöst von seinem Gesundheitszustand. Dieses Bundesgerichtsurteil wurde von FRANK TH. PETERMANN ausgiebig in der AJP/PJA 2007, 895–902, kommentiert [im Folgenden PETERMANN, Kommentierung BGE 133 I 58].

d) Der Beschwerdeführer aus BGE 133 I 58 führte gegen diesen Entscheid des Bundesgerichts Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg. Die Beschwerde wurde auch vom EGMR abgewiesen, allerdings hielt der Gerichtshof in Ziff. 51 seines Urteils fest, dass das Recht eines Menschen, selbst über Art und Zeitpunkt des eigenen Todes zu entscheiden, durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützt sei. Wörtlich führte er dazu aus: «im Lichte dieser Rechtsprechung hält der Gerichtshof dafür, dass das Recht eines Individuums zu entscheiden, auf welche Weise und in welchem Zeitpunkt sein Leben beendet werden soll, sofern es in der Lage ist, seine diesbezügliche Meinung frei zu bilden und dem entsprechend zu handeln, einen der Aspekte des Rechts auf Achtung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 der Konvention darstellt» (übersetzt aus dem Französischen durch FRANK TH. PETERMANN, welcher auch den Entscheid des EGMR einer ausführlichen Kommentierung unterzog, s. FRANK TH. PETERMANN, Urteilsbesprechung des Entscheides des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte Nr. 31322/07 vom 20. Januar 2011 in Sachen *Haas gegen die Schweiz* [rezeptfreie Abgabe von Natrium-Pentobarbital], in AJP/PJA 2011, 823–836), [im Folgenden als PETERMANN, Kommentierung EGMR-Entscheid Haas bezeichnet]. Mit anderen Worten, der EGMR bestätigte also die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach das Recht, frei über Art und Zeitpunkt des eigenen Todes zu entscheiden, ein durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschütztes Menschenrecht darstellt.

5. Im Hinblick auf zu erwartende künftige Entscheide in der Frage der Inanspruchnahme des Rechts auf Suizid und Suizidhilfe, stellt sich deshalb auch unter Berücksichtigung

ausschöpfender Urteilsbegründung die Frage, ob das Strafgericht folgende Aspekte ebenfalls hätte behandeln müssen:

a. Widersprüche in BGE 133 I 58

aa. Wenn das Recht auf Suizid ein Menschenrecht ist, ist keine «medizinische Indikation» erforderlich

Wie bereits erwähnt führte das Bundesgericht im genannten Urteil in E. 6.1 aus, dass das Recht, über Art und Zeitpunkt des eigenen Todes zu verfügen, ein durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschütztes Menschenrecht ist. Im gleichen Urteil führte das Bundesgericht dann aber auch aus, die Rezeptierung von NaP setze eine «den ärztlichen Berufs- und Sorgfaltspflichten entsprechende vorgenommene Diagnose und Indikationsstellung voraus, nur so könne das Vorliegen einer medizinischen Rechtfertigung des Aktes garantiert werden» (E. 6.3.2). Wenn das Bundesgericht in ein und demselben Entscheid einerseits festhält, das Recht auf den eigenen Tod sei ein Menschenrecht, welches durch die EMRK geschützt sei, gleichzeitig aber eine Diagnose und medizinische Indikationsstellung verlangt, so setzt es sich nicht nur – was eigentlich schon unglücklich genug wäre – mit sich selbst in Widerspruch, sondern verletzt auch Art. 8 Abs. 1 EMRK. Denn wenn das Recht auf den eigenen Tod, wie das Bundesgericht auch richtig festgestellt hat, ein durch die EMRK garantiertes Menschenrecht ist, dann kann es dazu nicht einer Diagnose oder Indikationsstellung (was faktisch nichts anderes heisst, als das Vorliegen einer Krankheit) bedürfen. Menschenrechte sind nämlich grundsätzlich bedingungsfeindlich und zeichnen sich eben dadurch aus, dass sie einem Menschen ganz grundsätzlich zustehen. Die einzige Bedingung, an welche das Menschenrecht auf Beendigung des eigenen Lebens *unter Beihilfe Dritter* geknüpft werden darf, ist, dass die es in Anspruch nehmende Person urteilsfähig zu sein hat, denn nur dann darf ihr ein Dritter bei einem Suizid behilflich sein, ohne als Helfer das Risiko zu laufen, wegen eines Tötungsdelikts verfolgt zu werden. Das Individuum selbst darf selbstverständlich jederzeit seinem Leben ein Ende setzen.

bb. Bundesgerichtliches Erfordernis eines «vertieften psychiatrischen Fachgutachtens»

In BGE 133 I 58 E. 6.3.5 betonte das Bundesgericht, dass auch an einer psychischen Störung leidende Menschen nicht vom Recht auf den eigenen Tod ausgenommen seien, allerdings bedürfe es bei ihnen eines «vertieften psychiatrischen Fachgutachtens». Dieses Erfordernis entnahm das Bundesgericht einem im Jahre 2005 publizierten Aufsatz (RIPPE/SCHWARZENEGGER/BOSSHARD/KIESEWETTER, a.a.O., 53–62 und 81–91). Was diese Lehrmeinung anbelangt, so ist es wichtig, deren wahren Hintergrund zu kennen. In der allerersten Fussnote des SJZ-Aufsatzes steht lediglich, dass

es sich um eine «überarbeitete und leicht gekürzte Fassung eines Expertenberichts [handelt], den die Verfasser im Auftrag des Vereins «Exit-Deutsche Schweiz» erstellt» haben. Dieser Expertenbericht hat folgenden Hintergrund:

Im Jahre 1998 wollte der Verein Exit-Deutsche Schweiz bei einer psychisch schwer kranken Patientin aus dem Kanton Basel-Stadt auf deren lang anhaltenden Wunsch und im Einverständnis mit deren engster Familie eine Freitodbegleitung durchführen. Ein entfernter Verwandter dieser Frau, der damit aus weltanschaulichen Gründen nicht einverstanden war, informierte im letzten Moment die Behörden, welche die Frau mittels fürsorglichem Freiheitsentzugs psychiatrisch hospitalisierten. Der Fall erweckte grosses mediales Interesse und wurde zum Teil sehr verzerrt und aufbauschend dargestellt.

Der Verein Exit verordnete sich dann selbst in Bezug auf psychisch Kranke ein «Moratorium»; psychisch kranke Menschen sollten bis auf weiteres nicht mehr begleitet werden. Die Mitglieder waren mit diesem Moratorium jedoch nicht einverstanden und fanden es aus dem Solidaritätsgedanken heraus stossend, dass psychisch Kranke von der Suizidbeihilfe ausgeschlossen sein sollten. Der damalige Vorstand von Exit schlug der Mitgliederversammlung vor, ein «interdisziplinäres Gutachten bezüglich der Frage der Urteilsfähigkeit von psychisch Kranken» einzuholen, womit sich die Generalversammlung einverstanden erklärte.

Der damalige Vorstand erteilte daraufhin im Jahre 2003 dem Ethiker Klaus-Peter Rippe, dem Pathologen Georg Bosshard, dem Zürcher Strafrechtsprofessor Christian Schwarzenegger und dem Psychiater René Pomeranz den Auftrag, ein solches interdisziplinäres Gutachten zu verfassen. Der Psychiater Pomeranz schied bereits nach kurzer Zeit aus der Expertengruppe aus. Er wurde durch den Psychiater Martin Kiesewetter ersetzt.

Am 18. April 2004 legte die Expertengruppe den «Expertenbericht zu Händen von Exit-Deutsche Schweiz» unter dem Titel «Suizidbeihilfe bei Menschen mit psychischen Störungen, unter besonderer Berücksichtigung der Urteilsfähigkeit» vor. Dieser Expertenbericht gestand psychisch kranken Menschen zwar das Recht auf Suizidbeihilfe vom Grundsatz her zu, allerdings unter dermassen grossen Auflagen, dass es faktisch eben nicht mehr bestand (dazu weiter hinten mehr). Trotz dieses für die Anliegen der Mitglieder des Vereins Exit-Deutsche Schweiz eigentlich wenig vorteilhaften Gutachtens erlaubte der damalige Vorstand den Autoren die Publikation dieses Expertenberichts.

Es war dieser Expertenbericht, der dann im Jahre 2005 in der SJZ publiziert wurde. Das Bundesgericht stützte sich in BGE 133 I 58 auf die SJZ-Version dieses Expertenberichts, welcher auf S. 91, quasi als Konklusion, ausführt: «deshalb ist in Fällen, bei welchen ein Mensch wegen einer

psychischen Störung um Suizidbeihilfe ersucht, ein psychiatrisches Gutachten unumgänglich.»

Das Bundesgericht kannte allerdings nicht die Originalversion des Expertenberichts, welchen die vier Experten am 18. April 2004 dem Vorstand von Exit abliefern. Es konnte nicht wissen, dass die «leichte Kürzung», auf welche die erste Fussnote der SJZ-Version Bezug nimmt, zwei Punkte betrafen, nämlich einerseits das Literaturverzeichnis des Original-Gutachtens und insbesondere noch einen Anhang, welcher die Kriterien aufzählt, welche ein psychiatrisches Fachgutachten, wie es die Gutachter für «unumgänglich» ansehen, enthält.

So konnte das Bundesgericht nicht wissen, dass die dort angeführten Kriterien dermassen hoch und praktisch nicht erfüllbar waren, dass der Zürcher Kantonsarzt Ulrich Gabathuler dem Verein (Exit-Deutsche Schweiz), welcher ihm dieses Gutachten in der Original-Version offenbar zugestellt hatte, am 26. Juli 2004 geantwortet hat: «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» (PETERMANN, Kommentierung BGE 133 I 58, 899).

Im Hinblick auf das Verfahren des Bundesgerichts drängt sich hier auch die Frage auf, ob ein Gericht, welches sich in einem Urteil kritiklos auf ein derartiges Gutachten einlässt, ohne den Parteien des Verfahrens zuvor die Gelegenheit gegeben zu haben, sich dazu zu äussern, nicht den Anspruch auf rechtliches Gehör und damit auf ein faires Verfahren verletzt.

Es ist in der Tat sehr bedauerlich, dass das Bundesgericht, als es die Anforderung des Exit-Gutachtens nach einem psychiatrischen Gutachten (SJZ-Version, 91) verhältnismässig unreflektiert übernahm, nicht die Originalversion besass. Denn wäre diese dem Bundesgericht zur Verfügung gestanden, so hätte das Bundesgericht sicherlich bemerkt, dass die Original-Version – im Gegensatz zur SJZ-Version – ein separates Literaturverzeichnis enthielt, in welchem insgesamt 61 Werke aufgeführt wurden, davon 21 psychiatrische Fachtitel. Im Gutachten selbst wurden allerdings nur neun dieser 21 Werke zitiert und auch von diesen neun sogar nur drei mit Seitenzahlen (also in überprüfbarer Weise). Bei den anderen 40 Werken handelt es sich grösstenteils um rechtliche und philosophische Fachliteratur, Literatur also, die von den anderen Gutachtern verwendet wurde.

Das Gutachten selbst enthält jedoch insbesondere in psychiatrischer Hinsicht Behauptungen, welche der heutigen Lehre widersprechen und durch die unwissenschaftliche Art und Weise, wie sie vorgebracht wurden, sich auch jeglicher Überprüfbarkeit entziehen (vgl. dazu auch PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Rz 243 bis 275).

b. Frage der «anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften»

Von zentraler Bedeutung ist hier die Frage nach den «anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften». Art. 26 Abs. 1 HMG verlangt nämlich, dass bei der Verschreibung von Arzneimitteln die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften beachtet werden müssen. Nach Meinung der Staatsanwaltschaft stellen in der Schweiz die Sterbehilf-Richtlinien der SAMW vom 25. November 2004 solche anerkannten Regeln dar. Dieser Frage muss daher vertieft nachgegangen werden, denn auch wenn im vorliegenden Fall ein Freispruch aus anderen Gründen erfolgte, ist dies dennoch (für künftige Fälle) ein Element von grosser Bedeutung.

Art. 26 Abs. 1 HMG verlangt, dass bei der «Verschreibung von Arzneimitteln die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften beachtet werden». Auf die Frage, was genau diese «anerkannten Regeln» sind, darüber schweigt sich das Gesetz aus. Auch im Kommentar zum HMG finden sich zu dieser Frage erstaunlicherweise keine Antworten. Immerhin umschreibt der Kommentar den Begriff näher: Darunter seien die allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft bezüglich Diagnosestellung und Behandlung zu verstehen, welche sich nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft zu richten haben (Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz [HMG], Hrsg. THOMAS EICHENBERGER/URS JAISLI/PAUL RICHLI, Basel 2006, N 8 zu Art. 26 HMG [im Folgenden: BaK-HMG]).

Weitere Hinweise liefert die Generalklausel von Art. 3 HMG, welche unter dem Randtitel Sorgfaltspflicht besagt: «Wer mit Heilmitteln umgeht, muss dabei alle Massnahmen treffen, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlich sind, damit die Gesundheit von Mensch und Tier nicht gefährdet wird.» Der Stand von Wissenschaft und Technik wird dann weiter erläutert, nämlich, dass mit objektivierten und eingegrenzten Sorgfaltsmassnahmen solche gemeint sind, welche in analoger Weise auch für technische Einrichtungen und Geräte bestehen (BaK-HMG, N 40 zu Art. 3 HMG). An dieser Stelle werden auch die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften gemäss Art. 26 Abs. 1 erwähnt, an besagter Stelle im Rahmen der Therapiefreiheit des Arztes (BaK-HMG, N 45 zu Art. 3 HMG). Weitergehende Erläuterungen finden sich im BaK-HMG, dem einzigen Kommentar zum HMG, nicht. Auch eine Suche in der Swisslex-Jurinfothek bringt zwar insgesamt 19 Treffer zum Suchbegriff «HMG 26 Abs. 1», der Begriff der anerkannten Regeln wird allerdings auch in diesen Treffern nicht näher ausgeführt.

Es bestehen allerdings starke Hinweise dafür, dass mit den «anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften» ausschliesslich technische Regelungsbereiche gemeint sind. Unter dem Regelungsinhalt führt die Kommentatorin BÜRGI ausführlich die Therapiefreiheit des Arztes an und verknüpft ihn an dieser Stelle – folgerichtig – mit der Off-Label-Rezeptierung von Pharmazeutika (BaK-HMG, N 9 zu Art. 26 HMG). An anderer Stelle führt sie aus, der Therapieentscheid des Arztes werde durch die Patientenaufklärung eingeschränkt (BaK-HMG, N 15 zu Art. 26 HMG). Von besonderer Bedeutung ist, was sie unter dem Titel «Fortbildungspflicht» ausführt: «Fortbildungsveranstaltungen sollen wissenschaftlich fundiert und kritisch sein, die Themen sollen zudem objektiv nach dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis behandelt und die Diagnose- und Therapiemöglichkeiten nach den Kriterien der evidenz-basierten Medizin (EBM) dargestellt werden» (BaK-HMG, N 17 zu Art. 26 HMG). Im Kommentar finden sich keinerlei Stellen, welche auch nur den Ansatz zur Schlussfolgerung bieten könnten, dass ethische oder gar weltanschauliche Postulate ebenfalls als «anerkannte Regeln der medizinischen Wissenschaften» zu betrachten wären. Aus den genannten Stellen im Kommentar HMG ist daher vielmehr zu schliessen, dass die «anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften» technische Regelungsbereiche sind, welche evidenz-basierten Kriterien zugänglich sind.

Für diese These sprechen verschiedene Autoren. Zwei deutsche Unfallchirurgen, THOMAS TILING und THOMAS TJARDES, bspw. führen dazu aus, dass «Qualität und Wirksamkeit der Leistung bei Heilbehandlung dem allgemeinen anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen [müssen]. Weitgehend anerkannt ist in Deutschland ärztlicherseits, dass eine solche Beurteilung – so weit vorhanden – auf dem besten erreichbaren wissenschaftlichen Evidenzgrad unter Einbeziehung der individuellen Patientensituation erfolgen sollte» (THOMAS TILING/THOMAS TJARDES, Der beratende Arzt zwischen Therapiefreiheit und Evidenzzwang, in: Trauma Berufskrankheit 2007, 370–379, 378).

Bedeutend ausführlicher setzt sich mit dieser Frage ein im Jahre 2003 im Journal of the Royal Society of Medicine erschienener Aufsatz der Autoren SAMANTA/SAMANTA/GUNN auseinander: Als erstes definieren sie, was überhaupt unter anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft zu verstehen ist. Diesbezüglich führen sie aus: «Clinical guidelines are statements that have been systematically developed and which aim to assist clinicians in making decisions about treatment for specific conditions» (ASH SAMANTA/JO SAMANTA/MICHAEL GUNN, Legal considerations of clinical guidelines: will NICE make a difference?, in: Journal of the Royal Society of Medicine 2003, 133–138, 133).

Sie machen des Weiteren Ausführungen, wie solche anerkannten Regeln entwickelt werden: «The development of guidelines is a structured process. The first step is to identify and refine the subject area. A multidisciplinary expert group of key stakeholders systematically reviews all the available evidence. The group proceeds to identify and assess relevant evidence around the subject, which then needs to be translated into a practically useable and workable clinical form. Guidelines need to be reviewed and updated regularly» und: «The process by which such guidelines are formulated is based upon the principle of, reasonableness and accountability' expected of a public body. This means that decisions must be publicly accessible, that the rationale must rest on evidence, that there is a mechanism for appealing against decisions, and that there is regulation of the process» (SAMANTA/SAMANTA/GUNN, a.a.O., 135).

Sie beginnen die Zusammenfassung ihres Aufsatzes mit folgenden Worten: «Clinical guidelines are systematically developed, evidencebased, clinically workable statements that aim to provide consistent and high quality care for patients» (SAMANTA/SAMANTA/GUNN, a.a.O., 138).

Von zentraler Bedeutung ist hier auch die Meinung von JENS ANDREAS SICKOR, dessen Dissertation die Normenhierarchie im Arztrecht untersucht. Er führt hierzu aus: «Die Orientierung am anerkannten Standard der medizinischen Wissenschaft führt zum Begriff des medizinischen Standards. Dieser repräsentiert den jeweiligen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und ärztlicher Erfahrung, die zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich mit der Erprobung bewährt hat.» (JENS ANDREAS SICKOR, Normenhierarchie im Arztrecht, Diss., Berlin 2005, 254).

SICKOR untersucht im Übrigen auch die Normenqualität der Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften und der ÄZQ (Ärztliche Zentralstelle für Qualitätssicherung). Er führt aus, dass die Spitzenorganisationen der ärztlichen Qualitätssicherung in Abstufung der Verbindlichkeit drei Ebenen herausgearbeitet haben, nämlich Richtlinien, Leitlinien und Empfehlungen (SICKOR, a.a.O., 190 f.). Es erscheint unnötig, die Unterscheidungen an dieser Stelle auszubreiten, da SICKOR zum (richtigen) Schluss kommt, dass alle drei keine verbindlichen Rechtsnormen darstellen. Er kommt sogar zur Schlussfolgerung, dass sich daran auch nichts ändern würde, wenn die BÄK (Deutsche Bundesärztekammer) eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zum Erlass solcher Richtlinien hätte; hätte sie eine solche, würde sich dies nämlich aus verfassungsrechtlichen Gründen als unzulässig erweisen (SICKOR, a.a.O., 192–193). Oder an anderer Stelle: «Aus eigener Kraft vermögen derartige Regelwerke [Standard und Stand von Wissenschaft und Technik] keine rechtliche Verbindlichkeit zu erlangen.

Denn da ihren Herausgebern i.d.R. keine Rechtsetzungsermächtigung zur Seite steht, sind diese Regeln selbst nicht mit Rechtsqualität ausgestattet» (SICKOR, a.a.O., 129).

Die SAMW-Richtlinien 2004 entziehen sich nicht nur einer evidenz-basierten, sondern ganz grundsätzlich jeder Überprüfung. Sie können daher nicht als «anerkannte Regeln der medizinischen Wissenschaften» betrachtet werden. Sie enthalten ausschliesslich ethische Postulate, die im Übrigen von einem Grossteil der Bevölkerung nicht mehr mitgetragen werden.

Allerdings, selbst wenn die Analyse ergeben hätte, dass die Normen der SAMW einer evidenzbasierten Überprüfung zugänglich wären, würde dies wenig an ihrer rechtlichen Qualifikation ändern. Es wären damit nämlich immer noch zwei Problembereiche ungeklärt: Zum einen, ob sie überhaupt Standesregeln der ärztlichen Berufsverbände sind (was auch aus vereinsrechtlicher Sicht fraglich ist) und zum anderen, ob sie überhaupt zu objektivem Recht gemäss Art. 40 lit. a MedBG werden können. MedBG-Kommentator WALTER FELLMANN äussert sich hierzu wie folgt: «Nach der hier vertretenen Auffassung kann das aber nicht heissen, dass die Standesregeln des jeweiligen Medizinalberufes über Art. 40 lit. a zu objektivem Recht erhoben würden. Eine solche Auffassung liesse sich mit dem Ziel des Gesetzgebers nicht vereinbaren, auf Bundesebene eine «zeit- und sachgerechte Lösung» zu schaffen. Nicht immer liegen die Standesregeln im öffentlichen Interesse. Ferner würde eine derart offene Verweisung auf Standesregeln zu Problemen hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage der fraglichen Berufspflichten führen» (Kommentar Medizinalberufegesetz [MedBG], herausgegeben von ARIANE AYER/UELI KIESER/TOMAS POLEDNA/DOMINIQUE SPRUMONT, Basel 2009, N 28 zu Art. 40 MedBG).

Es darf an dieser Stelle allerdings nicht verschwiegen werden, dass die Berufspflichten des Arztes auch ethische Grundsätze umfassen (Kommentar MedBG, N 54 zu Art. 40 MedBG). Was damit konkret gemeint ist, erklärt der Kommentator WALTER FELLMANN wie folgt: «Gemeint ist damit jene konsensfähige Konventionalethik, die trotz allem Wertpluralismus auch heute noch besteht. Ein Verhalten ist danach sittenwidrig, wenn es Werte verletzt oder gefährdet, die nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung moralisch-ethisch zu beachten sind» (Kommentar MedBG, N 53 zu Art. 40 MedBG). Angesichts der Tatsache, dass die schweizerische Gesellschaft einer selbstbestimmten Beendigung des eigenen Lebens äusserst offen gegenübersteht (es sei hier die Abstimmung bezüglich der beiden Sterbehilfeverbotsinitiativen aus Zürich vom 15. Mai 2011 in Erinnerung gerufen, welche mit 85:15% und 78:22% im wahrsten Sinne des Wortes abgeschmettert wurden), kann auch mit sehr viel Phantasie nicht behauptet werden, dass

die Gesellschaft hier Einschränkungen wünscht, wie sie die SAMW (und bisweilen auch die NEK) implementieren wollen. Dies ist im Übrigen kein schweizerisches Phänomen, in Deutschland bspw. sind, wie eine Forsa-Umfrage gemäss Weltwoche vom 19. Juni 2012 zeigt, 74% der Bevölkerung sogar für aktive Sterbehilfe.

Schliesslich führt der Kommentator FELLMANN hierzu auch aus: «Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau fehlt den Richtlinien der Akademie der medizinischen Wissenschaften ein für Ärzte und Patienten verbindlicher Charakter – es handelt sich nicht um ein Gesetz» (Kommentar MedBG, N 56 zu Art. 40 MedBG).

c. Frage der Verfassungsmässigkeit von SAMW Richtlinien

Wenn Ärztesellschaften, Standesorganisationen oder sogar Gesundheitsbehörden Regeln erlassen, welche durch Verfassung oder völkerrechtliche Verträge wie die EMRK garantierte Grundrechte einschränken, verstossen sie damit automatisch gegen das entsprechende Völker- und Verfassungsrecht. Nicht einmal der Souverän selbst kann Gesetze erlassen, welche gegen Grundrechte verstossen, zumindest nicht ohne zu riskieren, dass diese durch die entsprechenden Gerichte, das Bundesgericht und den EGMR, für verfassungs- resp. konventionswidrig erklärt werden. Umso weniger können dies Organisationen, welche nicht einmal Gesetze im formellen Sinne erlassen können. Soweit solche Richtlinien (oder wie auch immer diese Organisationen ihre Regelwerke nennen) gegen Völker- und Verfassungsrecht verstossen, sind sie nichtig und können keinerlei Rechtswirkung entfalten.

Dies ist auch die einhellige Lehre: DAVID RÜETSCHI bspw. führt in der Schweizerischen Ärztezeitung aus, dass indem die SAMW, die FMH und andere Ärztesellschaften mit restriktiven Bedingungen den Ärzten vorzuschreiben versuchten, in welchen Fällen sie Beihilfe zu einem Suizid leisten dürfen, sie verfassungs- und völkerrechtlich garantierte Grundrechte verletzen (DAVID RÜETSCHI, Die Medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW aus juristischer Sicht, in: SÄZ 2004, 1222–1225, 1222). Er zeigt sich über die Tatsache, dass die Richtlinien der SAMW grundsätzliche Wertentscheidungen und regelmässig auch Grundrechte tangieren, besorgt und betrachtet dies aus rechtsstaatlicher Sicht als «äusserst bedenklich». RÜETSCHI verweist auf BGE 104 Ia 310, in welchem das Bundesgericht eine Delegation der Gesetzgebungskompetenz nur dann als zulässig betrachte, wenn die Rechtsstellung der Bürger nicht schwerwiegend beeinträchtigt werde. Da bei Themen wie der Sterbehilfe oder Fortpflanzungsmedizin die Grundrechte der Bürger aber unmittelbar tangiert sind, könne eine Delegation hier nicht zulässig sein und eine Regelung müsse daher auf der

Stufe eines formellen Gesetzes erfolgen (RÜETSCHI, a.a.O., 1225). RÜETSCHI äussert sich noch in einem anderen Werk (DAVID RÜETSCHI, *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) dazu und führt auch dort aus, dass derartige Verweisungen unzulässig sind. Diese Meinung wird auch von CÉLINE TRITTEN vertreten, welche zu Recht unterstreicht, dass im Falle eines Konfliktes zwischen den Richtlinien der SAMW und geltendem Verfassungs- und Völkerrecht die Richtlinien der SAMW ihre Legitimation verlieren (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* 2005, 70–83, 70). Die fehlende Verfassungsmässigkeit der SAMW-Richtlinien wird auch von PETERMANN dezidiert kritisiert, so etwa in FRANK TH. PETERMANN, «Die geltende Regelung für Natrium-Pentobarbital: Ein legistischer Rubik's Cube?», in *AJP/PJA* 2008, 1413–1431, 1414 Fn. 11 (im Folgenden: PETERMANN NAP-Regelung) oder FRANK TH. PETERMANN, *Rechtliche Überlegungen zur Problematik der Rezeptierung und Verfügbarkeit von Natrium-Pentobarbital*, in: *AJP/PJA* 2006, 439–467, 447–450.

Schliesslich ist zur Beurteilung dieser Frage auch das Rechtsgutachten der Professoren JAAG/RÜSSELI zuhanden des Gesundheits- und Umweltschutzdepartements der Stadt Zürich aus dem Jahre 2000 zu beachten. Es wurde in Auftrag gegeben, um die Frage zu prüfen, ob die Stadt Zürich als Trägerin von Spitälern, Kranken- und Altersheimen den Benutzern dieser Anstalten untersagen dürfe, in ihren Räumen Vertreter von Sterbehilfeorganisationen zum Zweck der Vorbereitung oder Durchführung einer Selbsttötung zu empfangen (TOBIAS JAAG/MARKUS RÜSSELI, *Sterbehilfe in staatlichen Spitälern, Kranken- und Altersheimen*, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl]* 2001, 113–129, 113–114). Die Gutachter kamen zum Schluss, dass der Entscheid einer urteilsfähigen Person zur Selbsttötung zu respektieren sei. Dieses Gutachten ist u.a. auch deshalb von hoher Qualität, weil die Autoren erkannten, dass es mit der Feststellung der Rechtslage allein nicht getan ist, weil der Entscheid, das eigene Leben zu beenden, nicht immer ohne Weiteres durchsetzbar ist. Sie handelten daher auch die Frage ab, ob ein Sterbewilliger Anspruch darauf habe, dass ihm bei seiner Selbsttötung Beihilfe geleistet werden dürfe, und erkannten richtig, dass wenn Dritte ohnehin bereit sind, einem Suizidenten bei der Verwirklichung seines bereits ge-

fassten Entschlusses zur Selbsttötung Hilfe zu leisten, die Frage nicht mehr sein könne, ob ein Anspruch auf Beihilfe zur Selbsttötung bestehe, sondern vielmehr, ob der Staat verbieten dürfe, dass dem Sterbewilligen ein Dritter bei seiner eigenen Tötung behilflich sei. Das Gutachten kam zum Schluss, dass ein solches Verbot nicht verfassungsmässig sei (JAAG/RÜSSELI, a.a.O., 123–124).

d. Die *Artico*-Rechtsprechung des EGMR

Bedauerlich ist auch, dass es das Strafgericht Basel-Stadt unterlassen hat, auszuleuchten, dass eine Gutheissung des Antrages mit der von der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt faktisch vorgebrachten Begründung, Suizidbeihilfe bei Patienten, welche nicht in unmittelbarer Todesnähe sind, auch das Prinzip der *Artico*-Rechtsprechung des EGMR verletzt hätte (vgl. das Urteil *Artico gegen Italien* vom 13. Mai 1980; Série A Nr. 37; EuGRZ 1980, 662 ff.). Darin hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Ziff. 33 folgendes ausgeführt: «Der Gerichtshof ruft in Erinnerung, dass die Konvention nicht den Zweck hat, theoretische oder illusorische Rechte zu gewährleisten, sondern Rechte, die praktisch und effektiv sind.»

So lange es das Grundrecht des urteilsfähigen Menschen ist, selbst über Art und Zeitpunkt des eigenen Todes zu bestimmen, so lange dürfen Personen, welche dabei Hilfestellung leisten wollen, diesbezüglich nicht gehindert werden. Dies ist insbesondere deswegen von Bedeutung, weil nur Ärzte das Recht haben, dafür geeignete Medikamente, darunter auch das letale Barbiturat NaP, zu rezeptieren. Eine Gutheissung der Anklage hätte faktisch bedeutet, dass künftig jeder Arzt, der einem nicht in Todesnähe befindlichen Patienten NaP rezeptiert, mit einer Anklage und einer Verurteilung hätte rechnen müssen. Wer aber die Ärzte bei der Rezeptierung einschränkt, schränkt automatisch jeden Sterbewilligen in der Ausübung seiner Grundrechte ein. Das aus Art. 8 Abs. 1 EMRK fließende Menschenrecht, selbst über Art und Zeitpunkt des eigenen Todes zu bestimmen, bestünde dann nur noch in der Theorie oder auf dem Papier. Faktisch könnte es aber so nicht mehr ausgeübt werden. Glücklicherweise erkannte der Gerichtshof schon früh, im Jahre 1980, dass die in der EMRK verbrieften Rechte faktisch nutzlos sind, wenn sie nicht tatsächlich ausübbar sind. Schlimmer noch, internationale und nationale Gesetzgebungen, welche solche Rechte entgegen dem Wissen (und in der Regel wohl auch dem Willen) ihrer Unausübbarkeit garantierten, bekämen etwas Zynisches und Rechtsstaatswidriges. Sie wären aber in Tat und Wahrheit nichts anderes als eine Schaufensterdekoration oder eine Parade jubelnder Bürger beim Defilee des geliebten Diktators. Der EGMR erklärte daher im Entscheid *Artico gegen Italien* (Urteil vom 13. Mai 1980), dass die Grundrechte der Kon-

vention nicht nur abstrakte und theoretische Geltung haben, sondern praktikabel und ausübbar zu sein hätten.

e. Verhältnis des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK zur Ausnahmeregelung von Art. 8 Abs. 2 EMRK

Ein Gericht, welches sich so ausführlich mit dieser Materie beschäftigt, könnte sich auch mit der völkerrechtlichen Seite eines solchen Falles beschäftigen und dabei die Frage prüfen, inwieweit die Artico-Rechtsprechung bei der Urteilsfindung mit zu berücksichtigen ist. Dies gäbe ihm die Möglichkeit, nicht nur die Fragen zu prüfen, die sich aus der Artico-Rechtsprechung ergeben, sondern auch sich wohl als erstes Gericht weltweit mit dem Spannungsverhältnis der Abs. 1 und 2 von Art. 8 EMRK zu beschäftigen. Diese lauten:

Art. 8 Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Sowohl das Bundesgericht als auch der EGMR haben das Recht des urteilsfähigen Individuums, selbst über Art und Zeitpunkt seines eigenen Todes zu entscheiden, als unter den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK gehörend anerkannt. Das Bundesgericht tat dies in BGE 133 I 58 E. 6.1, der EGMR im Entscheid *Haas gegen Schweiz*, Beschwerde Nr. 31322/07 vom 20. Januar 2011, Ziff. 51.

Allerdings haben im Fall *Haas* sowohl das Bundesgericht als auch der EGMR betont, im konkreten Fall hätte Abs. 2 von Art. 8 EMRK die Grundlage für die Abweisung der Beschwerde geliefert. Der EGMR führte diesbezüglich in Ziff. 58 aus: «Der Gerichtshof ist insbesondere der Meinung, man dürfe die Missbrauchsrisiken, die einem System innewohnen, welches den Zugang zur Suizidbegleitung erleichtert, nicht unterschätzen. Wie auch die Regierung ist er der Auffassung, dass die Beschränkung des Zugangs zu Natrium-Pentobarbital dem Schutz der Gesundheit, der öffentlichen Sicherheit und der Verhinderung strafbarer Handlungen dient.»

Unbestritten ist, dass Abs. 2 von Art. 8 die explizite Rechtsgrundlage für eine Einschränkung des Rechts auf Privatleben darstellt. Eine Einschränkung darf aber niemals der Aufhebung eines Rechts gleichkommen, weder formell noch materiell (Entleerung des Kerngehaltes). Und auch eine Einschränkung ist an klare Bedingungen gebunden, nämlich die folgenden:

1. Grundsatz der Verhältnismässigkeit;
2. Eingriff muss gesetzliche Grundlage haben;
3. Eingriff muss in einer «demokratischen Gesellschaft» notwendig zum Schutz bestimmter anderer Polizeigüter sein. Diese Punkte gilt es jetzt genauer zu betrachten.

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergibt sich nicht explizit aus Abs. 2 von Art. 8 EMRK; es ist jedoch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz. Seine Erwähnung drängt sich hier auf, weil der EGMR in Ziff. 58 bedauerlicherweise wenig reflektiert die von der Schweizer Regierung bemühte «Missbrauchsproblematik» aufgegriffen hat. PETERMANN hat diese sowohl in seiner Urteilsbesprechung *Haas* (S. 834) als auch in seinem Aufsatz *NAP-Regelung*, insb. S. 1415, Fn. 24, extensiv abgehandelt, so dass an dieser Stelle darauf verwiesen werden kann. Zusammenfassend kann diesbezüglich festgehalten werden, dass angesichts der Tatsache, dass in der ganzen Missbrauchsdebatte die hier möglichen oder vielmehr angeblichen Missbräuche nicht näher erwähnt werden. Ein Verbot oder auch nur schon eine restriktive Handhabung aufgrund solch vager und damit natürlich auch kaum widerlegbarer Vorwürfe verletzt nach Meinung des Autors den rechtsstaatlich stets zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

Eine Einschränkung aufgrund derart unbewiesener Vorwürfe wäre m.E. ein noch krasserer Verstoß gegen das Verhältnismässigkeitsgebot, als wenn man beispielsweise beschliessen würde, sämtliche kirchlichen Jugendeinrichtungen wegen (konkreter und bewiesener) Missbrauchsverurteilungen zu schliessen.

Auch bezüglich des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage stellen sich Fragen. Die SAMW betont grundsätzlich gerne, dass ihre Richtlinien «hohe moralische Anerkennung» geniessen bzw. einen «quasi Gesetzescharakter» aufweisen (vgl. dazu auch SAMW Bulletin Nr. 3, August 2004, 2–3). Allerdings dürfte selbst Juristen, welche die ethisch-moralische Autorität der SAMW nicht grundsätzlich verneinen, klar sein, dass deren Richtlinien nicht das darstellen, was gemeinhin (und insbesondere in der Grundrechtslehre) als gesetzliche Grundlage gelten kann. Insbesondere fehlt deren Richtlinien n.M.d.A. die demokratische Legitimation. Daran ändert auch nichts, wenn die SAMW über ihre Richtlinien ausführt, dass «... die Ärzte moralisch zu deren Achtung verpflichtet sind. Und im Moment, wo die Ärztekammer der FMH die Richtlinien in die Standesordnung aufnimmt, verwandelt sich diese moralische Pflicht in eine professionelle Verpflichtung» (SAMW Bulletin, a.a.O., 3).

Dies führt zum dritten Tatbestandsmerkmal des zweiten Absatzes von Art. 8 EMRK, welches streng genommen ein Doppelpes ist: Es ist einerseits das Erfordernis, dass die

Grundrechtsbeschränkungen zum Schutz bestimmter Polizeigüter notwendig sind, und andererseits, dass dies in einer demokratischen Gesellschaft so betrachtet wird. Die Formulierung «in einer demokratischen Gesellschaft» legt nahe, dass eine Einschränkung nicht nur legal im eigentlichen Sinne des Wortes zu sein hat, sondern auch einer demokratischen Legitimierung bedarf.

VILLIGER erklärt diesbezüglich, der Gerichtshof habe den Rechtfertigungsgrund «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» «so ausgelegt, dass die Massnahme einem «dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis» (pressing social need) entsprechen müsse.» Der Verweis auf die «demokratische Gesellschaft» bedeute, «dass der Einzelne bei der Ausübung seiner Freiheitsrechte Anspruch auf eine gewisse Toleranz» habe (MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], Zürich 1999, Rz 555).

Die demokratische Legitimation muss aber auch in dem Sinne gegeben sein, dass die bestehenden einschränkenden Gesetze nicht nur in einer demokratischen Weise erlassen worden sind. Aus dem in der Präambel der EMRK abgeleiteten Prinzip, wonach die EMRK als ein «living instrument» zu verstehen ist, ergibt sich gleichzeitig das Erfordernis, dass ein gesetzlich vorgesehener nationaler Eingriff in ein Grund- und Menschenrecht noch immer einem «dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis» entspricht.

Auf diese Weise wäre eben auch zu überprüfen, ob eine Mehrheit (der Gesellschaft) ein vor Zeiten erlassenes, demokratisch zustande gekommenes Gesetz in ihrer Mehrheit überhaupt noch billigt. Mit anderen Worten, die Einschränkung muss auch dem Willen der Mehrheit der aktuell lebenden Gesellschaft entsprechen, denn das ist es, was man im deutschen Sprachgebrauch unter dem Begriff «Demokratie» versteht.

Von den 47 Staaten des Europarates kennen aktuell nur deren vier Gesetze, welche Sterbehilfe oder die Beihilfe zum Suizid erlauben, nämlich die drei Benelux-Staaten und die Schweiz. Von grösserer Bedeutung hier ist jedoch, dass das Thema der selbstbestimmten Beendigung des eigenen Lebens in den letzten Jahren in vielen Ländern intensiv diskutiert wurde. Interessant dabei ist auch, dass die Regierungen eher geneigt scheinen, ihren Bürgern dieses Recht abzusprechen, während letztere dieses grossmehrheitlich wünschen.

Wie gross diese Mehrheiten in den verschiedenen Staaten Europas sind, konnte erst kürzlich mit aussagekräftigen Zahlen erhärtet werden. Am 22. November 2012 versandte die Vereinigung der Schweizer Medizinalrechtsanwälte (SMLA) eine Medienmitteilung, worin das Folgende zum Ausdruck kam: Aus einer auf Veranlassung der Vereinigung der Schweizer Medizinalrechtsanwälte durchgeführten On-

line-Umfrage des zur weltweiten Gallup-Organisation gehörenden Schweizer Instituts Isopublic wurde ersichtlich, dass die Völker Europas mit zum Teil grossen Mehrheiten die Einführung von Sterbehilfe verlangen. Die Umfrage ermittelte Mehrheiten mit Minimal- und Maximalwerten zwischen 52% (Griechenland) und 87% (Deutschland), welche die Selbstbestimmung am Lebensende bejahen. 56% der Griechen bis 78% der Spanier könnten sich vorstellen, selber Sterbehilfe in Anspruch nehmen. Mit 76% (Griechenland) bis 89% (Schweden) wird dabei professionelle Sterbehilfe durch Ärzte oder ausgebildete Sterbehelfer gefordert, und Strafandrohungen für solche professionelle Hilfe werden mit 58% (Schweden) bis 82% (Spanien, Portugal) radikal abgelehnt. Die Freiheit der Ärzte, in diesem Bereich helfen zu dürfen, bejahten Mehrheiten von 58% der Griechen bis zu 79% der Deutschen und 85% der Briten. In Deutschland massen 25% der Befragten diesem Thema grosse Bedeutung für ihre eigene Wahlentscheidung bei. Interessanterweise ergaben sich nur verhältnismässig selten Unterschiede bezüglich des Alters der Befragten.

Angesichts dieser Zahlen muss man sich sehr ernsthaft die Frage stellen, ob Art. 8 Abs. 2 EMRK – angesichts des Erfordernisses der demokratischen Legitimation von Einschränkungen des Rechts auf Privatleben – weiterhin ein Werkzeug für eine legitime Einschränkung der Ausübbarkeit des Grundrechts darzustellen vermag (<http://www.medizinalrecht.org/index.php?id=16>).

Das Strafgericht Basel-Stadt kannte die am 22. November 2012 publizierte Studie natürlich nicht und konnte diese auch nicht kennen. Diese zur Klärung der Frage nicht berücksichtigt zu haben, kann ihm nicht vorgeworfen werden. Allerdings hätte das Gericht auf anderes Material zurückgreifen können, so bspw. MIRA GAJEVIC, Jeder Zweite für kommerzielle Sterbehilfe, Frankfurter Rundschau vom 6. August 2012 (<http://www.fr-online.de/politik/ster-behilfe-jeder-zweite-fuer-kommerzielle-sterbehilfe,1472596,16810020.html>), oder den im Jahre 2010 erfolgten Verweis auf eine Studie der Universität Zürich, wonach die Schweizer sogar aktive Sterbehilfe wollen (http://www.20min.ch/schweiz/news/story/129_14483?redirect=mobile&nocache=0.030812173334119897) und nicht zuletzt auf das Abstimmungsergebnis aus dem Kanton Zürich von Mai 2011 (siehe NZZ vom 15. Mai 2011, http://www.nzz.ch/aktuell/zuerich/stadt_region/zuercher-wollen-sterbehilfe-und-ster-betourismus-nicht-verbieten-1.10585510).

6. Aus Sicht des Autors lässt das Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt in diesem Fall die zwar zutreffend begonnene, aber nicht konsequent zu Ende geführte Auseinandersetzung mit den sich stellenden Urteilsfragen vermissen.

Zwar dürfte das Strafgericht die Brisanz einer rechtskräftigen Verurteilung des Angeklagten erkannt haben, denn sonst hätte es sich nicht mit solch grosser Sorgfalt mit den von ihm behandelten Sach- und Rechtsfragen auseinandergesetzt. Es ist davon auszugehen, dass das Strafgericht die Wirkungen einer rechtskräftigen Verurteilung des Angeklagten vorausgesehen hat, mithin dass Suizidhilfe dann nur noch Sterbenskranken hätte geleistet werden können. In diesem Sinne schien sich das Strafgericht bewusst gewesen zu sein, dass es um einen Grundsatzentscheid zur Problematik der Sterbehilfe ging.

Die vorliegend weiterführend vom Autor aufgeführten Aspekte wurden indessen vom Strafgericht nicht abgehandelt, obwohl nach Ansicht vieler Lehrmeinungen und der des Autors, diese Aspekte notwendigerweise mit der Suizidhilfe in einem direkten Sach- und Rechtszusammenhang stehen. Leider sind Gerichtsentscheide, welche diesen weiterführenden Zusammenhang mit der nötigen Klarheit zum Ausdruck bringen, immer noch Desiderat.

Festzustellen ist aber immerhin, dass das Gericht in diesem Fall eine wirklich äusserst wichtige Frage prüfte und als wohl erstes Gericht der Schweiz zum – richtigen – Schluss kam, dass die SAMW-Richtlinien betreffend der Betreuung Sterbender vom 21. November 2004 auf Fälle wie den Vorliegenden nicht anwendbar sind, weil die Patientin eben nicht in Todesnähe war und die SAMW-Richtlinien auf den Fall daher auch gar nicht anwendbar waren.

7. Abschliessend kann auf eine von PETERMANN zitierte Lehrmeinung, nämlich jene des Berner Staatsrechtlers AXEL TSCHENTSCHER verwiesen werden (AXEL TSCHENTSCHER, in: Walter Kälin/Jörg Künzli/Andreas Lienhard/Pierre Tschanen/Axel Tschentscher, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2009 und 2010, in: ZBJV 2010, 937–1034). TSCHENTSCHER führte in einer aussergewöhnlich scharfen Kritik von BGE 2C_9/2010 aus, dass «mit der politischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion über die Regulierung der organisierten Suizidhilfe ein Feld betreten wurde, welches noch zahlreiche Entscheide des Bundesgerichts nötig machen» werde (TSCHENTSCHER, a.a.O., 967).

Diese Entscheide zu erwirken ist Aufgabe der Wahrung von Grundrechten verpflichteter Juristen. Wenn Standesorganisationen systematisch die Grundrechte ihrer Mitglieder und anderer Bürger einschränken, so sollte immer auf zwei Punkte hingewiesen werden: Zum einen, dass diese Organisationen bereits vom Legalitätsprinzip her zu solchen Grundrechtseinschränkungen nicht befugt sind. Zum anderen aber auch, dass ihnen die ethische Autorität dazu abgesprochen wird. Letztere geben sich diese Organisationen nämlich in der Regel selbst und können sie ausschliesslich deswegen aufrecht erhalten, weil viel zu wenige expli-

zit aussprechen, dass in einem Rechtsstaat dem staatlichen Recht (und diesem allein) die oberste Leitlinienfunktion zukommt, an welcher Recht geringerer Stufen stets zu messen ist.

Zwar führt die SAMW in ihrem Bulletin, a.a.O., auf S. 3 bspw. aus: «Die Akademie geniesst ein hohes Ansehen, das ihr nicht per Dekret zugesprochen wurde; vielmehr hat sie sich dieses durch ihre Arbeit erworben, durch die Qualität ihrer Richtlinien und deren breite Akzeptanz.» Doch dieses angeblich hohe Ansehen und die angeblich breite Akzeptanz ihrer Richtlinien werden – bezeichnenderweise – nur immer von der SAMW selbst betont und hervorgehoben. Diese Qualität ist aber von ihr nur dann zu erzielen, wenn sie beim Erlass ihrer Richtlinien und Empfehlungen sich einerseits der grundlegenden freiheitlichen Entscheidungen unseres liberalen staatlichen Rechts bewusst bleibt und andererseits strikte darauf achtet, nur solche Regeln aufzustellen, die als evidenzbasiert bezeichnet werden können.

Zudem verhält es sich mit Ansehen und Autorität ähnlich wie mit dem Respekt: Man kann Respekt wohl einfordern, doch echter Respekt wird nicht eingefordert, sondern entgegengebracht, weil der oder die Respektsperson sich in einer bestimmten Art und Weise verhält, welche den Respekt aus sich selbst heraus generiert. Dabei darf auch nicht vergessen werden, dass bereits das blosses Einfordern von Respekt etwas ist, was der Erbringung echten Respekts im Grunde genommen schon zuwiderläuft.

Insgesamt darf festgehalten werden, dass das Basler Strafgericht ein qualitativ sehr hoch stehendes Urteil gefällt hat. Es ist in diesem Sinne zu hoffen, dass gleichermassen weitere sich mit dieser Materie auseinandersetzen Urteile folgen werden, welche der Rechtsfortentwicklung und Rechtssicherheit dienen.

Pratique DE DROIT RURAL

DIKE

Actuelle

PJA

TIRAGE À PART
(pas à vendre)

Edition et administration

Dike Zeitschriften AG, Zürich/St. Gallen
Weinbergstrasse 41, 8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, Fax 044 251 58 29
E-Mail: auslieferung@dikey.ch
Internet: <http://www.dike.ch>