

Bernhard Rütsche:
**Private Ersatzgesetzgebung durch Standesorganisationen
am Beispiel der SAMW**

A. Rechtlicher Rahmen

- Die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) ist eine 1943 von den medizinischen und veterinärmedizinischen Fakultäten der Schweiz sowie der Verbindung der Schweizer Ärzte FMH gegründete **privatrechtliche Stiftung** nach Artikel 80 ff. ZGB.
- Die SAMW ist Teil der Akademien der Wissenschaften Schweiz. Sie ist als **private Forschungsförderungsorganisation** in Art. 4 des Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und der Innovation (FIFG) anerkannt.
- Seit 1984 erhält die SAMW gestützt eine Leistungsvereinbarung mit dem Bund jährliche **Subventionen des Bundes**. Es handelt sich um Finanzhilfen.
- Ein mit dem Bund vereinbartes Leistungsziel ist die Erarbeitung von **medizin-ethischen Richtlinien**. Als Empfängerin von Finanzhilfen ist die SAMW allerdings frei zu entscheiden, ob sie die geförderte Tätigkeit ausüben möchte. Die SAMW hat sich die Aufgabe der Erstellung von Richtlinien selbst erteilt. Mit dem Erlass von Richtlinien übt die SAMW folglich **keine öffentliche Aufgabe** aus.
- Das **Verfahren** zum Erlass der SAMW-Richtlinien weist einige **Elemente eines staatlichen Rechtsetzungsverfahrens** auf. Die Richtlinien werden jeweils durch die Zentrale Ethikkommission (ZEK), durch den Vorstand sowie durch den Senat der SAMW diskutiert und beschlossen. Die Ausarbeitung der Richtlinienentwürfe erfolgt durch **Subkommissionen** der ZEK, zu den Vorentwürfen gibt es Konsultationen bei ausgewählten Experten oder auch Workshops mit Stakeholdern und zu den Richtlinienentwürfen eine **dreimonatige öffentliche Vernehmlassung**. Die SAMW-Richtlinien sind damit zwar nicht demokratisch legitimiert, unterliegen aber doch einem deliberativen Entstehungsprozess mit Beteiligung der Zivilgesellschaft. Ich würde von einer **Art partizipativem Expertenrecht** sprechen.
- Was ist die **rechtliche Natur der medizin-ethischen Richtlinien der SAMW**? Die Richtlinien haben grundsätzlich keine öffentlich-rechtliche (allgemein-verbindliche) Wirkung. Sie können aber durchaus (Rechts-) Wirkungen entfalten, und zwar in folgender Hinsicht:
 1. **Orientierungshilfen** für Ärzte und weitere Gesundheitsfachpersonen, indem die Richtlinien gesetzliche Bestimmungen in eine verständliche Sprache übersetzen und praxisrelevante Empfehlungen geben.
 2. **Auslegung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe** durch Behörden und Gerichte

BGE 148 I 1 E. 6.2.2 und BGE 150 IV 255 E. 3.3.3: Die SAMW-Richtlinien stellen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein **privates Regelwerk** dar, das **zur Auslegung von Rechtsnormen beigezogen werden kann**; zugleich **gehen die Bestimmungen des positiven Rechts aber vor**.

Insbesondere **Konkretisierung ärztlicher Berufs- und Sorgfaltspflichten**: Regeln der ärztlichen Kunst (lex artis) in Haftpflicht- und Strafverfahren, sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung (Art. 40 lit. a MedBG), anerkannte Regeln der medizinischen Wissenschaften (Art. 26 Abs. 1 HMG und Art. 11 Abs. 1 BetmG).

Aber: Eine Heranziehung von SAMW-Richtlinien zur Bestimmung ärztlicher Sorgfaltspflichten ist nur angezeigt, soweit die Richtlinien **medizinische Fragen** betreffen – nicht aber, soweit sie **ethische Fragen** regeln (z.B. normative Voraussetzungen für eine Behandlungsmethode).

BGE 150 IV 255 – **Suizidhilfe für eine gesunde Person**: Die Verschreibung von Natriumpentobarbital durch einen Arzt an eine gesunde, urteilsfähige und sterbewillige Person zwecks Suizids ist keine Verletzung der anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften gemäss Art. 11 Abs. 1 BetmG. Dies obschon die SAMW-Richtlinien «Umgang mit Sterben und Tod» für die Gewährung von Suizidhilfe ein schwerwiegendes Leiden voraussetzen und Suizidhilfe bei gesunden Personen als ethisch nicht vertretbar erklären.

BGE 151 I 19 – **Ausschluss der Anwendbarkeit der SAMW-Richtlinien**: Patienten können in Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts die Anwendbarkeit der medizin-ethischen Richtlinien der SAMW im Rahmen von Behandlungsverhältnissen ausschliessen. Es besteht allerdings kein Anspruch auf eine Feststellungsverfügung, wonach die Nichtbeachtung der vom Patienten abgewählten Richtlinien für FMH-Mitglieder keine aufsichtsrechtlichen Folgen hat. Gemäss Bundesgericht sind die medizin-ethischen Richtlinien der SAMW «ein weitläufiges privates Regelwerk mit diversen Empfehlungen und Stellungnahmen zu verschiedenen Themen, über deren gesundheitsaufsichtsrechtliche Tragweite sich ohne Bezugnahme auf die Umstände eines konkreten Einzelfalls, in welchem die Anordnung von Disziplarmassnahmen wegen Verletzung ärztlicher Berufspflichten (...) zur Diskussion steht, keine regelungs- bzw. verfügungsfähige behördliche Aussage machen lässt.» (BGE 151 I 19 E. 8.2).

3. **Zivilrechtliche Verbindlichkeit für FMH-Mitglieder**: Verweis in Art. 18 Standesordnung FMH auf die SAMW-Richtlinien mit Sanktionsandrohungen in Art. 47 Standesordnung FMG (wird allerdings kaum je durchgesetzt)
4. **Öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit** durch statischen Verweis: z.B. Art. 7 Abs. 1 Transplantationsverordnung verweist zur Feststellung des Todes auf die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme in der Fassung vom 16. Mai 2017.

Wichtige Regelungen wie z.B.: Kreislaufstillstand und Tod nach erfolgloser Reanimation bedeutet, dass trotz lege artis durchgeführter Wiederbelebungsversuche während mindestens 30 Minuten keine Rückkehr der Herzaktion mit spontanem Kreislauf erreicht wurde.

5. **Ersatz für gesetzgeberische Tätigkeit**: Beispiel der Suizidhilfe. Verzicht des Gesetzgebers auf Regulierung der Suizidhilfe bzw. der Suizidhilfeorganisationen mit Verweis darauf, dass SAMW-Richtlinien genügen.

B. Aktuelles Beispiel Triage-Richtlinien

Triage-Richtlinien der SAMW: Die SAMW hat während der Covid-19-Pandemie Richtlinien zur «Triage in der Intensivmedizin bei ausserordentlicher Ressourcenknappheit» erlassen (Version 4 vom 23. September 2021). Die Triage-Richtlinien der SAMW formulieren für den Fall einer Überlastung von Intensivstationen insbesondere die folgenden Zuteilungsregeln:

- «Wenn infolge völliger Überlastung der Intensivkapazitäten Patientinnen, die eine Intensivbehandlung benötigen, abgewiesen werden müssen, ist für die Triage **die kurzfristige Überlebensprognose das erste und wichtigste Entscheidungskriterium**. Bei der Aufnahme auf die Intensivstation haben diejenigen Patientinnen die höchste Priorität, deren Prognose im Hinblick auf das Verlassen des Spitals mit Intensivbehandlung gut, ohne diese aber ungünstig ist; Patientinnen also, die am meisten von der Intensivbehandlung profitieren. Ziel ist es, so zu entscheiden, dass die **grösstmögliche Anzahl von Leben gerettet** wird.»
- «**Das Alter, eine Behinderung oder Demenz** per se sind keine Kriterien, die zur Anwendung gelangen dürfen. Dies wäre ein Verstoß gegen das verfassungsrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot, weil dadurch älteren Menschen, Menschen mit Behinderung und an Demenz erkrankten Menschen weniger Wert beigemessen würde als anderen. Generell darf für intensivpflichtige Patientinnen vom Alter, einer Behinderung oder einer Demenz nicht allein automatisch auf eine negative kurzfristige Prognose geschlossen werden. Für die Posteriorisierung müssen immer **spezifische Risikofaktoren für eine erhöhte Sterblichkeit** und damit eine negative kurzfristige Prognose gegeben sein.»
- Die Triage-Richtlinien sehen sogar eine **nachträgliche Triage** vor (ex-Post-Triage oder Verlaufstriage): Eine nachträgliche Triage bedeutet, dass der Gesundheitszustand der intensivmedizinisch behandelten Patienten laufend zu evaluieren ist. Bei Vorliegen bestimmter Indikatoren (z.B. Organversagen oder Herzstillstand) wird die Intensivtherapie zugunsten einer palliativen Betreuung beendet, obschon die Therapie noch nicht aussichtslos ist und damit nach wie vor medizinisch indiziert wäre.

Heftige Kritik an diesen Richtlinien von juristischer (strafrechtlicher und öffentlich-rechtlicher) Seite, insbesondere Gutachten von Elisabeth Joller/Andreas Stöckli vom Dezember 2024:

- **Legalitätsprinzip** verlangt eine Regelung der Triage auf Intensivstationen durch ein formelles Gesetz (Bundesgesetz), da es sich um eine Materie von «allerhöchster Tragweite» handelt. «Solche Entscheide dürfen im Rechtsstaat nicht dem rechtsfreien Raum überlassen werden.»
- **Schutzplichten aus den Rechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit:** «Der Staat ist primär dazu verpflichtet, genügend Kapazitäten für intensivmedizinische Behandlungen zu gewährleisten, sodass Triage-Situationen gar nicht erst eintreten. Kommt es in absolut ausserordentlichen Situationen dennoch zu einer Ressourcenknappheit und können deshalb nicht alle Ansprüche befriedigt werden, vermittelt das Recht auf Leben in Verbindung mit dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) und dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) zumindest einen **Anspruch auf chancengleichen Zugang zu intensivmedizinischen Ressourcen**. Dieser Anspruch droht aber für gesundheitlich vulnerable Personen – für alte (oder auch sehr junge) Menschen, für Menschen mit Behinderungen, für chronisch kranke Menschen – in Triage-Situationen verletzt oder gar gänzlich ausgehöhlt zu werden. Einerseits besteht die Gefahr, dass diese Menschen bei Triage-Entscheidungen posteriorisiert werden, weil ihr Leben (bewusst oder unbewusst) als weniger rettungswürdig angesehen wird oder ihr Alter oder ihre Behinderung pauschal mit einer geringeren Erfolgsaussicht der Behandlung in Verbindung gebracht wird. Andererseits handelt es sich beim Alter und gewissen Behinderungen effektiv um Faktoren, die sich auf die Erfolgsaussicht der intensivmedizinischen Behandlung auswirken können. Erfolgt die Zuteilung von intensivmedizinischen Ressourcen nach dem utilitaristischen Prinzip der Nutzenmaximierung, wie dies die Triage-Richtlinien der SAMW vorgeben, droht der Anspruch auf chancengleichen Zugang zu lebensrettenden medizinischen Ressourcen deshalb faktisch

aufgehoben zu werden. Um diesen spezifischen Gefährdungen elementarer Rechtsgüter zu begegnen, ist der Gesetzgeber verpflichtet, grundrechtskonforme Zuteilungsregeln für den Fall einer Ressourcenknappheit in der Intensivmedizin zu erlassen.»

- Konkurrieren vergleichbar hochdringliche Patienten um die verbleibenden intensivmedizinischen Ressourcen, liegt eine «**unentscheidbare Pattsituation**» vor. Zulässige materielle Auswahlkriterien sind diesfalls nicht mehr vorhanden. Auch in dieser Situation darf das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht nicht herangezogen werden, da es mit dem individuellen Anspruch auf Lebensschutz kollidiert und notwendig vulnerable Patientinnengruppen diskriminiert. In dieser Situation bleibt nur noch der Weg der **Randomisierung**. Dies garantiert in Abwesenheit zulässiger materieller Auswahlkriterien zumindest ein Verfahren, das «formale Chancengleichheit und Diskriminierungsschutz gewährleistet». Also: **Losentscheide** oder «**First come, first served**».

Das am 30. Mai 2023 vom **Ständerat** überwiesene **Postulat** Nr. 23.3496 beauftragt den Bundesrat «aufzuzeigen, wie gesetzliche Grundlagen für Triage-Entscheidungen ausgestaltet werden könnten, welche in den Schweizer Spitälern bei Ressourcenknappheit im intensivmedizinischen Bereich – u.a. anlässlich einer Pandemie – getroffen werden müssten. Dabei soll er insbesondere prüfen, wie der gesetzliche Schutz ausgestaltet werden sollte, um sicherzustellen, dass insbesondere Menschen mit Behinderung bei solchen Triage-Entscheidungen nicht diskriminiert werden (Art. 8 Abs. 2 und 4 BV).»

Fragen

1. Allgemein: Wie ist die Legitimität von SAMW-Richtlinien aus verfassungsrechtlicher Sicht zu beurteilen?
2. Dürfen/sollen SAMW-Richtlinien an die Stelle gesetzlicher Regelungen treten (Funktion als Ersatzrecht)?
3. Insbesondere: Welche Kriterien sollten bei der Zuteilung knapper intensivmedizinischer Plätze aus verfassungsrechtlicher Sicht massgebend sein?
4. Insbesondere: Braucht es für Triage-Entscheidungen eine formell-gesetzliche Grundlage oder reichen die Triage-Richtlinien der SAMW aus?

Anhang: Wichtige medizin-ethische Richtlinien der SAMW

- Lebendspende von soliden Organen (2023)
- Zusammenarbeit von medizinischen Fachpersonen mit der Industrie (2022)
- Reanimationsentscheidungen (2021)
- Präimplantative genetische Testverfahren PGT (2020)
- Ethikausbildung für Gesundheitsfachpersonen (2019)
- Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis (2019)
- Umgang mit Sterben und Tod (2018, angepasst 2021)
- Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz (2017)
- Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme (2017)
- Zwangsmassnahmen in der Medizin (2015)
- Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie im Einzelfall (2014)
- Intensivmedizinische Massnahmen (2013, ergänzt 2020)
- Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen (2011)
- Patientenverfügungen (2009, aktualisiert 2012)
- Medizinische Behandlung und Betreuung von Menschen mit Behinderung (2008, aktualisiert 2012)
- Palliative Care (2006, aktualisiert 2012)