



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Aswoensdag in Duitsland; rechtsvorming rondom de strafbaarheid van hulp bij zelfdoding

Mevis, P.A.M.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Mevis, P. A. M. (2021). Aswoensdag in Duitsland; rechtsvorming rondom de strafbaarheid van hulp bij zelfdoding. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 375-388). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464105>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464105>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

ASWOENSDAG IN DUITSLAND; RECHTS- VORMING RONDOM DE STRAFBAARHEID VAN HULP BIJ ZELFDODING

Paul Mevis

1 INLEIDING

De beroepsmatige en persoonlijke contacten met Tineke Cleiren gaan ver terug. Tineke verzorgde begin jaren 80 in Nijmegen werkgroepen strafrecht die ik als student volgde. De informele contacten dateren ook uit die tijd: als studentenbestuur van de studievereniging N.C.S.V. Dr. Nico Muller borrelden wij met de leden van de sectie strafrecht in het in Nijmegen wereldberoemde café De Karseboom. De collegiale banden waren het sterkst in de gemeenschappelijke jaren in Rotterdam. Vakinhoudelijk vonden wij elkaar gemakkelijk in belangstelling voor de grondslagen van het systeem van straf- en strafprocesrecht. En al zijn er zeker ook verschillen, de inrichting van de strafrechtelijke bescherming van rechtsgoederen is een gemeenschappelijk thema; wij begeleiden ter zake samen een proefschriftonderzoek. In dat onderwerp past (opnieuw) enige aandacht voor (rechtsvorming inzake) de strafbaarheid van hulp bij zelfdoding.¹

2 AM ASCHERMITTWOCH WAR ES VORBEI MIT § 217 StGB²

Op Aswoensdag 2020 wees het *BundesVerfassungsgericht* (hierna: BVerfG) het lang verwachte oordeel over § 217 lid 1 *Strafgesetzbuch* (hierna StGB)³ inzake de strafbaarstelling van – slecht vertaald – het beroepsmatig bevorderen van zelfdoding.⁴ Het Duitse constitutionele hof leest in het algemeen persoonslijke recht van artikel 2 lid 1 jo. artikel 1 lid 1 *Grundgesetz* (hierna: GG) een *Recht auf selbstbestimmtes Sterben*. Het acht (vervolgens) de strafbepaling daarmee in strijd. Het oordeel is, als grondslag voor verder denken, even

1 De bijdrage is in de beperkingen van de corona(onderwijs)tijd geschreven.

2 Naar de titel van een bekend carnavalslied.

3 De aanduiding ‘§ 217 StGB’ is in Duitsland een begrip. Daarom is van vertaling in ‘artikel’ afgezien.

4 BVerfG 26 februari 2020, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200226.2bvr234715;
http://www.bverfg.de/e/rs20200226_2bvr234715.html.

baanbrekend als ‘bij ons’ indertijd het arrest van de Hoge Raad van 27 november 1984,⁵ maar met een belangrijk verschil. De Nederlandse rechter maakte voor het eerst sinds 1886 een uitzondering op strafbaarheid van (euthanasie en) hulp bij zelfdoding. In Duitsland stelde het in 2015 ingevoerde delict van § 217 StGB voor het eerst sinds 1871 bepaalde vormen van hulp bij zelfdoding überhaupt strafbaar, zoals het BVerfG aan het begin van het oordeel uitdrukkelijk constateert;⁶ § 217 StGB is een uitzondering op straffeloosheid van hulp bij zelfdoding. Zodanige uitzondering kan inmiddels – 140 jaar na 1871 – nodig zijn, maar dan moet de noodzaak daarvan wel voldoende blijken, zo is de teneur.

Tegelijk: met de ‘klaroenstoot’ van het BVerfG over een *Recht auf selbstbestimmtes Sterben* is nog niets gezegd over de verdere invulling daarvan; het laatste woord over hulp bij zelfdoding is er niet mee gesproken. De wetgever lijkt overtuigd van de noodzaak van een nieuwe regeling ter bescherming van de rechtsgoederen die hij eerder met § 217 StGB beoogde te beschermen, al zijn pas onlangs eerste ideeën ter zake geconcretiseerd. Tegen de achtergrond van het bovenstaande volgt in het onderstaande een nadere analyse van het oordeel en een duiding van de betekenis voor de rechtsontwikkeling in Duitsland en in Nederland.

3 TEKST EN CONTEXT VAN § 217 StGB

De omstrede § 217 StGB 2015 luidt als volgt:

‘Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

1. Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
2. Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.’

Er is sprake van een abstract gevaarzettingsdelict, gericht tot degenen die *geschäftsmäßig* gelegenheid tot zelfdoding laat of verschafft met het opzet de zelfdoding te bevorderen. ‘*Geschäftsmäßig*’ duidt op ‘gericht op herhaling’; ‘een beroep of gewoonte van maken’. Dat is ruimer dan het bediscussieerde alternatief *gewerbsmäßig*, een meer op onderneming met winst oogmerk gericht concept.⁷ Het verschil is van betekenis omdat een (huis)arts of

⁵ HR 27 november 1984, NJ 1985/108, m.nt. ThWvV.

⁶ Randnummer 16.

⁷ In Duitsland bestond al langer discussie over de wenselijkheid van strafbaarstelling van vormen van hulp bij zelfdoding. Het ingevoerde § 217 StGB is een van vier bediscussieerde wetsvoorstellen met uiteenlopende

artsenpraktijk wel *geschäftsmäßig* maar niet zonder meer *gewerbsmäßig* handelt. De gekozen formulering omvat daarmee ook het handelen van artsen en niet alleen van zgn. *Sterbevereine*. Die (ruime) reikwijdte heeft het oordeel mede beïnvloed.

Het tweede lid van § 217 StGB bevat de afgrenzing ‘naar beneden’: de niet-beroepsmatige stervenshulp van onmiddellijke naasten (binnen de begrenzing van ‘hulp’; die mag naar Duits recht niet tot *Tatherschaft* uitgroeien) is niet strafbaar.⁸

4 KLAGERS EN HUN (ONDERSCHEIDEN) GRONDRECHTEN

De beslissing van het BVerfG bevat het oordeel op zes klachten over de grondwetsconformiteit van § 217 StGB. Aard en achtergrond van de klagers verschillen. Het gaat om burgers die hulp bij zelfdoding zouden willen invoeren, om een drietal *Sterbehilfvereine* en hun vertegenwoordigers, en om een aantal artsen en een advocaat die artsen bijstaat. Het verschil in achtergrond impliceert dat de verschillende klagers ook verschillende grondrechten (moeten) invoeren. Voor de beroepsbeoefenaren is dat niet het algemeen persoonlijkheidsrecht maar eerder het recht op vrije beroepsuitoefening c.q. het recht van vrijheid van vereniging.

In de opbouw van de beslissing adresseert het BVerfG eerst uitvoerig de klachten van degenen die niet in enige professie maar als burger klagen. Dat is een interessante volgorde. De strafbepaling raakt immers degene die hulp bij zelfdoding zoekt niet direct; de burgerklagers zijn niet rechtstreeks normadressaat van § 217 StGB. Juist die hoedanigheid noodzaakt c.q. biedt het BVerfG gelegenheid het ‘zware’ grondwettelijk persoonlijkheidsrecht op de voorgrond te laten treden; voor de ‘burgerklagers’ zijn er geen andere concretere grondrechten voor handen. Daarmee onderstrepen deze volgorde en uitkomst enerzijds het algemeen karakter en belang van de benadering van het BVerfG; het gaat om de (te) verregaande inbreuk die § 217 StGB maakt op de door het BVerfG centraal gestelde notie van een *Recht auf selbstbestimmtes Sterben*, die als algemene en centrale *Grundsatznorm* in het grondwettelijk persoonlijkheidsrecht wordt ingelezen die daarmee vervolgens als overkoepelende norm aan de beoordeling van § 217 ten grondslag wordt gelegd.⁹ Uitgangs-

inhoud. Vgl. S. Britzke, *§ 217 StGB im Lichte des strafrechtlichen Rechtsgutskonzeptes*, Baden-Baden: Nomos 2019.

8 Ook niet (meer) via de omweg van het verlaten van hulpbehoevenden: BGH 3 juli 2019, ECLI:DE:BGH:2019:030719U5STR132.18.0 en ECLI:DE:BGH:2019:030719U5STR393.18.0. Het tweede lid speelt in het oordeel van het BVerfG geen rol.

9 Met deze opbouw van de beslissing hangt de kwestie van (toets aan) de legaliteit samen. Ook als men niet alle gebreken die F. Saliger (‘Strafbarkeitsrisiken ärztlicher Sterbebegleitung’, in: L. Eidam en M. Lindemann (red.), *Grundfragen und aktuelle Herausforderungen der ärztlichen Sterbebegleitung*, Baden-Baden: Nomos 2019, p. 15-30) in § 217 ontdekt wil overnemen, had het BVerfG § 217 StGB vermoedelijk ook wegens strijd met het inhoudelijk neutrale(re) *Bestimmtheitsgebot* van art. 103 lid 2 GG kunnen veroordelen; alle klagers voeren aan dat § 217 in dit opzicht te vaag is. Maar een toets aan de *Verhältnismäßigkeit* van een strafbepaling

punt daarbij is dat, nu dat *Recht auf selbstbestimmtes Sterben* als recht van het *Grundgesetz* gegeven is, de verwerkelijking ervan binnen de Duitse rechtsorde voldoende mogelijk moet zijn.¹⁰ Via deze lijn van ‘positieve grondwetsverplichting’ komt de strafbepaling van § 217 StGB als beperking van grondrechtsuitoefening van de niet-professionele klagers tot wie die strafbepaling niet (direct) is gericht toch in de reikwijdte van de BVerfG-toets van grondwetsconformiteit omdat de strafbepaling in doelstelling en werking ‘*einem normativen und direkten Eingriff gleichkom(t)*’.¹¹

Daarmee staan vervolgens de klachten van de ‘professionelen’ inzake hun specifieke grondrechten ook in het teken van dat algemenere persoonlijkheids-*Recht auf selbstbestimmtes Sterben*:

‘Die Dritten müssen ihre Bereitschaft zur Suizidhilfe auch rechtlich umsetzen dürfen. Anderenfalls liefe das Recht des Einzelnen auf Selbsttötung faktisch leer. In Fällen derartiger rechtlicher Abhängigkeit stehen die Handlungsweisen der Beteiligten in einem funktionalen Zusammenhang’.¹²

Tegelijk moet de betekenis van die volgorde ook weer niet worden overschat. Het persoonlijkheidsrecht in het *Grundgesetz* biedt het BVerfG bij uitstek gelegenheid om de toets van *Verhältnismäßigkeit* van wetgeving op § 217 StGB los te laten. Precies die toets van *Verhältnismäßigkeit* is een vaak gebruikt en algemeen geaccepteerd criterium voor de beoordeling van in Duitsland ook formele wetgeving, met ‘voordelen’ in de relatie tot (rechtsvorming door) de wetgever; de (grondwettelijke) norm kan ‘stevig’ worden neergezet, maar als de uitkomst negatief uitvalt is daarmee nieuwe wetgeving niet zonder meer uitgesloten. Al acht het BVerfG vervolgens het (voort)bestaan van § 217 StGB ook met de respectievelijke grondrechten van de andere, professionele klagers in strijd.

5 DES PUDELS KERN: DE TOETS VAN § 217 StGB

5.1 *Recht auf selbstbestimmtes Sterben als grondwettelijk recht*

De grondslag voor de gegrondheid van de klacht van de burgers is de vaststelling dat het algemeen persoonlijkheidsrecht van artikel 2 lid 1 jo. artikel 1 lid 1 GG het recht insluit te

ligt niet in art. 103 lid 2 GG besloten, terwijl die *Grundsatz* normatief belangrijker is. De *Verhältnismäßigkeit* is daarom niet te vergelijken met ‘onze’ proportionaliteit die juist een minder normatief handvat voor toetsing biedt dan (strijd met) het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

10 Randnummer 300.

11 Randnummer 215.

12 Randnummer 331.

beslissen het eigen leven te beëindigen, zonder daarbij met een oordeel vanwege de Staat over het motief te worden gehinderd:

‘Danach umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Ausdruck persönlicher Autonomie auch ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben, welches das Recht auf Selbsttötung einschließt. Der Grundrechtsschutz erstreckt sich auch auf die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und sie, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen.

(...)

Eine Einengung des Schutzbereichs auf bestimmte Ursachen und Motive liefe auf eine Bewertung der Beweggründe des zur Selbsttötung Entschlossenen und auf eine inhaltliche Vorbestimmung hinaus, die dem Freiheitsgedanken des Grundgesetzes fremd ist. (...). Die Verwurzelung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG impliziert gerade, dass die eigenverantwortliche Entscheidung über das eigene Lebensende keiner weiteren Begründung oder Rechtfertigung bedarf.¹³

De overweging maakt een einde aan voorheen wel bestaande twijfel of, redenerend vanuit de suïcidant, de (Duitse) burger volgens enige bepaling in het *Grundgesetz* het recht op *selbstbestimmtes Sterben* toekomt. Diens recht reikt naar een verbinding met derden, te weten om bij hen hulp te zoeken, c.q. aangeboden hulp aan te nemen.

Bij de formulering over de positie van deze derden merkt het BVerfG vervolgens op:

‘Das gilt insbesondere auch für denjenigen, der erwägt, sein Leben eigenhändig zu beenden. Gerade er sieht sich vielfach erst durch die fachkundige Hilfe kompetenter und bereitwilliger Dritter, insbesondere Ärzte, in der Lage, hierüber zu entscheiden und gegebenenfalls seinen Suizidentschluss in einer für ihn zumutbaren Weise umzusetzen. Ist die Wahrnehmung eines Grundrechts von der Einbeziehung dritter Personen abhängig und hängt die freie Persönlichkeitsentfaltung in dieser Weise an der Mitwirkung eines anderen (...), schützt das Grundrecht auch davor, dass es nicht durch ein Verbot gegenüber Dritten, im Rahmen ihrer Freiheit Unterstützung anzubieten, beschränkt wird’.¹⁴

Al kan niemand ooit tot het verlenen van stervenshulp verplicht worden, noch bestaat enige aanspraak op die hulp:

13 Randnummer 208 respectievelijk 210.

14 Randnummer 213.

‘Aus dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben leitet sich kein Anspruch gegenüber Dritten darauf ab, bei einem Selbsttötungsvorhaben unterstützt zu werden’.¹⁵

(...)

‘All dies lässt unberührt, dass es eine Verpflichtung zur Suizidhilfe nicht geben darf’.¹⁶

Met deze overwegingen is de eerste pijler van het oordeel gegeven. Het is de concretisering van het niet onbelangrijke fundament van artikel 2 lid 1 jo. artikel 1 lid 1 GG richting de niet-professionele, slechts indirect door § 217 geraakte ‘burger’-klagers, waarop vervolgens de (vaste rechtspraak van) toets aan de *Verhältnismäßigkeit* van § 217 StGB wordt losgelaten. Tegelijk is met deze stellingname weliswaar het een en ander *klargestellt*, maar daarmee is tegelijk nog niet meer dan het toetsingskader betreffende § 217 StGB gegeven. Niet voor niets is het grootste deel van het oordeel vervolgens aan die toetsing zelf gewijd.

5.2 *Er staan tegenstrijdige belangen op het spel*

Men kan het gerust aan het BVerfG overlaten passende formuleringen te vinden voor de tegenstrijdige belangen die aan de orde zijn bij de strafbaarstelling van § 217 StGB als inbreuk op grondrechten, tegenover de belangen gediend met die grondrechten:

‘Derjenige, der bei der Umsetzung seines Selbsttötungsentschlusses die geschäftsmäßig angebotene Hilfe eines Dritten in Anspruch nehmen möchte und solche Unterstützung nachfragt, wirkt in die Gesellschaft hinein. Angebote geschäftsmäßiger Suizidhilfe berühren deshalb nicht ausschließlich das Verhältnis zwischen dem aus freiem Entschluss handelnden Suizidwilligen und dem Suizidhelfer. Von ihnen gehen Vor- und Folgewirkungen aus, die erhebliche Missbrauchsgefahren und Gefährdungen für die autonome Selbstbestimmung Dritter umfassen’.¹⁷

(...)

‘Bei der Zumutbarkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, dass Regelungen der assistierten Selbsttötung sich in einem Spannungsfeld unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Schutzaspekte bewegen. Die Achtung vor dem grundlegenden, auch das eigene Lebensende umfassenden Selbstbestimmungsrecht desjenigen,

15 Randnummer 289.

16 Het BVerfG sluit in randnummer 342 zijn oordeel niet voor niets met deze vaststelling af.

17 Randnummer 222.

der sich in eigener Verantwortung dazu entscheidet, sein Leben selbst zu beenden, und hierfür Unterstützung sucht (...), tritt in Kollision zu der Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und darüber auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen. Diese sind von Einwirkungen und Pressionen freizuhalten, welche sie gegenüber Suizidhilfeangeboten in eine Rechtfertigungslage bringen könnten'.¹⁸

Dan rijst vervolgens de vraag hoe met een en ander nader om te gaan.

5.3 *De afweging is in de eerste plaats aan de wetgever*

De bovenstaande citaten maken duidelijk dat erop zichzelf ruimte is voor de wetgever om zich met de materie bezig te houden, ook in de vorm van een strafbaarstelling die vervolgens de vorm van een abstract gevaarzettingsdelict¹⁹ kan hebben.

'Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung einen legitimen Zweck. Die Regelung dient dazu, die Selbstbestimmung des Einzelnen über sein Leben und hierdurch das Leben als solches zu schützen. Dieser Regelungszweck hat vor der Verfassung Bestand. Er bewegt sich innerhalb eines dem Gesetzgeber durch die Verfassung auferlegten Schutzauftrags. Die Annahme des Gesetzgebers, dass gerade von einem unregulierten Angebot geschäftsmäßiger Suizidhilfe Gefahren für die Selbstbestimmung und das Leben ausgehen können, beruht auf einer hinreichend tragfähigen Grundlage'.²⁰

Het is primair aan de wetgever om de afweging te maken; de constitutionele toets betreft 'slechts' de vraag of daarbij alle relevante factoren in het juiste onderling gewicht van *Verhältnismäßigkeit* zijn bezien.²¹ In zoverre kan § 217 StGB door de beugel. De overwegingen van het BVerfG komen er daarbij inhoudelijk op neer dat de wetgever niet zelfdoding mag verhinderen of bemoeilijken uit oogpunt van een mening over de wenselijkheid ervan. Maar hij mag wel voorkomen dat zelfdoding als een maatschappelijk te gemakkelijke, te 'normale' vorm van levensbeëindiging wordt beschouwd dat daardoor druk ontstaat op de individuele burger er gebruik van te maken. De wetgever mag de vrije beoordeling van de burger beschermen tegen een te nadrukkelijk aanbod vanwege organisaties die zich

18 Randnummer 223.

19 Randnummer 267.

20 Randnummer 227, de samenvatting van randnummer 227-259.

21 Randnummer 225.

beroepshalve met het verlenen van hulp bij zelfdoding bezighouden. Het uitgangspunt dat die organisaties alleen maar hulp verlenen bij de uitvoering van een reeds afgerond beslisproces, mag de wetgever ook volgens het BVerfG als te gemakkelijk terzijde schuiven.²² Het BVerfG spreekt in dit kader van de *empirisch gestützte Fragilität eines Selbsttötungsent-schlusses*.²³ Op dit onderdeel bevat het oordeel een beschrijving van hetgeen er aan empirische gegevens over deze invloed bekend is en of de wetgever zich terecht op het aannemen van dergelijke gevaren als grondslag voor de wet beroept,²⁴ samengebracht in het oordeel:

‘Danach hält die Gefahrenprognose des Gesetzgebers einer verfassungsrechtli-chen Prüfung stand. Der Gesetzgeber hat vertretbar von geschäftsmäßiger Suizidhilfe ausgehende Gefahren für die autonome Selbstbestimmung über das eigene Leben angenommen.’²⁵

Al geldt tegelijk:

‘Der legitime Einsatz des Strafrechts zum Schutz der autonomen Entscheidung des Einzelnen über die Beendigung seines Lebens findet seine Grenze aber dort, wo die freie Entscheidung nicht mehr geschützt, sondern unmöglich gemacht wird’.²⁶

De formuleringen maken duidelijk dat het BVerfG een andere strafbepaling geenszins uitgesloten acht. Dat is een belangrijke tweede pijler van het oordeel. Relevant voor de vergelijking met Nederland is dat de door het BVerfG geaccepteerde grondslagen voor strafbaarheid verder reiken dan het ‘aanzetten’ van artikel 294 lid 1 Sr; zij kunnen ook de reikwijdte van ‘hulp bij zelfdoding’ in de zin van artikel 294 lid 2 Sr betreffen en beperken.

22 Randnummer 230.

23 Randnummer 272.

24 Volgens het BVerfG kon de wetgever inderdaad een proces van ‘normalisering’ van zelfdoding aannemen; het gerecht baseert zich daarbij (randnummer 253) mede op cijfers uit de jaarverslagen van de Nederlandse RTE’s aangaande het toenemend aantal gevallen van stervens- en suicidehulp hier te lande.

25 Randnummer 339.

26 Randnummer 273. De vraag of de wetgever zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de empirisch-wetenschappelijke en maatschappelijk-normatieve grondslagen van een wet behoort tot de vanzelfsprekendheden van de BVerfG-toetsingsjurisprudentie. Deze eis bepaalt mede de verregaande betekenis, reikwijdte en meerwaarde van (de Duitse) constitutionele toetsing, niet in de laatste plaats voor de gewone wetgever bij (de onderbouwing van) keuzes in het wetgevingsproces.

5.4 *Maar § 217 StGB is – gegeven de stand van zaken – te beperkend*

In deze, als uitgangspunt positieve, beoordeling van § 217 is het uiteindelijk ‘slechts’ de concrete reikwijdte daarvan die niet door de beugel van de BVerfG-toets kan. Die strafbepaling is naar grondslag, bestanddelen, reikwijdte en consequenties te ruim:

‘Diesen Anforderungen genügt das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nicht. Es dient zwar legitimen Gemeinwohlzwecken und ist auch geeignet, diese zu erreichen. Das Verbot ist bei nicht abschließend zu beurteilender Erforderlichkeit aber jedenfalls nicht angemessen’.²⁷

‘Zwar vermag der hohe verfassungsrechtliche Rang der Rechtsgüter Autonomie und Leben, die § 217 StGB schützen will, den Einsatz des Strafrechts – auch in Form abstrakter Gefährdungsdelikte – grundsätzlich zu legitimieren (...) Das strafrechtliche Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung verengt die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung in einem solchen Umfang, dass dem Einzelnen in diesem Bereich der Selbstbestimmung faktisch kein Raum zur Wahrnehmung verfassungsrechtlich geschützter Freiheit verbleibt’.²⁸

De grondslag van § 217 is te ruim omdat de wetgever met een absoluut verbod van elke vorm van beroepsmatige hulp bij zelfdoding uitgaat van een onweerlegbare *Generalverdacht* van gebrek aan vrijheid en reflectie bij elke suïcidant als rechtsburger. Dat is naar het oordeel van het BVerfG een verkeerd mens- en rechtsburgerbeeld.²⁹ De reikwijdte van § 217 StGB is te ruim omdat het ‘beroepsmatige’ van die strafbepaling ook het handelen van artsen omvat. Daarmee blijft voor de burger die zijn *Recht auf selbstbestimmtes Sterben* wil uitoefenen, te weinig aan reële alternatieven over om een zo ruime strafbepaling te kunnen rechtvaardigen.³⁰ Op dit punt wordt (opnieuw) de bijzondere positie van artsen ter sprake gebracht. Van groot belang voor zijn oordeel lijkt de vaststelling dat de disciplinaire richtlijnen voor het handelen van artsen van de zgn. *Ärzttekammern* in veel maar niet

27 Aldus samenvattend randnummer 226. Aan de invulling van dit ‘in beginsel wel, maar uiteindelijk deze strafbepaling toch niet’ zijn vervolgens de randnummers 226-301 gewijd: de nuance die daarin ligt, is de kern van het oordeel en (dus) niet zozeer de enkele ‘proclamatie’ van het recht op *selbstbestimmtes Sterben* als grondrecht.

28 Randnummer 267. Vgl. ook randnummer 301: ‘Anliegen des Schutzes Dritter, etwa die Vermeidung von Nachahmungseffekten oder die Eindämmung einer Sogwirkung geschäftsmäßiger Suizidhilfeangebote für in ihrer Selbstbestimmung fragile und deshalb schutzbedürftige Personen, können demnach zwar dem Grunde nach suizidpräventives Handeln legitimieren. Sie rechtfertigen aber nicht, dass der Einzelne die faktische Entleerung des Rechts auf Selbsttötung hinnehmen muss’.

29 Randnummer 279 jo. 274.

30 Randnummer 280.

alle³¹ *Bundesländer* het verlenen van hulp bij zelfdoding aan artsen uitdrukkelijk verbieden.³² Daardoor is ook de (niet-*geschäftsmäßige*) *Suizidhilfe* door een arts voor de burger geen reële optie (naast § 217 StGB), welk alternatief, ware het reël, die strafbepaling (toch nog) acceptabel lijkt te hebben kunnen maken binnen de BVerfG-toets van *Verhältnismäßigkeit*.

6 EN TOEN? RECHTSVORMEND VERVOLG IN DUITSLAND EN IN NEDERLAND

Het BVerfG zet zwaar aan, maakt een aantal zaken (luid en) duidelijk, maar trekt daarbij ook grove lijnen. Enkele ijkpunten zijn duidelijk. De laatste zin van het oordeel is dat niemand ooit gedwongen kan worden hulp bij zelfdoding te verlenen. Dat is in Nederland niet anders. Aan de andere kant van het spectrum staat met het oordeel vast dat het algemeen persoonlijkheidsrecht van artikel 2 lid 1 jo. artikel 1 lid 1 GG ook een *Recht auf selbstbestimmtes Sterben* omvat. Dat recht ligt daarmee (in Duitsland) in de grondwet besloten. Daarmee is het BVerfG bevoegd de *Verhältnismäßigkeit* van § 217 StGB te beoordelen, ook op het punt of door § 217 indirect geadresseerde burgers voldoende gelegenheid hebben om dat recht te verwezenlijken.

Binnen deze grens acht het BVerfG beperking van dat recht, ook door strafbaarstelling *durchaus* mogelijk, ook tot in het bereik van ‘behulpzaam zijn’ of ‘middelen verschaffen’ in de zin van artikel 294 lid 2 Sr. Tegelijk bevat het vonnis het betreffende harde oordeel dat ‘zelfs’ § 217 StGB, beperkt tot strafbaarstelling van het *geschäftsmäßig* bieden van hulp bij zelfdoding, te ver gaat. Vanaf 26 februari 2020 kan die strafbepaling niet meer worden toegepast. Daarmee ‘herstelt’ het BVerfG de situatie zoals die bestond vóór de inwerking-treding van § 217 StGB 2015: hulp bij zelfdoding is in het geheel niet strafbaar. Tegelijk laat hij ruimte voor nieuwe wetgeving.

6.1 Opvolgende beslissing; aanspraak op verstrekking van medicijnen?; realisatie van het recht: samenhang met euthanasie

Juist in de sterke aanzet van een *Recht auf selbstbestimmtes Sterben* als een grondwettelijk recht dat ook adequaat verwezenlijkt moet kunnen worden, valt op dat het BVerfG met geen enkel woord rept over de situatie dat de suïcidant – om welke reden dan ook – niet in staat is zelf aan zijn voornemen uitvoering te geven, bijvoorbeeld en met name om het dodelijk medicijn zelf in te nemen. Wat dan? Het BVerfG loopt om dit punt heen. Hier komen verschillende aspecten samen.

31 Het BVerfG spreekt (randnummer 290) veelbetekenend van ‘*geografischen Zufälligkeiten*’.

32 Zo’n verbod vindt weerklink bij artsen: ‘*Statistische Erhebungen und Meinungsbilder zeigen auf, dass die Mehrheit der Ärzte jedenfalls eine eigene Bereitschaft zur Suizidhilfe verneint*’ (randnummer 285).

De ‘terughoudendheid’ op dit punt heeft in de eerste plaats te maken met het feit dat het oordeel van het BVerfG niet de in Duitsland onomstreden strafbaarstelling van euthanasie, ook indien begaan door een arts (§ 216 StGB) betreft; de gekozen aanpak ter zake van een *Recht auf selbstbestimmtes Sterben* zal er niet toe leiden dat ook het delict van § 216 StGB op gelijke wijze wordt geëcarteerd. De afbakening met hulp bij zelfdoding wordt gezocht in de beperkte reikwijdte van de toegelaten ‘hulp’: degene die de suïcidant bijstaat mag in zijn gedraging niets doen dat hem een *Tatherrschaft* over de dodingshandeling zou doen uitoefenen. Wel dus het dodelijk medicijn gereedzetten zodat de suïcidant het (zelf) kan innemen, maar niet hem dat medicijn doen innemen, laat staan toedienen. Dat geldt ook voor de arts en dat geldt ook bij lijden in de stervensfase.³³ Dat de suïcidant zelf de dodingshandeling moet verrichten, wordt daarbij gezien als een garantie voor de standvastigheid van diens beslissing tot levensbeëindiging.

Afgezien van de handhaving van deze afbakening in de praktijk zal de Aswoensdagbeslissing van het BVerfG er toch bijna onvermijdelijk toe (moeten) leiden dat de strafrechter in voorkomende gevallen wegen zal zoeken om tot de niet-strafbaarheid te geraken van de derde-hulpverlener die in zijn gedragingen (toch) tot op zekere hoogte *Tatherr* is over de zelfdoding omdat de suïcidant niet in staat is de dodende handeling zelf uit te voeren, bijvoorbeeld en met name indien de suïcidant niet in staat is om een hem of haar dodend middel zelf in te nemen.

Vervolgens is de beslissing van het *BundesVerfassungsgericht* van 20 mei 2020 interessant. Een andere centrale Duitse rechterlijke instanties, te weten het *Bundesverwaltungsgericht* besliste in 2017³⁴ (dus voor de Aswoensdagbeslissing van het BVerfG) reeds dat, als uitzondering op de strafbaarstelling in de Duitse Opiumwet, het *Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte* (BfArM) verplicht is om in bepaalde gevallen van nood het zelfdodingsmiddel natrium-pentobarbital aan burgers te verstrekken. Dit oordeel leunt rechtens op dezelfde interpretatie van artikel 2 lid 1 jo. artikel 1 lid 1 GG als die welke het BVerfG in februari 2020 bleek te hanteren. In antwoord op een prejudiciële vraag van *Verwaltungsgerecht* Keulen van november 2019 aan het *BundesVerfassungsgericht* over de juistheid van de beslissing van het *Bundesverwaltungsgericht* uit 2017 zou men verwachten dat het BVerfG thans, na zijn beslissing van februari 2020, inderdaad in de richting van een uitzondering op strafbaarheid zou beslissen. Het BVerfG wijst het verzoek om een antwoord op de prejudiciële vraag in zijn beslissing van 20 mei 2020 echter op de uiterst formele grond af dat de motivering van de rechtsvraag van het gerecht in Keulen (uit 2019!)

33 Daarom wordt palliatieve sedatie met het gevolg (niet: doel) van eerdere levensbeëindiging op juridisch ‘diverse’ gronden onder euthanasie uit gedefinieerd; vgl. Britzke 2019, p. 48-52.

34 BundesVerwaltungsgericht 2 maart 2017, ECLI:DE:BVerwG:2017:020317U3C19.15.0, herhaald in BVerwG 28 mei 2019, ECLI:DE:BVerwG:2019:280519U3C6.17.0.

niet meer toereikend is voor behandeling, nu die nog uitgaat van het bestaan van § 217 StGB, hetgeen na februari 2020 niet meer het geval is.

6.2 *Nieuwe strafbaarstelling?*

Is de terughoudendheid in de beslissing van mei 2020 ook een teken dat het BVerfG de kwestie nu eerst aan de wetgever laat? In die kringen bleef het aanvankelijk stil, hoewel de noodzaak van nadere wetgeving werd onderkend. Inmiddels worden eerste initiatieven genomen. Het bekende SPD-Bondsdaglid Karl Lauterbach wil de kwestie weer op de agenda van het Duitse parlement zetten: ‘*Suspekte Sterbehilfevereine zu verbieten, war und ist auch mein Anliegen*’.³⁵ Hij raakt daarmee een belangrijk aspect. Zoals hierboven al blijkt, kraakt het BVerfG niet alleen het feit dat de wetgever ook de arts onder het bereik van § 217 StGB heeft gebracht, maar ook dat er sowieso voor artsen, binnen per *Bundesland* verschillende, niet altijd even duidelijke regels, (on)mogelijkheden zijn om vormen van hulp bij zelfdoding te verlenen. Die situatie is voor het BVerfG een zelfstandige belemmering voor de burger bij de realisatie van zijn *Recht auf selbstbestimmtes Sterben*: mede tegen de achtergrond van het ontbreken van een (eenduidig) ‘artsenalternatief’ gaat § 217 naar het oordeel van het BVerfG te ver; niet in het aanpakken van *Sterbevereine*. Het BVerfG wil betrekkelijk evident artsen ‘uitnodigen’ hun positie in te nemen; de wetgever zou nieuwe wetgeving daarop moeten afstemmen.

Dat ‘signaal’ is in kringen van artsen gehoord. Een multidisciplinair viertal (waaronder artsen) presenteerde anno zomer 2020 een concreet voorstel voor een nieuwe regeling inclusief strafbaarstelling.³⁶ De inhoud is enigszins verrassend. De wettekst van ‘hun’ § 217 StGB begint met een regeling van straffeloosheid van de arts die aan een wilsbekwame meerderjarige op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen *Hilfe zur Selbsttötung* verleent, als aan een aantal nadere zorgvuldigheidsvoorschriften voldaan is. Daartoe behoort niet een (medisch) lijdenscriterium, terwijl wel op de arts wordt gevaren.³⁷ De zorgvuldigheids-eisen zijn erop gericht de waarachtigheid van het verzoek te verzekeren. Tot die eisen behoort de bevestiging van die waarachtigheid door een tweede arts en het in acht nemen van een bedenktijd van tien dagen. In het derde lid van hun § 217 wordt hulp bij zelfdoding door alle anderen, dus ook *Sterbevereine*, (opnieuw) verboden (althans en indien de zelfdoding of een poging daartoe volgt), versterkt door een verbod voor hulp bij zelfdo-

35 ‘Neuer Anlauf für ärztlich assistierten Suizid geplant’, *aerztezeitung.de*, 5 juli 2020.

36 G.D. Borasio e.a., *Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorgen zum Leben*, Stuttgart: Kohlhammer 2020; Wetsvoorstel en onderbouwing zijn verkort weergegeven in: https://blog.kohlhammer.de/wp-content/uploads/20200622_Pressemitteilung_Gesetzesvorschlag_assist_-Suizid.pdf.

37 In hun *ethische Begründung* heet het klip en klaar ‘*Das professionsbezogene Verbot einer Suizidhilfe für Ärzte ist berufsethisch nicht haltbar*’.

ding reclame te maken of te werven (voorgestelde § 217a StGB). Dat de adressant van straffeloosheid een arts is, neemt niet weg dat de grens met euthanasie ook in dit voorstel strikt gehandhaafd blijft. Het feit dat van de suïcidant een handeling wordt gevraagd, wordt ook in dit voorstel gezien als teken van diens werkelijke stervenswens.³⁸

In het voorstel valt de structuur van ‘onze’ Wtl te herkennen; de concept-regeling van wetsvoorstel leunt op de exclusieve positie van de arts. Die beperking wordt kennelijk geacht aan de normen van het BVerfG te voldoen. Tegelijkertijd ligt daarin grond voor (Duitse) kritiek. Afgezien van discussie of men daarmee artsen niet met te moeilijke beslissingen opzadelt die niet ‘des arts’ zijn: met het voorstel wordt straffeloze hulp bij zelfdoding voor het overige aanzienlijk verder beperkt dan de reikwijdte die § 217 beslaat. Zal Duitsland inderdaad in deze, Nederlandse, richting bewegen?

6.3 Betekenis voor Nederland

In het voorgaande ligt al het nodige over de betekenis van het vonnis voor de discussie in Nederland over de strafbaarheid van hulp bij zelfdoding besloten. Binnen de (straf)recht-spraak is de Nederlandse rechter niet geroepen om grondrechten van burgers op gelijke wijze tegenover de formele wetgever te handhaven. En (artikel 8 van) het EVRM biedt hem daartoe thans geen voldoende³⁹ handvat, al is de vraag interessant of ‘Straatsburg’ iets met ‘Karlsruhe’ gaat doen. Een *Recht auf selbstbestimmtes Sterben* is in Nederland in zoverre erkend dat zelfdoding niet strafbaar is. Naar de norm van het BVerfG is Nederland daarmee vrij van een oordeel over de beslissing van de suïcidant. Uit het BVerfG-oordeel kan geen rechtsgrond worden afgeleid die de wetgever zou verplichten de strafbepaling van artikel 294 lid 2 Sr af te schaffen. Het gerecht laat de mogelijkheid van strafbaarstelling uitdrukkelijk open als die gericht is op het tegengaan van te grote beïnvloeding van de burger, ook opgevat als algemeen publiek belang. Die mogelijke bescherming mag verder reiken dan het enkele verbieden van het aanzetten tot zelfdoding van artikel 294 lid 1 Sr. Men kan uit het oordeel van het BVerfG niet de conclusie trekken dat een regeling waarin de mogelijkheden voor straffeloze hulp bij zelfdoding op de arts leunt, ook in strijd met de norm van *Verhältnismäßigkeit* is; daarvoor verwijst het oordeel juist te veel naar de arts.

Het kader van de Nederlandse discussie wordt medio 2020 bepaald door het rapport van de Adviescommissie Voltooid leven, het ‘PERSPECTIEF-onderzoek van januari 2020,’⁴⁰

38 Men kan zich daarom afvragen of in de Nederlandse regeling, onder de gemeenschappelijke noemer van de arts, aan het onderscheid tussen euthanasie en hulp bij zelfdoding niet te gemakkelijk voorbij wordt gegaan.

39 In de zin van art. 94 Grondwet jo. HR 16 december 2016, NJ 2017/132, m.nt. E.A. Alkema.

40 E. van Wijngaarden e.a., *Het PERSPECTIEF-onderzoek. Perspectieven op de doodswens van ouderen die niet ernstig ziek zijn: de mensen en de cijfers*, Den Haag: ZonMw 2020; https://www.uvh.nl/uvh.nl/up/ZeijmteKatN_E-read_versie-ZonMw_A4_HPO_def-online-3_spread.pdf.

het initiatiefwetsvoorstel Wet toetsing levenseindebegeleiding van ouderen op verzoek⁴¹ en het bestaan van de Wtl. Een gemeenschappelijk, laat staan: het laatste, woord voor verdere rechtsvorming is daarbinnen nog niet te vinden. Tegelijk dringt zich een parallel op met de discussie in Duitsland: de betekenis en positie van de arts. Het dilemma is daarbij duidelijk: men zoekt in beide zijden van de grens in de arts waarborg tegen ongewenste beïnvloeding van de burger als een welbegrepen publiek belang, maar het kan zijn dat men daarbij ook (te) gemakkelijk te veel van de arts vraagt. Die discussie zal de komende tijd in Duitsland gevoerd worden en die is dus ook voor Nederland van belang.

In Nederland is er met de Wtl 'ruimte' voor de arts, zij het gekoppeld aan de 'zware' eisen voor euthanasie, in het bijzonder betreffende het uitzichtloos en ondraaglijk lijden, waaruit de stervenswens als beëindiging daarvan door euthanasie op een onder het publieke recht aanvaardbare wijze door de arts moet kunnen worden begrepen. Maar hulp bij zelfdoding is geen euthanasie; biedt het Duitse onderscheid ter zake, gebaseerd op (o.a.) de waarachtige stervenswil die uit de eigen dodingshandeling blijkt, dan ook voor Nederland handvat voor verder denken binnen de Wtl?⁴² Voor degene die daar als emerita tijd voor heeft, blijft het relevant de blik ook oostwaarts te richten.

41 *Kamerstukken II* 2019/20, 35534, nrs. 1-3. Het voorstel is in verhouding tot het BVerfG-oordeel in elk geval discussiabel omdat de als waarborg bedoelde leeftijdsondergrens van 75 jaar het BVerfG *fragwürdig* zou voorkomen nu de Staat het *Recht auf selbstbestimmtes Sterben* naar zijn oordeel immers niet categoriaal mag beperken.

42 Vgl. de door G. den Hartogh geïnitieerde discussie over 'stoppen met eten en drinken' als proces van de suïcidant, ondersteunt door intermitterende en/of continue, diepe sedatie vanwege de arts als vormen van (palliatieve) zorg: 'Sta sedatie eerder toe bij stoppen met eten en drinken', medischcontact.nl, 10 augustus 2020.