

Gutachten zur Klärung des rechtlichen
Rahmens und der Legitimation der
medizin-ethischen Richtlinien der SAMW

zuhanden
Schweizerische Akademie für Medizinische Wissenschaften
(SAMW)

erstattet von

Prof. Dr. iur. Franziska Sprecher, RA
Institut für öffentliches Recht,
Zentrum für Gesundheitsrecht und Management
im Gesundheitswesen, Universität Bern

Juli 2024

A. Inhaltsverzeichnis

A.	Inhaltsverzeichnis.....	II
B.	Literaturverzeichnis	IV
C.	Materialienverzeichnis.....	IX
D.	Abkürzungsverzeichnis	XI
I.	Gutachtensauftrag	1
II.	Zusammenfassung	2
III.	Gutachten	6
A.	Übersicht	6
B.	Die SAMW und ihre medizin-ethische Richtlinien	6
1.	Die SAMW	6
a.	Gründung und Anfänge	6
b.	Ziele und Aufgaben.....	7
c.	Zugehörigkeit zum Verbund der wissenschaftlichen Akademien Schweiz	8
d.	Die Stiftung und ihre Organe	9
e.	Zentrale Ethikkommission und ihre Subkommissionen	11
2.	Medizin-ethische Richtlinien der SAMW.....	13
a.	Entstehungsprozess neuer und Revision bestehender RL.....	14
b.	Adressaten.....	15
c.	Themen.....	15
3.	Einordnung	17
C.	Rechtliche Einordnung der RL	18
1.	Rechtliche Geltung der RL	18
2.	Fachliche Legitimation und wichtige Orientierungshilfe.....	19
3.	Verweise auf SAMW-RL im staatlichen Recht	19
a.	Statische Verweise	20
b.	Dynamische Verweise	21
c.	Einordnung	24
4.	Einflussnahme der SAMW-RL auf die Rechtsetzung und die Verwaltungspraxis	26
a)	Inspiration und Vermeidung von rechtlichen Regelungen	27
b)	Verwaltungspraxis	29
5.	Rechtsprechung	30
6.	Ärztliches Standesrecht.....	31
7.	Einordnung	32

D.	Rechtlicher Rahmen der SAMW	32
1.	Bundesgesetz über die Förderung der Forschung und der Innovation (FIFG).....	32
a.	Forschungsförderungsinstitution nach dem FIFG	32
b.	Finanzmittel nach FIFG	33
2.	Analyse der Materialien.....	34
a.	BFI-Botschaften.....	34
b.	Mehrjahresprogramme und Leistungsvereinbarungen.....	35
3.	Einordnung	36
E.	Die SAMW im Gesamtgefüge.....	37
1.	Verhältnis der SAMW zur FMH und den ärztlichen Fachgesellschaften	37
a.	FMH.....	37
b.	Ärztliche Fachgesellschaften.....	40
c.	SBK	42
2.	Die SAMW und die NEK	43
a.	Entstehung und Mandat der NEK.....	43
b.	Rechtsnatur, Zusammensetzung und Arbeitsweise der NEK	44
c.	Verhältnis SAMW und NEK.....	45
3.	Die SAMW und weitere Ethikkommissionen	48
a.	Arten von Ethikkommissionen	48
b.	Klinische Ethik-Strukturen	49
c.	Kantonale Forschungs-Ethikkommissionen	50
d.	Rechtlicher Rahmen und Bedeutung der SAMW-RL für Ethikkommissionen	51
4.	Die SAMW und der Bund	52
a.	Ausgangslage.....	52
b.	Historischer Rückblick	53
c.	Aktuelle Beispiele	54
d.	Das Zusammenwirken der Akteure des Bundes mit der SAMW ..	57
e.	Fazit.....	58
IV.	Beantwortung der Fragen	59

B. Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER
REGINA E. /
FELLMANN
WALTER /
GÄCHTER
THOMAS /
RÜTSCH
BERNHARD /
TAG BRIGITTE Arztrecht, Bern 2016, zit. AEBI-MÜLLER ET AL.
- BIAGGINI
GIOVANNI Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen
Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Kommentar
Art. 164 BV
- BOCK CHRISTIAN Der Umgang des Staates mit «technischen» Normen, in:
Uhlmann (Hrsg.), Private Normen und staatliches Recht,
Zürich/St. Gallen 2015, 21 ff.
- BRUNNER
ANDREAS Technische Normen in Rechtsetzung und Rechtsanwen-
dung, Basel/Frankfurt 1991
- BÜCHLER
ANDREA /
MICHEL MARGOT Medizin – Mensch – Recht, 2. Aufl., Zürich 2020
- DEDERER
HANS-GEORG Gerechtfertigter Einsatz von Ethikkommissionen –
Grundlagen und Grenzen: in: Vöneky/Beylage-Haar-
mann/Höfelmeier/Hübler (Hrsg.), Ethik und Recht – Die
Ethisierung des Rechts/Ethics and Law – The Ethicaliza-
tion of Law, Heidelberg 2013, 443-451
- DONZALLAZ
YVES Traité de droit médical. Volume II, Le médecin et les soi-
gnants, Bern 2021, zit. DONZALLAZ Vol. II
- DONZALLAZ
YVES Traité de droit médical. Volume I, L'Etat, le médecin, les
soignants et le patient : entre droit et règles de l'art, Bern
2021, zit. DONZALLAZ Vol. I
- ENGI LORENZ Möglichkeiten und Grenzen der Tätigkeit von Ethikkom-
missionen. Untersucht am Beispiel der Nationalen Ethik-
kommission im Bereich Humanmedizin, ZBI 110/2009,
92-113
- ERRASS
CHRISTOPH Kooperative Rechtsetzung, Zürich/St. Gallen 2010
- ESER ALBIN Der Arzt im Spannungsfeld von Recht und Ethik, in: Mar-
quard/Seidler/Staudinger (Hrsg.), Ethische Probleme
des ärztlichen Alltags, Ethik der Wissenschaften, Band
VII, 1988, 78 ff.
- FELLMANN
WALTER Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in:
Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl.,
Zürich 2007, 103-231

- FELLMANN
WALTER Kommentierung von Art. 40 MedBG in: Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont (Hrsg.), Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar, Basel 2009, zit. FELLMANN, Art. 40 MedBG
- GÄCHTER
THOMAS /
RÜTSCHÉ
BERNHARD Gesundheitsrecht. Ein Grundriss für Studium und Praxis, 5. Aufl., Basel 2023
- GÄCHTER
THOMAS /
TRUONG
THUY XUAN Die Rolle der Ärzteschaft in der Sterbehilfe, insbesondere bei der Verschreibung von Natrium-Pentobarbital, Praxis 3/2019, 193-197
- GILI NATASSIA Staatlich gesteuerte Selbstregulierung am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Zürcher Studien zum öffentlichen Recht 249, Zürich/Basel/Genf 2017
- GUILLOD OLIVIER
/ SPRUMONT
DOMINIQUE Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, in: Jusletter 8. November 2010
- HÄFELIN ULRICH /
HALLER WALTER /
KELLER HELEN /
THURNHERR
DANIELA Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- HART DIETER Ärztliche Leitlinien, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Stellpflug/Ziegler (Hrsg.), Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht, 96. Lieferung, 3/2024
- HETTICH, PETER Kooperative Risikovorsorge. Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, Zürich 2014
- HÖFLING
WOLFRAM Rechtsfragen der Transplantationsmedizin. Eine rechtsvergleichende Betrachtung, 132, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1996, 787 ff.
- JENNI
CHRISTOPH Humanforschungsgesetz (HFG), Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen, Rütsche (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bern 2015, Art. 45-53 HFG, zit. JENNI, Art. x Rz. x
- JENNI
CHRISTOPH Forschungskontrolle durch Ethikkommissionen aus verwaltungsrechtlicher Sicht. Geschichte, Aufgaben, Verfahren, Zürich 2010
- JUNG HENDRIKE /
LICHTSCHLAG-
TRAUT SVEN /
RATZEL RUDOLF Arzthaftungsrecht, in: Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel in: Ratzel/Luxenburger (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 4. Aufl. 2021

- KELLER LÄUBLI
LUCY Art. 28 FMedG in: Büchler/Rütsche (Hrsg.) Stämpflis Handkommentar, Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG), Bern 2020
- KORINEK KARL Die Verbindlichkeit technischer Normen im nationalen Recht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Ruch/Hertig/Nef (Hrsg.), Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, 315 ff.
- LEUTHOLD
MARGRIT Die medizin-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), 17 LeGes – Gesetzgebung & Evaluation (2006), 13-17
- LÜBBE HERMANN Über Gründe anwachsenden Normierungsbedarfs im ärztlichen und gesundheitspraktischen Alltag, in: Marquard/Seidler/Staudinger (Hrsg.), Ethische Probleme des ärztlichen Alltags, Ethik der Wissenschaften, Band VII, 1988, 104 ff.
- MADER LUZIUS /
RÜTSCH
BERNHARD Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legislativer Sicht, ZSR 2004/I, 3 ff.
- MARTI ARNOLD Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung?, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 2000/101, 561 ff.
- MARTI H. G. Die Geschichte der Akademie 1943-1993, in: Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (Hrsg.), 50 Jahre Jubiläum, Basel 1993, 15, 28 ff.
- MARTI MARIO /
STRAUB PHILIPP Arzt und Berufsrecht, in: Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, 233-264
- MÜLLER GEORG Elemente einer Rechtsetzungslehre, Zürich 1999
- MÜLLER GEORG /
UHLMANN
FELIX /
HÖFLER STEFAN Elemente einer Rechtsetzungslehre, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2024
- MÜLLER GEORG /
UHLMANN FELIX Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- OTT HANS Ärztliches Berufsrecht, in: H. Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 215 ff.
- PETERS ANNE /
BÜRKLI PETER Recht der Forschung am Menschen – Normgenese im Kontext von Soft Law, internationalen Abkommen und Gesetz, 129 I, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2010, 367 ff.
- POSCHER RALF Was Juristen besser können als Ethiker: Ein inter-disziplinäres Argument für die gerichtliche Kontrolle von Ethikkommissionen: in: Vöneky/Beylage-Haarmann/Höfelmeier/Hübler (Hrsg.), Ethik und Recht – Die Ethisierung des Rechts/Ethics and Law – The Ethicalization of Law, Heidelberg 2013, 433-441

- REMPFLER
CHRISTA Grundrechte haben keine Katzenklappe. Art. 18 Standesordnung FMH und dessen Rechtsmässigkeit, untersucht am Beispiel der Patientenverfügung, AJP 2023, 62 ff.
- REUSSER
KATHRIN Patientenwille und Sterbebeistand. Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, Zürich 1994
- RIEMER, HANS
MICHAEL Nicht staatliche Normensysteme und andere Gesetze und ihr Verhältnis zum System der staatlichen Rechtsnormen - ein Überblick, recht 2007, 114-122
- RODUIT
GUILLAUME /
SPRUMONT
DOMINIQUE Le corps médical suisse face au droit: l'attitude de la Fédération des médecins suisses et de l'Académie suisse des sciences médicales. Revue générale de droit médical, Hors série: Pouvoir, santé et société, 2008, 401-429
- RÜETSCHI DAVID Ärztliches Standesrecht in der Schweiz – Die Bedeutung der Medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften, in: Witt et al. (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002, Die Privatisierung des Privatrechts – rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang, Stuttgart 2003, 231 ff.
- RÜETSCHI DAVID Die Medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW aus juristischer Sicht, Schweizerische Ärztezeitung 23/2004, 1222-1225, zit.: RÜETSCHI SÄZ
- RUMETSCH
VIRGILIA (mit Daniel Schaffner/Franziska Sprecher) Medizinalberufegesetz (MedBG), in: Tomas Poledna/ Virgilia Rumetsch (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Bd. VIII/1, Gesundheitsrecht, 2. Aufl., Basel 2023, 19-310
- SAMW / FMH Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag. Ein Leitfaden für die Praxis, 2020
- SCHNEIDER F. Artificielle Reproduktion und Gentechnologie beim Menschen, in: Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 375 ff.
- SCHULTZ HANS La place et le rôle des directives de l'Académie suisse des sciences médicales, 29 Les cahiers médico-sociaux, 1985, 261 ff.
- SCHWEIZER
RAINER J. / VAN
SPYK BENEDIKT Arzt und Forschung, in: Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, 535-599
- TADAYON AJANG Ärztlicher Standard, in: Jorzig (Hrsg.), Handbuch Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. 2021
- TAUPITZ JOCHEN Verbindlichkeit unterschiedlicher Leitlinien, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Dokumentation und Leitlinienkonkurrenz – die Verschriftlichung der Medizin, Heidelberg 2007, 101 ff.

- TSCHANNEN
PIERRE Kommentar zu Art. 164 und 178 BV in: Ehrenzeller/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023
- TSCHANNEN
PIERRE / MÜLLER
MARKUS / KERN
MARKUS Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022
- UHLMANN FELIX /
GILI NATASSIA Private Normen und staatliches Recht, in: Uhlmann (Hrsg.), Private Normen und staatliches Recht, Zürich/St. Gallen 2015, 7 ff.
- VOKINGER
KERSTIN NOËLLE Das Berufsrecht in der Arzt-Patienten-Beziehung – veranschaulicht an einem Fallbeispiel, hill 2012, Nr. 28
- VOKINGER
KERSTIN NOËLLE
/ OLAH MIRJAM Bedeutung der SAMW-Richtlinien für die Pflege, Pflege-recht 2018, 152 ff.
- WYTTENBACH
JUDITH /
WYSS KARL-
MARC Kommentar zu Art. 164 BV in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015
- ZENTNER ANNA /
PORZ ROUVEN /
ACKERMANN
SIBYLLE /
JOX RALF J. Klinische Ethik in der Schweiz: Stagnierend vor der Pandemie?, Schweizerische Ärztezeitung, 3/2022, 54-58

C. Materialienverzeichnis

BFI Botschaft 2008	Botschaft über die Förderung von Bildung, Forschung und Innovation in den Jahren 2008–2011 vom 24. Januar 2007 BBI 2006 1223
BFI Botschaft 2013	Botschaft über die Förderung von Bildung, Forschung und Innovation in den Jahren 2013–2016 vom 22. Februar 2012, BBI 2011 3099
Botschaft BFI 2004	Botschaft über die Förderung von Bildung, Forschung und Technologie in den Jahren 2004–2007 vom 29. November 2002, BBI 2002 2363
Botschaft BFI 2008	Botschaft über die Förderung von Bildung, Forschung und Innovation in den Jahren 2008–2011 vom 24. Januar 2007, BBI 2006 1223
Botschaft BFI 2013-2016	Botschaft über die Förderung von Bildung, Forschung und Innovation in den Jahren 2013-2016 vom 22. Februar 2012, BBI 2012 3099 ff.
Botschaft EFG	Botschaft zum Bundesgesetz über die Forschung an überzähligen Embryonen und embryonalen Stammzellen (Embryonenforschungsgesetz, EFG) vom 20. November 2002, BBI 2002 1163 ff.
Botschaft Erwachsenen-schutzrecht	Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7001
Botschaft FIG 2011	Botschaft zur Totalrevision des Forschungs- und Innovationsförderungsgesetzes vom 9. November 2011, BBI 2009 8827
Botschaft FMedG	Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungs-medizingesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996 (96.058), BBI 1996 III 205
Botschaft GUMG 2002	Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11. September 2002, BBI 2002 7361
Botschaft HFG	Botschaft zum Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 21. Oktober 2009, BBI 2009 8045 ff.
Botschaft MedBG 2004	Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG), vom 3. Dezember 2004, BBI 2005 173

- Botschaft StFG Botschaft zum Bundesgesetz über die Forschung an
überzähligen Embryonen und embryonalen Stammzel-
len (Embryonen-forschungsgesetz, EFG) vom 20. No-
vember 2002, BBl 2003 1163
- Botschaft SuG Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen
und Abgeltungen vom
15. Dezember 1986, BBl 1987 I 369
- Botschaft TxG Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation
von Organen, Geweben und Zellen (Transplantations-
gesetz) vom
12. September 2001 BBl 2002 29 ff.

D. Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Aufl.
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BLV	Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
E.	Erwägung
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
Einsetzungsverfügung NEK	Einsetzungsverfügung des Schweizerischen Bundesrates vom 5. Dezember 2014
et al.	Et alii
etc.	et cetera
ff.	folgende Seite(n)/Note(n)/Artikel
FIFG	Bundesgesetz über die Förderung der Forschung und der Innovation vom 14. Dezember 2012, SR 420.1
FMedG	Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizin-gesetz), SR 810.11
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum (Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte)
Fn.	Fussnote
GesBG	Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz) vom 30. September 2016, SR 811.21
hill	Zeitschrift für Recht und Gesundheit

HFG	Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz) vom 30. September 2011, SR 810.30
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10
lit.	Literatur
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz) vom 23. Juni 2006, SR811.11
N	Randnote
NEK	Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin
NEK Richtlinien PID	Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin NEK, Richtlinien zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik im Fortpflanzungsmedizinengesetz (PID-Richtlinien) vom 10. Februar 2022
NG	Systematische Gesetzessammlung Kanton Nidwalden
Nr.	Nummer
Reglement ZEK	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Reglement der Zentralen Ethikkommission (ZEK) vom 1. Dezember 2023
resp.	respektive
RL	Richtlinie(n)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SBK	Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner

SG	Systematische Gesetzessammlung Kanton St. Gallen
SG	Gesetzessammlung Kanton St. Gallen
SIWF	Schweizerisches Institut für ärztliche Weiter- und Fortbildung
SR	Systematische Rechtssammlung
SRSZ	Systematische Gesetzessammlung Kanton Schwyz
SRSZ	Gesetzessammlung Kanton Schwyz
StaO FMH	Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte FMH vom 12. Dezember 1996 (in der Fassung vom 8. Juni 2023)
SuG	Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz) vom 5. Oktober 1990, SR 616.1
Transplantationsverordnung	Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen vom 16. März 2007, SR 810.211
u.a.	Unter anderem
VNEK	Verordnung über die nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin vom 4. Dezember 2000 (VNEK), SR 810.113
z.B.	zum Beispiel
ZBI	Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

I. Gutachtensauftrag

Die Auftragnehmerin geht im Rahmen dieser Bestandesaufnahme folgenden Fragen nach:

1

- 1) **Auftrag der SAMW mit Bezug auf RL:** Besteht ein Auftrag der SAMW im Bereich RL? Wenn ja, wie ist dieser ausgestaltet? Welche Pflichten und Kompetenzen hat die SAMW im Bereich RL? Welche Akteure sind wie in diese Prozesse involviert? Wo liegen die Gefahren und wo die Chancen?
- 2) **Verhältnis der SAMW zu staatlichen Institutionen** bezüglich des rechtlichen Rahmens und der Legitimation der RL: Wie gestalten sich die (rechtlichen) Beziehungen diesbezüglich zur Aufsichtsbehörde SBFI, zu anderen Bundesämtern, zum Gesetzgeber (Parlament), zum Bundesrat?
- 3) **Verhältnis der SAMW-RL zur FMH und zu Fachgesellschaften:** Rolle des Standesrechts, Verhältnis zur FMH, Aufnahme/Nicht-Aufnahme in Standesordnung, Verhältnis zu den Fachgesellschaften und deren Leitlinien.
- 4) **Verhältnis ZEK und SAMW-RL zur NEK und zu deren Richtlinien:** Überlappung/ Abgrenzung Rolle und Aufgaben der NEK; besonderes Augenmerk auf die im FMedG beschriebene Aufgabe der NEK, Richtlinien zu erarbeiten.
- 5) **Verhältnis der SAMW-RL zu weiteren Ethikkommissionen** (insb. Spital-Ethikkommissionen) und deren spital-internen Richtlinien/ Leitlinien: Was bedeuten allfällige Verweise auf die SAMW-RL?
- 6) **Rechtsprechung:** inwiefern werden die RL von Gerichten berücksichtigt? Welcher Wert wird den RL beigemessen?

Ziel ist die Klärung des Status der RL sowie ihrer Stellung im Gesundheitswesen, im gesetzlichen System und im Kontext der verschiedenen staatlichen und nicht staatlichen Institutionen. Dies schafft die Basis für die Klärung der Wirkung und der Grenzen der RL.

II. Zusammenfassung

Die 1943 gegründete Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) erfüllt heute eine praktisch sehr wichtige Funktion als Brückenbauerin zwischen Wissenschaft und Gesellschaft. Einen zentralen Teil dieser Tätigkeit bildet die Erarbeitung und die Pflege der medizin-ethischen Richtlinien, die sich mit grundlegenden und auch häufig neuen Fragen im Bereich der Medizin befassen und darauf ausgerichtet sind, ethisch vertretbares und wissenschaftlich abgesichertes Handeln der verschiedenen Akteure im Gesundheitswesen anzuleiten. Ihre praktische Bedeutung verdanken sie nicht zuletzt ihrer breiten Abstützung und wissenschaftlichen Fundierung. Gerade diese hohe Bedeutung hat wiederholt die Frage nach dem rechtlichen Status der SAMW-Richtlinien aufkommen lassen.

Das Gutachten beschreibt die Rechtsstellung der SAMW als private Forschungsförderungsinstitution, die Rechtsnatur der SAMW sowie den Entstehungsprozess ihrer Richtlinien. Im Fokus stehen dabei die rechtliche Einordnung sowie die rechtliche (und praktische) Bedeutung der SAMW-Richtlinien.

A) Rechtlicher Rahmen: SAMW als private Forschungsförderungsinstitution des FIGG

Die SAMW ist Teil der Akademien der Wissenschaften Schweiz. Der Dachverband vereint als gemeinnütziger und politisch unabhängiger Verein die in Art. 4 des Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und der Innovation (FIGG) genannten *privaten Forschungsförderungsinstitutionen*. Gestützt auf die alle vier Jahre vom Bundesrat verabschiedete Botschaft zur Förderung von Bildung, Forschung und Innovation (BFI-Botschaft), schliesst der Bund mit dem Akademienverbund und seinen Mitgliedern eine *Leistungsvereinbarung*. Die Forschungsförderungsinstitutionen stehen rechtlich und organisatorisch ausserhalb der Bundesverwaltung und sind daher Empfänger von *Subventionen*. Sie erfüllen ihre Aufgaben in *wissenschaftlicher Selbstverwaltung*.

Die Erarbeitung neuer und die Überarbeitung bestehender medizin-ethischer Richtlinien durch die SAMW ist ein mit dem Bund vereinbartes *Leistungsziel*. Als Empfängerin von Finanzhilfen ist die SAMW grundsätzlich frei zu entscheiden, ob sie die geförderte Tätigkeit ausüben möchte oder nicht. Die SAMW hat sich folglich die Aufgabe der Erstellung von Richtlinien selber erteilt. Diese Tätigkeit wurde der SAMW nicht vom Bund delegiert. Ausser dem Subventionsverhältnis im Rahmen der Forschungsförderung besteht keine formale rechtliche Beziehung zwischen der SAMW und den Bundesbehörden. Die Subventionskontrolle durch das SBFI ist auf die Zielerreichung im Rahmen der Leistungsvereinbarung zwischen dem SBFI und dem Schweizerischen Akademienverbund beschränkt. Es findet keine institutionalisierte inhaltliche Kontrolle der Richtlinien der SAMW durch staatliche Institutionen statt.

B) Rechtsnatur der SAMW

Die SAMW ist eine privatrechtliche Stiftung, die im Rahmen des Stiftungszwecks selber über ihre Struktur, die Besetzung ihrer Organe und ihre Verfahren bestimmt. Sie hat sich die Aufgabe der Erstellung und Pflege von medizin-ethischen Richtlinien selber erteilt. Es besteht *kein staatlicher Auftrag* an die SAMW zur Erstellung neuer bzw. Überarbeitung alter Richtlinien. Seit ihrer Gründung ist die SAMW aufgrund ihres Stiftungszwecks primär den medizinischen Wissenschaften verpflichtet und engagiert sich in standespolitischen und standesorganisatorischen Angelegenheiten.

C) Rechtliche Geltung der medizin-ethischen Richtlinien der SAMW

Die Richtlinien der SAMW sind Regelungen einer privaten Organisation und stellen fachlich-ethische Empfehlungen zu einer grossen Bandbreite an medizin-ethischen Themen dar. Sie richten sich in erster Linie an medizinische Fachpersonen, um diesen als Orientierungshilfe in der Praxis zu dienen. Damit kommt den Richtlinien *keine direkte rechtliche Bindungswirkung* zu. Als breit akzeptierte und bewährte fachliche Empfehlungen werden sie in der Praxis allerdings von Behörden und Gerichten zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und zur Eruierung der Regeln der ärztlichen Kunst (*lex artis*) beigezogen und dienen Gesundheitsfachpersonen als Orientierungshilfen (vgl. dazu unten F.).

Das Verfahren zur Erarbeitung neuer und Überarbeitung bestehender Richtlinien durch die Zentrale Ethikkommission der SAMW hat viele Elemente eines staatlichen Rechtsetzungsverfahrens. Der zentrale Unterschied besteht darin, dass die Gremien der SAMW nicht demo-

kratisch legitimiert, sondern aufgrund fachlicher Expertise und Interessen zusammengestellt sind.

Die Richtlinien richten sich in erster Linie an Gesundheitsfachpersonen (vorrangig an Ärztinnen und Ärzte). Die primäre Ausrichtung der SAMW auf die Medizin zeigt sich auch daran, dass die meisten Richtlinien der SAMW durch ihre Integration in die Statuten der FMH ärztliches Standesrecht darstellen. Zwar werden seit einigen Jahren auch Personen aus nicht-medizinischen Bereichen in die Gremien der SAMW berufen, doch ändert dies nichts an der primären Ausrichtung der SAMW auf die Interessen der medizinischen Wissenschaft. Die Beteiligung der Zivilgesellschaft bleibt auf das Vernehmlassungsverfahren beschränkt.

In der Regel zieht die SAMW ihre Richtlinie zurück oder passt sie an, wenn eine Thematik neu von einer staatlichen Regelung erfasst wird. Die SAMW hat sich bei der Ausgestaltung ihrer Richtlinien und Empfehlungen an das geltende Recht zu halten. Das staatliche Recht geht privaten Regelungen grundsätzlich vor. Das gilt auch für das ärztliche Standesrecht, über das die meisten der Richtlinien der SAMW für Mitglieder der FMH zu verbindlichen standesrechtlichen Regelungen werden. Private und standesrechtliche Regelungen, die von Regelungen des staatlichen Rechts abweichen, sind unzulässig und weder für Mitglieder noch für Dritte bindend und diese können sich auch nicht darauf berufen.

D) Verweise auf Medizin-ethische Richtlinien der SAMW

Verweisen staatliche Rechtsnormen auf Richtlinien der SAMW, erlangen letztere trotz ihrer privaten Natur rechtliche Bindungswirkung. Die Richtlinien der SAMW werden damit zu allgemeinverbindlichen Regeln des Rechts der gleichen Stufe wie der verweisende Rechtserlass. Heute finden sich einzig in der Transplantationsverordnung des Bundes sowie in der Gesetzgebung einzelner Kantone Verweisungen auf Richtlinien der SAMW.

Da sich die Richtlinien und Empfehlungen der SAMW mit Themen von zentraler Bedeutung für das menschliche Leben und die Persönlichkeit befassen und damit von *grundrechtlicher Relevanz* sind sowie neben medizinisch-technischen Inhalten auch ethische und rechtspolitische Aussagen treffen, die sich inhaltlich nicht von den medizinisch-technischen Inhalten trennen lassen, sind dynamische Verweisungen auf Richtlinien und Empfehlungen der SAMW unzulässig. Auch wenn demgegenüber statische Verweise als grundsätzlich zulässig erachtet werden, müssen sie sich auf einen klar umrissenen Rahmen beschränken. Die Regelung zentraler Bereiche des menschlichen Daseins darf vom demokratisch gewählten Gesetzgeber nicht Privaten überlassen, respektive vollständig an Private delegiert werden. Diese Regelungsgegenstände – zumindest die massgebenden Grundsätze und zentralen Wertentscheidungen – bedürfen einer Normierung auf Stufe des formellen Gesetzes.

E) Die Richtlinien der SAMW in der Rechtsprechung

Die Richtlinien der SAMW werden in der Rechtsprechung sowohl durch kantonale Gerichte wie auch durch das Bundesgericht berücksichtigt. Das Schweizerische Bundesgericht behandelt die Richtlinien der SAMW in seinen Entscheiden mit grossem Respekt und anerkennt sie – insbesondere in Bereichen, in denen staatliche Regelungen fehlen oder unbestimmt sind –, als sachdienliche Quelle medizin-ethischer Regelungen von hoher Autorität. Das Bundesgericht berücksichtigt sowohl die medizinisch-technischen Inhalte der Richtlinien, wie auch die ethischen Vorgaben. Das Bundesgericht zieht die Richtlinien der SAMW bei der Auslegung von staatlichem Recht, zur Lückenfüllung oder zur Ermittlung der ärztlichen Berufsregeln und dem «Stand der medizinischen Wissenschaften» bei. Trotzdem erachtet sich das Bundesgericht nicht generell an die SAMW-Richtlinien gebunden und weist darauf hin, dass den Richtlinien keine absolute Autorität und rechtliche Verbindlichkeit zukommt und die Einhaltung der Richtlinien das ärztliche Verhalten nicht *per se* legitimieren. Bei einem Konflikt zwischen staatlichem Recht und den Richtlinien der SAMW habe sich der Arzt an das staatliche Recht zu halten.

F) Bedeutung und Wirkung der Richtlinien in der Praxis

Die Richtlinien der SAMW geniessen in der Praxis hohe Anerkennung. Diese gründet in der Expertise der in ihre Ausarbeitung involvierten Fachpersonen und Berufsgruppen. Auch wenn den Richtlinien der SAMW keine objektiv-rechtliche Bindungswirkung zukommt, beeinflussen sie als breit akzeptierte und bewährte fachliche Empfehlungen das staatliche Recht auf verschiedene Weise. Die Richtlinien werden in der (Rechts-)Praxis zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe beigezogen, fliessen in die Rechtsetzung, die Verwaltungspraxis

und die Rechtsprechung (vgl. oben E) ein, dienen Gesundheitsfachpersonen als Orientierungshilfen und bilden einen wesentlichen Bestandteil des ärztlichen Standesrechts (vgl. unten G). In ihrer Funktion als ärztliches Standesrecht sind sie Teil der Regeln der ärztlichen Kunst («*lex artis*») und konkretisieren das gute medizinische und ethische ärztliche Handeln und damit die berufrechtliche Sorgfalt.

Indem die Richtlinien der SAMW in die Rechtsgenese und die Verwaltungspraxis einfließen sowie in der Rechtsprechung berücksichtigt werden, prägen sie u.a. das rechtliche Verständnis von medizinischen und ethischen Begriffen.

Richtlinien und Empfehlungen der SAMW können im Vergleich zu staatlichen Regelungen deutlich schneller erarbeitet und/oder angepasst werden. Dies kann in Situationen zeitlicher Dringlichkeit (vgl. die Anpassung des Triage-Anhangs zu den Richtlinien «Intensivmedizinische Massnahmen» während der Corona-Pandemie) vorteilhaft sein. Darüber hinaus dienen die Richtlinien als Lückenfüller bei fehlender und als Vorläufer späterer Rechtsetzung oder aber zur Vermeidung staatlicher Regelungen.

G) Verhältnis der SAMW zur FMH und zum Standesrecht

Nach der Verabschiedung neuer bzw. revidierter medizin-ethischer Richtlinien durch die SAMW beantragt die SAMW bei der Ärztekammer der FMH die Aufnahme der Richtlinien in die Standesordnung der FMH. Die Ärztekammer entscheidet über die Aufnahme neuer bzw. revidierter SAMW-Richtlinien in die Standesordnung der FMH und folglich über die Verbindlichkeit der Richtlinien für die Mitglieder der FMH. Die von der FMH in ihre Standesordnung aufgenommenen Richtlinien der SAMW bilden einen integralen Bestandteil der Standesordnung der FMH und sind für deren Mitglieder (standes- bzw. vereinsrechtlich) verbindlich. Da die Richtlinien der SAMW jeweils mit einem konkreten Datum, d.h. in einer bestimmten Fassung in die FMH Standesordnung übernommen werden, handelt es sich um *statische Verweisungen zwischen privaten Normen*.

Das staatliche Recht geht den Standesregeln grundsätzlich vor. Standesrechtliche Regelungen, die von den rechtlichen Regelungen abweichen, sind unzulässig und für die Mitglieder nicht bindend und diese können sich auch nicht darauf berufen. Der Einbezug der SAMW-Richtlinien bei der Auslegung und Präzisierung von allgemein gehaltenen Berufspflichten wird von der Lehre und der Rechtsprechung als zulässig anerkannt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen allerdings die «massgebenden gesetzlichen Vorschriften [...] so präzise formuliert sein, dass der Einzelne sein Verhalten danach richten resp. die Folgen seines Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.» (Urteil des Bundesgerichts vom 27. März 2018, 2C_782/2017, E 2.3 mit Verweis auf Bundesgerichtsentscheid 108 Ia 316 E. 2b/aa S. 319.)

H) Verhältnis der SAMW zu medizinischen Fachgesellschaften und ihren Leitlinien

Medizinische Fachgesellschaften erarbeiten und erlassen neben standesrechtlichen Regelungen auch *fachliche Leitlinien*. Diese Richtlinien der evidenzbasierten Medizin definieren den jeweils anerkannten *medizinischen Standard* in einem Fachbereich. Sie dienen der Unterstützung der Entscheidungsfindung der Fachpersonen und der Beurteilung der geschuldeten und gebotenen Sorgfalt. Im Zusammenhang mit der Definition des geltenden medizinischen Standards in einem Fachbereich und der damit einhergehenden Erstellung und Pflege von fachlichen Leitlinien können Fachorganisationen ihren Mitgliedern Richtlinien der SAMW zur Beachtung und Anwendung *empfehlen* und/oder diese in den Leitlinien berücksichtigen oder auf diese verweisen. Im Gegensatz zu den vereinsrechtlichen bzw. standesrechtlichen Vorgaben von ärztlichen Fachgesellschaften sind SAMW-Richtlinien im Kontext von fachlichen Leitlinien nicht verbindlich. Sie können aber bei der Ermittlung des jeweils anerkannten medizinischen Standards beigezogen werden.

I) Verhältnis der SAMW zur Nationalen Ethikkommission und ihren Richtlinien

Die Tätigkeitsfelder der Nationalen Ethikkommission (NEK) und der Zentralen Ethikkommission der SAMW (ZEK) überschneiden sich. Jedoch unterscheiden sich die beiden Ethikkommissionen in verschiedener Hinsicht: Dies zum Beispiel mit Blick auf ihrer Rechtsnatur (ausserparlamentarische Expertenkommission vs. Fachgremium im Rahmen einer privatrechtlichen Stiftung), die Ernennung der Mitglieder (Berufung durch den Bundesrat vs. Wahl durch den Senat resp. den Vorstand der SAMW) und die Konzeption und die Aufgaben der beiden Kommissionen. Gemäss Art. 28 des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) hat die NEK

einen *gesetzlichen Auftrag* a. zur Erarbeitung von ergänzenden Richtlinien zum FMedG; b. zum Aufzeigen von Lücken in der Gesetzgebung; c. auf Anfrage die Bundesversammlung, den Bundesrat und die Kantone zu beraten; d. die Öffentlichkeit über wichtige Erkenntnisse zu informieren und die Diskussion über ethische Fragen in der Gesellschaft zu fördern. Im Gegensatz dazu besteht bei der SAMW keine gesetzliche Grundlage, die ihr vergleichbare Aufträge und Aufgaben auferlegen würde (vgl. oben A). Wie aufgezeigt, erteilt sie sich ihre Aufgaben grundsätzlich selber und es ist die ZEK die entscheidet, zu welchen Themen Richtlinien erarbeitet werden. Die NEK und die ZEK verbindet aber auch die Gemeinsamkeit, dass ihren Richtlinien, Stellungnahmen und dergleichen keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt und sie somit beratend tätig sind.

J) Verhältnis der SAMW zu weiteren Ethikkommissionen

Neben der Nationalen Ethikkommission und der Zentralen Ethikkommission der SAMW bestehen in der Schweiz im Bereich der Biologie und Medizin sieben kantonale (Forschungs-)Ethikkommissionen sowie zahlreiche Ethikgremien, die an Institutionen wie Spitälern und Universitäten oder für Organisationen (z.B. Fachgesellschaften und Standesorganisationen) tätig sind. Im Rahmen der für sie geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen, ihrer Satzung und allfälliger auf sie zur Anwendung gelangenden Weisungen steht es ihnen frei, eigene Richtlinien, Empfehlungen, Standards und dergleichen zu erarbeiten und/oder sich bei ihrer Tätigkeit auf jene anderer Gremien zu beziehen. Dabei können sie auf die Richtlinien der SAMW oder anderer Organisationen verweisen, diese in ihrer Arbeit berücksichtigen, sie zur Anwendung empfehlen oder sie privat- bzw. vereinsrechtlich für Mitglieder verbindlich erklären etc. Das staatlich gesetzte Recht darf dabei jedoch weder abgeändert werden, noch können zusätzliche Rechtspflichten geschaffen werden.

Ethikkommissionen staatlicher Natur resp. Ethik-Strukturen, die für eine dem öffentlichen Recht unterstehende Institution tätig sind, sind an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und damit auch direkt an die Grundrechte gebunden. Dies gilt unabhängig davon, ob sie hoheitlich Aufgaben im Sinne von Verwaltungsaufgaben wahrnehmen oder ob sie nicht-hoheitlich (insb. Ethikberatung) tätig sind.

K) Verhältnis der SAMW zu den Behörden des Bundes

Obwohl die Richtlinien in der Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsprechung faktische Wirkung zeigen (vgl. oben E und F), sind weder die Voraussetzungen für eine rechtmässige Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an Private erfüllt (und auch nicht beabsichtigt), noch liegt ein Fall staatlich regulierter Selbstregulierung vor. Ebenso wenig sind die Anforderungen an eine Beleihung von Privaten erfüllt. Vielmehr besteht ein anhaltender Austausch zwischen dem Bund und der SAMW *ausserhalb der gesetzlich vorgesehenen Formen*. Dies zeigt einerseits das vom Schweizerischen Nationalfonds geförderte Forschungsprojekt der Universität Bern «Governing by Values», das die Geschichte der SAMW-Richtlinien historisch und juristisch untersucht hat. Andererseits finden sich aktuelle Beispiele die aufzeigen, dass die Akteure des Bundes sowohl die SAMW als Organisation wie auch die Richtlinien bewusst in die Ausgestaltung der (rechtlichen) Rahmenbedingungen im Gesundheitswesen einbeziehen (vgl. Motion 23.3967, Motion 23.4476, Postulat 23.3496). Früher wie heute scheint eine Abwägung durch die Behörden des Bundes vorgenommen zu werden, welche Themen und Inhalte in einer Richtlinie und welche in eine staatliche Regelung gefasst werden sollten.

In einem demokratischen Verfassungsstaat können private Normsetzer weder an Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers Regelungen treffen, noch kann und darf die Politik ihre Verantwortung nach Belieben an private Expertinnen und Experten abgeben und damit der demokratischen Kontrolle und Legitimation entziehen. Die staatlichen Behörden können sich im Vorfeld von Entscheidungen durch (ethische) Expertinnen und Experten beraten und bei der Erarbeitung von Rechtsgrundlagen unterstützen lassen. Jedoch obliegt ihnen in einem demokratischen Rechtsstaat die Verantwortung und die Entscheidungspflicht. Gemäss Art. 164 Abs. 2 BV hat die Legislative die wichtigen Regelungen selber zu erlassen.

III. Gutachten

A. Übersicht

- 2 Das Gutachten beschreibt in einem ersten Teil (B) der SAMW, ihrer Organe und den Richtlinien. Der Fokus liegt dabei auf den RL der SAMW, ihr Entstehungsprozess und die darin involvierten Organe der SAMW.

Der zweite Teil (C) widmet sich der rechtlichen Einordnung der SAMW-RL. Untersucht wird dazu ihre rechtliche Geltung, Verweisungen im staatlichen Recht auf SAMW-RL, die Bedeutung der RL in der Rechtsgenese, Rechtsanwendung und Rechtsprechung sowie für das ärztliche Standesrecht.

Im dritten Teil (D) wird der rechtliche Rahmen der RL-Arbeit der SAMW beleuchtet. Im Zentrum steht dabei das Bundesgesetz über die Förderung der Forschung und Innovation (FIFG) und die darauf basierende Forschungsförderung durch den Bund.

Der letzte Teil (E) des Gutachtens widmet sich der Beziehungen der SAMW zu ihren Stakeholdern. Hierzu wird das Verhältnis der SAMW zur FMH und den ärztlichen Fachgesellschaften sowie dem SBK (1. Abschnitt), zur NEK (2. Abschnitt) und anderen Ethikkommissionen (3. Abschnitt) untersucht. Der Abschluss bildet eine Analyse des Verhältnisses der SAMW zu den verschiedenen Akteuren im Bund (4. Abschnitt)

Unter III. erfolgt die Beantwortung der Fragen.

B. Die SAMW und ihre medizin-ethische Richtlinien

1. Die SAMW

- 3 a. *Gründung und Anfänge*

Die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) wurde 1943 von den medizinischen und veterinärmedizinischen Fakultäten der Schweiz sowie der Verbindung der Schweizer Ärzte FMH als eine privatrechtliche Stiftung nach Artikel 80 ff. ZGB gegründet (Art. 1 Statuten SAMW). Sie ist heute eine der vier schweizerischen Akademien der Wissenschaften.¹

Mit bedeutenden Beiträgen der pharmazeutischen Industrie sowie weiteren Donatoren konnte von Beginn an ein bedeutendes Stiftungskapital sowie eine Stipendienstiftung errichtet werden.² Seit 1984 erhält die SAMW, gestützt auf das FIFG zudem in ihrer Funktion als Institution der Forschungsförderung jährliche Subventionen des Bundes (dazu unten Rz. 67 ff.).

- 4 Zu Beginn bestanden die Hauptaktivität der SAMW in der (Wieder-)Aufnahme und Pflege von Beziehungen mit der medizinischen Welt im Ausland nach dem zweiten Weltkrieg.³ Mit der Zeit gewann die Förderung der Forschung und die Vergabe von Stipendien für Forschungsaufenthalte in Europa und den USA an Bedeutung. Mit der Schaffung des Schweizerischen Nationalfonds in den

¹ DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2575; RODUIT/SPRUMONT, 404.

² Vgl. Ausführungen in der Rubrik «Portrait» auf der Internetseite der SAMW <<https://www.samw.ch/de/Portraet/Geschichte.html>>, besucht im März 2024.

³ DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2577; MARTI, 28 ff.; RODUIT/SPRUMONT, 412.

1950er Jahren verlagerte sich der Schwerpunkt der Tätigkeit allmählich von der finanziellen Unterstützung von Forschenden und Forschungsprojekten zu einer Auseinandersetzung mit ethischen Fragen und der Schaffung verschiedener Kommissionen.⁴ Das Aufkommen der Transplantation von Organen war 1969 Anlass für die erste medizinisch-ethische Richtlinie der SAMW zur Definition des Todes, der viele weitere folgten.⁵

b. *Ziele und Aufgaben*

Gemäss Art. 3 der Statuten der SAMW und ihrem Leitbild unterstützt die SAMW «eine hohe Qualität der Medizin in all ihren Facetten. Sie setzt sich ein für die Stärkung der Forschung und für den Transfer des Wissens in Aus-, Weiter- und Fortbildung und nimmt eine führende Rolle wahr in der umfassenden Reflexion über die Zukunft der Medizin.» Sie soll mögliche Entwicklungen und deren Auswirkungen auf Individuen, Gesellschaft und Medizin im Sinne einer Früherkennung antizipieren. «Sie engagiert sich bei der Klärung ethischer Fragen im Zusammenhang mit neuen medizinischen Erkenntnissen, stellt ethische Richtlinien auf und setzt sich für deren Umsetzung ein. Die SAMW steht im Dialog mit der Gesellschaft: Sie nimmt Anliegen, Hinweise und Ängste aus der Bevölkerung auf, bemüht sich aktiv um Informationsvermittlung und steht für Experten- und Beratungstätigkeit zuhanden von Politik und Behörden zur Verfügung.»

5

Heute sieht sich die SAMW als Brückenbauerin zwischen Wissenschaft und Gesellschaft. Gemäss den Informationen auf der Internetseite der SAMW und ihren Statuten setzt sie mit den beiden Hauptprogrammen «Medizinische Wissenschaft und Praxis» und «Medizin und Gesellschaft» folgende Schwerpunkte:

- die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses, insbesondere in der klinischen Forschung
- die Unterstützung der hohen Forschungsqualität in der biomedizinischen und klinischen Forschung
- die Verbindung der wissenschaftlichen Medizin mit der Praxis
- die Klärung ethischer Fragen im Zusammenhang mit medizinischen Entwicklungen
- Reflexion über die Zukunft der Medizin und deren Auswirkungen auf Individuen und die Gesellschaft
- Engagement in der Hochschul-, Wissenschafts- und Bildungspolitik, verbunden mit einer Experten- und Beratungstätigkeit für Politik und Behörden.⁶

⁴ RÜTSCHÉ/GÄCHTER, Rz. 60. Vgl. auch Ausführungen in der Rubrik «Portrait» auf der Internetseite der SAMW <<https://www.samw.ch/de/Portraet/Geschichte.html>>, besucht im März 2024. Vgl. zu den Kommissionen unten Rz. 14.

⁵ SAMW/FMH, 11. Die aktuell geltenden Richtlinien sind abrufbar unter: <<https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html>>, besucht im März 2024. DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2578; RODUIT/SPRUMONT, 412 f.

⁶ <<https://www.samw.ch/de/Portraet.html>>, besucht im März 2024.

Seit 1984 erhält die SAMW, gestützt auf das Forschungsgesetz des Bundes⁷ in ihrer Funktion als Institution der Forschungsförderung jährliche Subventionen des Bundes. Gemäss Art. 17 Statuten SAMW bestreitet die SAMW heute ihre Ausgaben durch Subventionen des Bundes, Erträgen aus Fonds und mit Zuwendungen Dritter.

c. *Zugehörigkeit zum Verbund der wissenschaftlichen Akademien Schweiz*

6 Seit der Gründung im Jahr 2006 gehört die SAMW zum *Verbund der wissenschaftlichen Akademien der Schweiz* und damit zum grössten wissenschaftlichen Netzwerk der Schweiz.⁸ Die Akademien sind Teil des Forschungsförderungssystems der Schweiz.

Der als Verein nach Art. 60 ff. ZGB organisierte Akademienverbund vereinigt nach Art. 1 seiner Statuten «als gemeinnützige, politisch unabhängige Dachgesellschaft auf gesamtschweizerischer Ebene die ihm im Forschungs- und Innovationsförderungsgesetz (FIG; SR 420.1) zugeordneten Institutionen und Kompetenzzentren.» Als Mitglied im Verbund ist die SAMW rechtlich selbständig und unabhängig.⁹

Im Verbund der Akademien kann die SAMW «Synergien und Kompetenzen zur Bearbeitung gemeinsamer Fragestellungen und Projekte» nutzen. Mit der gemeinsamen *Mehrjahresplanung* wird jeweils für vier Jahre festgelegt, womit sich die Mitglieder schwerpunktmässig beschäftigen werden. Zugleich wird die Finanzierung der Mitglieder des Akademienverbundes gestaltet und koordiniert.¹⁰

Der Akademienverbund verfolgt drei Schwerpunkte.¹¹ «*Gesundheit im Wandel*» ist einer davon. Das Thema «*Ethik*» bildet dabei ein *Handlungsfeld* in diesem Schwerpunkt. Dieses umfasst u.a. die Erarbeitung von medizin-ethischen RL durch die ZEK: «Die Antizipation ethischer Fragestellungen und die Begleitung medizinischer Innovationen und Trends bis hin zur Praxis gehören zu den Kernaufgaben der Akademien. Daraus entstehen Richtlinien, welche Fachpersonen im Gesundheitsbereich für ethische Fragestellungen sensibilisieren und sie bei ethisch heiklen Entscheidungen unterstützen. Mit Aufnahme der Richtlinien in die Standesordnung FMH werden diese für FMH-Ärztinnen und -Ärzte zu verbindlichem Standesrecht und damit zu «soft law». Seit Jahrzehnten setzt sich die Zentrale Ethikkommission der SAMW intensiv mit Fragen rund um das Lebensende und medizinische Aufgaben im Zusammenhang mit Organtransplantationen auseinander. Weitere Themen sind Patientenautonomie, Advocacy für vulnerable Patientengruppen, Ökonomisierung der Medizin, gerechter Zugang zu Gesundheitsleistungen und Personalized Health.»¹²

⁷ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über die Förderung der Forschung und der Innovation (Forschungs- und Innovationsförderungsgesetz, FIG), AS 1984 28.

⁸ Der Verbund wurde am 6. Juli 2006 gegründet und die 1981 ins Leben gerufenen Konferenz – später Rat – der wissenschaftlichen Akademien (CASS) der Schweiz aufgelöst. Vgl. Jahresbericht der Akademien Schweiz 2006, 4. Vgl. auch BFI-Botschaft 2008, 1310.

⁹ Art. 3 Ziff. 3 der Statuten der Akademien der Wissenschaften Schweiz a+.

¹⁰ <<https://www.samw.ch/de/Portraet.html>>, besucht im April 2024.

¹¹ Die drei Schwerpunkte sind: «Digital Literacy und Technologie», «Gesundheit im Wandel» und «Nachhaltige Entwicklung», vgl. <<https://akademien-schweiz.ch/de/themen>>, besucht im April 2024.

¹² <<https://akademien-schweiz.ch/de/uber-uns/schwerpunkte/gesundheit-im-wandel>>, besucht im April 2024.

d. Die Stiftung und ihre Organe

Gemäss Art. 1 der Statuten ist die SAMW eine Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB. Art. 5 der Statuten der SAMW bezeichnet die fünf Organe der Stiftung: den Senat, den Vorstand, das Generalsekretariat, die Kommissionen und die Revisionsstelle. Nachfolgend wird auf die vier erstgenannten vertieft eingegangen.

7

- Senat

Das oberste Stiftungsorgan der SAMW ist der Senat.¹³ Er setzt sich aus den Ordentlichen und Delegierten Mitgliedern sowie Gästen zusammen.¹⁴ Die *Ordentlichen Mitglieder* umfassen Einzelmitglieder, Korrespondierende Mitglieder, Ehrenmitglieder und emeritierte Mitglieder.¹⁵ Zu den *Delegierten Mitgliedern* gehören Angehörige der medizinischen Fakultäten und der Vetsuisse-Fakultät, des Schweizerischen Instituts für ärztliche Weiter- und Fortbildung, der FMH, von Gesundheitsberufen, den Pharmazeutischen Wissenschaften, der Schweizerischen Zahnärzte-Gesellschaft, dem Schweizerischen Apothekerverband und der Gesellschaft Schweizerischer Tierärztinnen und Tierärzte, des BAG und des BLV.¹⁶ Als *Gäste* und ohne Stimmrecht können Vertretungen der medizinischen Fachgesellschaften, eine Vertretung des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation, die Präsidentinnen und Präsidenten der ständigen Kommissionen der SAMW, Vertreterinnen oder Vertreter weiterer, vom Vorstand oder Senat bezeichneter, Organisationen sowie die Mitglieder des Vorstands, unabhängig davon, ob sie Senatsmitglieder sind oder nicht, teilnehmen.¹⁷

8

Die Delegierten Mitglieder sowie Vertreterinnen und Vertreter der Fachgesellschaften mit Facharztstitel werden von den delegierenden Institutionen ernannt und ihre Amtszeit ist auf vier Jahre beschränkt (mit der Möglichkeit für eine zweite Amtszeit)¹⁸ und endet mit dem Rücktritt aus den delegierenden Institutionen.¹⁹ Die Ernennung der Ordentlichen Mitglieder erfolgt durch Vorschläge an die Nominationskommission des Senats. Neue ordentliche Mitglieder können von den Fakultäten gemäss Art. 7 Statuten SAMW oder von mindestens zwei ordentlichen Mitgliedern vorgeschlagen werden. Der Vorstand bereinigt die ihm von der Nominationskommission vorgelegten Liste. Der Entscheid über die Aufnahme wird durch den Senat in einer geheimen Abstimmung

9

¹³ Art. 6 Statuten SAMW.

¹⁴ Art. 7 Statuten SAMW.

¹⁵ Art. 7 lit. a) Statuten SAMW: Die Ordentlichen Mitglieder umfassen:

«– die Einzelmitglieder, d.h. Persönlichkeiten, die sich ausgezeichnet haben durch aussergewöhnliche wissenschaftliche Leistungen mit Bezug zur Medizin und durch ihr Engagement für akademische Anliegen ausserhalb des eigenen engeren Fachbereichs,

– die Korrespondierenden Mitglieder, d.h. im Ausland lebende Forscherinnen oder Forscher, die sich durch aussergewöhnliche medizin-wissenschaftliche Leistungen mit Bezug zur Schweiz ausgezeichnet haben,

– die Ehrenmitglieder, d.h. Persönlichkeiten, die sich um die Förderung der Wissenschaft, um das Gesundheitswesen und/oder die SAMW besonders verdient gemacht habend

– die emeritierten Mitglieder, d.h. ordentliche Mitglieder, die sich ab dem Alter von 75 Jahren nicht mehr aktiv an den Angelegenheiten der SAMW beteiligen möchten.»

¹⁶ Vgl. Art. 7 lit. b Statuten SAMW.

¹⁷ Vgl. Art. 7 lit. c Statuten SAMW.

¹⁸ Von der Amtszeitbeschränkung ausgenommen sind die Vertreterinnen und Vertreter des BAG und des BLV und die Präsidentin oder der Präsident der FMH, Art. 8 Statuten SAMW.

¹⁹ Art. 8 Statuten SAMW.

getroffen, wobei es für eine Ernennung die Zustimmung von drei Vierteln der anwesenden Senatsmitglieder braucht. Einzel-, Ehren- und Korrespondierende Mitglieder werden auf Lebenszeit ernannt. Ein Ausschluss von Mitgliedern des Senats ist bei grobem Fehlverhalten mit der Zustimmung von drei Vierteln der anwesenden Mitglieder möglich.²⁰

10 Gemäss Art. 6 Statuten SAMW üben die Mitglieder des Senats diese Tätigkeit ehrenamtlich und in voller Unabhängigkeit aus.

Der Senat trifft sich mindestens einmal jährlich, wobei ausserordentlich Versammlungen entweder durch den Vorstand oder durch ein Drittel der Senatsmitglieder verlangt werden können.²¹

11 Zu den Kompetenzen des Senats gehören gemäss Art. 9 Statuten SAMW unter anderem die Festsetzung und Änderung der Statuten unter Vorbehalt des Stiftungszweckes²² (lit. a), die Wahl des Vorstandes und die Ernennung seiner Präsidentin oder seines Präsidenten (lit. b), die Einsetzung und Aufhebung von Kommissionen und die Wahl ihrer Präsidentinnen oder Präsidenten (lit. c) sowie die Verabschiedung von Richtlinien und Empfehlungen, «welche spezifische Aspekte von ärztlicher, pflegerischer und medizinisch-wissenschaftlicher Tätigkeit betreffen» (lit. h).

- Vorstand und Generalsekretariat

12 Die laufenden Geschäfte der SAMW werden durch den Vorstand betreut. Die Zusammensetzung des Vorstands ist in Art. 10 der SAMW-Statuten geregelt. Er besteht derzeit aus 12 Mitgliedern, u. a. dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten, dem Quästor, dem Präsidenten der Zentralen Ethikkommission (ZEK), dem Präsidenten von Swiss Personalized Health Network (SPHN) und der Präsidentin der FMH.²³ Die Mitglieder des Vorstands werden jeweils auf vier Jahre gewählt; eine einmalige Wiederwahl in der gleichen Funktion ist möglich. Nach Art. 11 Statuten SAMW obliegen dem Vorstand alle Geschäfte, die nicht dem Senat, den Akademien der Wissenschaften Schweiz oder einem anderen Organ vorenthalten sind. Dem Vorstand obliegt damit «namentlich die Planung, Leitung und Beaufsichtigung der Geschäfte der SAMW, die Durchführung der vom Senat gefassten Beschlüsse, die Ausarbeitung und Genehmigung von Stellungnahmen und Positionspapieren, die Wahl von Kommissionsmitgliedern (mit Ausnahme der Nominationskommission) und von Vertretern der Akademie in externen Gremien sowie die Ernennung und Entlassung des Generalsekretärs» oder der Generalsekretärin. Zur Erfüllung der Aufgaben der SAMW kann der Vorstand die erforderlichen Reglemente und Weisungen erlassen.

13 Die Geschäftsführung obliegt einem vom Vorstand gewählten Generalsekretär oder einer Generalsekretärin.²⁴ Sie oder er untersteht direkt dem Präsidenten oder der Präsidentin, ist Mitglied der Geschäftsleitung der Akademien der Wissenschaften Schweiz und nimmt an den Sitzungen des Vorstandes und des Senats mit beratender Stimme teil und verantwortet – in Rücksprache mit der

²⁰ Art. 8 Statuten SAMW.

²¹ Art. 6 Statuten SAMW.

²² Darüber hinaus bedarf es gemäss Art. 9 lit. a Statuten SAMW «der Genehmigung durch die in Art. 4 Abs. 3 der Stiftungsurkunde genannten Institutionen (FMH; Medizinische Fakultäten Basel, Bern, Genf, Lausanne und Zürich; Vetsuisse-Fakultät)».

²³ <<https://www.samw.ch/de/Portraet/Vorstand.html>>, besucht im April 2024.

²⁴ Art. 13 Statuten SAMW.

Präsidentin oder dem Präsidenten – die personelle und materielle Organisation des Generalsekretariats.²⁵ Das Generalsekretariat «setzt die vom Vorstand getroffenen Beschlüsse um, koordiniert und begleitet die Arbeiten in den Kommissionen und pflegt die Zusammenarbeit mit den vielfältigen Partnern in der Praxis, im akademischen und politischen Umfeld»²⁶.

- Kommissionen

Neben den Stiftungsorganen sind verschiedene ständige sowie für die Dauer ihrer Aufgabe gebildete Kommissionen im Auftrag der SAMW tätig, die eine Vielzahl von Aufgaben erfüllen. Sie beurteilen namentlich Gesuche in den Förderprogrammen, bearbeiten Schwerpunktthemen der Akademie, fördern und begleiten die Umsetzung von Richtlinien in der Praxis oder nehmen Spezialaufgaben wahr.²⁷ Gemäss Art. 14 Statuten SAMW werden die Mitglieder dieser Kommission für eine Amtsdauer von vier Jahren mit der Möglichkeit einer einmaligen Wiederwahl gewählt.²⁸ Die Kommissionen bearbeiten ihre Aufgaben selbständig und werden vom Generalsekretariat administrativ und fachlich unterstützt.

14

e. *Zentrale Ethikkommission und ihre Subkommissionen*

Die Zentrale Ethikkommission der SAMW wurde 1979 gegründet.²⁹ «Die Antizipation ethischer Fragestellungen und die Begleitung der Einführung von medizinischen Innovationen und Trends gehören zu den Kernaufgaben der SAMW. Eine weitere Aufgabe ist die ethische Reflexion der bestehenden medizinischen Praxis. Die Zentrale Ethikkommission (ZEK) der SAMW übernimmt hierbei eine wichtige Rolle.»³⁰ Gemäss der Präambel der seit dem 1. Dezember 2023 geltenden Fassung des Reglements der ZEK, bringt diese «[...] insbesondere die Sichtweise der in der Medizin tätigen Ärztinnen und Ärzte, Pflegefachpersonen, Therapeutinnen und Therapeuten sowie Forschenden kritisch in die Ethikdiskussion ein, berücksichtigt aber auch die gesamtgesellschaftliche Perspektive.»

15

In Ziff. 1 des Reglements wird die Aufgabe der ZEK wie folgt formuliert: «Die ZEK antizipiert und diskutiert ethische Herausforderungen der Medizin. Sie versteht sich als Reflexionsraum für medizin-ethische Fragen. In ihrer Arbeit stützt sie sich auf wissenschaftliche Erkenntnisse (evidenz- und values-based), orientiert sich an den Entwicklungen auf nationaler und internationaler Ebene und fördert den Informationsaustausch sowie die Zusammenarbeit mit verwandten Institutionen. An ihren Sitzungen – allenfalls unter Einbezug von Gastreferent:innen – berät die ZEK über das Erstellen neuer bzw. die Revision vorhandener Richtlinien, Stellungnahmen oder anderer Massnahmen zu medizin-ethischen Fragen, die sie selbst für relevant hält oder die von öffentlichen oder privaten Institutionen oder Einzelpersonen an sie herangetragen wer-

16

²⁵ Art. 13 Statuten SAMW.

²⁶ Art. 12 Statuten SAMW. Vgl. auch <<https://www.samw.ch/de/Portraet/Generalsekretariat.html>>, besucht im April 2024.

²⁷ <<https://www.samw.ch/de/Portraet/Kommissionen.html>>, besucht im April 2024.

²⁸ Gemäss Art. 14 Statuten SAMW kann der Senat Ausnahmen von der Amtszeitbeschränkung vornehmen.

²⁹ <<https://www.samw.ch/de/Portraet/Geschichte.html>>, besucht im April 2024; DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2578; RODUIT/SPRUMONT, 413; RÜTSCHÉ/GÄCHTER, Rz. 61.

³⁰ Mehrjahresplanung des Akademienvverbundes 2017-2020, 39.

den.» Gemäss Ziff. 1 Reglement hat die ZEK namentlich folgende Aufgaben: Ausarbeitung von medizin-ethischen Richtlinien (vgl. dazu unten Rz. 23 ff.), Stellungnahmen zu medizin-ethischen Fragen und Austausch mit anderen Organisationen im Bereich der Medizinethik. Das Ressort Ethik im Generalsekretariat verantwortet das wissenschaftliche und administrative Sekretariat der ZEK, ihrer Subkommissionen und Arbeitsgruppen.³¹

- 17 Gemäss Ziff. 2 des Reglements setzt sich die ZEK aus mindestens 12 Mitgliedern zusammen. Ihr sollen Ärztinnen und Ärzte aus verschiedenen Fachrichtungen, Pflegende und weitere Gesundheitsfachpersonen jeweils idealerweise mit Aus-, Weiter- oder Fortbildung in Ethik angehören. Darüber hinaus sieht das Reglement bei der Zusammensetzung der ZEK ein bis zwei juristische Fachpersonen und mindestens eine Fachperson aus der Ethik vor. Zudem haben je eine delegierte Person der FMH und eine des SBK (vgl. Rz. 92) einen Platz in der ZEK. Darüber hinaus stellt Ziff. 2 folgende Anforderungen an die Zusammensetzung der ZEK: «Mindestens drei Viertel der Mitglieder sollte in medizinischen Berufen tätig sein; auf möglichst hohe Diversität ihrer Kompetenzen und Erfahrungen ist zu achten. Mindestens zwei Fachpersonen sollten in der klinischen Ethik arbeiten. Die Zusammensetzung gewährleistet eine angemessene Vertretung der Landesteile, Sprachen und Geschlechter.» Mit beratender Stimme nehmen der SAMW-Präsident oder die SAMW-Präsidentin, der Generalsekretär oder die Generalsekretärin sowie wissenschaftliche Mitarbeitende des Ressorts Ethik der SAMW teil.³²
- 18 Während die Mitglieder der ZEK durch den Vorstand der SAMW gewählt werden, erfolgt die Wahl der Präsidentin bzw. des Präsidenten sowie der Vizepräsidentin bzw. des Vizepräsidenten durch den Senat. Gemäss Ziff. 3 des Reglements der ZEK nimmt das SAMW-Generalsekretariat «Bewerbungen von interessierten Personen bzw. Hinweise auf geeignete Fachpersonen entgegen. Entsprechend dem gesuchten Fachbereich können Fachgesellschaften und weitere Organisationen gebeten werden, Vorschläge einzureichen.»
- 19 Die Amtszeit der Mitglieder ist gemäss Ziff. 3 auf zwei mal vier Jahre beschränkt, wobei die Vertretungsperson des Generalsekretariats von dieser Regelung ausgenommen ist. Wird die Funktion des Präsidiums resp. Vizepräsidiums von einem Mitglied der ZEK übernommen, beginnt die achtjährige Amtszeit von Neuem zu laufen (Ziff. 3).
- 20 Gemäss Ziff. 5 des Reglements der ZEK arbeitet die Kommission, wenn immer möglich, im Konsensverfahren. Ist dies nicht möglich, wird auch die Minderheitsposition formuliert und protokolliert. Für die Verabschiedung von neuen und revidierten RL ist die Zustimmung von zwei Drittel der Mitglieder erforderlich. Die Beratungen in der ZEK und ihren Subkommissionen unterliegen der Geheimhaltung.
- 21 Gemäss Ziff. 1 lit. a des Reglements der ZEK ist es eine der zentralen Aufgaben dieser Kommission, medizin-ethische Richtlinien auszuarbeiten. Die ZEK setzt hierzu *fachliche Subkommissionen* ein und beauftragt sie mit der Erarbeitung neuer oder der Revision bestehender RL.³³ Der Präsident resp. die Präsidentin der ZEK ist grundsätzlich in allen Subkommissionen der ZEK

³¹ Ziff. 6 ZEK-Reglement.

³² Die aktuelle Zusammensetzung der ZEK ist abrufbar unter: <https://www.samw.ch/de/Portraet/Kommissionen/Zentrale-Ethikkommission.html>, besucht im April 2024.

³³ Ziff. 5.1 und 5.2 ZEK-Reglement.

Mitglied.³⁴ Gemäss Ziff. 5.1 des Reglements der ZEK orientiert sich die Zusammensetzung der Subkommissionen in erster Linie an der erforderlichen Expertise. Dabei können thematisch betroffene Fachgesellschaften und weitere Organisationen Vorschläge für Subkommissionsmitglieder einreichen. Zudem sollte in jede Subkommission eine Patienten- oder Betroffenenvertretung gewählt werden. Soll von diesem Grundsatz abgewichen werden, ist dies zu begründen. In Subkommissionen der ZEK können Vertretungen des Bundes und/oder der Kantone, sofern inhaltlich angezeigt, als Beisitzer ohne Stimmrecht mitwirken. Ziff. 5.1. des ZEK-Reglements verlangt darüber hinaus, dass die Zusammensetzung der Subkommission eine angemessene Vertretung der Landesteile, Sprachen und Geschlechter gewährleistet.

Die Subkommissionen arbeiten gemäss Art. 5.2 ZEK-Reglement konsensual und ergebnisoffen. Mindermeinungen sind der ZEK zur Kenntnis zu bringen. Den Subkommissionen steht es frei, im Rahmen der Erarbeitung bzw. Überarbeitung von RL Expertenhearings, Umfragen bei Stakeholdern oder Workshops mit interessierten Kreisen durchführen.

2. Medizin-ethische Richtlinien der SAMW

Gemäss Art. 1 der Statuten der SAMW und dem Leitbild engagiert sich die SAMW «bei der Klärung ethischer Fragen im Zusammenhang mit neuen medizinischen Erkenntnissen, stellt ethische Richtlinien auf und setzt sich für deren Umsetzung ein». Die Ausarbeitung von Richtlinien zu medizin-ethischen Fragestellungen ist eine der unter Art. 4 SAMW-Statuten aufgeführten Tätigkeiten der Stiftung zur Erreichung ihrer Ziele und wird vom Bund über die Forschungsförderung subventioniert. Die RL befassen sich mit grundlegenden und häufig neuen Fragen im Bereich der Medizin und sind darauf ausgerichtet, ethisch vertretbares und wissenschaftlich abgesichertes Handeln der verschiedenen Akteure im Gesundheitswesen anzuleiten. Gemäss eigenen Angaben decken die RL der SAMW heute «einen Grossteil der Medizin- und Bioethik» ab.³⁵ Als Regelungen einer privaten Organisation (vgl. Rz. 7)³⁶ stellen die RL der SAMW fachlich-ethische Empfehlungen dar. Die RL richten sich in erster Linie an medizinische Fachpersonen, um diesen als Orientierungshilfe in der Praxis zu dienen. Im Leitfaden «Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag», der von der SAMW gemeinsam mit der FMH herausgegeben

22

³⁴ Gemäss Ziff. 5.1 ZEK-Reglement kann der ZEK Präsident resp. die ZEK Präsidentin «ein ZEK-Mitglied bezeichnen, das diese Aufgabe übernimmt, sodass er/sie selbst nur an der konstituierenden Sitzung, der Abschlussitzung sowie nach eigenem Ermessen an weiteren Sitzungen teilnimmt.»

³⁵ SAMW/FMH, 12. Stand Juli 2024 sind folgende SAMW-Richtlinien in Kraft (Reihenfolge gemäss der Veröffentlichung auf <https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html>): Lebendspende von soliden Organen (2023), Zusammenarbeit von medizinischen Fachpersonen mit der Industrie (2022), Umgang mit Sterben und Tod (2018, angepasst 2021), Reanimationsentscheidungen (2021), Präimplantative genetische Testverfahren PGT (2020), Ethikausbildung für Gesundheitsfachpersonen (2019), Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis (2019), 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, adaptiert 2015), Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen (2002, aktualisiert 2013, Anhang Lit. G ergänzt 2015, Anhang Lit. H ergänzt 2018), Intensivmedizinische Massnahmen (2013, ergänzt 2020 und 2021 um Anhang «Triage in der Intensivmedizin bei ausserordentlicher Ressourcenknappheit»), Ethische Unterstützung in der Medizin (2012), Patientenverfügungen (2009, aktualisiert 2013), Medizinische Behandlung und Betreuung von Menschen mit Behinderung (2008, aktualisiert 2013), Palliative Care (2006, aktualisiert 2013).

³⁶ Vgl. auch BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2 m.w.Nw.

wird, werden die RL denn auch als unverzichtbare Instrumente in der ärztlichen Praxis bezeichnet.³⁷ «Ziel dieser Richtlinien ist es, den praktisch tätigen Arzt bei der täglichen Arbeit zu unterstützen. Es soll – beruhend auf der geltenden Rechtslage – ein verlässlicher, leicht zugänglicher Standard geschaffen werden; gleichzeitig werden Probleme und Abläufe offengelegt und dadurch eine öffentliche Diskussion ermöglicht.»³⁸

a. *Entstehungsprozess neuer und Revision bestehender RL*

- 23 Der Prozess der Ausarbeitung und Überarbeitung von medizin-ethischen Richtlinien der SAMW ist seit der Revision des Reglements der ZEK im Jahr 2023 detailliert definiert.³⁹ Der Anstoss für die Erarbeitung einer neuen RL oder die Revision einer bestehenden RL kann aus den Gremien der SAMW kommen oder aber von aussen an die SAMW herangetragen werden. Im Vergleich mit dem Prozess der staatlichen Gesetzgebung können RL der SAMW wesentlich schneller erarbeitet oder revidiert werden. In Situationen zeitlicher Dringlichkeit sowie bei Themen, bei denen eine politische Konsensfindung schwierig und langwierig ist oder die vom Gesetzgeber nicht an die Hand genommen werden, können RL der SAMW innerhalb sinnvoller Zeit ein erster Orientierungsrahmen bieten.

Der Entscheid darüber, ob der Prozess aufgenommen und eine Subkommission eingesetzt wird, trifft die ZEK. Dabei soll sie, gemäss Ziff. 5.1 des ZEK-Reglements, die thematische Dringlichkeit und Relevanz berücksichtigen. Die ZEK setzt eine Subkommission ein, bestimmen deren Präsidium und die Mitglieder und erteilt ihr den Auftrag zur Ausarbeitung einer neuen oder Überarbeitung einer bestehenden RL.⁴⁰

- 24 Gemäss Ziff. 3 des Anhangs zum Reglement der ZEK erarbeitet eine Subkommission in 1-2 Jahren einen Rohentwurf einer neuen bzw. zu revidierten RL und trifft sich hierzu alle 2-3 Monate. Bei der inhaltlichen Ausarbeitung beachten die Subkommissionen das nationale und internationale Recht.⁴¹ Je nach Bedarf können Interviews mit Expertinnen und Experten sowie Umfragen bei Stakeholdern durchgeführt werden. Bevor eine Subkommission ihren Entwurf zuhanden der ZEK verabschiedet, wird dieser bei ausgewählten Expertinnen und Experten in eine Vorvernehmlassung gegeben.⁴² Möglich ist darüber hinaus auch die Diskussion des Vorentwurfs in Workshops mit Stakeholdern.⁴³ Der erarbeitete Entwurf wird vom Präsidium der Subkommission der ZEK präsentiert.⁴⁴

- 25 Im Anschluss erfolgt gemäss Ziff. 5.3 des Reglements der ZEK ein zweifacher, jeweils dreistufiger Qualitätssicherungsprozess. Dabei bildet die ZEK die erste Stufe. Sie kann Modifikationen vornehmen und/oder den Entwurf an die Subkommission zur Überarbeit zurückweisen. Nach Verabschiedung durch die ZEK folgt auf der zweiten Stufe die Prüfung durch den Vorstand und auf der

³⁷ SAMW/FMH, 11 f. Vgl. auch GILI, 71.

³⁸ SAMW/FMH, 12.

³⁹ Vgl. zum Entstehungsprozess auch GILI, 70 f.

⁴⁰ Vgl. Ziff. 5.1 ZEK-Reglement und Anhang.

⁴¹ GILI, 70; SAMW/FMH, 12.

⁴² Gemäss Ziff. 5.2 sind die Mitglieder der Subkommission sowie die involvierten externen Expertinnen und Experten namentlich im RL-Entwurf zuhanden der ZEK aufzulisten.

⁴³ Ziff. 5.2 und Anhang ZEK-Reglement.

⁴⁴ Ziff. 5.2 ZEK-Reglement.

dritten Stufe durch den Senat. Im Anschluss werden neue und überarbeitete RL publiziert und in eine dreimonatige öffentliche *Vernehmlassung* gegeben.⁴⁵ Gemäss Ziff. 5.3 des ZEK-Reglements prüft die Subkommission die Vernehmlassungsantworten und arbeitet sie – «wo sachlich geboten» – in den Text der RL ein. Der Vorschlag für den definitiven RL-Text durchläuft im Anschluss erneut die Prüfung durch die ZEK, den Vorstand und den Senat. Dem Senat kommt gemäss Art. 9 SAMW-Statuten die Kompetenz zur Verabschiedung der RL zu.

Im Anschluss erfolgt die Publikation und Dissemination der RL. Gemäss Ziff. 5.3 des Reglements der ZEK soll die Bekanntheit und Beachtung der RL «durch geeignete Massnahmen gefördert» werden. Nach dem Inkrafttreten einer RL informiert sich die ZEK gemäss Ziff. 1 lit. a ihres Reglements darüber, «wie die Richtlinien rezipiert und angewendet werden. Sie fördert den Informationsaustausch und die Kontakte zwischen den Personen und Gruppen, an welche sich ihre Richtlinien wenden.»

26

Ebenfalls kann nach der Verabschiedung der Prozess zur Aufnahme neuer bzw. revidierten RL in die Standesordnung der FMH aufgenommen werden. Zudem kann der SBK angefragt werden, ob er seinen Mitgliedern die neue bzw. revidierte RL zur Einhaltung empfiehlt (Rz. 92 ff.). Beides wird in der Regel in der jeweiligen RL ausgewiesen.

27

b. Adressaten

Gemäss Ziff. 1 lit. a des Reglements der ZEK dienen die RL «als Hilfestellung für die Praxis, Forschung und Ausbildung der in der Medizin Tätigen». Auf der Homepage der SAMW findet sich folgende Adressierung: «Mit den medizinischen Richtlinien bietet die Zentrale Ethikkommission der SAMW den Ärztinnen, Ärzten und weiteren Gesundheitsfachpersonen konkrete Hilfestellungen für die medizinische Praxis und die biomedizinische Forschung.»⁴⁶ Zudem wird in jeder RL der SAMW zu Beginn genannt, an wen sie sich richtet.⁴⁷ Die Durchsicht verschiedenen RL zeigt, dass neben Fachpersonen – je nach Inhalten der RL – unter anderen auch Patientinnen und Patienten sowie ihre Angehörigen sowie (potentielle) Spenderinnen und Spender von Organen angesprochen werden.

28

c. Themen

Die RL der SAMW decken ein breites Spektrum von Themen ab. Sie widmen sich häufig grundlegenden und häufig neuen Fragen im Bereich der Medizin. Lange Zeit erarbeitete die SAMW in erster Linie Richtlinien und Empfehlungen, in Themenbereichen, für die (noch) keine oder sehr allgemein gehaltene

29

⁴⁵ Gemäss Ziff. 5.3 und Anhang zum ZEK-Reglement wird eine neu oder überarbeiteter RL auf der SAMW Homepage publiziert, es erscheint ein Beitrag in der Ärztezeitung. Zudem werden Behörden, Fachgesellschaften, Betroffenenorganisationen, Spitäler zur Stellungnahme eingeladen.

⁴⁶ <<https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html>>, besucht im April 2024.

⁴⁷ Die entsprechenden Ausführungen finden sich u.a. in den Abschnitten «Präambel», «Geltungsbereich» oder «Geltungsbereich und Adressaten».

staatliche Regelungen bestanden.⁴⁸ Heute finden sich auch RL der SAMW und weitere Publikationen zu Themen, die rechtlich geregelt sind.⁴⁹

30 In den Jahrzehnten nach der Publikation der ersten Richtlinie der SAMW zur Definition und Diagnose des Todes 1969 blieb der schweizerische Gesetzgeber nahezu untätig, so dass das Vakuum an gesetzlichen Regelungen nur durch die RL der SAMW ausgefüllt wurde. Sie waren in zentralen medizinisch-ethischen Bereichen (z.B. Organtransplantation, Fortpflanzungsmedizin, Sterbehilfe, Forschung am Menschen) die einzigen medizinisch-ethische Verhaltensanweisungen und Orientierungshilfen für Gesundheitsfachpersonen in Praxis und Wissenschaft aber auch für Juristinnen und Juristen.⁵⁰ Seine Untätigkeit führt der Gesetzgeber zum Teil auf das Bestehen der SAMW-RL zurück. Beispielsweise wird seit längerer Zeit eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Sterbehilfe nicht an die Hand genommen und gleichzeitig auf die entsprechende SAMW-Richtlinie verwiesen.⁵¹

Seit den 1990er Jahren vollzieht sich in der Schweiz wie in anderen europäischen Ländern eine zunehmende «Verrechtlichung der Medizin»⁵², wobei die entsprechenden SAMW-RL und die damit gesammelten Erfahrungen nicht selten Anstoss für das Tätigwerden des Gesetzgebers waren und die Basis für seine Arbeit bildeten.⁵³ Mit dem Inkrafttreten der neuen rechtlichen Regelungen wurden die entsprechenden SAMW-RL zurückgezogen oder überarbeitet und damit den neuen rechtlichen Rahmenbedingungen angepasst. Beispielsweise hat die SAMW im Bereich der Forschung am Menschen ihre Jahrzehnte geltende und in vielen Kantonen ins geltende Recht integrierte RL zu Forschungsuntersuchungen am Menschen (letzte Revision 1997) im November 2008 zurückgezogen, da sie nach Ansicht der Akademie von der Rechtsentwicklung überholt worden sei. An ihre Stelle trat 2009 der «Leitfaden für Forschung mit Menschen».⁵⁴

In anderen Themenfeldern wie der Patientenverfügung oder der Urteilsfähigkeit bestehen rechtliche Regelungen und zugleich RL der SAMW. Diese RL sollen den medizinischen Fachpersonen die rechtlichen Inhalte adressatengerecht vermitteln und ergänzen diese um eine medizin-ethischen Perspektive.

⁴⁸ DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2581 f.; LEUTHOLD, 15; MARTI, 57, 68 ff. Vgl. auch RODUIT/SPRUMONT, 414 f. Als Beispiele zu nennen sind die Humanforschung oder die Fortpflanzungsmedizin.

⁴⁹ Beispielsweise die RL zur Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis (2019) oder die RL zu Patientenverfügungen (2009, aktualisiert 2013).

⁵⁰ REUSSER, 61; RÜETSCHI, 238; SCHULTZ, 262 f. Vgl. für die Transplantationsmedizin HÖFLING, 790. Vgl. zur Funktion der SAMW-RL als Vorläufer aber auch als Verhinderer von rechtlichen Regelungen, 56 ff.

⁵¹ Vgl. <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe.html>>, besucht im April 2024. DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2580; REUSSER, 223; RÜETSCHI SÄZ, 1224 m.w.Nw.

⁵² LEUTHOLD, 15. Siehe zu dieser Thematik auch ESER, 78 ff.; LÜBBE, 104 ff.

⁵³ Seit Ende der 1990er Jahre wurden unter anderem folgende Bundesgesetze erlassen (in chronologischer Reihenfolge nach dem Datum des Parlamentsbeschlusses): 1998 Fortpflanzungsmedizinengesetz; Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG), SR 812.21 vom 15. Dezember 2000; Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen (Stammzellenforschungsgesetz, StFG), SR 810.31 vom 19. Dezember 2003; Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz), SR 211.111.1 vom 17. Dezember 2004; Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), 810.21 vom 8. Oktober 2004; Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, HFG), SR 810.30 vom 30. September 2011; Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 8. Oktober 2004 (AS 2007 635) / Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG), SR 810.12 vom 15. Juni 2018. Vgl. dazu auch RODUIT/SPRUMONT, 419.

⁵⁴ <https://www.samw.ch/dam/jcr:b8576b72-4410-469f-b3c1-8b935f79b713/leitfaden_samw_forschung_menschen_2_auflage_2015.pdf>, besucht im April 2024.

Trotz der deutlich verstärkten Aktivität des Gesetzgebers im Bereich der (bio-)medizinischen Wissenschaften, verbleiben aber weiterhin offene medizin-ethische Fragen. Zudem werden technische Neuerungen und gesellschaftliche Veränderungen auch in Zukunft neue Problembereiche eröffnen und damit die Grundlagen für neue Richtlinien und Empfehlungen der SAMW bilden.

31

Nach wie vor besteht in manchen Bereichen auch ein Unwille des Gesetzgebers tätig zu werden und die erforderlichen Rechtsgrundlagen zu schaffen. Hier ist insbesondere die Sterbehilfe zu erwähnen.⁵⁵ Ebenso ist der (Bundes-)Gesetzgeber sowohl in der Vergangenheit wie auch heute wiederholt mit Wünschen für konkrete RL an die SAMW herangetreten (vgl. dazu 116 ff.).

3. Einordnung

Die obigen Ausführungen legen dar, dass es sich bei der SAMW um eine private Organisation handelt, die eigenständig über ihre Strukturen, die Besetzung ihrer Organe und die Wahl deren Mitglieder bestimmt. Sie setzt sich ihre Ziele selber und entscheidet sich gestützt darauf für bestimmte Tätigkeiten und Aufgaben. Seit ihrer Gründung verpflichtet sie sich primär den medizinischen Wissenschaften und engagiert sich in standespolitischen und standesorganisatorischen Angelegenheiten.⁵⁶ Zwar bezeichnet sich die SAMW als «Brückenbauerin zwischen Wissenschaft und Gesellschaft»⁵⁷ und berücksichtigt in ihren Tätigkeiten auch entsprechende Themen⁵⁸. Doch richten sich insbesondere ihre RL in erster Linie an Gesundheitsfachpersonen (vorrangig an Ärztinnen und Ärzte). Die primäre Ausrichtung der SAMW auf die Medizin zeigt sich auch daran, dass die meisten RL der SAMW durch ihre Integration in die Statuten der FMH Landesrecht darstellen (vgl. Rz. 65 und 84 ff.) und ihre Gremien sich fast ausschliesslich aus Vertreterinnen und Vertreter von Gesundheitsfachpersonen resp. der medizinischen Wissenschaft zusammensetzen. Zwar werden seit einigen Jahren auch Personen aus nicht-medizinischen Bereichen in die Gremien berufen, doch ändert dies nichts an der primären Ausrichtung der SAMW auf die Interessen der medizinischen Wissenschaft.⁵⁹ Das Verfahren zur Erarbeitung neuer und Überarbeitung bestehender Richtlinien hat viele Elemente der staatlichen Rechtsetzungsverfahren.⁶⁰ Der zentrale Unterschied besteht allerdings darin, dass die involvierten Gremien nicht demokratisch legitimiert, sondern aufgrund fachlicher Expertise und Interessen zusammengestellt sind.⁶¹ Es fehlt eine genügende öffentliche Beteiligung der Zivilgesellschaft. Daran mag auch das öffentliche Vernehmlassungsverfahren wenig ändern.⁶²

32

⁵⁵ Vgl. Rz. 60.

⁵⁶ Vgl. auch GILI, 131; RODUIT/SPRUMONT, 412 ff.

⁵⁷ <<https://www.samw.ch/de/Portraet.html>>, besucht im März 2024.

⁵⁸ Beispielsweise die Nachhaltigkeit: <<https://www.samw.ch/de/Projekte/Uebersicht-der-Projekte/Nachhaltiges-Gesundheitssystem.html>>, besucht im April 2024.

⁵⁹ RODUIT/SPRUMONT, 428.

⁶⁰ GILI, 132; RODUIT/SPRUMONT, 413.

⁶¹ GILI, 132.

⁶² GILI, 132.

C. Rechtliche Einordnung der RL

33 Nachfolgend wird zunächst die rechtliche Geltung der RL der SAMW geklärt (Rz. 34 f.). Im Anschluss daran wird aufgezeigt, dass durch Verweise im staatlichen Recht auf die SAMW-RL eine Bindungswirkung eintreten kann (Rz. 37 ff.). Zudem beeinflussen die SAMW-RL die Rechtsetzung und die Verwaltungspraxis (Rz. 57 ff., 61) und die Rechtsprechung (Rz. 62 ff.) und sind für das ärztliche Standesrecht in der Schweiz von grosser Bedeutung (Rz. 65).

1. Rechtliche Geltung der RL

34 Die RL der SAMW sind *Empfehlungen einer privaten Organisation*.⁶³ Sie stellen *fachlich-ethische Empfehlungen* dar, die sich in erster Linie an medizinische Fachpersonen (vgl. Rz. 22, 28) richten.⁶⁴ Sie fallen damit in den Bereich der Selbstregulierung⁶⁵ (wie die ärztlichen Berufsregeln, Rz. 65, 84). Damit kommt den RL *keine rechtliche Bindungswirkung* zu und es fehlt ihnen aufgrund ihrer Ausarbeitung durch eine private Organisation die demokratische Legitimation.⁶⁶ Eine rechtliche Bindungswirkung entsteht nur, wenn staatliche Regelungen auf die RL der SAMW als private Regelungen verweisen (Rz. 37). Als Folge der fehlenden rechtlichen Bindungswirkung können sie weder zwangsweise durchgesetzt werden noch zieht ihre Verletzung staatliche Sanktionen nach sich.⁶⁷ Problematisch ist besonders der fehlende Rechtsschutz bei privaten Regelungen.⁶⁸ Dies gilt insbesondere für von den Richtlinien Betroffene, die an der Ausarbeitung der Regelungen nicht beteiligt sind.⁶⁹

35 Auch wenn den SAMW-RL keine objektiv-rechtliche Bindungswirkung zukommt, beeinflussen sie das staatliche Recht auf verschiedene Weise und sind dadurch von grosser Bedeutung.⁷⁰ Indem die SAMW-RL in die Rechtsgenese und die Verwaltungspraxis (Rz. 56 ff.) einfliessen sowie in der Rechtsprechung (Rz. 62) berücksichtigt werden, prägen sie u.a. das rechtliche Verständnis von medizinischen und ethischen Begriffen und werden zu «Wegbereitern von Legaldefinitionen». Darüber hinaus dienen sie als Auslegungshilfe⁷¹ sowie als Lückenfüller bei fehlender und als Vorläufer späterer Rechtsetzung oder aber zur Verhinderung staatlicher Regelungen.⁷²

⁶³ BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2 m.w.Nw.; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 510.

⁶⁴ GÄCHTER/TRUONG, 195; GILI, 71.

⁶⁵ GILI, 28; MADER/RÜTSCHKE, 43; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 510, 532.

⁶⁶ Vgl. u.a. BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2, 8.2 m.w.Nw.; BGer Urteil 6B_646/2020 vom 9. Dezember 2021; BGE 136 IV 97, E. 6.2.2; BGer 6B_599/2010, E 6.2.2 vom 10 August 2010; Botschaft TxG, 67; Botschaft EFG, 1199; Botschaft HFG, 8070; Antwort des Bundesrates auf die Interpellation 20.4082 und die Postulate 20.4404 und 23.3496; BÜCHLER/MICHEL, 15 f.; DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2585 ff., 2607; GILI, 71, 113, 127, 131; GUILLOD/SPRUMONG, Rz. 34; KORINEK, 317; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 532; REUSSER, 61, 226; RÜETSCHI, 244; SAMW/FMH, 12; SCHULTZ, 263; SCHWEIZER/VAN SPYK, 555.

⁶⁷ GILI, 135; SCHULTZ, 263.

⁶⁸ Im Gegensatz zu Regelungen privaten Ursprungs unterliegen staatliche Regelungen in der Regel der Normenkontrolle. Die Verfahren der Normenkontrolle dienen der Prüfung der Rechtmässigkeit einer Norm. Geprüft wird, ob eine Norm mit übergeordneten Regelungen übereinstimmt. Als Regelungen einer privaten Stiftung unterliegen die SAMW-RL nicht der Normenkontrolle.

⁶⁹ GILI, 135; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, 532 ff.

⁷⁰ BÜCHLER/MICHEL, 15; DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2250; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 63.

⁷¹ BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2, 8.3 m.w.Nw.

⁷² Botschaft FMedG, 275; GILI, 113 f.; MARTI, 566 f.; OTT, 243; PETERS/BÜRKL, 383; REUSSER, 61 f.; TAUPITZ, 105. Vgl. dazu auch Rz. 59.

In ihrer Funktion als ärztliches Standesrecht sind sie Teil der Regeln der ärztlichen Kunst («*lege artis*»⁷³) und konkretisieren das gute medizinische und ethische ärztliche Handeln und damit die berufsrechtliche Sorgfalt (Rz. 91).⁷⁴

2. Fachliche Legitimation und wichtige Orientierungshilfe

Die SAMW-RL geniessen in der Praxis aufgrund ihrer fachlichen Fundierung hohe Anerkennung. Ihre – auch durch staatliche Behörden und Gerichte anerkannte – fachliche Legitimation, ergibt sich aus der Expertise der in ihre Ausarbeitung involvierten Fachpersonen und Berufsgruppen (vgl. zum Erarbeitungs- und Überarbeitungsprozess der SAMW-RL Rz. 23 ff.). Als breit akzeptierte und bewährte fachliche Empfehlungen werden sie in der Praxis von Behörden und Gerichten zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und zur Eruiierung der Regeln der ärztlichen Kunst (*lex artis*)⁷⁵ beigezogen und dienen damit Gesundheitsfachpersonen als Orientierungshilfen.⁷⁶

36

3. Verweise auf SAMW-RL im staatlichen Recht

Mit einem Verweis wird eine Regelung nicht als solche in staatliches Recht eingefügt, sondern nur auf diese verwiesen. Das heisst, die Regelung, auf die im staatlichen Recht verwiesen wird, wird nicht direkt und Wort für Wort in den Rechtstext «eingefügt». Die beiden Texte bleiben von der Form her getrennt. Jedoch werden sie durch die Verweisung inhaltlich miteinander verbunden.

37

Verwiesen werden kann auf staatliches Recht aller Stufen, auf internationale Regelungen sowie auf Regelungen privater Herkunft. Der Rechtserlass, der die Verweisung enthält (Verweisungsnorm) wird um den Inhalt der staatlichen oder privaten Regelung, auf die verwiesen wird (Verweisungsobjekt), ergänzt.⁷⁷ Gleichzeitig erweitert sich der Geltungsbereich des Verweisungsobjekts.⁷⁸ Nur *zusammen* mit dem Verweisungsobjekt, bildet die Verweisungsnorm eine vollständige Regelung.⁷⁹

Verweisen staatliche Rechtsnormen auf RL der SAMW, erlangen letztere trotz ihrer privaten Natur rechtliche Bindungswirkung. Die RL der SAMW werden damit zu allgemeinverbindlichen Regeln des Rechts der gleichen Stufe wie der verweisende Rechtserlass.⁸⁰ Heute finden sich sowohl im Verordnungsrecht

38

⁷³ Im Zusammenhang mit einer ärztlichen Behandlung bedeutet «*lege artis*» «nach den Regeln der ärztlichen Kunst». Der Begriff grenzt die korrekte ärztliche Tätigkeit von Kunstfehlern ab. Ob eine Ärztin/ein Arzt medizinisch korrekt vorgegangen ist, kann eine Juristin/ein Jurist nicht beurteilen. Dies ist Aufgabe einer sachverständigen Gutachterin/eines sachverständigen Gutachters. Die RL der SAMW können zur Konkretisierung der spezifischen Verhaltenspflichten beigezogen werden. Vgl. dazu BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2, 8.2 f. m.w.Nw.; VOKINGER, Rz. 31, 68 ff. Vgl. dazu auch AEBI-MÜLLER ET AL., § 8 Rz. 54 ff.

⁷⁴ OTT, 243; REUSSER, 63; SCHULTZ, 263 f. Vgl. zur Bedeutung der SAMW-RL für das ärztliche Standesrecht Rz. 65, 84 und für die Definition der erforderlichen Sorgfalt, Rz. 91.

⁷⁵ Vgl. Rz. 35 und insb. Fn. 73.

⁷⁶ BGer Vgl. auch 6B_599/2010, E. 6.2.2 vom 10. August 2010; BÜCHLER/MICHEL, 16; RÜETSCHI SÄZ, 1222 f.

⁷⁷ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 368, 501. Erforderlich ist, dass die einbezogene Norm hinreichend klar bezeichnet wird. Vgl. dazu BRUNNER, 89 f.

⁷⁸ ERRASS, Rz. 50; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 360.

⁷⁹ BRUNNER, 87; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 504 mit Verweis auf BGE 136 I 316 ff., in welchem ein Gebührenreglement einer Gemeinde nur in Kombination mit SIA-Normen richtig angewendet werden konnte.

⁸⁰ BGer 6B_599/2010, E. 6.2.2 vom 10. August 2010; HETTICH, Rz. 548; KORINEK, 320; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 360; RIEMER, 122. BRUNNER, 86 f., 93 hält fest, dass die nicht staatlichen

des Bundes wie auch in der Gesetzgebung einzelner Kantone (sowie und im ärztlichen Standesrecht, Rz. 65, 84) Verweisungen auf RL der SAMW.⁸¹ Diese sind in der Form von statischen und dynamischen Verweisen ausgestaltet und bilden die Inhalte der nachfolgenden Ausführungen.

a. *Statische Verweise*

39 Von einem *statischen Verweis* ist die Rede, wenn die Regelung, auf die verwiesen wird, nicht nur mit dem Titel, sondern mit dem Erlassdatum bzw. mit Angaben zu einer *in einem bestimmten Zeitpunkt* geltenden Fassung klar bezeichnet wird.⁸² Das den Verweis setzende staatliche Regelungsorgan kennt somit im Zeitpunkt, in dem die Verweisung ins staatliche Recht eingefügt wird, den Inhalt der Regel auf die verwiesen wird.⁸³ Das Verweisungsobjekt wird nur *in der genannten Fassung* von der Verweisung erfasst. Durch eine statische Verweisung in einer Rechtsnorm wird die darin bezeichnete private Regel «zu staatlich gesetztem Recht».⁸⁴ Das heisst, die private Regelung erlangt – im Umfang der Verweisung – rechtliche Bindungswirkung. Wie oben (Rz. 37) ausgeführt, bleiben die beiden Texte dabei formal getrennt. Die Verweisung schafft jedoch eine inhaltliche Verbindung, da die private Regelung im Umfang der Verweisung rechtliche Bindungswirkung erhält.

Wird das Verweisungsobjekt später geändert, bleibt der Verweis in der verweisenden Rechtsnorm auf die alte Fassung bestehen und weiterhin gültig. Um auf die aktuellste Fassung der Norm zu verweisen, ist eine Anpassung der Verweisungsnorm durch das dafür zuständige Rechtsetzungsorgan erforderlich.⁸⁵

40 Auf *Bundesebene* verweist die *Transplantationsverordnung* in Art. 7 i.V.m. Anhang 1 auf «Ziffer II. 3. sowie Ziffer III. C–H der Medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften zur Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme in der Fassung vom 16. Mai 2017». Bei dieser Verweisung handelt es sich um einen statischen Verweis. Eine Änderung der SAMW-RL zur Feststellung des Todes durch die SAMW führt somit nicht automatisch zu einer Anpassung des Verordnungsrechts des Bundes.

41 Auch umfasst die Verweisung in der *Transplantationsverordnung* nicht die gesamten RL vom 16. Mai 2017, sondern nur die im Anhang 1 der Verordnung genannten Teile davon (Ziff. II.3 und Ziff. III. C – H). Durch diese Verweisung stellt der Gesetzgeber für die *lege artis* Feststellung des Todes beim Menschen auf den Stand der (medizinischen) Wissenschaft ab. Dieser wird – gemäss der Festlegung des Gesetzgebers – durch die SAMW-RL zur Feststellung des Todes vom 16. Mai 2017 verkörpert. Gemäss Bundesgericht handelt

Normen durch die Verweisung nicht zu eigentlichen Rechtsnormen werden, sondern ihren grundsätzlich privaten Charakter behalten. Jedoch habe das Verweisungsobjekt an der Geltungsanordnung der Verweisungsnorm teil. Damit gilt die nicht staatliche Norm in ihren Eigenschaften als Teil der auf sie verweisenden Rechtsnorm.

⁸¹ Die Zahl der Verweisungen auf RL der SAMW sind stark zurück gegangen. RODUIT/SPRUMONT, 416. Zur Thematik der Verweise auf SAMW-RL vgl. auch DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2590 ff.

⁸² BGE 136 I 316 E. 2.4.1 320; BRUNNER, 91.

⁸³ BGE 136 I 316 E. 2.4.1, 319 f.; ERRASS, Rz. 50; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 367, 493.

⁸⁴ BGE 136 I 316 E. 2.4.1, 320; ERRASS, Rz. 50 bezeichnet statische Verweise als «keine besondere Technik der Rechtsetzung.» GILI, 127.

⁸⁵ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 367; ODERMATT, 91.

es sich bei der *Feststellung des Todes* um eine komplexe und technische Frage.⁸⁶ Indem die genannten SAMW-RL diese Kriterien festlegen, geben sie den *Stand der Wissenschaft* wieder.⁸⁷ Der Verweis auf den allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaften diene dem Schutz der Grundrechte.⁸⁸

Obwohl bei einer statischen Verweisung auf private Regelungen Rechtsetzungsbefugnisse auf Private übertragen werden, gilt sie grundsätzlich als rechtlich zulässig, da das die Verweisung setzende Regelungsorgan, die vollständige Kontrolle über die als anwendbar erklärte nicht staatliche Norm hat.⁸⁹ Allerdings darf durch statische Verweise auf private Regelungen nicht die Regelung beliebiger Inhalte auf Private übertragen werden (vgl. dazu Rz. 46 ff.).

42

b. *Dynamische Verweise*

Verweise auf RL der SAMW finden sich derzeit nur noch in wenigen *kantonalen Regelungen*. Bevor Bereiche wie die Fortpflanzungsmedizin, Organtransplantation und Forschung am Menschen⁹⁰ in Bundesgesetzen geregelt wurden, fanden sich in kantonalen Rechtsgrundlagen deutlich mehr Verweisungen auf die RL der SAMW. Aktuell verweist das Gesetz zur Erhaltung und Förderung der Gesundheit (Gesundheitsgesetz) vom 30. Mai 2007⁹¹ des Kantons Nidwalden in Art. 54 zur Sterbehilfe auf «die Richtlinien und Empfehlungen» der SAMW.⁹² Ebenso findet sich in der Gesundheitsverordnung (GesV) vom 23. Dezember 2003⁹³ des Kantons Schwyz in § 6 Abs. 4 zur Patientenverfügung ein Verweis auf die RL und Empfehlungen der SAMW.⁹⁴ Gemäss dem Regierungsbeschluss über die Spitalliste Akutsomatik vom 20. Juni 2017⁹⁵ sowie dem Regierungsbeschluss über die Spitalliste Rehabilitation vom 27. März 2018⁹⁶ des Kantons St. Gallen haben Listenspitäler mit einem Versorgungsauftrag Richtlinien der SAMW zu beachten.

43

Im Gegensatz zur Transplantationsverordnung des Bundes und der Standesordnung FMH (Rz. 40 f.) sind diese Verweise im kantonalen Recht allesamt *unbestimmt*, d.h. sie beziehen sich nicht auf eine bestimmte Fassung von konkret bezeichneten SAMW-RL. Diese Form von Verweisung wird als dynamisch bezeichnet. Eine *dynamische Verweisung* liegt vor, wenn ein Rechtserlass auf eine (private) Regelung verweist, indem er diese bezeichnet, nicht aber eine konkrete Fassung nennt. Damit wird die jeweils *geltende* Fassung des

44

⁸⁶ Vgl. dazu auch AEBI-MÜLLER ET AL., § 8 Rz. 236 ff.; RODUIT/SPRUMONT, 418.

⁸⁷ AEBI-MÜLLER ET AL., § 8 Rz. 237 merken an, dass die dem Hirntodkonzept zu Grunde liegenden klinischen Zeichen international unterschiedlich gedeutet werden. Auch weisen sie zu Recht darauf hin, dass es trotz der Vorteile eines Verweises auf die RL der SAMW «grundsätzlich dem Gesetzgeber selbst obliegt, die für den grundrechtlichen Lebensschutz zentralen Fragen, zu welchen die Definition der Hirntodkriterien zweifelsohne zählt, zu klären» (Rz. 236).

⁸⁸ BGE 123 I 112, E. 7c.; 98 Ia 508, 516 ff.

⁸⁹ BGE 136 I 316, E. 2.4.1; MADER/RÜTSCHKE, 64 f.; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 493.

⁹⁰ Vgl. dazu JENNI, 40 m.w.Nw.

⁹¹ NG 711.1.

⁹² «Bei Fragen der Sterbehilfe sind die Richtlinien und Empfehlungen der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften zu beachten.»

⁹³ SRSZ 571.111.

⁹⁴ «Im Übrigen sind die entsprechenden Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften massgebend.»

⁹⁵ SG 331.41.

⁹⁶ SG 331.43.

Verweisungsobjekts für anwendbar erklärt.⁹⁷ Das Fehlen von Angaben zu einer konkreten Fassung hat zur Folge, dass sich das Verweisungsobjekt und damit der Inhalt der Verweisungsnorm ohne die Mitwirkung des verweisenden Rechtsetzungsorgans ändern kann.⁹⁸ Entsprechend liegt bei dynamischen Verweisungen auf Normen privaten Ursprungs wie die SAMW-RL eine Rechtssetzungsdelegation an Private vor (vgl. dazu Rz. 46 ff.).⁹⁹

45 Fehlende Angaben in der Verweisungsnorm zur massgebenden Fassung des Verweisungsobjekts bedeuten aber nicht automatisch, dass der Gesetzgeber eine dynamische Verweisung setzen wollte. Bestehen Zweifel, ob eine statische oder eine dynamische Verweisung vorliegt, muss diese Frage durch Auslegung der Verweisungsnorm geklärt werden.¹⁰⁰ In einem Fall hat das Bundesgericht einen dynamischen Verweis im kantonalen Recht auf die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Definition und Feststellung des Todes als zulässig erachtet.¹⁰¹ Das Gericht kam zum Schluss, dass es sich bei der Bestimmung des Zeitpunkts des Todes um eine komplexe technische Frage handle. Folglich sei der Verweis auf die SAMW-Richtlinie ein Verweis auf einen allgemein anerkannten wissenschaftlichen Standard.¹⁰² Das Bundesgericht schränkte in diesem Urteil die Zulässigkeit solcher Verweisungen jedoch insoweit ein, als wichtige Änderungen der Richtlinie durch die dynamische Verweisung nicht gedeckt seien, wodurch aus der dynamischen Verweisung eine mehr oder weniger statische wird.¹⁰³

- Übertragung von Rechtsetzungsbefugnisse an Private

46 Dynamische Verweisungen auf private Regelungen ermöglichen eine schnelle Anpassung an neuere Entwicklungen und erhöhen damit die Flexibilität der Rechtsetzung, was bei technischen Normen sinnvoll sein kann.¹⁰⁴ Doch stellen sie eine *Ermächtigung zur Rechtsetzung respektive eine Rechtssetzungsdelegation an den privaten Normgeber* dar¹⁰⁵, bei der die entsprechenden Delegationsgrundsätze¹⁰⁶ einzuhalten sind.¹⁰⁷

⁹⁷ BRUNNER, 91; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 368.

⁹⁸ BGE 136 I 316 E. 2.4.1, S. 320; BRUNNER, 91 m.w.Nw.; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 368; RODUIT/SPRUMONT, 417 f.; UHLMANN/GILI, 8 f.

⁹⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1886.

¹⁰⁰ BRUNNER, 91.

¹⁰¹ BGE 123 I 112. Diese kantonalen Normen sind mittlerweile ausser Kraft, da das Transplantationswesen durch den Bund schweizweit einheitlich geregelt wird. Vgl. zu diesem Urteil auch RODUIT/SPRUMONT, 416 ff.

¹⁰² BGE 123 I 112, 127, DONZALLAZ, Vol. I, Rz. 2612 ff.; MÜLLER, Fn. 746, RÜETSCHI, 248 f. Vgl. zum Hirntodkonzept und der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter Einbezug der SAMW-RL auch AEBI-MÜLLER ET AL., § 8 Rz. 236 ff.

¹⁰³ BGE 123 I 112, 131.

¹⁰⁴ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 369.

¹⁰⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1886.

¹⁰⁶ BGE 136 I 316 E. 2.4.1 320: «Diese ist nur dann zulässig, wenn u.a. folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Da dem Gesetzgeber entsprechend dem Legalitätsprinzip und der Gewaltenteilung die Aufgabe obliegt, die wichtigen Normen selber zu erlassen, können nur weniger wichtige Normen an Private delegiert werden; es bedarf dazu allerdings einer verfassungsrechtlichen Delegationskompetenz, die u.a. Private als Rechtsetzungssubjekte und den notwendigen gesetzlichen Übertragungsakt (formelles Gesetz) bezeichnet. Sind Normen so unwichtig, dass sie Gegenstand einer Vollziehungsverordnung sein könnten (z.B. rein technische Normen), handelt es sich funktional um Verwaltung; in diesem Fall werden Verwaltungsaufgaben an Private übertragen.» Vgl. dazu UHLMANN/GILI.

¹⁰⁷ BGE 136 I 316 E. 2.4.1, 320; MADER/RÜSCHTE, Fn. 79; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 525; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 N 41.

Bei der Ermächtigung Privater zur Rechtsetzung durch dynamische Verweisungen trägt der Staat die Verantwortung für den Inhalt der durch Private verfassten Regelungen, obwohl er darauf nur indirekt Einfluss nehmen kann.¹⁰⁸ Gefordert wird daher eine *präventive Normenkontrolle durch eine staatliche Aufsichtsbehörde* für den Fall, dass privat gesetztes Recht Wirkungen für Dritte entfaltet.¹⁰⁹ Das Bundesgericht hält fest, dass «solche Verweisungen [...] im Lichte des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots wie auch der demokratischen Zuständigkeitsordnung problematisch [sind], soweit das verwiesene Recht Bestimmungen enthält, die aufgrund ihrer Bedeutung für die Rechtsstellung des Bürgers rechtssatzmässig festgelegt bzw. demokratisch legitimiert sein sollten.»¹¹⁰ Folglich werden dynamische Verweisungen auf private Regelungen von einigen Autorinnen und Autoren als grundsätzlich unzulässig erachtet.¹¹¹

Die Bundesverfassung äussert sich nicht ausdrücklich zur Zulässigkeit der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private.¹¹² Kritische, aber nicht vollständig ablehnende Stimmen weisen darauf hin, dass die *Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf private Akteure* einen erheblichen Eingriff in die verfassungsmässige Kompetenzordnung darstelle.¹¹³ Zulässige dynamische Verweisungen müssen die *Grundsätze zur Rechtsetzungsdelegation* einhalten¹¹⁴: Sie müssen sich auf eine formell-gesetzliche Grundlage stützen und sich auf *Fragen untergeordneter Bedeutung bzw. technischer Natur* beschränken.¹¹⁵ Die wichtigen Regelungen hat die Legislative selber zu erlassen.¹¹⁶

47

Sind Regelungen, auf die verwiesen wird, so *unwichtig*, dass sie Gegenstand von *Vollziehungsverordnungen*¹¹⁷ sein können (z.B. rein technische Normen), «handelt es sich funktional um Verwaltung; in diesem Fall werden Verwaltungsaufgaben an Private (für den Bund siehe Art. 178 Abs. 3 BV) übertragen.»¹¹⁸ Die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung wird in Art. 178 Abs. 3 BV nicht erschöpfend

48

¹⁰⁸ MÜLLER, 376; RÜETSCHI, 247 m.w.N.; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 N 41.

¹⁰⁹ BIAGGINI, Art. 178 Rn. 27; GILI, 133; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1890; MARTI, 570 m.w.N. MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 532, 533: «Den Fragen nach Verbindlichkeit privater Normbestände, nach staatlicher Kontrolle, Rechtsschutz und Korrekturmöglichkeiten ist gebührende Aufmerksamkeit zu schenken.»

¹¹⁰ BGE 134 I 179, E. 6.3, S. 182; GILI, 131; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1886.

¹¹¹ KORINEK 320 m.w.N.; MARTI, 569 f.; MÜLLER, Rn. 376 m.w.N.

¹¹² GILI, 48 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1890 m.w.Nw.; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rn. 35; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 N 41.

¹¹³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1890.

¹¹⁴ BGE 137 III 37, 41 E. 2.2.1; BIAGGINI, Art. 164 Rn. 13; GILI, 47; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rn. 38 ff.; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 N 41, 49 ff.

¹¹⁵ BIAGGINI, Art. 164 Rn. 11; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1890; MARTI, 570; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rn. 37 m.w.N. Vgl. auch BGE 136 I 316, E. 2.4.1, 320: «Da dem Gesetzgeber entsprechend dem Legalitätsprinzip und der Gewaltenteilung die Aufgabe obliegt, die wichtigen Normen selber zu erlassen, können nur weniger wichtige Normen an Private delegiert werden; es bedarf dazu allerdings einer verfassungsrechtlichen Delegationskompetenz, die u.a. Private als Rechtsetzungssubjekte und den notwendigen gesetzlichen Übertragungsakt (formelles Gesetz) bezeichnet.»

¹¹⁶ MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 532; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 N 41 m.w.Nw., 45 ff.

¹¹⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1857; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, 6 14 Rz. 313 ff.

¹¹⁸ BGE 136 I 316 E. 4.2.1, 32. BIAGGINI, Art. 178 Rn. 24; GILI, 49 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1890; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 491; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rn. 35; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 N 41.

geregelt.¹¹⁹ Klar ist aber, dass die Übertragung resp. die Ermächtigung in einem Gesetz erfolgen muss.¹²⁰ Darüber hinaus muss die Aufgabenauslagerung im öffentlichen Interesse liegen und der Rechtsschutz muss gewährleistet und eine staatliche Aufsicht eingerichtet sein.¹²¹ Zudem muss sichergestellt sein, dass Aufgabenträger ausserhalb der Bundesverwaltung die Grundrechte respektieren (Art. 35 Abs. 2 BV).¹²²

49 Mit Blick auf die RL der SAMW ist GILI zuzustimmen, dass nicht von «rein technischen» resp. von Verwaltungsnormen die Rede sein kann. Vielmehr wären für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnisse im Anwendungsbereich der SAMW-RL die Anforderungen nach Art. 164 Abs. 2 BV massgebend, was jedoch auf die SAMW-RL ebenfalls nicht zutrifft.¹²³

- Dynamische Verweise auf SAMW-RL in kantonalen Rechtsgrundlagen

50 Bei den zuvor beschriebenen Verweisungen auf RL der SAMW in kantonalen Regelungen (Rz. 43) handelt es sich im Falle des Gesundheitsgesetzes des Kantons Nidwalden und bei der Gesundheitsverordnung des Kantons Schwyz um zumindest thematisch eingegrenzte Verweisungen auf RL der SAMW im Bereich der Sterbehilfe (Nidwalden) und Patientenverfügung (Schwyz). Die Regierungsbeschlüsse zu Spitalisten im Kanton St. Gallen beziehen sich unbestimmt auf sämtliche RL und Empfehlungen der SAMW. Letztere können als *normkonkretisierende Verweisung* interpretiert werden.¹²⁴ Der Verweis auf die jeweils geltenden SAMW RL und Empfehlungen *in toto* dient der Konkretisierung der Inhalte der jeweiligen kantonalen Regelungen. Die RL der SAMW sind dabei «in medizinischer Hinsicht» *Orientierungs- und Auslegungshilfen* (vgl. Rz. 36). Die Regelungen sind auch ohne die Verweise auf die Empfehlungen und RL der SAMW vollständig.¹²⁵

c. Einordnung

51 Durch den Einsatz von Verweisungen, kann die Rechtsordnung entlastet werden, indem bereits bestehende Regelungen übernommen werden, ohne diese ins Recht zu inkorporieren.¹²⁶ Insbesondere bei Verweisungen auf technische Normen kann eine (internationale) Rechtsvereinheitlichung, die Nutzung von Sachverstand (Berufsverbände, wissenschaftliche Vereinigungen etc.) sowie eine schnelle Anpassung an den fortschreitenden Stand von Wissenschaft und

¹¹⁹ So ist beispielsweise unklar, was der Begriff «Verwaltungsaufgabe» alles umfasst und welche Verwaltungsaufgaben nicht delegierbar sind. BIAGGINI, Art. 178 Rn. 24; GILI, 50, 52 f.; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 178 BV, Rz. 28 f.

¹²⁰ BIAGGINI, Art. 178 Rn. 26 f.; GILI, 47 ff.; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 178 BV, Rz. 28, 32 ff. m.w.Nw.

¹²¹ BIAGGINI, Art. 178 Rn. 27; GILI, 51; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 178 BV, Rz. 34.

¹²² BIAGGINI, Art. 178 Rn. 27; GILI, 51; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 178 BV, Rz. 34.

¹²³ GILI, 53.

¹²⁴ BRUNNER, 92; TAUPITZ, 105. Dies trifft auch auf die Verweisung in der Schwyzer Gesundheitsverordnung zu, die von der Thematik der Patientenverfügung her mehrere derzeit geltende RL der SAMW umfassen kann (u.a. «Patientenverfügungen», «Umgang mit Sterben und Tod», «Reanimationsentscheidungen», «Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis»).

¹²⁵ BRUNNER, 92.

¹²⁶ BRUNNER, 93 m.w.Nw., BOCK, 27; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 362.

Technik erreicht werden.¹²⁷ Zudem kann die Mitwirkung fachkundiger Kreise an der Rechtsetzung die Akzeptanz der gesetzlichen Ordnung verbessern.¹²⁸ Durch eine Verweisung der staatlichen Gesetzgebung auf private Regelungen werden jedoch den privaten Normsetzern je nach Ausgestaltung der Verweisung mehr oder weniger weitreichende Rechtsetzungsbefugnisse übertragen.¹²⁹ Abgesehen von den damit verbundenen rechtstaatlichen Bedenken, besteht in Fällen zulässiger Delegation¹³⁰ die Gefahr einer einseitigen Interessenvertretung, wodurch anderslautende fachliche Interessen sowie die Interessen der Allgemeinheit eine ungenügende Berücksichtigung finden.¹³¹

Als nachteilig können sich zudem die geringe oder fehlende staatliche Kontrolle, die fehlende demokratische Legitimation der privaten Normgeber sowie der fehlende staatliche Rechtsschutz auswirken.¹³² Die fehlende demokratische Legitimation privater Institutionen und von ihnen erarbeiteter Normen wiegt insbesondere in einer Rechtsordnung wie derjenigen der Schweiz besonders schwer, wo auch das Stimmvolk an der Gesetzgebung beteiligt ist.¹³³

BRUNNER weist darauf hin, dass die strikte Ablehnung dynamischer Verweise auf private Regelungen angesichts der faktischen Bedeutung privater Normsetzung und der augenscheinlichen Grenzen der Steuerungsfähigkeit staatlicher Rechtsetzung zu hinterfragen sei.¹³⁴ Dieser Einwand ist – insbesondere im Bereich des Gesundheitsrechts – grundsätzlich nur dort berechtigt, wo private Normgeber aufgrund der Technizität des Regelungsgegenstandes besser als der ordentliche Gesetzgeber in der Lage sind, Normen zu formulieren. Dort aber, wo zentrale Grundwerte der Gesellschaft den Inhalt der Regelung bilden, braucht es trotz Komplexität und Technizität einen demokratisch legitimierten Rechtsetzungsprozess.¹³⁵

Da sich die Richtlinien und Empfehlungen der SAMW mit Themen von zentraler Bedeutung für das menschliche Leben und die Persönlichkeit befassen und damit von *grundrechtlicher Relevanz* sind sowie neben medizinisch-technischen Inhalten auch ethische und rechtspolitische Aussagen treffen, die sich inhaltlich nicht von den medizinisch-technischen Inhalten trennen lassen, sind dynamische Verweisungen auf Richtlinien und Empfehlungen der SAMW grundsätzlich unzulässig.¹³⁶ Auch wenn demgegenüber statische Verweise als grundsätzlich zulässig erachtet werden¹³⁷, müssen sie sich auf einen klar umrissenen Rahmen beschränken.¹³⁸ Die Regelung zentraler Bereiche des menschlichen Daseins darf vom demokratisch gewählten Gesetzgeber nicht Privaten überlassen, respektive vollständig an Private delegiert werden. Diese

¹²⁷ BRUNNER, 93 m.w.Nw.; BOCK, 27 f.; MÜLLER, Rn. 367.

Zur Verweisung auf technische Normen vgl. auch MARTI, 566; RUCH.

¹²⁸ BRUNNER, 93 f.; KORINEK, 316.

¹²⁹ UHLMANN/GILI, 7 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1886.

¹³⁰ Zu den Voraussetzungen BGE 136 I 316 E. 4.2.1, 320. MÜLLER/UHLMANN, Rz. 491; UHLMANN/GILI, 7 ff.

¹³¹ BRUNNER, 94; GILI, 131; PETERS/BÜRKLI, 375, 386 f.; RODUIT/SPRUMONT, 428 f.

¹³² PETERS/BÜRKLI, 386 f.; RÜETSCHI, 247 m.w.N.

¹³³ RÜETSCHI, 247.

¹³⁴ BRUNNER, 94 ff., 134. Vgl. auch TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rn. 37 m.w.Nw.

¹³⁵ In diesem Sinne auch AEBI-MÜLLER ET AL., § 8 Rz. 236 im Kontext der Verweisung auf die SAMW-RL zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen. Vgl. dazu Rz. 40 f.

¹³⁶ Vgl. dazu auch RÜETSCHI, 247 ff.

¹³⁷ BRUNNER, 105.

¹³⁸ So auch KORINEK, 320.

Regelungsgegenstände – zumindest die massgebenden Grundsätze und zentralen Wertentscheidungen – bedürfen einer Normierung auf Stufe des formellen Gesetzes.¹³⁹ Es ist GÄCHTER/RÜTSCHÉ zuzustimmen, dass es die Aufgabe des Gesetzgebers sei, die durch die RL der SAMW provisorisch gefüllten Lücken möglichst rasch mit demokratisch legitimierten Gesetzen zu schliessen. «Insofern ist nicht der Erlass von Richtlinien durch die SAMW, sondern die verzögerte Reaktion des Gesetzgebers Gegenstand der Kritik.»¹⁴⁰

4. Einflussnahme der SAMW-RL auf die Rechtsetzung und die Verwaltungspraxis

56 Gemäss der BFI-Botschaft für die Jahre 2013-2016 verfügt die SAMW «über eine hohe Autorität und Anerkennung im Bereich der Ethik, bei Fragen der zukünftigen Entwicklung sowie gesellschaftlichen Aspekten der Medizin.»¹⁴¹ Diese Aussage bestätigt, dass private Regelungen wie die RL der SAMW als Inspiration bei der Schaffung und Revision von staatlichem Recht auf nationaler und internationaler Ebene dienen sowie Normsetzungsbedarf aufzeigen (Rz. 57 ff.).¹⁴²

Ebenso nehmen die RL der SAMW Einfluss auf die Verwaltungspraxis (Rz. 61). Damit wird die Anwendung und Umsetzung des staatlichen Rechts in der täglichen Arbeit von (Verwaltungs-)Behörden aller Stufen bezeichnet. Beispielsweise werden die RL der SAMW in Stellungnahmen und Berichten von Regierungs- und Verwaltungsbehörden des Bundes und der Kantone, in Berichten von Arbeitsgruppen oder anderen Dokumenten staatlicher Stellen berücksichtigt und liegen parlamentarischen Initiativen zu Grunde.¹⁴³ Sie dienen den Verwaltungsbehörden und Gerichten des Bundes und der Kantone auch als Auslegungshilfe bei unbestimmten Rechtsbegriffen¹⁴⁴, bei der Lückenfüllung und/oder zur Konkretisierung der ärztlichen Sorgfalt (vgl. dazu auch Rz. 35 f.).¹⁴⁵

¹³⁹ Beispielsweise in der Form staatlich gesteuerter Selbstregulierung; dazu MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 532; MARTI: Der Staat legt für ein bestimmtes Gebiet (z.B. Humanforschung) die Grundsätze in einem Rahmengesetz fest. Die Konkretisierung dieser Grundsätze und die Umsetzung werden an Private delegiert. Siehe auch BRUNNER, 106 der verlangt, dass gesetzliche Verweisungsnormen einen möglichst konkreten Massstab setzen und damit den Spielraum der privaten Normsetzer abstecken. Vgl. dazu auch BGer vom 28. März 2018, 2C_782/2017, E. 2.3 im Hinblick auf die Konkretisierung von Berufspflichten durch Standesnormen.

¹⁴⁰ GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 65. Vgl. dazu Rz. 116 ff.

¹⁴¹ Botschaft BFI 2013-2016, 3798.

¹⁴² GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 63.

¹⁴³ Vgl. die bei RÜETSCHI, 242 f. genannten Beispiele. Für aktuelle Beispiele vgl. Rz. 120.

¹⁴⁴ BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2, 8.3 m.w.Nw.; ERRASS, Rz. 50; GILI, 108 f.; MADER/RÜTSCHÉ, 65 mit Verweis auf BGE 98 Ia 508 E. 3a, S. 512 f. in welchem das Bundesgericht für die Bestimmung des Todeszeitpunktes nach Art. 31 ZGB die entsprechenden RL der SAMW bezog.

¹⁴⁵ GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 63; RIEMER, 117 ff. weist im Zusammenhang mit der Frage von Sorgfaltspflichtverletzungen im Haftpflicht- und Strafrecht darauf hin, dass die Einhaltung von entsprechenden Normen nicht ohne weiteres die Erfüllung der geforderten Sorgfalt resp. die Nichteinhaltung der Normen eine Sorgfaltspflichtverletzung bedeute. Allerdings sei es ein Indiz. Vgl. dazu Rz. 91. Ebenso könnten private Regelungen wie zum Beispiel Verbandsrichtlinien bei der Auslegung von Blankett-Normen, Erkenntnislücken oder Generalklauseln herangezogen werden. Das könne im Ergebnis zu einer Gleichbehandlung dieser Normen mit dem staatlichen Recht führen. Entsprechend habe der Einbezug nicht privater Regelungen stets mit der nötigen Distanz zu erfolgen.

a) *Inspiration und Vermeidung von rechtlichen Regelungen*

Die RL der SAMW nehmen im Gesetzgebungsprozess des Bundes und der Kantone in den Bereichen des Gesundheits- und Medizinrechts eine besondere Stellung ein. Keine anderen Quellen privaten Ursprungs wurden und werden in einem vergleichbaren Ausmass bei der Regelung von Themen im Gebiet des Gesundheits- und Medizinrechts in den Gesetzgebungsprozess mit einbezogen.¹⁴⁶ 57

Über längere Zeit blieb der Gesetzgeber sowohl in den Kantonen wie auch im Bund in den von RL der SAMW abgedeckten Bereichen (z.B. Humanforschung, Fortpflanzungsmedizin) untätig.¹⁴⁷ Erst seit dem Ende der 1990er Jahre regelt der Bund vermehrt Themen im Bereich der Biomedizin und der Gesundheit.¹⁴⁸ Im Rahmen der verschiedenen Gesetzgebungsprozesse wurden und werden die RL der SAMW – neben anderen staatlichen und privaten Quellen – beigezogen. Dabei übernahm beziehungsweise übernimmt der Gesetzgeber teilweise Inhalte der SAMW-RL und berücksichtigt(e) die damit gesammelten Erfahrungen, wie folgende Beispiele illustrativ zeigen¹⁴⁹: In den Botschaften zum FMedG¹⁵⁰ und zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen ist den jeweils einschlägigen RL der SAMW ein eigener Abschnitt gewidmet.¹⁵¹ In den Botschaften zum Embryonenforschungsgesetz¹⁵² (das heutige StFG) und zum Transplantationsgesetz¹⁵³ finden sich die Ausführungen zu den einschlägigen RL der SAMW im Abschnitt über die geltende in- und ausländische Rechtslage, obwohl es sich um private, rechtlich nicht bindende Regelungen handelt. Die Botschaft zum neuen Erwachsenenschutzrecht, weist darauf hin, dass die mit dieser Revision eingeführten Regelungen zur Patientenverfügung einer Empfehlung der SAMW entsprechen.¹⁵⁴ 58

Die Orientierung der Politik und insbesondere des Gesetzgebers an ihren RL und Empfehlungen entspricht einem der Ziele, welches die SAMW mit der Erarbeitung und Publikation dieser Dokumente verfolgt.¹⁵⁵ Die Schaffung von RL durch die SAMW kann den Gesetzgeber auch davon abhalten, selber tätig zu werden. Ebenso bestehen Bereiche, in denen der Gesetzgeber bewusst auf die Schaffung einer Regelung verzichtet und die Erarbeitung von RL durch die SAMW anstrebt (vgl. dazu Rz. 60 und 119 ff.). In diesen Fällen wahren die RL der SAMW die ärztliche Autonomie gegenüber dem staatlichen Gesetzgeber 59

¹⁴⁶ Was auch das Bundesgericht feststellt: BGE 131 V 338, 345: «Les directives de l'ASSM consacrent le consensus qui prévaut dans le milieu de la médecine scientifique sur la politique de la santé. Elles servent aussi de référence aux tribunaux et aux législateurs (cantonaux ou fédéral) en matière de comportement médical.» Vgl. auch 6B_599/2010, E. 6.2.2 vom 10. August 2010. Vgl. auch GILI, 72.

¹⁴⁷ RÜETSCHI, 1224.

¹⁴⁸ Vgl. oben Rz. 30.

¹⁴⁹ GILI, 97.

¹⁵⁰ Botschaft FMedG, 209 f. Vgl. dazu auch RODUIT/SPRUMONT, 419 f.

¹⁵¹ Botschaft GUMG 2002, 7374 ff.

¹⁵² Botschaft StFG, 1186, 1198 f., 1218.

¹⁵³ Botschaft TxG, 61 ff.

¹⁵⁴ Botschaft Erwachsenenschutzrecht, 7073: «Eine einheitliche Lösung für die ganze Schweiz ist in der Vernehmlassung mehrheitlich begrüsst worden und entspricht einer Empfehlung der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW).»

¹⁵⁵ Art. 3 Statuten SAMW: «...Sie nimmt Anliegen, Hinweise und Ängste aus der Bevölkerung auf, bemüht sich aktiv um Informationsvermittlung und steht für Experten- und Beratungstätigkeit zuhanden von Politik und Behörden zur Verfügung.»

und wirken der zunehmenden Verrechtlichung des ärztlichen Alltags entgegen.¹⁵⁶

Bei einer späteren Regelung durch den staatlichen Gesetzgeber prägen bereits bestehende RL der SAMW das rechtliche (Vor-)Verständnis der zu regelnden Bereiche und damit die zu schaffende staatliche Regelung.¹⁵⁷ Ebenso bringt sich die SAMW proaktiv in die Gesetzgebungsverfahren ein und nimmt an Vernehmlassungsverfahren zu staatlichen Regelungen teil.¹⁵⁸

Werden Themenbereiche, die zuvor nur durch RL der SAMW erfasst wurden durch den staatlichen Gesetzgeber geregelt, strebt die SAMW keine Konkurrenz zwischen ihren RL und den staatlichen Regelungen an. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass die SAMW bei Inkrafttreten neuer oder der Anpassung bestehender staatlicher Regelungen ihre RL zurückzieht oder sie anpasst.¹⁵⁹ Heute bestehen allerdings auch zahlreiche Publikationen der SAMW in Bereichen, die rechtlich geregelt sind. Teilweise handelt es sich um RL¹⁶⁰, teilweise sind es «Leitfäden», «Positionspapiere» oder «Empfehlungen» etc. Über diese Publikationen präsentiert die SAMW ihre Interpretation der geltenden Rechtsgrundlagen und nimmt dadurch Einfluss auf ihre Auslegung und Anwendung in der Praxis.¹⁶¹

60 Sowie die Schaffung von RL durch die SAMW staatliche Regelungen unter Umständen verzögert oder vermeidet und die RL die Rechtsetzung beeinflussen, nutzte und nutzt der Gesetzgeber seinerseits die RL der SAMW als «Ausrede», um gewisse Themenbereiche nicht oder erst später zu regeln.¹⁶² An dieser Stelle ist insbesondere die Sterbehilfe zu erwähnen. Der Bundesrat hat im Sommer 2011¹⁶³ eine ausdrückliche Regelung der organisierten Suizidhilfe abgelehnt. In seinen Antworten auf parlamentarische Vorstösse¹⁶⁴ verweist der Bundesrat auf die Standesregeln der FMH und die RL der SAMW.¹⁶⁵ In der Folge werden die entsprechenden SAMW Richtlinien und Empfehlungen damit auch zukünftig von Bedeutung sein, womit in einem sehr sensiblen Bereich die Problematik der dynamischen Verweisungen des kantonalen Rechts auf die SAMW Richtlinien und Empfehlungen bestehen bleibt.¹⁶⁶ Auch das Bundesgericht befasste sich in den vergangenen Jahren mehrfach mit dieser Thematik und bezog sich in seinen Urteilen regelmässig auf die einschlägigen

¹⁵⁶ RODUIT/SPRUMONT, 421, 428.

¹⁵⁷ GILI, 97; LEUTHOLD, 15; PETERS/BÜRKLII, 375, 381 f.; RODUIT/SPRUMONT, 422.

¹⁵⁸ RODUIT/SPRUMONT, 422.

¹⁵⁹ RODUIT/SPRUMONT, 421 f.

¹⁶⁰ Vgl. beispielsweise die RL zur Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis (2019) und die RL zu Patientenverfügungen (2009, aktualisiert 2013).

¹⁶¹ Vgl. beispielsweise der gemeinsam von der FMH und der SAMW herausgegebene Leitfaden «Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag» (2020) oder zur «Forschung mit Menschen» (2015).

¹⁶² DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2580.

¹⁶³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 29. Juni 2011: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-39905.html>>, besucht im März 2024.

¹⁶⁴ Parlamentarische Vorstösse zur Sterbehilfe: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe/vorstoesse.html>>, besucht im März 2024.

¹⁶⁵ Vgl. z.B. die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation 17.3845, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20173845>>, besucht im März 2024.

¹⁶⁶ Vgl. oben Rz. 43 zur Verweisung im Gesundheitsgesetz des Kantons Nidwalden.

RL der SAMW¹⁶⁷, wobei es in einem jüngeren Entscheid mit aller Deutlichkeit die Verantwortung des Gesetzgebers in diesem sensiblen Bereich ansprach: «Es ist nicht Sache des Strafrichters, die geltenden Gesetzesbestimmung besonders weit auslegen, noch dazu bei einem so umstrittenen und sensiblen Thema wie der Beihilfe zum Suizid. Gegebenenfalls wäre es am Gesetzgeber, die gesetzlichen Grundlagen für die ärztliche Abgabe von Natriumpentobarbital an eine gesunde Person den ethischen und moralischen Konzeptionen anzupassen, die in der Gesellschaft mehrheitlich geteilt werden.»¹⁶⁸

b) Verwaltungspraxis

Private Regelungen können auch als Verwaltungspraxis anerkannt werden.¹⁶⁹ In dieser Form dienen sie der *Konkretisierung bestehender Rechte und Pflichten*, werden aber nicht selber zur staatlichen Norm.¹⁷⁰ Verwaltungspraxis kann sowohl Private wie den Staat adressieren.¹⁷¹ MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER halten fest, dass die Abgrenzung zwischen der Übernahme privater Regelungen ins Recht (insbesondere durch Verweise) und der blossen Bezugnahme im Rahmen der Verwaltungspraxis schwierig sei und sich an der Schnittstelle zwischen Rechtsetzung (Übernahme ins Recht) und Rechtsanwendung (Verwaltungspraxis) befinde.¹⁷² Lässt sich eine Rechtsfrage nicht ohne private Regelungen beantworten, befinde man sich im Bereich eines Verweises.¹⁷³ Beantwortet hingegen das staatliche Recht sämtliche Rechtsfragen, so dass Entscheidungen im Einzelfall möglich sind, dient die Angabe von privaten Regelungen eher der Konkretisierung der Verwaltungspraxis.¹⁷⁴ Für Zweifelsfälle verweisen MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER auf das in Art. 48 Abs. 1 Satz 2 RVOG zum Ausdruck kommende allgemeine Rechtsprinzip, dass eine Norm umso höher abgestützt sein müsse, je wichtiger ihr Inhalt sei. Auf die Abgrenzung zwischen der Übernahme von privaten Regelungen ins Recht und deren Verwendung zur Konkretisierung der Verwaltungspraxis übertragen bedeutet dies, dass «man sich eher im Bereich eines Verweises befindet, wenn die private Norm nicht rein 'technisch' ist, sondern eine bestimmte Bedeutung aufweist».¹⁷⁵

61

¹⁶⁷ Vgl. u.a. BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2, 8.3 m.w.Nw., BGE 142 I 195 und 133 I 58.

¹⁶⁸ Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 13. März 2024 zum Urteil 6B_393/2023 vom 13. März 2024.

¹⁶⁹ GILI, 107 f.; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 525.

¹⁷⁰ GILI, 108; MÜLLER/UHLMANN, Rz. 501.

¹⁷¹ GILI, 108.

¹⁷² MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 525.

¹⁷³ MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 528 mit Verweis auf BGE 136 I 316 ff. in welchem das Gebührenreglement einer Gemeinde ohne die SIA-Norm nicht angewendet werden konnte. Vgl. zu diesem Bundesgerichtsentscheid auch UHLMANN/GILI.

¹⁷⁴ MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 528

¹⁷⁵ MÜLLER/UHLMANN, Rz. 504.

5. Rechtsprechung

- 62 Die RL der SAMW wurden und werden von Gerichten verschiedener Stufen herangezogen, sei es als Auslegungshilfe für bestehende Rechtsnormen oder als Ersatz bei fehlenden spezifischen Rechtsgrundlagen.¹⁷⁶
- 63 Bereits drei Jahre nach Veröffentlichung der ersten RL der SAMW erging das erste Urteil, in dem sich das Bundesgericht mit den RL der SAMW befasste. Weitere folgten zeitnah. Sie befassten sich u.a. mit der Organtransplantation, der Feststellung des Zeitpunkts des Todes, der Fortpflanzungsmedizin, der Humanforschung und der Sterbehilfe.¹⁷⁷ Was RÜETSCHI¹⁷⁸ in seiner Untersuchung zur Anerkennung der RL der SAMW durch das Bundesgericht vor einigen Jahren festgestellt hat, gilt nach wie vor: Das Schweizerische Bundesgericht behandelt die RL der SAMW in seinen Entscheiden mit grossem Respekt.¹⁷⁹ Es anerkennt sie – insbesondere in Bereichen, in denen staatliche Regelungen fehlen oder zu unbestimmt sind¹⁸⁰ –, trotz ihrer grundsätzlichen Unverbindlichkeit als sachdienliche Quelle medizin-ethischer Regelungen von hoher Autorität.¹⁸¹ Das Bundesgericht berücksichtigt sowohl die medizinisch-technischen Inhalte der RL, wie auch die ethischen Vorgaben.¹⁸² Das Bundesgericht zieht die RL der SAMW bei der Auslegung von staatlichem Recht, zur Lückenfüllung oder zur Ermittlung der ärztlichen Berufsregeln und dem «Stand der medizinischen Wissenschaften»¹⁸³ bei (vgl. dazu auch Rz. 35 f.).¹⁸⁴ Es betont ihre standesrechtliche Verbindlichkeit und ihre Funktion als Auslegungshilfe im Kontext von Art. 40 MedBG (vgl. Rz. 87). Zugleich konstatiert es

¹⁷⁶ BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2, 8.3 m.w.Nw.; DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2588; GILI, 108 f.; RODUIT/SPRUMONT, 415 ff.

¹⁷⁷ BGE 98 Ia 508; 114 Ia 350; 115 Ia 234 (dazu GILI, 109); 119 Ia 460; 119 V 26; 121 V 289 (dazu GILI, 109 f.); 121 I 302; 123 I 112; 131 V 338; 133 I 58 (dazu GILI, 110). Vgl. Dazu RODUIT/SPRUMONT, 415.

¹⁷⁸ RÜETSCHI, 239; BGE 98 Ia 508 ff. (Todesfeststellung); 115 Ia 234 ff.; 119 Ia 460 ff.; 121 V 289 ff.; 121 V 302 ff. (alle Fortpflanzungsmedizin); 123 I 112 ff. (Todesfeststellung); 131 V 338, 345 (Lebendorganspende); 133 I 58, 73; 136 II 415 ff.; BGer Urteil 2C-9/2010 vom 12. April 2010, Erwägung 3.1 (alle Sterbehilfe).

¹⁷⁹ GILI, 72 f.

¹⁸⁰ Dies war im Gebiet der Fortpflanzungsmedizin bis zum in Kraft treten des FMedG der Fall. Vgl. dazu SCHNEIDER, 386.

Aktuell fehlt in der Schweiz eine einheitliche Regelung der Sterbehilfe resp. Suizidbeihilfe. Entsprechend oft hatte sich das Bundesgericht in den vergangenen Jahren mit dieser Thematik zu befassen und bezog sich dabei regelmässig auf die SAMW Richtlinien (Vgl. u.a. BGE 142 I 195; 133 I 58; 133 I 58; 136 II 415 ff.; BGer Urteil 2C-9/2010 vom 12. April 2010, E. 3.1); GILI, 110 ff. Vgl. oben Rz. 60.

¹⁸¹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 63. BGE 123 I 112, 128: «Le Tribunal fédéral a, depuis longtemps, reconnu la légitimité et la pertinence des directives de l'ASSM. »; BGE 131 V 338, 345: «Les directives de l'ASSM consacrent le consensus qui prévaut dans le milieu de la médecine scientifique sur la politique de la santé. Elles servent aussi de référence aux tribunaux et aux législateurs (cantonaux ou fédéral) en matière de comportement médical.» Siehe auch RÜETSCHI, 239 f. mit Verweis auf BGE 119 V 26, 33 zur damals noch nicht durch den Bund geregelten Fortpflanzungsmedizin: «Jusqu'alors, la conservation d'embryons congelés était admise pour une certaine période (conformément aux directives de l'Académie suisse des sciences médicales).»

¹⁸² RÜETSCHI, 240 ff.

¹⁸³ BGer Urteil 2C-9/2010 vom 12. April 2010, Erwägung 3.1; BGE 133 I 58, 73 (beide Sterbehilfe). Dazu auch RODUIT/SPRUMONT, 415.

¹⁸⁴ Vgl. dazu RÜETSCHI, 240 f. m.w.N.; RODUIT/SPRUMONT, 418 f. Beispielsweise dienen RL der SAMW als Massstab für die erforderliche ärztliche Sorgfalt: BGE 136 IV 97, 113: «Dès lors, en vertu d'un renvoi implicite des art. 12 CP et 41 CO à cette catégorie de règles de sécurité, les directives peuvent servir à déterminer le contenu du devoir de prudence ou de diligence dans un procès pénal ou en responsabilité civile.»

Vgl. Zum Begriff der «lex artis» aus oben Rz. 35 und Fn. 73.

ein verworrenes («intrikates») Zusammenspiel zwischen der gesetzlichen Ordnung und den Standesregeln.¹⁸⁵

Trotzdem erachtet sich das Bundesgericht nicht generell an die SAMW-RL gebunden. Einerseits gelangte das Bundesgericht auch schon zu von den RL der SAMW abweichenden Schlussfolgerungen.¹⁸⁶ Andererseits weist das Gericht darauf hin, dass den RL als Empfehlungen einer privaten Organisation keine absolute Autorität und rechtliche Verbindlichkeit zukommt¹⁸⁷ und die Einhaltung der RL das ärztliche Verhalten nicht *per se* legitimieren. Bei einem Konflikt zwischen staatlichem Recht und den RL der SAMW habe sich der Arzt an das staatliche Recht zu halten.¹⁸⁸ Die RL der SAMW bewahren den Arzt auch nicht davor weitere Abklärungen zu treffen, «wenn er aufgrund eigener Forschungen oder neuester, ihm zufällig bekannter Erkenntnisse der Wissenschaft Zweifel über die Zuverlässigkeit einzelner der in den Richtlinien aufgeführten Kriterien hegt».¹⁸⁹

64

6. Ärztliches Standesrecht

Standesrechtliche Regelwerke legen die Berufspflichten von Ärztinnen und Ärzten fest. Die Regelwerke werden durch Berufsverbände – sei es die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte FMH auf nationaler Ebene oder kantonale Ärztegesellschaften – erlassen.¹⁹⁰ Es handelt sich um privatrechtlich statuierte Regelungen, die nur für die jeweiligen Vereinsmitglieder gelten.¹⁹¹ Hier interessiert vorrangig die Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte, die für die überwiegende Zahl der Ärztinnen und Ärzte in der Schweiz – als Mitglieder der FMH – verbindlich ist.¹⁹² Wie staatliches Recht können auch private Regelungen wie das ärztliche Standesrecht auf andere private oder staatliche Regelungen verweisen. Die Standesordnung FMH verweist auf RL der SAMW¹⁹³ sowie auf ethische Grundsätze des Weltärztebundes. Diese sind im Anhang 1¹⁹⁴ beigefügt und bilden damit einen integralen Bestandteil der Standesordnung und sind für alle Mitglieder der FMH verbindlich.¹⁹⁵ Eine Verletzung oder Nichteinhaltung der in der Standesordnung der FMH enthaltenen RL der SAMW kann in der Folge standesrechtlich sanktioniert werden.¹⁹⁶ Vgl. dazu ausführlich Rz. 84 ff.

65

¹⁸⁵ BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 8.3 m.w.Nw.

¹⁸⁶ So erachtete das Bundesgericht in seinem Entscheid 115 Ia 234, 256 die in den Medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW für die artifizielle Insemination von 1981 festgehaltene Garantie auf Wahrung der Anonymität des Samenspenders als «fragwürdig» Dazu auch RÜETSCHI, 242 m.w.w.

¹⁸⁷ BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2 m.w.Nw.; BGE 136 IV 97, 112.

¹⁸⁸ BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2 m.w.Nw.; BGE 136 IV 97, 113: «Mais en cas de divergence entre une règle de droit et l'éthique médicale telle qu'elle est conçue par les directives, les médecins ne peuvent exciper de ces dernières pour se soustraire à l'accomplissement de leur obligation juridique.»

¹⁸⁹ BGE 98 Ia 508, 518.

¹⁹⁰ Dazu Rz. 84.

¹⁹¹ BGer vom 28. März 2018, 2C_782/2017, E 2.3; AEBI-MÜLLER ET AL., § 11 Rz. 67 f.; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 59; REMPFLER, 69; RUMETSCH, Rz. 482 m.w.Nw.

¹⁹² GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 59; <<https://www.fmh.ch/files/pdf29/standesordnung---de---2023-11.pdf>>, besucht im April 2024. Vgl. zur Standesordnung FMH auch unten 84.

¹⁹³ Nicht alle RL der SAMW, die derzeit in Kraft sind, sind Teil der StaO FMH.

¹⁹⁴ <<https://www.fmh.ch/files/pdf7/anhang-1-standesordnung-fmh.pdf>>, besucht im April 2024.

¹⁹⁵ BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 8.3; AEBI-MÜLLER ET AL., § 11 Rz. 71; BRUNNER, 93; BÜCHLER/MICHEL, 15; GILI, 72; KORINEK, 320; MÜLLER, Rn. 365; OTT, 243; REMPFLER, 69 ff.

¹⁹⁶ BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 8.4.3.

7. Einordnung

- 66 Es ist unbestritten, dass den RL der SAMW als Regelungen einer privaten Stiftung ohne demokratische Legitimation und ohne ein staatliches Mandat (Rz. 67 ff., insb. 81) keine Rechtskraft zukommt.¹⁹⁷ Es sind grundsätzlich interne Regelungen des medizinischen Berufsstandes. Ihre oben dargelegte Wirkung in der Rechtsetzung, Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zeigen jedoch auf, dass den RL der SAMW dennoch eine rechtliche Tragweite zukommt, die über die Qualifikation als Regeln einer privaten Organisation hinausgeht, die lediglich für Ärztinnen und Ärzte im Rahmen des Landesrechts verbindlich werden können. Vielmehr haben diese RL die Art und Weise, wie Juristinnen und Juristen, Behörden aller Stufen, Gerichte und auch der Gesetzgeber auf Stufe der Kantone und des Bundes die Medizin im Allgemeinen und die Rolle der Ärzteschaft im Besonderen sehen, geprägt und tun dies auch weiterhin.¹⁹⁸ Es liegt bei den SAMW-RL aber weder eine Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an Private noch ein Fall staatlich regulierter Selbstregulierung vor. Wenn der Gesetzgeber auf die RL der SAMW verweisen möchte, dann sind nur statische Verweise zulässig. Diese haben sich auf Fragen untergeordneter Bedeutung bzw. technischer Natur zu beschränken.

D. Rechtlicher Rahmen der SAMW

- 67 Im nachfolgenden Abschnitt wird der rechtliche Rahmen der RL-Arbeit der SAMW beleuchtet. Im Zentrum steht dabei das Bundesgesetz über die Förderung der Forschung und Innovation (FIFG) und die darauf basierende Forschungsförderung durch den Bund.

1. Bundesgesetz über die Förderung der Forschung und der Innovation (FIFG)

a. *Forschungsförderungsinstitution nach dem FIFG*

- 68 Die SAMW ist Teil der Akademien der Wissenschaften Schweiz. Der Dachverband vereint seit 2006 als gemeinnütziger und politisch unabhängiger Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB die in Art. 4 FIFG genannten *Forschungsförderungsinstitutionen*. Dies sind die vier vom Bund anerkannten wissenschaftlichen Akademien: Akademie der Naturwissenschaften Schweiz (SCNAT), Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (SAGW), Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Schweizerische Akademie der Technischen Wissenschaften (SATW) und die beiden Kompetenzzentren Stiftung Science et Cite (S&C) und Stiftung TA-SWISS (TA-SWISS).
- 69 Gestützt auf Art. 64 Abs. 1 und 3 BV regelt das FIFG die Forschungs- und Innovationsförderung des Bundes. Nach Art. 1 lit. d FIFG stellt das Gesetz u.a. die Förderung und die Zusammenarbeit des Bundes mit den in Art. 4 FIFG festgelegten Forschungsorganen – wozu auch die SAMW zählt – sicher.¹⁹⁹

¹⁹⁷ So auch das Bundesgericht in seinem Urteil vom 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2.

¹⁹⁸ DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2585; RODUIT/SPRUMONT, 419.

¹⁹⁹ Botschaft FIFG 2011, 8842 f., 8868.

Gemäss Art. 4 FIG sind Forschungsorgane «Organe, die entweder selber Forschung betreiben oder Forschung fördern».²⁰⁰ Nach Art. 9 Abs. 1 FIG haben die Forschungsförderungsinstitutionen ihre Aufgaben im Rahmen der *wissenschaftlichen Selbstverwaltung* zu lösen. Der Verbund der Akademien erstellt hierzu zusammen mit seinen Mitgliedern eine Mehrjahresplanung.²⁰¹ Gestützt auf diese und die jeweilige BFI-Botschaft schliesst das SBFI mit dem Verbund und seinen Mitgliedern eine Leistungsvereinbarung.

b. *Finanzmittel nach FIG*

Der Bund überträgt auf der Basis des FIG u.a. privatrechtlich konstituierten Forschungsorganen (Art. 4 lit. a FIG) die *öffentlich-rechtliche Aufgabe der Förderung der wissenschaftlichen Forschung und Innovation*. Die Forschungsförderungsinstitutionen erhalten hierzu Gelder vom Bund. Die Forschungsförderungsinstitutionen stehen rechtlich und organisatorisch ausserhalb der Bundesverwaltung und sind daher Empfänger von *Subventionen*.²⁰²

Art. 11 FIG ist dem Verbund der Schweizerischen Akademien gewidmet. Nach Art. 11 Abs. 1 FIG ist der Akademienverbund das *Förderorgan des Bundes für die Stärkung der Zusammenarbeit in und zwischen allen wissenschaftlichen Disziplinen und für die Verankerung der Wissenschaft in der Gesellschaft*.²⁰³ In Art. 11 Abs. 2 FIG wird der Grundauftrag der Akademien festgelegt, wobei der Gesetzgeber auf eine abschliessende und detaillierte Aufzählung verzichtet. Damit gesteht er den Akademien ausreichend Flexibilität zu, damit sie periodenbezogen besondere Anliegen in den Vordergrund rücken können.²⁰⁴ Nach Art. 11 Abs. 2 setzt sich der Verbund der schweizerischen Akademien mit den vom Bund erhaltenen Mitteln u.a. dafür ein, dass (lit. b) «[...] *wer Erkenntnisse gewinnt oder anwendet, seine ethische Verantwortung wahrnimmt*».

Gestützt auf das FIG unterbreitet der Bundesrat dem Parlament alle vier Jahre eine *Botschaft zur Förderung von Bildung, Forschung und Innovation* (BFI-Botschaft). Darin zieht er Bilanz über die laufende Periode und präsentiert Ziele, Massnahmen und finanzielle Mittel für die neue Förderperiode.²⁰⁵ Die Akademien der Wissenschaften Schweiz erstellen ihrerseits eine gemeinsame *Mehrjahresplanung*. Darin legen die Akademien fest, womit sich die einzelnen Mitglieder schwerpunktmässig beschäftigen werden. Die Mehrjahresplanung bildet die Grundlage für die Ausgestaltung der Finanzierung der Akademien durch den Bund. Das SBFI vereinbart jeweils gemäss Art. 11 Abs. 7 FIG, gestützt auf die aktuelle BFI-Botschaft und die Mehrjahresplanung des Verbundes der Akademien, mit diesem und seinen Mitgliedern, eine

²⁰⁰ Botschaft FIG 2011, 8870.

²⁰¹ Vgl. dazu Mehrjahresplanung 2025-2028 unter <https://api.swiss-academies.ch/site/assets/files/66140/20230503-mjp_aplus_25-28_de.pdf>, besucht im April 2024.

²⁰² Botschaft FIG 2011, 8870.

²⁰³ Neben dem Verbund der Schweizerischen Akademien ist der Schweizerische Nationalfonds die zweite, durch das FIG erfasste Forschungsförderungsinstitution des Bundes. Botschaft FIG 2011, 8870.

²⁰⁴ Botschaft FIG 2011, 8879.

²⁰⁵ Zum Entwurf der BFI-Botschaft für die Jahre 2025-2028: <https://www.sbf.admin.ch/dam/sbf/de/dokumente/2024/03/bfi_botschaft_2025_2028.pdf.download.pdf/bfi_botschaft_2025_2028_de.pdf>, besucht im März 2024.

Leistungsvereinbarung nach Art. 8 FIGG.²⁰⁶ Darin werden die strategischen Leistungsbereiche und -ziele festgelegt, die von den Mitgliedern des Akademienverbundes mit Mitteln des Bundes zu erfüllen sind.

- 73 Die Gelder, die die SAMW vom Bund auf der Basis des FIGG erhält, setzt sie einerseits zur Forschungsförderung (Vergabe von Geldern an Dritte) ein und andererseits zur Finanzierung weiterer (eigener) Aktivitäten. Zu diesen Aktivitäten gehört u.a. auch die Er- und Überarbeitung von medizin-ethischen RL durch die ZEK.

Geldmittel, die für diese Aktivität eingesetzt werden, sind sogenannte *Finanzhilfen* nach Art. 3 Abs. 1 SuG.²⁰⁷ Finanzhilfen sind geldwerte Vorteile, die EmpfängerInnen ausserhalb der Bundesverwaltung erhalten. Sie sind zweckgebunden und damit mit der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe verbunden. EmpfängerInnen von Finanzhilfen sind jedoch grundsätzlich frei zu entscheiden, ob sie die geförderte Tätigkeit ausüben möchten oder nicht. Die SAMW hat sich die Aufgabe der Erstellung von RL selber erteilt.²⁰⁸ Diese Tätigkeit wurde der SAMW nicht vom Bund delegiert.²⁰⁹

2. Analyse der Materialien

- 74 Die nachfolgende Zusammenstellung aus BFI-Botschaften sowie den Mehrjahresprogrammen und den Leistungsvereinbarungen bildet die Tätigkeit der SAMW in Bezug auf die Erarbeitung und Weiterentwicklung von medizin-ethischen Richtlinien und das Verhältnis der SAMW zu weiteren Akteuren im Kontext des FIGG ab.²¹⁰

a. BFI-Botschaften

- 75 Die BFI-Botschaft zur Berichtsperiode 2004-2007 erwähnt bei den durch den Bund geförderten Aktivitäten, dass sich die SAMW für die Sicherstellung der wissenschaftlichen Integrität in der Medizin und Biomedizin mit der «Etablierung von Leitlinien (insbesondere im Bereich der Ethik der medizinischen Wissenschaften)» und der «Einsetzung einer ständigen Kommission zur Unterstützung der aktiven Forschenden» einsetzt.²¹¹

- 76 Interessant ist die Formulierung in der BFI-Botschaft zur Berichtsperiode 2008-2011. Unter Berufung auf das Mehrjahresprogramm der Akademien betont der Bundesrat in dieser BFI-Botschaft mit Blick auf die geförderten Aufgaben der SAMW: «Im Bereich der Ethik wird namentlich die SAMW weiterhin einen Schwerpunkt setzen und für verschiedene Aspekte der medizinischen Praxis verbindliche Richtlinien erarbeiten.»²¹² Hervorzugeben ist hier die Bezeichnung der Richtlinien in der BFI-Botschaft 2008 als «verbindlich».

In der BFI-Botschaft 2013-2016 ist folgende Aussage über die SAMW zu lesen: «Die SAMW verfügt über eine hohe Autorität und Anerkennung im Bereich der Ethik, bei Fragen der zukünftigen Entwicklung sowie

²⁰⁶ Vgl. zu den Mehrjahresplanungen des Akademienverbundes sowie den Leistungsvereinbarungen mit dem SBFI: <<https://akademien-schweiz.ch/de/uber-uns/mandat/>>, besucht im März 2024.

²⁰⁷ Botschaft SuG, 382 f.

²⁰⁸ Art. 3 SAMW-Statuten.

²⁰⁹ Botschaft SuG, 382 f.

²¹⁰ Das FIGG wurde

²¹¹ Botschaft BFI 2004, 2437.

²¹² Botschaft BFI 2008, 1311.

gesellschaftlichen Aspekten der Medizin.»²¹³ Im Abschnitt über die Finanzen findet sich ein Hinweis auf die mit der Förderung nach FIGG verbundenen Interessen von Bundesstellen: «Im Mehrjahresprogramm genannte Projekte, an deren Durchführung verschiedene Bundesstellen ein unmittelbares Interesse haben (Energie, Cleantech, Materialressourcen, Raumplanung und -nutzung, Swiss Clinical Trial Organisation, medizinisch-ethische Richtlinien, Biodiversität, Klima, Forschungszusammenarbeit Nord-Süd, Nachwuchsförderung, Generationenbeziehungen, Alpenforschung), werden in Absprache mit allen Akademien in der Leistungsvereinbarung noch spezifiziert.»²¹⁴ In den BFI-Botschaften 2017 ff. wird die Tätigkeit der SAMW in Bezug auf die Erarbeitung und Weiterentwicklung von medizin-ethischen Richtlinien nicht mehr explizit erwähnt.

b. *Mehrfjahresprogramme und Leistungsvereinbarungen*

Das Mehrjahresprogramm 2008-2011 der SAMW nennt auf S. 3 die «ethischen Richtlinien als Leitplanken und Handlungsanweisungen in Klinik und Praxis.» Die Ethik wird als Kernaufgabe aller Akademien bezeichnet.²¹⁵ Im Mehrjahresprogramm 2012-2016 des Akademienverbundes und der SAMW (ab S. 73) wird betont, dass «Die Ausarbeitung neuer bzw. die Überarbeitung bestehender Richtlinien [...] selbstverständlich auch in der neuen Mehrjahresperiode eine wichtige Aufgabe der SAMW bleiben [wird]».²¹⁶

77

In den Leistungsvereinbarungen des SBFI mit der SAMW für die Förderperioden 2013-2016 und 2017-2020 wurden die zu erwartenden Ergebnisse wie folgt festgelegt: «Zu ethisch heiklen Themen liegen je nach Bedarf Stellungnahmen, Empfehlungen oder Richtlinien vor».²¹⁷ Im Vergleich dazu wird in der aktuellen Leistungsvereinbarung resp. Rahmenvereinbarung 2021-2024 bei der Beschreibung der zu erwartenden Ergebnisse/Produkte insbesondere der Erarbeitungsprozess der Richtlinien wie folgt hervorgehoben: «Medizinisch-ethische Richtlinien sind in transparenten und breit abgestützten Verfahren erarbeitet worden.»²¹⁸

In der strategischen Mehrjahresplanung des Akademienverbundes 2021-2024 werden die RL der SAMW als «Richtschnur für Gesundheitspersonen in der Praxis» bezeichnet.²¹⁹ Im Kapitel 5 zu Schwerpunkten im Wandel wird unter dem Stichwort «Ethik» folgendes ausgeführt: «Die Antizipation ethischer Fragestellungen und die kritisch-konstruktive Begleitung medizinischer Innovationen und Trends gehören zu den Kernaufgaben der Akademien. Eine weitere Aufgabe ist die ethische Reflexion der bestehenden medizinischen Praxis. Daraus entstehen Richtlinien, welche Fachpersonen im Gesundheitsbereich für

78

²¹³ Botschaft BFI 2013, 3198.

²¹⁴ Botschaft BFI 2013, 3205.

²¹⁵ Mehrjahresprogramm SAMW 2008-2011, 27.

²¹⁶ Mehrjahresplanung Akademienverbund und SAMW 2012-2016, 34.

²¹⁷ Leistungsvereinbarung SBFI und SAMW 2013-2016, 7 und 2017-2020, 5.

²¹⁸ Leistungsvereinbarung 2021-2024 (Rahmenvereinbarung) SBFI und Akademienverbund, 10.

²¹⁹ Strategische Mehrjahresplanung des Akademienverbundes 2021-2024, 12: «Die SAMW fördert die Diskussion über herausfordernde Themen der Medizin und der Gesundheit. Durch ihre Zentrale Ethikkommission (ZEK) antizipiert sie medizinethische Fragen, erarbeitet Richtlinien und Stellungnahmen. Diese dienen Gesundheitsfachpersonen in der Praxis als Richtschnur.»

ethische Fragestellungen sensibilisieren und sie bei ethisch heiklen Entscheidungen unterstützen. [...]»²²⁰

79 In der strategischen Mehrjahresplanung des Akademienverbundes 2025-2028 finden sich im Kapitel Wissenschaft, Praxis und Gesellschaft folgende Ausführungen zum Thema Wahrnehmung ethischer Verantwortung im Gesundheitsbereich: «Der Akademienverbund antizipiert und reflektiert ethische Herausforderungen der Medizin mit dem Ziel, Fachpersonen im Gesundheitsbereich für entsprechende Fragestellungen zu sensibilisieren und sie bei ethisch heiklen Entscheiden zu unterstützen. Er gewährleistet, dass in der Schweiz diese Reflexion aus medizinethischer Sicht systematisch und kompetent durchgeführt wird. Er geniesst hohes Ansehen bei den Gesundheitsfachpersonen, vielen Fachgesellschaften und Institutionen des Gesundheitswesens. Dabei stellt er medizin-ethische Richtlinien, Positionspapiere und Faktenblätter zu ethisch relevanten Themen zur Verfügung. Er überprüft periodisch die Implementierung und Praxistauglichkeit der von ihm ausgearbeiteten ethischen Empfehlungen für die medizinische Praxis.»²²¹ Im Hinblick auf die Herausforderungen in der Zukunft findet sich folgende Aussage: «Laufend antizipiert und reflektiert der Akademienverbund die biomedizinische und klinische Forschung und deren Folgen mit dem Ziel, Handlungsempfehlungen zu erarbeiten. In Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) werden Leitlinien für die Planung der Gesundheitsversorgung erarbeitet. Ausserdem reflektiert der Akademienverbund die ethischen Aspekte neuer Behandlungen, sodass seine medizinisch-ethischen Richtlinien und die medizinische Standesethik aktualisiert werden können.»²²² Interessant ist hier die explizite Nennung der Zusammenarbeit mit dem BAG.

80 Die auf die Mehrjahresplanung und die BFI-Botschaft fussenden Leistungsvereinbarungen zwischen dem Akademienverbund respektive der SAMW und dem SBFJ enthalten die Details zu den in der *Rahmenvereinbarung zwischen dem Bund und den Akademien der Wissenschaften Schweiz* vereinbarten Ziele. Bis und mit der Leistungsvereinbarung 2017-2020 schloss das SBFJ auf der Basis der Rahmenvereinbarung mit dem Akademienverbund zusätzlich mit jeder einzelnen Forschungsförderungsinstitution eine eigene Leistungsvereinbarung ab. Seit der Förderperiode 2021-2024 besteht nur noch die Rahmenvereinbarung zwischen dem SBFJ und dem Akademienverbund. Diese gilt für sämtliche Mitglieder des Akademienverbundes und listet die Leistungsziele und die erwarteten Ergebnisse im Anhang detailliert für jedes Mitglied auf.²²³

3. Einordnung

81 Die Ausführungen unter B zur Ausgestaltung der SAMW als privatrechtliche Stiftung, ihrem Auftrag, ihrem organisatorischen Aufbau, die Zusammensetzung ihrer Organe und die Arbeitsweise insbesondere der ZEK, die Einordnung der RL als rechtlich unverbindliche Regelungen einer privaten Organisation (Rz. 34 f.) sowie die vorangehenden Erläuterungen unter D zur Einbettung

²²⁰ Strategische Mehrjahresplanung des Akademienverbundes 2021-2024, 33.

²²¹ Strategische Mehrjahresplanung des Akademienverbundes 2025-2028, 16.

²²² Strategische Mehrjahresplanung des Akademienverbundes 2025-2028, 21 f.

²²³ Leistungsvereinbarung 2021 - 2024 (Rahmenvereinbarung) zwischen dem SBIF und dem Akademienverbund vom 12. Mai 2021. Abrufbar auf der Internetseite des Akademienverbundes: https://api.swiss-academies.ch/site/assets/files/31954/leistungsvereinbarung_zusatzprotokolle.pdf, besucht im März 2024.

der SAMW in den Verbund der Akademien der Wissenschaften Schweiz und damit verbunden ihre Rolle in der Forschungsförderung nach FIFG zeigen auf, dass die SAMW die medizin-ethischen RL eigenständig erarbeitet und keinen staatlichen Auftrag hierzu wahrnimmt.

E. Die SAMW im Gesamtgefüge

Dieser Abschnitt widmet sich der Beziehungen der SAMW zu ihren Stakeholdern. Hierzu wird das Verhältnis der SAMW zur FMH und den ärztlichen Fachgesellschaften sowie dem SBK (1. Abschnitt) sowie zur NEK (2. Abschnitt) und anderen Ethikkommissionen (3. Abschnitt) untersucht. Der Abschluss bildet eine Analyse des Verhältnisses der SAMW zu den verschiedenen Akteuren im Bund (4. Abschnitt)

82

1. Verhältnis der SAMW zur FMH und den ärztlichen Fachgesellschaften

In diesem Abschnitt wird das Verhältnis der SAMW zu Ärzteverbänden und Fachorganisationen untersucht. Im Zentrum steht dabei die Frage nach der Bedeutung und Geltung der RL der SAMW für diese Organisationen und ihrer Mitglieder. Nachfolgend werden einerseits die Verbindung der Schweizerischen Ärztinnen und Ärzte FMH (a) sowie die ärztlichen Fachgesellschaften (b) und in einem kurzen Exkurs auch der Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (c) beleuchtet.

83

a. FMH

Die FMH ist die Verbindung der Schweizer Ärzteschaft. Die überwiegende Zahl der Ärztinnen und Ärzte in der Schweiz sind Mitglieder der FMH.²²⁴ Die nationale Standesorganisation ist als privater Verein nach Art. 60 ff. ZGB organisiert.²²⁵ Gemäss Art. 2 Abs. 1 der FMH-Statuten vertritt die FMH «[...] als Dachorganisation die Schweizerische Ärzteschaft in gesamtschweizerischen Angelegenheiten gegenüber der Bevölkerung, den Behörden und weiteren Institutionen. Als Berufsverband der diplomierten Ärztinnen und Ärzte setzt sich die FMH für ein effizientes und patientenbezogenes Gesundheitswesen in der Schweiz ein».²²⁶

84

Die FMH gehört zu den in der Stiftungsurkunde genannten Gründer-Institutionen der SAMW. Heute ist die FMH im Senat der SAMW mit vier und das SIWF als autonomes Organ der FMH mit zwei delegierten Mitgliedern²²⁷, im Vorstand der SAMW mit ihrer Präsidentin/ihrer Präsidenten²²⁸ und in der ZEK mit einer delegierten Person²²⁹ vertreten und ist damit in die Erarbeitung von

²²⁴ AEBI-MÜLLER ET AL., § 1 Rz. 58; RODUIT/SPRUMONT, 403.

²²⁵ Art. 1 Statuten FMH in der Fassung vom 19. Mai 2022. Vgl. auch BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 8.4.3.

²²⁶ In Art. 2 Abs. 2 Statuten FMH wird die Zwecksetzung konkretisiert. RODUIT/SPRUMONT, zeigen die Einflussnahme der FMH auf die Rechtsetzung zu Gunsten der Interessen ihrer Mitglieder auf 405 ff.

²²⁷ Art. 7 lit. b Statuten SAMW.

²²⁸ Art. 10 Statuten SAMW

²²⁹ Ziff. 2 ZEK-Reglement.

neuen und Revision von bestehenden RL der SAMW direkt involviert. Darüber hinaus kann sich die FMH an der Vernehmlassung zu SAMW-RL beteiligen.

Während die FMH in erster Linie eine Standesorganisation ist und die Interessen der Ärztinnen und Ärzte sowie der Mitgliederorganisationen verfolgt, steht bei der SAMW die Medizinische Wissenschaft als Ganzes im Fokus.²³⁰

85 In Art. 3 der Statuten sind die Aufgaben der FMH festgehalten und umfassen u.a. den Erlass einer *Standesordnung*.²³¹ Die Standesordnung der FMH ist kein staatliches allgemeinverbindliches Recht.²³² Es sind privatrechtliche (Standes-)Regeln²³³ und damit nur für die FMH-Mitglieder verbindlich.²³⁴ Die Bindung erlischt mit dem Austritt aus der FMH. Verstösse gegen die Standesordnung können durch die FMH sanktioniert werden.²³⁵

86 Neben *Berufspflichten* enthält die Standesordnung der FMH *berufsethische Regeln*. Sie verweist hierzu in Art. 17 und 18 auch auf medizin-ethischen RL der SAMW und erklärt diese für die Mitglieder der FMH für standesrechtlich verbindlich.²³⁶ Nach der Verabschiedung neuer bzw. revidierter medizin-ethischer RL durch die SAMW (Rz. 23 ff.) beantragt die SAMW bei der Ärztekammer der FMH²³⁷ die Aufnahme der RL in die Standesordnung der FMH. Gemäss Art. 30 Abs. 2 lit. k Statuten FMH erlässt die Ärztekammer die Standesordnung und entscheidet damit auch über die Aufnahme neuer bzw. revidierter SAMW-RL in die Standesordnung der FMH und folglich über die Verbindlichkeit der RL für die Mitglieder der FMH. Die von der FMH in ihre Standesordnung aufgenommenen SAMW-RL finden sich – neben den ethischen Grundsätzen des Weltärztebundes – in Anhang 1 der Standesordnung.²³⁸ Sie bilden damit einen integralen Bestandteil der Standesordnung der FMH und sind für deren Mitglieder (standes- bzw. vereinsrechtlich) verbindlich.²³⁹ Da die RL der

²³⁰ RODUIT/SPRUMONT, 412.

²³¹ Art. 3 lit. c Statuten FMH. Diese ist abrufbar unter <<https://www.fmh.ch/files/pdf30/standesordnung---de---2024-04.pdf>>, besucht im April 2024. Dazu DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2251; DONZALLAZ, Vol. II., Rz. 4882 ff.

²³² BGer vom 27. März 2018, 2C_782/2017, E. 2.3; MARTI/STRAUB, 236; RUMETSCH, Rz. 482.

²³³ AEBI-MÜLLER ET AL., § 11 Rz. 67; MARTI/STRAUB, 236 f., 252; VOKINGER, Rz. 68.

²³⁴ Art. 11 Abs. 1 Statuten FMH; AEBI-MÜLLER ET AL., § 1 Rz. 58, § 11 Rz. 68; MARTI/STRAUB, 252; RUMETSCH, Rz. 483.

²³⁵ Art. 47 Standesordnung FMH; AEBI-MÜLLER ET AL., § 11 Rz. 82 ff.; MARTI/STRAUB, 262 f.

²³⁶ AEBI-MÜLLER ET AL., § 1 Rz. 61, § 11 Rz. 71; DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2251; GILI, 72.

²³⁷ Die Ärztekammer ist ein Organ der FMH (Art. 21 Abs. 1 lit. b Statuten FMH). Sie ist nach Art. 25 Statuten FMH das oberste Organ des Verbands und setzt sich aus 200 Stimmberechtigten der Basis- und Fachorganisationen zusammen, die alle vier Jahre (wieder-) gewählt werden.

²³⁸ <<https://www.fmh.ch/files/pdf7/anhang-1-standesordnung-fmh.pdf>>, besucht im April 2024. Derzeit bilden folgende SAMW-RL ein Bestandteil der FMH-Standesordnung: Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz (2017), Feststellung des Todes mit Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme (2017), Zwangsmassnahmen in der Medizin (2015, komplett überarbeitet), Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie im Einzelfall (2014, adaptiert 2015), Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen (2002, Anhang Lit. G 2015), Intensivmedizinische Massnahmen (die Standesordnung der FMH verweist auf die Fassung von 2013, ohne die Ergänzungen von 2020 und 2021 um Anhang «Triage in der Intensivmedizin bei ausserordentlicher Ressourcenknappheit»), Zusammenarbeit von medizinischen Fachpersonen mit der Industrie (2006, revidiert 2013 und 2022), Reanimationsentscheidungen (2008, aktualisiert 2012, 2021), Medizinische Behandlung und Betreuung von Menschen mit Behinderung (2008, aktualisiert 2012), Palliative Care (2006, aktualisiert 2013), Umgang mit Sterben und Tod (2018, aktualisiert 2021), Lebendspende von soliden Organen (2008, aktualisiert 2023) Behandlung von zerebral schwerstgeschädigten Langzeitpatienten (2003). Nicht alle von der SAMW erlassenen medizin-ethischen RL sind Bestandteil der Standesordnung der FMH.

²³⁹ Vgl. auch BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 8.3; AEBI-MÜLLER ET AL., § 1 Rz. 61, § 11 Rz. 71; BÜCHLER/MICHEL, 14; RUMETSCH, Rz. 486; VOKINGER/OLAH, 155.

SAMW im Anhang 1 jeweils mit einem konkreten Datum, d.h. in einer bestimmten Fassung genannt werden, handelt es sich um *statische Verweisungen zwischen privaten Normen*.²⁴⁰

Das staatliche Recht geht den Standesregeln grundsätzlich vor.²⁴¹ Ständerechtliche Regelungen, die von den rechtlichen Regelungen abweichen, sind unzulässig und für die Mitglieder nicht bindend und diese können sich auch nicht darauf berufen.²⁴² Entsprechend sind die in Art. 40 MedBG aufgezählten Berufspflichten abschliessend und dürfen nicht durch weitergehende ständerechtliche Regelungen ergänzt werden.²⁴³ Auch wenn die wesentlichen Berufspflichten sowohl im MedBG (und ausführend in den kantonalen Gesundheitsgesetzgebungen) wie auch im Ständerecht enthalten sind, bedeutet dies nicht, dass die rechtlichen Regelungen stets im Lichte der Standesregeln auszulegen sind.²⁴⁴ Es gilt zu differenzieren: Einerseits liegen die Standesregeln nicht immer im öffentlichen Interesse.²⁴⁵ Andererseits sind Verweisungen auf das Ständerecht problematisch im Hinblick auf die gesetzliche Grundlage für die betreffenden Berufspflichten.²⁴⁶ Denkbar und in der juristischen Lehre und vom Bundesgericht²⁴⁷ anerkannt, ist jedoch der Einbezug der Standesregeln und damit auch der SAMW-RL bei der *Auslegung* und Präzisierung von *allgemein gehaltenen Berufspflichten* wie beispielsweise der Pflicht zur «sorgfältigen und gewissenhaften» Ausübung des Berufes in Art. 40 lit. a MedBG.²⁴⁸ Gemäss dem Bundesgericht müssen allerdings die «massgebenden gesetzlichen Vorschriften [...] so präzise formuliert sein, dass der Einzelne sein Verhalten danach richten resp. die Folgen seines Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.»²⁴⁹ Vgl. die Ausführungen zu den Anforderungen an die Übertragung von Rechtsetzungsbeugnissen an Private und die Problematik von Verweisungen vorne Rz. 46 ff.

²⁴⁰ Zu statischen Verweisungen vgl. Rz. 39.

²⁴¹ BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2. m.w.Nw.

²⁴² BGer 6B_599/2010, E. 6.2.2 vom 10. August 2010; AEBI-MÜLLER ET AL., § 11 Rz. 67; GUILLOD/SPRUMONG, Rz. 34; MARTI/STRAUB, 237; RUMETSCH, Rz. 483.

²⁴³ FELLMANN, Art. 40 MedBG, Rz. 28; RUMETSCH, Rz. 482 m.w.Nw.

²⁴⁴ Vgl. etwas undifferenziert Botschaft MedBG 2004, 228: «In der Praxis werden allerdings die oft sehr allgemein formulierten Berufspflichten im Lichte der Standesregeln auszulegen sein.» AEBI-MÜLLER ET AL., § 11 Rz. 67 f.; DONZALLAZ, Vol. II., Rz. 4885 ff.; MARTI/STRAUB, 252; RUMETSCH, Rz. 482. Kritisch und einschränkend FELLMANN, Art. 40 MedBG, Rz. 28 f.; VOKINGER, Rz. 68.

²⁴⁵ Vgl. dazu auch GILI, 131, 134; RODUIT/SPRUMONT, 428 f.; VOKINGER, Rz. 68.

²⁴⁶ Vgl. dazu Botschaft MedBG 2004, 228. FELLMANN, Art. 40 MedBG, Rz. 28; VOKINGER, Rz. 68. Vgl. dazu auch BGer vom 28. März 2018, 2C_782/2017, E 2.3.

²⁴⁷ BGer vom 28. März 2018, 2C_782/2017, E 2.3: «Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es indes nicht verfassungswidrig und verletzt das Legalitätsprinzip nicht, wenn im Gesetz lediglich die grundsätzlichen Berufspflichten verankert werden, während deren Präzisierung durch die Standesregeln der Berufsorganisationen erfolgt.» Das BGer verweist hierzu auf BGE 124 I 310 E. 4b S. 315.

²⁴⁸ Vgl. auch BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 8.3 m.w.Nw.; AEBI-MÜLLER ET AL., § 11 Rz. 68; DONZALLAZ, Vol. I, Rz. 2602; MARTI/STRAUB, 252; RUMETSCH, Rz. 482 m.w.Nw., 485; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 25; VOKINGER, Rz. 68.

FELLMANN, Art. 40 MedBG, Rz. 29, 56, 67. FELLMANN verlangt, dass «sich die fragliche Ständesregel nicht auf spezifische Interessen des Berufsstandes ausrichtet, sondern die Sicherstellung einer qualitativ hochstehenden und zuverlässigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung bezweckt. Die fragliche Ständesregel muss 'das im öffentlichen Interesse Geforderte normieren und Ausdruck der herrschenden Sitte und der communis opinio' der Medizinalpersonen mit universitärer Ausbildung sein.»

²⁴⁹ BGer vom 28. März 2018, 2C_782/2017, E 2.3 mit Verweis auf BGE 108 Ia 316 E. 2b/aa S. 319. FELLMANN, Art. 40 MedBG, Rz. 31 m.w.Nw.

88 Neben der FMH bestehen kantonale Ärztegesellschaften und weitere Ärzteverbände. Diese sogenannten Basisorganisationen sind ihrerseits Mitglieder bei der FMH als Dachorganisation.²⁵⁰ Wie die FMH sind auch die kantonalen Ärztegesellschaften in der Regel als privatrechtliche Vereine nach Art. 60 ff. ZGB organisiert. Die obigen Ausführungen zur Geltung der Standesordnung der FMH sind entsprechend auf die *standesrechtlichen* Regelungen dieser Mitgliederorganisationen der FMH übertragbar. Die FMH-Standesordnung ermächtigt ihre Mitgliederorganisationen ergänzende Bestimmungen zu erlassen.²⁵¹ Auch sind diese in ihrem Zuständigkeitsbereich für die Einhaltung der Standesordnung der FMH zuständig.²⁵²

b. *Ärztliche Fachgesellschaften*

89 Neben der FMH und den kantonalen Ärzteorganisationen bestehen *medizinische Fachgesellschaften*. In der Schweiz sind derzeit 45 Fachgesellschaften anerkannt und Mitglieder der FMH.²⁵³ Diese sind in der Regel als privatrechtliche Vereine nach Art. 60 ff. ZGB organisiert. Den Fachgesellschaften obliegt in erster Linie die Wahrung der (fachlichen) Qualität der ärztlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder, aber auch die Wahrung der Interessen des Fachbereichs. Neben der Vertretung der Interessen der Vereinsmitglieder kommt den Fachgesellschaften insbesondere im Bereich der *ärztlichen Weiter- und Fortbildung* und der Ausarbeitung und Pflege *fachlicher Standards* eine zentrale Rolle zu. Die ärztlichen Fachgesellschaften sind im Senat der SAMW als Gäste vertreten und damit in die Erarbeitung bzw. Überarbeitung von RL der SAMW eingebunden, wenn auch ohne Stimmrecht.²⁵⁴ Die Fachgesellschaften können sich darüber hinaus im Vernehmlassungsverfahren einbringen und werden indirekt über ihre Mitgliedschaft in der FMH durch diese in den Gremien der SAMW vertreten.

90 Nach Art. 36 Abs. 2 MedBG ist für Ärztinnen und Ärzte eine Weiterbildung die Voraussetzung für die Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung.²⁵⁵ Die Fachgesellschaften sind zuständig für die Weiterbildungen, die zu den Facharzttiteln führen.²⁵⁶ Sie legen die entsprechenden Vorgaben fest und sind zuständig für die Vergabe der jeweiligen Weiterbildungstitel.²⁵⁷

²⁵⁰ Neben Ärztinnen und Ärzten (Art. 4 ff. Statuten FMH) sind auch kantonale Ärztegesellschaften, der Verband Schweizerischer Assistenz- und Oberärztinnen und -ärzte (vsao) sowie der Verein der Leitenden Spitalärzte der Schweiz (VLSS) Mitglieder der FMH. Sie bilden die sogenannten *Basisorganisationen* (Art. 13 ff. Statuten FMH). Ärztinnen und Ärzte, die der FMH angehören, müssen immer auch Mitglied einer dieser Basisorganisationen sein, Art. 8 Abs. 1 FMH-Statuten. Neben den Basisorganisationen sind auch Fachgesellschaften (Art. 17 ff. Statuten FMH, Anhang II) und Dachverbände (Art. 20a FMH-Statuten, Anhang IIa) Mitglieder der FMH.

Die kantonalen Ärztegesellschaften sowie der vsao und der VLSS sind als Organisationen nicht direkt in der SAMW engagiert, werden jedoch indirekt über ihre Mitgliedschaft bei der FMH vertreten.

²⁵¹ Vgl. z.B. Anhang 2 der FMH-Standesordnung betreffend Richtlinien «Information und Werbung». MARTI/STRAUB, 237; RUMETSCH, Rz. 484.

²⁵² MARTI/STRAUB, 237; RUMETSCH, Rz. 484.

²⁵³ Art. 17 ff. Statuten FMH, Anhang II.

²⁵⁴ Art. 7 lit. c Statuten SAMW.

²⁵⁵ RUMETSCH, Rz. 321.

²⁵⁶ Art. 11 ff. Weiterbildungsordnung FMH/SIWF; RUMETSCH, Rz. 385.

²⁵⁷ Art. 20 MedBG; RUMETSCH, Rz. 358.

Nach Art. 40 lit. b MedBG sind Ärztinnen und Ärzte zudem zur lebenslangen *Fortbildung* verpflichtet.²⁵⁸ Die Pflicht zur Fortbildung nach MedBG ist dabei zu unterscheiden von der Fortbildung, die für den Erhalt des Facharztstitels erforderlich ist. Letztere kann umfangreicher sein als die Fortbildungspflicht nach MedBG und wird durch die Fachgesellschaften festgelegt.²⁵⁹ Für jeden Facharztstitel besteht ein Fortbildungsprogramm, das durch die Fachgesellschaften verantwortet wird.²⁶⁰

Die Vorgaben betreffend die Weiter- und Fortbildung der Fachgesellschaften sind für ihre Mitglieder bzw. für Personen, die einen Weiterbildungstitel anstreben und/oder den Fortbildungspflichten unterliegen, verbindlich. Sofern in diesen Regelungen oder/und in den Statuten ärztlicher Fachorganisationen²⁶¹ direkte Verweise auf RL der SAMW selbst oder/und auf die FMH-Statuten und damit indirekt auf die RL der SAMW zu finden sind, gelten diese als Bestandteile derselbigen und sind für die Mitglieder verbindlich.²⁶²

Medizinische Fachgesellschaften erarbeiten und erlassen auch *fachliche Leitlinien*.²⁶³ Diese Richtlinien der evidenzbasierten Medizin definieren den jeweils anerkannten *medizinischen Standard* in einem Fachbereich. Sie dienen der Unterstützung der Entscheidungsfindung der Fachpersonen und der Beurteilung der geschuldeten und gebotenen Sorgfalt.²⁶⁴ Fachliche Leitlinien können bei der rechtlichen Beurteilung eines Falles beigezogen werden.²⁶⁵ Es gilt jedoch zu beachten, dass Leitlinien einerseits nur «Handlungs- und Entscheidungskorridore vorgeben können», von denen im Einzelfall abgewichen werden kann (Therapiefreiheit²⁶⁶) oder sogar muss. Andererseits können sie veraltet sein. Daher sind sie rechtlich nicht bindend und dürfen auch nicht unbezogen mit dem medizinischen Standard gleichgesetzt werden.²⁶⁷ Dennoch hat eine Fachperson detailliert zu begründen, warum sie von einer fachlichen Leitlinie abweicht.²⁶⁸

Im Zusammenhang mit der Definition des geltenden medizinischen Standards in einem Fachbereich und der damit einhergehenden Erstellung und Pflege von fachlichen Leitlinien können Fachorganisationen ihren Mitgliedern RL und Empfehlungen der SAMW zur Beachtung und Anwendung *empfehlen* und/oder diese in den Leitlinien berücksichtigen oder auf diese verweisen. So begrüssen beispielsweise die Schweizerische Gesellschaft für Reproduktions-

91

²⁵⁸ Ärztinnen und Ärzte sind verpflichtet, diejenigen Fähigkeiten und Kenntnisse zu erhalten, und neu anzueignen, die sie für eine sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung nach Art. 40 lit. a MedBG benötigen. Vgl. auch Art. 9 Fortbildungsordnung (FBO) SIWF; MARTI/STRAUB, 247 f.; RUMETSCH, Rz. 537 ff.

²⁵⁹ MARTI/STRAUB, 248.

²⁶⁰ Art. 6 Fortbildungsordnung (FBO) SIWF; RUMETSCH, Rz. 539 ff. Die 45 Fachgesellschaften sind im Schweizerischen Institut für ärztliche Weiter- und Fortbildung (SIWF), einem autonomen Organ der FMH, organisiert.

²⁶¹ Vgl. beispielsweise Ziff. 1.6 Statuten der Schweizerischen Gesellschaft für Kardiologie (abrufbar unter <<https://swisscardio.ch/clubdesk/fileservlet?id=1000304>>, besucht im April 2024).

²⁶² Vgl. Rz. 85.

²⁶³ Diese werden auch als *Guidelines* bezeichnet. Vgl. Online-Plattform «Guidelines Schweiz», <<https://www.guidelines.fmh.ch>>, besucht im April 2024.

²⁶⁴ Zum medizinischen Standard und seinem Zusammenhang mit der geforderten ärztlichen Sorgfalt vgl. AEBI-MÜLLER ET AL., § 2, Rz. 80 ff., § 8 Rz. 60 ff.; DONZALLAZ, Vol. I, Rz. 2612 ff.; FELLMANN, 118 ff.; JUNG/LICHTSCHLAG-TRAUT/RATZEL, Rz. 36 ff.; HART, Rz. 21 ff.; TADAYON, Rz. 9 ff.; SAMW/FMH, 12.

²⁶⁵ BGer 6B_599/2010, E. 6.2.2 vom 10. August 2010; SAMW/FMH, 12.

²⁶⁶ AEBI-MÜLLER ET AL., § 8 Rz. 57.

²⁶⁷ RUMETSCH, Rz. 490 m.w.Nw. Vgl. auch HART, Rz. 24 ff.

²⁶⁸ RUMETSCH, Rz. 490.

medizin, die Schweizerische Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe und die Schweizerische Gesellschaft für Medizinische Genetik die Empfehlungen der SAMW «Präimplantative genetische Testverfahren PGT» (2020) und empfehlen ihren Mitgliedern, diese zu achten und anzuwenden.²⁶⁹ Im Gegensatz zu den vereinsrechtlichen bzw. standesrechtlichen Vorgaben von ärztlichen Fachgesellschaften (Rz. 84 ff.) sind RL und Empfehlungen der SAMW im Kontext von fachlichen Leitlinien dieser Vereinigungen nicht verbindlich. Sie können aber bei der Ermittlung des jeweils anerkannten medizinischen Standards beigezogen werden.

c. SBK

- 92 Gemäss den Angaben auf der Internetseite ist der Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner SBK «der Berufsverband der diplomierten Pflegefachpersonen, die in den verschiedenen Arbeitsfeldern und Funktionen tätig sind. Der SBK vertritt gemeinsam mit seinen Mitgliedern ihre Interessen. Er nimmt auch die Interessen von den weiteren, im Pflegeprozess involvierten, Berufsgruppen wahr.»²⁷⁰ Der SBK ist ein Verein nach Art. 60 ff. ZGB.²⁷¹ Mitglieder sind Angehörige von Pflegeberufen (ordentliche Mitglieder) sowie Fachverbänden (Kollektivmitglieder).²⁷² Der SBK ist als Verband mit einer delegierten Person in der ZEK vertreten.²⁷³ Über die Mitgliedschaft von drei Vertreterinnen und Vertreter von Gesundheitsberufen ist die Pflege (nicht aber der SBK) zudem Teil der stimmberechtigten Mitglieder des Senats der SAMW.²⁷⁴ Möglich ist dem SBK zudem eine Teilnahme am Vernehmlassungsverfahren von RL der SAMW.
- 93 Die Pflegenden gehören zum Adressatenkreis der RL der SAMW, da diese in der Regel alle involvierten Leistungserbringer ansprechen.²⁷⁵ Die Pflege wird zum Teil auch direkt adressiert, wobei die SAMW-RL nicht zwischen akademischen und nicht-akademischen Pflegeberufen unterscheiden, wie der staatliche Gesetzgeber mit dem GesBG.²⁷⁶ Verschiedene SAMW-RL enthalten zudem eine Empfehlung des SBK an seine Mitglieder zur Beachtung und Anwendung der betreffenden SAMW-RL.²⁷⁷ Im Gegensatz zur FMH und verschiedenen Ärzteverbänden enthalten die Statuten der SBK keinen Verweis auf die RL der SAMW. Auch hat der SBK keine standesrechtlichen Regelungen für seine Mitglieder erlassen, die für diese (zumindest vereinsrechtlich)

²⁶⁹ Vgl. Empfehlungen der SAMW «Präimplantative genetische Testverfahren PGT» (2020), S. 2.

²⁷⁰ <<https://sbk-asi.ch/de/sbk/geschichte/>>, besucht im April 2024.

²⁷¹ Art. 1 Abs. 1 Statuten SBK (abrufbar unter <<https://sbk-asi.ch/assets/Downloads/2021-06-10-Strategie-2030-dt.pdf>>, besucht im April 2024).

²⁷² Art. 4 ff. Statuten SBK.

²⁷³ Ziff. 2 ZEK-Reglement.

²⁷⁴ Art. 7 lit. b SAMW-Statuten.

²⁷⁵ Vgl. z.B. die RL «Intensivmedizinische Massnahmen» (2013, ergänzt 2020 und 2021), «Patientenverfügungen» (2009, aktualisiert 2013), «Zwangsmassnahmen in der Medizin» (2015), «Medizinische Behandlung und Betreuung von Menschen mit Behinderung» (2008, aktualisiert 2013). Vgl. zum Adressatenkreis der SAMW-RL auch oben Rz. 28.

²⁷⁶ VOKINGER/OLAH, 155.

²⁷⁷ Vgl. z.B. «Intensivmedizinische Massnahmen» (2013, ergänzt 2020 und 2021), «Zwangsmassnahmen in der Medizin» (2015), «Ethikausbildung für Gesundheitsfachpersonen» (2019), «Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis» (2019) «Patientenverfügungen» (2009, aktualisiert 2013). DONZALLAZ, Vol. I, Rz. 2603.

bindend wären.²⁷⁸ Damit sind die SAMW-RL für die Angehörigen von Pflegeberufen in der Schweiz nicht verbindlich, sollten aber berücksichtigt werden.²⁷⁹

2. Die SAMW und die NEK

a. *Entstehung und Mandat der NEK*

Die Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK) ist eine ausserparlamentarische Kommission, welche vom Bundesrat am 3. Juli 2001, gestützt auf Art. 1 Abs. 3 und Art. 28 FMedG, eingesetzt wurde.²⁸⁰

Die Schaffung und Einsetzung der NEK war eine Reaktion auf den wissenschaftlichen Fortschritt und die rasant fortschreitenden technologischen Möglichkeiten.²⁸¹ In der Botschaft zum FMedG wird dazu ausgeführt, dass es neben den Vorteilen und dem grossen Nutzen auch eine Kehrseite dieser Entwicklung gebe: «Der technische und wissenschaftliche Fortschritt führt zu einem Spannungsverhältnis zwischen technischem Können und moralisch-ethischem Sollen.»²⁸² Dieses Spannungsfeld zeige sich besonders deutlich in der Gentechnologie sowie in der Fortpflanzungsmedizin. «In diesen Bereichen müssen rechtliche, naturwissenschaftliche und gesellschaftliche Fragen beantwortet und Interessenabwägungen vorgenommen werden, die sich mit den traditionellen Grundprinzipien der ärztlichen Standesethik und ausschliesslich aus der Medizin heraus oft nicht beantworten lassen.»²⁸³ Dies führe zu einem gesellschaftlichen Bedürfnis nach ethischen Handlungsrichtlinien für die Fortpflanzungs- und Gentechnologie im Bereich der Humanmedizin, die in interdisziplinärer Auseinandersetzung zu gewinnen seien. Aufgrund der schnellen Entwicklung der Humanmedizin und den komplexen Interessenabwägungen, die im Einzelfall vorzunehmen sind, könne der Gesetzgeber nur in beschränktem Rahmen verbindlich entscheiden.²⁸⁴ Es sei daher sinnvoll, dass er sich auf die Regelung der wesentlichen Fragen beschränke.²⁸⁵ Vor diesem Hintergrund wurde der Vorschlag zur Schaffung einer eidgenössischen Ethikkommission in der Vernehmlassung, sowohl des Vorentwurfs zu einem Humanmedizingesetz wie auch zum Entwurf des Fortpflanzungsmedizingesetzes, weiterhin begrüsst.²⁸⁶ Kritisiert wurde einzig die Verankerung einer nationalen Ethikkommission, die sich mit sämtlichen Themen der Humanmedizin befassen sollte, im Fortpflanzungsmedizingesetz.²⁸⁷ Diesen Bedenken wurde mit der Schaffung der VNEK begegnet.²⁸⁸

Vor diesem Kontext konnte der Bundesrat auf der Basis von Art. 1 Abs. 3 und Art. 28 FMedG eine nationale Ethikkommission einsetzen. Deren Tätigkeitsgebiet umfasst über die Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie hinaus den gesamten Bereich der Humanmedizin, was in der VNEK ausgeführt wird

²⁷⁸ VOKINGER/OLAH, 156.

²⁷⁹ VOKINGER/OLAH, 156.

²⁸⁰ BÜCHLER/MICHEL, 241. Zur Vorgeschichte des FMedG vgl. GILI, 114.

²⁸¹ Botschaft FMedG, 245.

²⁸² Botschaft FMedG, 275. Vgl. auch BÜCHLER/MICHEL, 14.

²⁸³ Botschaft FMedG, 275.

²⁸⁴ Botschaft FMedG, 275; KELLER LÄUBLI, SHK Art. 28 FMedG, Rz. 14.

²⁸⁵ Botschaft FMedG, 245.

²⁸⁶ Botschaft FMedG, 237, 276.

²⁸⁷ Botschaft FMedG, 237, 276.

²⁸⁸ Botschaft FMedG, 276.

(Art. 1 Abs. 1 VNEK: «Die nationale Ethikkommission [Kommission] verfolgt die Entwicklung der Wissenschaften über die Gesundheit und Krankheit des Menschen und ihrer Anwendungen. Sie nimmt zu den damit verbundenen gesellschaftlichen, naturwissenschaftlichen und rechtlichen Fragen aus ethischer Sicht beratend Stellung.»).²⁸⁹ In Art. 28 Abs. 2 FMedG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 VNEK werden die Aufgaben der NEK in nicht abschliessender Weise («insbesondere») wie folgt aufgelistet: «a. sie informiert die Öffentlichkeit über wichtige Erkenntnisse und fördert die Diskussion über ethische Fragen in der Gesellschaft; b. sie erarbeitet Empfehlungen für die medizinische Praxis; c. sie macht auf Lücken und gegebenenfalls auf Vollzugsprobleme in den Gesetzgebungen des Bundes und der Kantone aufmerksam; d. sie berät auf Anfrage die Bundesversammlung, den Bundesrat sowie die Kantone; e. sie erstellt im Auftrag des Bundesrats Gutachten zu besonderen Fragen.» Im Vordergrund der Kommissionsarbeit stehen die Erarbeitung von Stellungnahmen sowie die Kommunikation mit der Öffentlichkeit.²⁹⁰ Ferner sieht die Geschäftsordnung der NEK vor, dass sich diese auch an Vernehmlassungen zu Gesetzesvorlagen aus ihrem Mandatsbereich beteiligt.²⁹¹ Die NEK verfolgt also nicht nur die tatsächliche Entwicklung in der Fortpflanzungs- und der Gentechnologie sowie das gesetzte Recht, sondern ihr Tätigkeitsfeld erstreckt sich vielmehr auch auf sämtliche, ihren Mandatsbereich betreffende Rechtsetzungsprojekte aller Stufen und den Vollzug der relevanten Erlasse.²⁹²

- 97 Die NEK beschreibt ihre Aufgabe und Stellung wie folgt: «Neue Technologien in der Medizin eröffnen unter anderem neue Möglichkeiten der Fortpflanzung und der Lebensplanung, welche grundsätzliche Fragen über Tod und Leben, die Zukunft des Gemeinwesens wie auch den Nutzen der wissenschaftlichen Forschung aufwerfen. Die NEK versteht sich als Instrument des modernen Rechtsstaats und der Demokratie. Sie greift aktuelle Diskussionen auf und analysiert diese aus ethischer Perspektive. Im Vordergrund der Kommissionsarbeit stehen die Erarbeitung von Stellungnahmen sowie die Kommunikation mit der Öffentlichkeit.»²⁹³
- 98 Nicht im Aufgabenbereich der NEK ist es zu einzelnen Forschungsprojekten Stellung zu nehmen; diese Aufgabe fällt den kantonalen Ethikkommissionen zu.²⁹⁴

b. *Rechtsnatur, Zusammensetzung und Arbeitsweise der NEK*

- 99 Die NEK gehört zu den ausserparlamentarischen Kommissionen des Bundes gemäss Art. 57a RVOG.²⁹⁵ Administrativ ist sie dem EDI zugeordnet und dort gemäss Art. 4 Abs. 3 VNEK dem BAG angegliedert. Die NEK ist bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig, also weder standesgebunden, noch von

²⁸⁹ Botschaft FMedG, 237.

²⁹⁰ Botschaft FMedG, 276 f.; KELLER LÄUBLI, SHK Art. 28 FMedG, Rz. 12 ff.

²⁹¹ KELLER LÄUBLI, SHK Art. 28 FMedG, Rz. 32.

²⁹² KELLER LÄUBLI, SHK Art. 28 FMedG, Rz. 33.

²⁹³ <https://www.nek-cne.admin.ch/de/nek-cne-startseite>, besucht im März 2024.

²⁹⁴ Botschaft FMedG, 276. Beschreibung des Auftrags der NEK auf der Webseite: «Die Kommission hat nicht die Aufgabe, zu einzelnen Forschungsprojekten Stellung zu nehmen; diese Aufgabe fällt den kantonalen Ethikkommissionen zu.», <https://www.nek-cne.admin.ch/de/ueber-uns/auftrag>, besucht im März 2024.

²⁹⁵ Art. 57a RVOG Zweck: Abs. 1 «Ausserparlamentarische Kommissionen beraten den Bundesrat und die Bundesverwaltung ständig bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben». Abs. 2 «Sie treffen Entschiede, soweit sie durch ein Bundesgesetz dazu ermächtigt werden.»

der Verwaltung abhängig.²⁹⁶ Die Kommissionsmitglieder üben ihr Amt persönlich und unabhängig aus.²⁹⁷ Auf ihrer Internetseite betont die NEK die Unabhängigkeit und ihre Rolle als nationale, vom Bundesrat eingesetzte Ethikkommission wie folgt: «Die NEK ist als unabhängiges Expertengremium geschaffen worden. Ihre Unabhängigkeit hat den Sinn, ethische Themen umfassend zu analysieren und mit Blick auf die demokratischen Traditionen der Schweiz, ihre bürgerlichen Freiheiten und sozialen Grundrechte zu erörtern.»²⁹⁸

Art. 6 VNEK hält fest, dass sich die Kommission aus Fachpersonen der Ethik und Laien mit besonderem Verständnis für ethische Fragen, Fachpersonen des Gesundheitswesens sowie Vertreterinnen und Vertretern von Patienteninteressen und Fachpersonen aus weiteren Bereichen (z.B. Naturwissenschaften, Recht, Sozialwissenschaften, Wirtschaftswissenschaften) zusammensetzt, wobei verschiedene ethische Ansätze vertreten sein sollen. Die Kommission muss ferner nach Geschlecht, Sprachen und Altersgruppen ausgewogen zusammengesetzt sein und besteht aus höchstens 15 Mitgliedern.

Die NEK legt ihre Themen autonom fest und kommuniziert ihre Ergebnisse selbständig. Gemäss Ziff. 2 der Geschäftsordnung der NEK haben alle Mitglieder das Recht, ihre Argumente im Vorbereitungsprozess zu einer Stellungnahme einfließen zu lassen. Die Stellungnahmen orientieren sich danach aber grundsätzlich an gemeinsam getragenen Positionen und geben die von der Kommission im Konsens oder in deutlicher Mehrheit getragenen Punkte wieder. Kann zu wichtigen Fragen kein Konsens erzielt werden, können die unterschiedlichen Meinungen sowie gegebenenfalls die Stimmenverhältnisse dargestellt werden.²⁹⁹

c. *Verhältnis SAMW und NEK*

Die SAMW hatte sich bereits vor der Gründung der NEK mit Themen wie der Fortpflanzungsmedizin befasst³⁰⁰, was auch in der Botschaft zum FMedG gewürdigt wird.³⁰¹ Die Botschaft weist aber zugleich darauf hin, dass es in der Vernehmlassung als zweckmässiger erachtet wurde, «den gesamtschweizerischen Diskurs in den Bereichen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie – und darüber hinaus ganz allgemein auf dem Gebiet der Humanmedizin – einem unabhängigen nationalen Gremium zu übertragen. Damit können Bedenken wegen möglicherweise fehlender Unabhängigkeit infolge professioneller Selbstverwaltung durch eine medizinische Standesorganisation ausgeräumt werden [...]»³⁰² Neben der Betonung der Unabhängigkeit hält die Botschaft zum FMedG fest, dass ethische Richtlinien nur als Resultat eines demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozesses Legitimität erlangen könnten, «der recht viel Zeit braucht. Diesen Prozess in die Wege zu leiten

²⁹⁶ Ziff. 2 Einsetzungsverfügung NEK: «Die Aufgabenerfüllung erfordert besonderes Fachwissen, das in der Bundesverwaltung nicht vorhanden ist, und sie soll durch eine nicht weisungsgebundene Einheit der dezentralen Bundesverwaltung erfolgen».

²⁹⁷ Art. 4 Abs. 2 VNEK; Botschaft FMedG, 277; KELLER LÄUBLI, SHK Art. 28 FMedG, Rz. 20.

²⁹⁸ <<https://www.nek-cne.admin.ch/de/ueber-uns/auftrag>>, besucht im März 2024.

²⁹⁹ Art. 11 Abs. 2 VNEK. Vgl. KELLER LÄUBLI, SHK Art. 28 FMedG, Rz. 27; Einsetzungsverfügung NEK; Geschäftsordnung NEK.

³⁰⁰ Vgl. RL «Artifizielle Insemination (1981) und «In Vitro Fertilisation» (1985) die 1990 in der RL «Ärztlich assistierte Fortpflanzung» zusammengefasst wurden. Dazu auch Gili, 113 ff.

³⁰¹ Botschaft FMedG, 275.

³⁰² Botschaft FMedG, 275.

und in Richtlinien zu fassen, soll deshalb Aufgabe einer unabhängigen eidgenössischen Kommission sein.»³⁰³ Ebenso sieht das FMedG und die VNEK vor, dass die NEK die Politik berät («Bundesversammlung, den Bundesrat sowie die Kantone»³⁰⁴), Lücken in der Gesetzgebung aufzeigen soll³⁰⁵ sowie die Öffentlichkeit informiert und Diskussion über ethische Fragen in der Gesellschaft fördert.³⁰⁶ Gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. b VNEK soll die NEK zudem «Empfehlungen für die medizinische Praxis» erarbeiten. Doch scheint der Gesetz- respektive der Verordnungsgeber dabei in erster Linie an Inhalte gedacht zu haben, die über das Arzt-Patientenverhältnis und damit die Standesethik hinaus gehen.³⁰⁷

- 103 Nach Art. 28 Abs. 2 Bst. a FMedG³⁰⁸ ist es eine der Aufgaben der NEK, auf interdisziplinäre Weise ethische Handlungsleitlinien zu definieren, die für die neuen Methoden der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnik wegweisend sind.³⁰⁹ Die von der NEK zu erarbeitenden Richtlinien beziehen sich auf das FMedG («ergänzende Richtlinien zu diesem Gesetz»). In der Botschaft zum FMedG wird dazu festgehalten, dass diesen NEK-Richtlinien keine unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit zukommt und sie die Verordnungs- und Vollzugskompetenz des Bundesrates nicht berühren.³¹⁰ Die NEK hat am 10. Februar 2022 die «Richtlinien zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik im Fortpflanzungsmedizinengesetz (PID-Richtlinien)» publiziert. Gemäss der anlässlich der Veröffentlichung publizierten Medienmitteilung bezwecken diese Richtlinien «mittels Ausführung und Ergänzung der offenen gesetzlichen Vorgaben die Arbeit der Entscheidungsträgerinnen und -träger zu erleichtern und zu einer rechtssicheren, einheitlichen und rechtsgleichen Praxis der Präimplantationsdiagnostik beizutragen.»³¹¹ In der Einleitung wird das Verhältnis der NEK-Richtlinie zu den medizin-ethischen Empfehlungen der SAMW «Präimplantative genetische Testverfahren PGT» vom 21. April 2020 wie folgt beschrieben: «Die vorliegenden Richtlinien der NEK und die Empfehlungen der SAMW ergänzen sich weitgehend: Während die Richtlinien die offenen gesetzlichen Voraussetzungen für den Zugang zu einer Präimplantationsdiagnostik näher ausführen und erläutern, formulieren die Empfehlungen der SAMW-Leitlinien zum Ablauf von Verfahren der Präimplantationsdiagnostik, namentlich zum Prozess der Aufklärung und Beratung von Wunscheltern durch die Fachpersonen.»³¹² In Kapitel 3.6. der Erläuterungen zu den NEK-

³⁰³ Botschaft FMedG, 276; KELLER LÄUBLI, SHK Art. 28 FMedG, Rz.2

³⁰⁴ Art. 28 Abs. 3 lit. c FMedG, Art. 1 Abs. 2 lit. d VNEK, Botschaft FMedG, 276.

³⁰⁵ Art. 28 Abs. 3 lit. b FMedG. Gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. c VNEK. Soll die NEK über die Lücken in der Gesetzgebung hinaus auch «auf Vollzugsprobleme in den Gesetzgebungen des Bundes und der Kantone aufmerksam» machen.

³⁰⁶ Art. 28 Abs. 3 lit. d FMedG, Art. 1 Abs. 2 lit. a VNEK.

³⁰⁷ Botschaft FMedG, 275: «Ärztinnen und Ärzte, Forscherinnen und Forscher und andere im Bereich der Humanmedizin tätigen Personen sehen sich dadurch mit neuen, grundlegenden ethischen Fragen konfrontiert, die sich mit den traditionellen Grundprinzipien der ärztlichen Standesethik und lediglich aus der Medizin heraus oft nicht beantworten lassen.», «Im übrigen ist zu beachten, dass mehr und mehr Anliegen des Gemeinwohls das individuelle Verhältnis zwischen der Arztperson und der Patientin oder dem Patient überlagern».

³⁰⁸ Art. 28 Abs. 2 lit. a «Sie hat insbesondere die Aufgabe: a. ergänzende Richtlinien zu diesem Gesetz zu erarbeiten»

³⁰⁹ Botschaft FMedG, 275 f.; KELLER LÄUBLI, SHK Art. 28 FMedG, Rz. 14.

³¹⁰ Botschaft FMedG, 276.

³¹¹ <<https://www.nek-cne.admin.ch/de/ueber-uns/news/news-details/die-nek-veroeffentlicht-richtlinien-zur-praeimplantationsdiagnostik-pid>>, besucht im März 2024.

³¹² NEK-Richtlinien PID, 4.

Richtlinien schliesst sich die NEK in Bezug auf den Umgang mit medizinisch nicht relevanten Überschussinformationen den Empfehlungen der SAMW an. Die obigen Ausführungen zeigen auf, dass der Bundesrat und mit ihm der Gesetzgeber der NEK als unabhängiges, aber staatliches Organ mit einer die Politik beratenden und die Öffentlichkeit orientierenden Funktion eine andere Stellung zuweisen, als der SAMW, die als *privater Akteur mit einer grossen Nähe zu den Standesorganisationen der medizinischen Wissenschaft* wahrgenommen wird.³¹³ Auch die NEK selbst betont ihre Unabhängigkeit und ihre Position und Rolle als eine die Politik in ethischen Fragen der Humanmedizin beratende Expertenkommission: «Die NEK ist als unabhängiges Expertengremium geschaffen worden. Ihre Unabhängigkeit hat den Sinn, ethische Themen umfassend zu analysieren und mit Blick auf die demokratischen Traditionen der Schweiz, ihre bürgerlichen Freiheiten und sozialen Grundrechte zu erörtern. Die Kommission formuliert ihre Erörterungen zuhanden von Regierung, Parlament und Öffentlichkeit. Sie nimmt die Entscheidungen des Gesetzgebers nicht vorweg, sondern hat die Funktion, die Politik zu beraten.»³¹⁴

104

Im Vergleich dazu ist die SAMW gemäss ihren Statuten in erster Linie auf die medizinische Wissenschaft ausgerichtet.³¹⁵ Ihre Gremien setzen sich fast ausschliesslich aus Vertreterinnen und Vertreter von Gesundheitsfachpersonen resp. der medizinischen Wissenschaft zusammen. Die SAMW sieht sich zwar als «Brückenbauerin zwischen Wissenschaft und Gesellschaft»³¹⁶ und berücksichtigt in ihren Tätigkeiten auch entsprechende Themen.³¹⁷ Jedoch richten sich insbesondere ihre RL in erster Linie an Gesundheitsfachpersonen (vorrangig an Ärztinnen und Ärzte) sowie an Patientinnen und Patienten und ihre Angehörigen und weniger an die Politik und die Gesellschaft als Ganzes. Die primäre Ausrichtung der SAMW auf die Medizin zeigt sich auch daran, dass die meisten RL der SAMW durch ihre Integration in die Statuten des FMH-Standesrechts darstellen.

105

Somit überschneiden sich die Tätigkeitsfelder der NEK und der ZEK zwar, jedoch unterscheiden sich die beiden Ethikkommissionen in verschiedener Hinsicht: z.B. mit Blick auf ihrer Rechtsnatur (ausserparlamentarische Expertenkommission vs. Fachgremium im Rahmen einer privatrechtlichen Stiftung), die Ernennung der Mitglieder (Berufung durch den Bundesrat, Wahl durch den Senat resp. den Vorstand der SAMW) und die Konzeption und die Aufgaben der beiden Kommissionen. Ebenso verbindet sie aber auch die Gemeinsamkeit, dass ihren Richtlinien, Stellungnahmen und dergleichen keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt und sie somit beratend tätig sind.³¹⁸

106

³¹³ Botschaft FMedG, 275 f.; DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2579; KELLER LÄUBLI, SHK Art. 28 FMedG, Rz. 3.

³¹⁴ <<https://www.nek-cne.admin.ch/de/nek-cne-startseite>>, besucht im April 2024.

³¹⁵ Art. 3 SAMW-Statuten: «Die SAMW unterstützt eine hohe Qualität der Medizin in all ihren Facetten. Sie setzt sich ein für die Stärkung der Forschung und für den Transfer des Wissens in Aus-, Weiter- und Fortbildung und nimmt eine führende Rolle wahr in der umfassenden Reflexion über die Zukunft der Medizin.»

³¹⁶ <<https://www.samw.ch/de/Portraet.html>>, besucht im März 2024.

³¹⁷ Beispielsweise die Nachhaltigkeit: <<https://www.samw.ch/de/Projekte/Uebersicht-der-Projekte/Nachhaltiges-Gesundheitssystem.html>>, besucht im April 2024.

³¹⁸ Vgl. zu den verschiedenen Arten von Ethikkommissionen Rz. 107.

3. Die SAMW und weitere Ethikkommissionen

a. Arten von Ethikkommissionen

- 107 Neben der NEK und der ZEK bestehen in der Schweiz im Bereich der Biologie und Medizin sieben kantonale (Forschungs-)Ethikkommissionen³¹⁹ sowie zahlreiche Ethikgremien, die an Institutionen wie Spitälern und Universitäten oder für Organisationen (z.B. Fachgesellschaften und Standesorganisationen) im Einsatz sind.³²⁰
- 108 Allen diesen Gremien ist gemeinsam, dass sie in einem definierten *örtlichen Wirkungsbereich* tätig sind. Während einige Kommissionen – wie beispielsweise die NEK und ZEK oder die Ethikkommission des SBK – schweizweit tätig sind, ist die örtliche Zuständigkeit der kantonalen (Forschungs-)Ethikkommissionen³²¹ sowie anderer, an bestimmten Institutionen oder für bestimmte Organisationen tätigen Ethikkommissionen, unter Umständen eine räumlich beschränkte. So sind insbesondere Ethikkommissionen an Spitälern in der Regel in einem lokalen Wirkungskreis tätig.
- 109 Die in der Schweiz tätigen Ethikkommissionen lassen sich in solche *staatlicher* und solche *privater Natur* einteilen. Die von Institutionen und Organisationen eingesetzten Kommissionen haben in der Regel dieselbe Rechtsnatur, wie die Institution resp. Organisation, in deren Kontext sie tätig sind.³²² Während beispielsweise die ZEK ein Organ der privatrechtlichen Stiftung der SAMW ist³²³, ist die NEK eine ausserparlamentarische Kommission des Bundes (Rz. 94) und damit staatlicher Natur. Bei den kantonalen (Forschungs-)Ethikkommissionen handelt es sich um kantonale Behörden.³²⁴
- Sind Ethikkommissionen staatlicher Natur und Teil einer staatlichen Institution (z.B. kantonale Spitäler, Universitäten), sind sie in ihrer Entscheidungsfindung zwar unabhängig, aber in der Regel rechtlich und organisatorisch in ihre Institution eingebunden.³²⁵
- 110 Sowohl private wie öffentlich-rechtliche Ethikkommissionen verfügen in der Regel jeweils über eine *Satzung*.³²⁶ Darin sind Zweck, Aufgabe(n), Zusammensetzung, Wahl, Verfahren etc. festgehalten. In der Regel sind *Zweck und Auftrag* der einzelnen Kommissionen auf bestimmte Materien resp. Themen beschränkt. Der Auftrag von lokalen Ethikkommissionen in Spitälern (klinische Ethikkommissionen) und Ethikkommissionen von Organisationen sind i.d.R.

³¹⁹ <<https://swissethics.ch/ethikkommissionen>>, besucht im April 2024.

Im HFG werden sie als «Ethikkommissionen für die Forschung» (Art. 51 ff. HFG) bezeichnet. Vgl. dazu JENNI, Art. 51 Rz. 5 ff. Zur Entstehungsgeschichte der kantonalen Ethikkommissionen vgl. JENNI, 40 ff.

Die sieben kantonalen Forschungs-Ethikkommissionen sind im Dachverband swissethics zusammengeschlossen (vgl. <<https://swissethics.ch/ethikkommissionen>>, besucht im April 2024).

³²⁰ Zum Begriff der Ethikkommission(en): DONZALLAZ, Vol. I., Rz. 2458.

³²¹ Art. 47 HFG. Vgl. JENNI, Art. 47.

³²² Beispielsweise weist die Ethikkommission des SBK wie der Verein selbst eine privatrechtliche Natur auf. Im Gegensatz dazu ist die Abteilung Klinische Ethik des Universitätsspitals Basel (USB) in eine selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und dem Kanton Basel-Stadt als Träger eingebunden und damit öffentlich-rechtlicher Natur.

³²³ Vgl. auch JENNI, 5.

³²⁴ JENNI, Art. 51 Rz. 17; JENNI, 163.

³²⁵ Die NEK bildet insoweit eine Ausnahme, als dass sie mit der VNEK über eine eigene Rechtsgrundlage verfügt. Zur Unabhängigkeit der kantonalen Forschungs-Ethikkommissionen vgl. JENNI, Art. 52.

³²⁶ Diese sind als «Geschäftsreglement», «Reglement» oder so ähnlich bezeichnet.

auf die jeweiligen Institutionen bzw. Organisationen und deren Zweck bezogen. Allerdings verfügen nicht alle Ethikgremien resp. Ethik-Strukturen über Satzungen. Insbesondere an den Spitälern bestehen Ethikgremien, die als organisatorische Einheit innerhalb des Spitals organisiert sind (vgl. nachfolgend Rz. 112).³²⁷

DEDERER unterscheidet zwischen beratenden und gesetzesvollziehenden Ethikkommissionen.³²⁸ Während erstere in erster Linie zur Beratung eingesetzt werden, kann es sich bei den auf der Ebene des Gesetzesvollzugs tätigen Ethikkommissionen um gesetzeskonkretisierende, entscheidende oder beratende Ethikkommissionen handeln.³²⁹ Die in der Schweiz auf privatrechtlicher Basis tätigen Ethikkommissionen gehören in erster Linie zu den beratenden Gremien.³³⁰ Sofern sie doch Entscheidungen treffen, binden diese – wenn überhaupt – nur allfällige Mitglieder.³³¹

111

Bei den Ethikkommissionen mit einer öffentlich-rechtlichen Basis und damit einer staatlichen Natur finden sich beide Arten. Beispielsweise ist die NEK nur beratend tätig. Sie trifft weder (rechtlich bindende) Entscheidungen in Einzelfällen, noch sind die von ihr erarbeiteten Stellungnahmen und Richtlinien rechtlich bindend. Auch die in Spitälern und anderen Institutionen des Gesundheitswesens³³² tätigen klinischen Ethikkommissionen resp. Ethik-Strukturen haben eine beratende Aufgabe (dazu gleich anschliessend Rz. 112). Hingegen ist es Aufgabe der kantonalen Forschungs-Ethikkommissionen über die Zulässigkeit von Forschungsprojekten gemäss dem HFG im Einzelfall bindend zu entscheiden (vgl. dazu unten x).

b. *Klinische Ethik-Strukturen*

Klinische Ethikkommissionen resp. Ethik-Strukturen an Spitälern und anderen Institutionen sind in der Regel mit der Beratung in (komplexen ethischen) Einzelfällen im klinischen Alltag betraut.³³³ Sie können aber auch in der Lehre, Aus- und Weiterbildung im Bereich Medizinethik und/oder der Erarbeitung von

112

³²⁷ Vgl. beispielsweise die «Ethikabteilungen» der Universitätsspitäler von Bern, Zürich, Basel und Lausanne, wobei die «Abteilung Klinische Ethik» in Basel neben dem Universitätsspital Basel auch für das Universitäts-Kinderspital beider Basel, die Universitären Psychiatrischen Kliniken Basel sowie die Universitäre Altersmedizin Felix Platter zuständig ist.

³²⁸ DEDERER, 444. So auch ENGI, 108 f. und JENNI, 5.

³²⁹ DEDERER, 444.

³³⁰ Beispielsweise die ZEK oder die Ethikkommission des SBK, <<https://sbk-asi.ch/de/sbk/organisation/%20ethikkommission>>, besucht im April 2024.

³³¹ Beispiele sind die Standeskommission der FMH oder Standeskommissionen der kantonalen Ärzteorganisationen, wobei es sich dabei nicht um genuine Ethikkommissionen handelt. Vielmehr prüfen Standeskommissionen allfällige Verstösse gegen die Standesordnung und fällen entsprechende standesrechtliche Entscheide. Sie können Sanktionen aussprechen, die von einem Verweis bis zum Ausschluss reichen. Vgl. <<https://www.fmh.ch/ueber-die-fmh/organisation/die-organe-der-fmh/standeskommission.cfm>>, besucht im April 2024.

³³² Zur rechtlichen Qualifikation des Arzt-Patienten-Verhältnisses im stationären Bereich und die damit einhergehenden Diskussionen in der juristischen Lehre vgl. AEBI-MÜLLER ET AL., § 2 Rz. 13 ff. Die Verfasserin dieses Gutachtens zählt zu den Verfechterinnen der sogenannten Funktionstheorie. Gemäss dieser sind alle im Rahmen von KVG-Leistungsaufträgen in öffentlichen oder privaten Listenspitälern durchgeführte Behandlungen dem öffentlichen Recht zuzurechnen.

³³³ JENNI, 6.

klinikinternen Empfehlungen und Richtlinien³³⁴ tätig sein.³³⁵ Entsprechend sind die Ethikstrukturen an Schweizer Spitälern verschieden ausgestaltet und zusammengesetzt und gehen vielfältigen Aktivitäten nach.³³⁶

- 113 Nicht zu den Aufgabenbereichen der klinischen Ethikkommissionen gehört die Forschungskontrolle und damit die Entscheidung über konkrete Forschungsvorhaben.³³⁷ Ihr Einsatzbereich ist die *Beratung in klinischen Situationen*. Allerdings zeigt eine Umfrage zu klinischen Ethikstrukturen von 2019/20 in der Schweiz, dass ein beachtlicher Teil der Antwortenden selber Entscheidungen in Einzelfällen treffen.³³⁸ Diese Studienergebnisse sind aus rechtlicher Sicht bedenklich. Denn grundsätzlich ist es die Patienten resp. der Patient, der/die nach Aufklärung durch die behandelnde Ärztin/den behandelnden Arzt ausgehend von seinem/ihrer Selbstbestimmungsrecht die Letztentscheidung über die vorzunehmende Behandlung trifft.³³⁹ Denn er resp. sie trägt die Folgen der Entscheidung und kennt seine/ihre persönlichen Prioritäten und Wertvorstellungen am besten.³⁴⁰ Im Falle von urteilsunfähigen Personen bestehen klare rechtliche Vorgaben, wer an Stelle der urteilsunfähigen Person die Entscheidung trifft.³⁴¹ Das kann in dringlichen Fällen auch eine Ärztin oder ein Arzt sein.³⁴² In sämtlichen Fällen, in der an Stelle einer urteilsunfähigen Person eine Entscheidung getroffen werden muss, ist einzig und alleine der mutmassliche Wille des Patienten/der Patienten massgebend.³⁴³ In sämtlichen Fällen bleiben die behandelnden Gesundheitsfachpersonen verantwortlich dafür, dass sie die richtigen Massnahmen auswählen, die Patientin/den Patienten resp. die zu ihrer Vertretung berechnigte Person darüber richtig aufklärt und – wenn die Einwilligung erteilt wird – die Massnahmen kunstgerecht und sorgfältig durchführen. Klinischen Ethikkommissionen resp. Ethik-Strukturen kommt bei all diesen Vorgängen nur eine unterstützende und beratende, aber nie eine entscheidende Funktion zu.³⁴⁴

c. Kantonale Forschungs-Ethikkommissionen

- 114 Die kantonalen Forschungs-Ethikkommissionen sind – wie bereits festgehalten – kantonale Behörden. Ihre gesetzliche Aufgabe besteht in der Prüfung von Gesuchen für unter das HFG fallende Forschungsprojekte, die in ihre örtliche Zuständigkeit fallen.³⁴⁵ Sie prüfen, ob die Forschungsvorhaben die ethischen, wissenschaftlichen und rechtlichen Anforderungen gemäss HFG erfüllen.³⁴⁶ Im Vordergrund steht dabei der Schutz der Versuchspersonen. Sie sind

³³⁴ Vgl. beispielsweise die Richtlinien und Leitfäden der klinischen Ethik am Universitätsspital Basel: <https://www.unispital-basel.ch/medizinische-direktion/klinische-ethik/leitfaeden-richtlinien>, besucht im April 2024.

³³⁵ Vgl. beispielsweise die Ethik-Strukturen an den Universitätsspitalern von Bern und Zürich.

³³⁶ Vgl. dazu die Studie von ZENTNER/PORZ/ACKERMANN/JOX.

³³⁷ JENNI, 6.

³³⁸ ZENTNER/PORZ/ACKERMANN/JOX, 56.

³³⁹ AEBI-MÜLLER ET AL., § 2, Rz. 2 ff., 94; § 8 Rz. 74.

³⁴⁰ AEBI-MÜLLER, § 8 Rz. 74.

³⁴¹ Art. 377 ff. ZGB. Dazu AEBI-MÜLLER ET AL., § 2 Rz. 83 ff.

³⁴² Art. 379 ZGB. AEBI-MÜLLER ET AL., § 2 Rz. 112 f.

³⁴³ Art. 378 Abs. 2 ZGB. AEBI-MÜLLER ET AL., § 2 Rz. 107 ff., 113.

³⁴⁴ Vgl. dazu auch die Empfehlungen der SAMW «Ethische Unterstützung in der Medizin», S. 7.

³⁴⁵ Sie sind mit der Besorgung einer öffentlichen Aufgabe, genauer einer Verwaltungsaufgabe, betraut. Vgl. JENNI, Art. 51 Rz. 17.

³⁴⁶ Art. 51 HFG. JENNI, Art. 51 Rz. 16, 23 ff.

in ihrer Entscheidungsfindung unabhängig und eröffnen ihre Entscheidungen in der Form von Verfügungen.³⁴⁷

Als behördliche Gremien sind sie an das Legalitätsprinzip und die Grundrechte gebunden.³⁴⁸ Richtlinien wie jene der SAMW oder die vom Dachverband der Kantonalen Ethikkommissionen der Schweiz, *swissethics*³⁴⁹, sind für die kantonalen Forschungs-Ethikkommissionen rechtlich nicht verbindlich. Sie können diese aber zur Auslegung von allgemein gehaltenen Rechtsbegriffen beziehen.³⁵⁰

SCHWEIZER/VAN SPYK stellen fest, dass «das Abwägen zwischen den Risiken für die Studienteilnehmenden einerseits und dem Nutzen für die Allgemeinheit, die Wissenschaft und die jeweiligen Probanden andererseits [...] eine Optimierungsaufgabe unter Unsicherheitsbedingungen» darstellt. Diese Abwägung könne eine Ethikkommission nicht wertungsfrei vornehmen. Es handle sich um «einen politischen, rechtsgestaltenden Bewilligungsentscheid».³⁵¹ Damit die Vertretbarkeit und Konsensfähigkeit solcher Entscheidungen sichergestellt werden kann, betonen SCHWEIZER/VAN SPYK daher zu Recht die grosse Bedeutung einer demokratisch legitimierten Wahl, der interdisziplinären Besetzung und der Unabhängigkeit der Kommission sowie die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze und des Rechtsschutzes.³⁵²

d. *Rechtlicher Rahmen und Bedeutung der SAMW-RL für Ethikkommissionen*

Sämtliche Ethikkommissionen resp. Ethik-Strukturen haben sich an das geltende Recht zu halten. Im Rahmen der für sie geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen, ihrer Satzung und allfälliger auf sie zur Anwendung gelangenden internen Weisungen steht es ihnen frei, eigene Richtlinien, Empfehlungen, Standards und dergleichen zu erarbeiten und/oder sich bei ihrer Tätigkeit auf jene anderer Gremien zu beziehen. Dabei können sie auf die RL der SAMW oder anderer Organisationen verweisen, diese in ihrer Arbeit berücksichtigen, sie zur Anwendung empfehlen oder sie privat- bzw. vereinsrechtlich für Mitglieder verbindlich erklären etc. Das staatlich gesetzte Recht darf dabei jedoch weder abgeändert werden, noch können zusätzliche Rechtspflichten geschaffen werden.³⁵³

Ethikkommissionen staatlicher Natur resp. Ethik-Strukturen, die für eine dem öffentlichen Recht unterstehende Institution tätig sind, sind an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und damit auch direkt an die Grundrechte gebunden.³⁵⁴ Dies gilt unabhängig davon, ob sie hoheitlich Aufgaben im Sinne von

115

³⁴⁷ Sie nehmen folglich eine hoheitliche Funktion im Rahmen von polizeilichen Aufgaben (Wahrung der Sicherheit der Versuchspersonen) war. Vgl. dazu auch JENNI, Art. 51 Rz. 17, ENGI, 109 f.

³⁴⁸ JENNI, Art. 51 Rz. 21; ENGI, 109.

³⁴⁹ <<https://swissethics.ch>>, besucht im April 2024.

³⁵⁰ Vgl. dazu oben Rz. 87.

³⁵¹ SCHWEIZER/VAN SPYK, 583; ENGI, 109, 112 kommt sogar zum Schluss, dass der Titel «Ethikkommissionen» für solche Gremien irreführend sei. Es handle sich vielmehr um Prüfungsgremien, die *rechtlich prüfen*.

³⁵² SCHWEIZER/VAN SPYK, 583. Vgl. dazu auch POSCHER sowie JENNI, Art. 52, 53, 54.

³⁵³ Vgl. dazu oben Rz. 87.

³⁵⁴ JENNI, Art. 51 Rz. 21.

Verwaltungsaufgaben wahrnehmen oder ob sie nicht-hoheitlich (insb. Ethikberatung) tätig sind.³⁵⁵

4. Die SAMW und der Bund

116 Auf die vorangehenden Ausführungen aufbauend, wird nachfolgend die Beziehung der SAMW zu den verschiedenen Akteuren des Bundes näher untersucht.

a. Ausgangslage

117 Wie dargelegt, handelt es sich bei der SAMW um eine eigenständige Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung in der Form einer privatrechtlichen Stiftung. Sie ist als Mitglied des Verbunds der Akademien der Wissenschaften Schweiz Teil einer dem FIG unterliegenden Forschungsförderungsinstitution. Damit wird ein Teil ihrer Tätigkeiten durch den Bund mit Subventionen finanziert. Der Akademienverbund erachtet die Auseinandersetzung mit ethischen Fragestellungen und die daraus resultierende Erarbeitung von RL als eine ihrer Kernaufgaben.³⁵⁶ Die Erarbeitung von medizinisch-ethischen RL «in transparenten und breit abgestützten Verfahren»³⁵⁷ ist Teil der Leistungsvereinbarung zwischen dem SBFJ und dem Schweizerischen Akademienverbund. Im Rahmen der Subventionskontrolle prüft das SBFJ die Zielerreichung. Dieses Leistungsziel wird im Rahmen des Akademienverbundes durch die SAMW erfüllt. Sie hat sich die Aufgabe der Erstellung und Pflege von medizin-ethischen RL selber erteilt und ist nicht in einem staatlichen Auftrag tätig.

118 Auch ist unbestritten, dass den RL der SAMW als Regelungen einer privaten Stiftung ohne demokratische Legitimation und ohne ein staatliches Mandat keine Rechtskraft zukommt. Ihre oben dargelegten und von der SAMW beabsichtigten Wirkungen in der Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsprechung zeigen jedoch auf, dass den RL der SAMW eine rechtliche Tragweite zukommt, die über die Qualifikation als blosse Regeln einer privaten Organisation hinausgeht. Vielmehr haben die RL der SAMW die Art und Weise, wie Juristinnen und Juristen, Behörden auf allen Stufen, Gerichte und auch der Gesetzgeber auf Stufe der Kantone und des Bundes die Medizin im Allgemeinen und die Rolle der Ärzteschaft im Besonderen sehen, geprägt und tun dies auch weiterhin.

Die Orientierung der Politik und insbesondere des Gesetzgebers an ihren RL und Empfehlungen entspricht einem der Ziele, welches die SAMW mit den RL ebenso verfolgt wie die Bewahrung der Autonomie der medizinischen Wissenschaften durch die Vermeidung und/oder Prägung von Recht (vgl. Rz. 59). Die RL sollen bei der Entstehung von Recht berücksichtigt werden und seine Auslegung und Anwendung in der Praxis begleiten. Der Gesetzgeber seinerseits nutzt und nutzt die SAMW und ihre RL – oftmals auch in Kombination mit einem Verweis auf die Komplexität und Dynamik einer Thematik³⁵⁸ –, um gewisse Themenbereiche nicht zu regeln bzw. «bestellt» bei der SAMW zu

³⁵⁵ JENNI, Art. 51 Rz. 47 ff.

³⁵⁶ Strategische Mehrjahresplanung des Akademienverbundes 2021-2024, 33.

³⁵⁷ Leistungsvereinbarung 2021-2024 (Rahmenvereinbarung) SBFJ und Akademienverbund, 10.

³⁵⁸ Vgl. die Ausführungen in der Botschaft zum FMedG Rz. 95.

konkreten Themen RL (vgl. Rz. 60). Diese Praxis wird nachfolgend in einem kurzen historischen Rückblick sowie mit einigen aktuellen Beispielen dargestellt.

b. *Historischer Rückblick*

Im Archiv der SAMW, das im Rahmen des vom Schweizerischen Nationalfonds geförderten interdisziplinären Forschungsprojekt «Governing by Values? On the history of medical and bioethics in Switzerland» untersucht wurde, finden sich verschiedene Hinweise auf regelmässige Interaktionen zwischen Behörden des Bundes und der SAMW.³⁵⁹

Vertreter des Bundes regten immer wieder die Ausarbeitung neuer oder die Fortentwicklung bestehender RL an und nahmen auf deren Ausgestaltung direkt Einfluss. Beispielsweise war es im Zusammenhang mit der Sterilisation von Urteilsunfähigen das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (damals «eidgenössisches Justizamt»), das 1978 die Schaffung einer entsprechenden RL durch die SAMW anregte. Im SAMW Archiv findet sich dazu ein entsprechendes Schreiben von Prof. Hausheer, dem damaligen Vizedirektor der Justizabteilung³⁶⁰ und Protokolle nachfolgender Sitzungen.³⁶¹ Hausheer liess der SAMW bzw. der zur Erarbeitung der RL zuständigen Subkommission ein Fragekatalog zukommen, mit dem der Regelungsbedarf und die Ausgestaltung der zukünftigen RL durch die Subkommission geklärt werden sollte.³⁶² Im Verlaufe der Arbeiten an der neuen RL nahm Hausheer auch Einfluss auf die Bezeichnung der RL. Der Begriff der «Zwangssterilisation» sei zu vermeiden.³⁶³ Die RL wurde unter dem Titel «medizinisch-ethische Richtlinien zur Sterilisation» publiziert.

Ein anderes Beispiel bildet die Entstehung der RL zur heterologen Insemination. Das Thema wurde Ende der 1970er Jahre als politisch brisant eingestuft. Die «Eidg. Justizabteilung» wünschte unbedingt eine Behandlung dieser Thematik durch die SAMW, damit man aufzeigen könne, dass «Gesetzesbestimmungen überflüssig» seien.³⁶⁴ Aus der betreffenden Aktennotiz geht nicht hervor, ob die SAMW oder die Eidg. Justizabteilung eine Gesetzgebung vermeiden wollte. Die SAMW gründete alsdann eine entsprechende Subkommission, wobei die Kommissionsmitglieder den Einsitz von Politikern in der Kommission ablehnten.³⁶⁵ Herr Hausheer nahm dennoch an der zweiten Sitzung der Subkommission als Gast teil. Er führte aus, dass sein Departement «das Arztrecht ohne formelle gesetzliche Erlasse regeln [...] und die Ärzte durch von ihnen selber aufgestellte Richtlinien binden» wolle, wohingegen das Parlament zu einer gesetzlichen Regelung neige.³⁶⁶

³⁵⁹ Die nachfolgenden Auszüge aus dem SAMW Archiv basieren auf den Forschungsarbeiten von MLaw Marina Rickenbacher, RA, Doktorandin im Rahmen des SNF Projekts.

³⁶⁰ Schreiben vom 22. November 1978 von H. Hausheer an SAMW (Archiv, G12-6, 187 ff.).

³⁶¹ Aktennotiz über die Besprechung zwischen H. Hausheer (Vizedirektor EJA) und R. Wenner (Generalsekretär SAMW), 2 (Archiv, G12-6, 184).

³⁶² Schreiben vom 22. November 1978 von H. Hausheer an SAMW, S. 1 (Archiv, G12-6, 187).

³⁶³ 6. Sitzung der vorberatenden Kommission zum Studium medizinisch-ethischer Probleme (6. Dezember 1979), 3 (Archiv, G12-6, 16).

³⁶⁴ Aktennotiz über die Besprechung zwischen H. Hausheer (Vizedirektor EJA) und R. Wenner (Generalsekretär SAMW), 2 f. (Archiv, G12-6, 184 f.).

³⁶⁵ 3. Sitzung der vorberatenden Kommission zum Studium medizinisch-ethischer Probleme (1. Februar 1979), 3 f. (Archiv, G12-6, 66 f.).

³⁶⁶ 2. Sitzung Subkommission Zwangssterilisation vom 7. Mai 1979, 1 (Archiv, H18-12, S. 213).

Die zwei Beispiele stehen stellvertretend für einen regen und anhaltenden Austausch zwischen der SAMW und der Eidg. Justizabteilung (dem späteren EJPD), der im Archiv dokumentiert ist. Interessant ist, dass der Anstoss für neue oder die Anpassung bestehender RL oftmals von Seiten des EPJD kam. Vielfach sollte damit die Schaffung rechtlicher Grundlagen verhindert oder in den meisten Fällen verzögert werden.

c. Aktuelle Beispiele

- 120 Im Archiv der SAMW finden sich Dokumente bis rund 2010/2012. Für die Zeit danach können hier nur öffentlich zugängliche Quellen berücksichtigt werden. Entsprechend können nicht alle Interaktionen zwischen Akteuren des Bundes und der SAMW nachvollzogen werden.

Nachfolgend werden Entwicklungen neueren Datums berücksichtigt. Sie beziehen sich auf Aktivitäten von einzelnen Parlamentariern, parlamentarischen Kommissionen, dem Parlament, dem Bundesrat und Bundesämtern mit Bezug auf die SAMW-RL. Von der Forderung nach der Schaffung einer gesetzlichen Regelung an Stelle einer RL über der «Bestellung» neuer RL für bestimmte Themenbereiche bis hin zu konkreten inhaltlichen Vorgaben an diese, ist alles dabei. Die nachfolgende Auswahl soll einen Eindruck davon vermitteln, wie ambivalent sich derzeit der Umgang der verschiedenen Akteure des Bundes mit der SAMW und ihren RL gestaltet.

- Motion 23.3967 vom 15. August 2023

- 121 Die Motion der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 15. August 2023 zur Verbesserung der Behandlung von Kindern, die mit einer Variation der geschlechtlichen Entwicklung (DSD) geboren wurden³⁶⁷ strebt die «Gewährleistung einer kompetenten und spezialisierten Behandlung von Kindern, die mit einer Variation der Geschlechtsmerkmale geboren wurden» an. Hierzu «wird der Bundesrat beauftragt, dafür zu sorgen, dass die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) medizinisch-ethische Richtlinien für die Diagnose und Behandlung dieser Kinder rasch erarbeiten kann, im Sinne der Konkretisierung der Stellungnahme der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK) zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung. Dabei sind auch Organisationen von Betroffenen miteinzubeziehen.» Der Bundesrat beantragt die Annahme der Motion. «Dabei soll die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften bei der Umsetzung nicht ausschliesslich an die Stellungnahme 20/2012 der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK) zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung vom November 2012 gebunden sein [...], da die Weiterentwicklung der Medizin und der Gesundheitsversorgung in den letzten 10 Jahren berücksichtigt werden sollte.»

Kommentar: Die Antwort des Bundesrates auf diese Motion ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert. Bei der unbefangenen Lektüre der (verhältnismässig kurzen) Antwort des Bundesrates entsteht der Eindruck, als käme dem Bundesrat eine Weisungskompetenz gegenüber der ZEK im Hinblick auf die Auswahl der Themen für neue RL zu, was nicht zutrifft. Doch führt der Bundesrat auch nicht aus, wie konkret er «dafür sorgen wird», dass SAMW-RL zum gewünschten Thema erarbeitet werden. Interessant ist zudem, dass er in

³⁶⁷ Motion 23.3967.

seiner Antwort auf die Motion 23.4476 (nachfolgend) einige Monate später explizit die Unabhängigkeit der ZEK bei Themenwahl betont. Darüber hinaus fällt auf, dass er scheinbar die Stellungnahme 20/2012 der NEK als für die SAMW bindend erachtet und in seiner Antwort extra betont, dass die ZEK bei der Erarbeitung der «in Auftrag gegebenen» RL gerade nicht an diese NEK Stellungnahme gebunden sein soll. Diese Aussage ist in mehrfacher Hinsicht interessant, da einerseits die Stellungnahmen der NEK von Grund auf nicht verbindlich sind³⁶⁸ und andererseits sollen der SAMW inhaltliche Vorgaben für die «bestellten» RL gegeben werden.

122

- Motion 23.4476 vom 22. Dezember 2023

Die Motion des Nationalrat Marc Jost vom 22. Dezember 2023 beauftragt den Bundesrat «dafür zu sorgen, dass die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften Richtlinien für die Diagnose und Behandlung von sexueller Inkongruenz und Geschlechtsdysphorie bei Kindern und Jugendlichen (bis 25 Jahre) erarbeitet. Dabei soll die SAMW das Vorsorgeprinzip und neueste wissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen. Angehörige sowie Organisationen von Betroffenen sollen einbezogen werden.» Der Bundesrat lehnte diese Motion mit der Begründung ab, dass ZEK «die Themen, zu denen sie Richtlinien erarbeitet, grundsätzlich selber fest[legt], wobei sie die thematische Dringlichkeit und Relevanz sowie den Bedarf seitens der medizinischen Fachorganisationen berücksichtigt. Dem Bundesrat ist es ein grosses Anliegen, die Unabhängigkeit der SAMW bei der Wahl der Themen der medizinisch-ethischen Richtlinien zu wahren.» Allerdings ergänzt er diese Aussage gleichzeitig mit folgendem Hinweis: «Das zuständige Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) wird jedoch im Rahmen der Leistungsvereinbarung für die nächste Leistungsperiode 2025 – 2028 die SAMW – unter anderem mit Verweis auf das Anliegen der vorliegenden Motion – auf die Wichtigkeit der Berücksichtigung in den Brennpunkt der gesellschaftlichen Debatte gelangender Themen hinweisen.»

Kommentar: Es ist interessant, dass der Bundesrat in diesem Fall – im Gegensatz zu seiner Antwort auf die oben vorgestellte Motion 23.3967 (Rz.121) – explizit die Unabhängigkeit der SAMW bei der Wahl der Themen für eine neue RL betont und daher die Motion ablehnt und folglich auch die «Beauftragung» der SAMW. Gleichzeitig erwähnt er aber die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Themenwahl über die Leistungsvereinbarung des SBFI mit der SAMW. Obwohl in den «offiziellen» Materialien (BFI-Botschaften, Leistungsvereinbarungen) keine «Themenwünsche» zu finden sind, lassen die im Archiv der SAMW gefundenen Hinweise auf frühere Absprachen zwischen der SAMW und dem Bund ein solches Vorgehen als durchaus denkbar erscheinen.

- Postulat 23.3496 vom 17. April 2023

Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates beauftragt mit dem Postulat vom 17. April 2023 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

123

³⁶⁸ Vgl. Rz. 103.

ausgestaltet werden sollte, um sicherzustellen, dass insbesondere Menschen mit Behinderung bei solchen Triage-Entscheidungen nicht diskriminiert werden (Art. 8 Abs. 2 und 4 BV).» Der Bundesrat lehnt eine gesetzliche Regelung zu Triage-Entscheidungen ab.³⁶⁹ Er sieht die Rechte behinderter Personen bereits durch die Grundrechte geschützt. «Die erwähnten grundrechtlichen Vorgaben werden durch die medizin-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW) ergänzt. *Obschon rechtlich unverbindlich, bieten diese nach Ansicht des Bundesrates eine ausreichende und tragfähige Grundlage für allfällige Triage-Entscheidungen in der Praxis.*³⁷⁰ So sind gemäss SAMW-Richtlinien die zur Verfügung stehenden Ressourcen ohne Diskriminierung zu verteilen. Patientenmerkmale wie u.a. eine Behinderung dürfen nicht als Triagekriterien herangezogen werden (SAMW, Triage in der Intensivmedizin bei ausserordentlicher Ressourcenknappheit, 23. September 2021). Der Bundesrat begrüsst, dass die SAMW unabhängig und basierend auf medizin-ethischen Erwägungen ihre Kriterien erarbeitet und so zu einer diskriminierungsfreien Triage im Fall einer Ressourcenknappheit beiträgt.»³⁷¹ Gleichzeitig weist der Bundesrat in seiner Antwort aber auch darauf hin, dass dem Bund die Kompetenz zur Schaffung einer Regelung zur Triage fehle. Zudem bezeichnet der Bundesrat die Schaffung einer gesetzlichen Regelung zu Triage-Entscheidungen «angesichts der Vielfalt potentieller Situationen als schwierig». Er schliesst seine Antwort, indem er für das Problem nicht eine rechtliche, sondern primär eine planerische und letztendlich finanzielle Lösung anregt: «Vielmehr muss aus [...] Sicht [des Bundesrates] alles darangesetzt werden, dass ressourcenbedingte Einschränkungen der Gesundheitsversorgung vermieden werden und die Versorgungskapazitäten mit einer zielgerichteten Planung so ausgestaltet werden, dass Triage-Entscheidungen wenn immer möglich vermieden werden können.»

Kommentar: Die Antwort des Bundesrates auf dieses Postulat ist bemerkenswert. Das Postulat (und das Postulat 20.4404 und die Motion 22.3246 zum gleichen Anliegen) bezieht sich mit den Triage-Entscheidungen auf eine sehr sensible Materie. Das ist dem Bundesrat bewusst, da er in seiner Antwort zuerst auf verschiedene Grundrechte verweist, die Betroffene vor Diskriminierung schützen sollen. Es erstaunt, dass der Bundesrat eine rechtliche Regelung von Triage-Entscheidungen als «schwierig» bezeichnet und gleichzeitig die Ergänzung des grundrechtlichen Schutzes durch die RL der SAMW als unproblematisch erachtet. Trotz der Unverbindlichkeit der SAMW-RL scheint der Bundesrat keine rechtsstaatlichen Bedenken mit Triage-Entscheidungen zu haben, die sich auf den Anhang zur Triage der Richtlinien «Intensivmedizinische Massnahmen» abstützen. Die Argumentation erinnert einerseits an die Debatte um die fehlenden staatlichen Regelungen zur Sterbehilfe und an die Passage in der Botschaft zum FMedG: Aufgrund der schnellen Entwicklung der Humanmedizin und den komplexen Interessenabwägungen, die im Einzelfall vorzunehmen sind, könne der Gesetzgeber nur in beschränktem Rahmen verbindlich entscheiden (vgl. Rz. 95).³⁷² Die Komplexität einer Materie und die mit ihr verbundenen ethischen Herausforderungen sind jedoch kein genügen-

³⁶⁹ Die Argumentation ist identisch wie bei der Ablehnung des Postulats 20.4404 Maya Graf und der Motion 22.3246 Maya Graf:

³⁷⁰ Hervorhebung durch Autorin.

³⁷¹ Antwort des Bundesrates auf das Postulat 23.3496.

³⁷² Botschaft FMedG, 275; KELLER LÄUBLI, SHK Art. 28 FMedG, Rz. 14.

der Grund, um sich vor einer rechtlichen Regelung «zu drücken». Wie oben ausgeführt (Rz. 55) hat der Gesetzgeber die wichtigen Regelungen selber zu erlassen.³⁷³ Werden Private mit Regelungsaufgaben betraut, müssen sich diese auf eine formell-gesetzliche Grundlage stützen und sich auf *Fragen untergeordneter Bedeutung bzw. technischer Natur* beschränken.³⁷⁴

d. *Das Zusammenwirken der Akteure des Bundes mit der SAMW*

Es bestehen verschiedene Möglichkeiten für das Zusammenwirken des Staates mit Privaten bzw. den Einbezug privater Regelungen: Oben unter Rz. 46 wurde die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an Private thematisiert und dabei aufgezeigt, dass dies im Falle der SAMW-RL nicht zutrifft. 124

Möglich wäre auch, dass im Falle der SAMW-RL eine staatlich gesteuerte bzw. regulierte Selbstregulierung vorliegt. Doch müssen solche Regelungen aufgrund des Legalitätsprinzips und die Gewaltenteilung auf Fragen des technischen Gesetzesvollzugs beschränkt bleiben.³⁷⁵ Wie bei den SAMW-RL der Fall, fehlt den privaten Normen die demokratische Legitimation.³⁷⁶ Mit Blick auf die Tragweite der RL der SAMW und ihre Bedeutung für die (Grund-)Rechte kann jedoch nicht von «rein technischen» resp. von Verwaltungsnormen die Rede sein. Als grundsätzlich zulässig erachtet werden statische Verweise auf private Normen (vgl. Rz. 39, 46 ff.). 125

Denkbar wäre aber auch, dass bei den SAMW-RL eine *Beauftragung von Privaten* vorliegt, sofern die besondere Art der öffentlichen Aufgabe dies rechtfertigt.³⁷⁷ Dabei steht der Vollzug im Vordergrund. Möglich wäre dabei auch der Erlass von Ausführungsvorschriften.³⁷⁸ Im Rahmen einer solchen *Beleihung* wird einem Privaten eine Verwaltungsaufgabe übertragen und damit auch ein «Stück Staatlichkeit».³⁷⁹ Eine gültige Beleihung von Privaten setzt eine Regelung im Gesetz sowie die Unterstellung unter eine staatliche Aufsicht sowie die Bindung der beleiheten Privaten an die Grundrechte voraus.³⁸⁰ Auch dieser Fall trifft auf die SAMW und ihre RL nicht zu. 126

Vielmehr zeigen die oben geschilderten historischen Beispiele sowie die Übersicht zu einer Auswahl von aktuellen Vorgängen einen anhaltenden Austausch zwischen dem Bund und der SAMW ausserhalb dieser geordneten Formen. Die historische wie auch die aktuelle Praxis lassen vermuten, dass die Akteure des Bundes sowohl die SAMW als Organisation wie auch die RL bewusst in die Ausgestaltung der (rechtlichen) Rahmenbedingungen im Gesundheitswe- 127

³⁷³ MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 532; BSK BV-WYTTENBACH/WYSS, Art. 164 N 41 m.w.Nw., 45 ff.

³⁷⁴ BIAGGINI, Art. 164 Rz. 11; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1890; MARTI, 570; TSCHANNEN, St. Galler Kommentar zu Art. 164 BV, Rn. 37 m.w.Nw. Vgl. auch BGE 136 I 316, E. 2.4.1, 320: «Da dem Gesetzgeber entsprechend dem Legalitätsprinzip und der Gewaltenteilung die Aufgabe obliegt, die wichtigen Normen selber zu erlassen, können nur weniger wichtige Normen an Private delegiert werden; es bedarf dazu allerdings einer verfassungsrechtlichen Delegationskompetenz, die u.a. Private als Rechtsetzungssubjekte und den notwendigen gesetzlichen Übertragungsakt (formelles Gesetz) bezeichnet.»

³⁷⁵ MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 532; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 25.

³⁷⁶ MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, Rz. 532, vgl. auch oben Rz. 34.

³⁷⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1670; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 12.

³⁷⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 12 mit Beispielen.

³⁷⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 14. Die beleiheten Privaten handeln bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben auf der Basis von öffentlichem Recht und ihnen kommt eine Verfügungsbefugnis zu. Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 19.

³⁸⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 16 ff.

sen einbeziehen. Früher wie heute findet eine Abwägung statt, welche Themen und Inhalte in einer RL und welche in eine staatliche Regelung gefasst werden sollten. Die Dokumente aus dem Archiv zeigen, dass die SAMW hierzu bewusst Hand bot und bei diesem Austausch auch ihre Interessen einbrachte. Da für die letzten Jahre keine Dokumente im Archiv vorhanden sind, kann hier nicht abschliessend geklärt werden, ob die Wünsche und Forderungen heute eher einseitig vom Bund an die SAMW gelangen oder wie stark die SAMW das Zusammenwirken anstrebt.

e. *Fazit*

- 128 Die Schlussfolgerungen, die ENGI in seinem Aufsatz zu den Möglichkeiten und Grenzen der Tätigkeiten von Ethikkommissionen 2009 zog, sind heute zutreffender denn je: Politik und Gesellschaft sind mit hochkomplexen Fragen konfrontiert. Bereiche, wie die Fortpflanzungsmedizin, die Organtransplantation, die Genetik aber auch die Sterbehilfe, stellen uns vor vielschichtige Fragen. Aber gerade diese bedürfen in einem demokratischen Rechtsstaat einer *gesetzlichen Regelung* durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber.³⁸¹ Die Entscheidungslast an Expertinnen und Experten zu delegieren, ist nur ein vermeintlicher Ausweg.³⁸² ENGI betont zu Recht, dass Wertekonflikte durch Fachrationalität nicht zu beseitigen seien. Vielmehr halte der moderne Verfassungsstaat eine Lösung bereit: die *demokratische Legitimation*: «In Streitfragen soll gelten, was die Mehrheit als richtig erachtet. Der evaluative Dissens wird als solcher unentschieden gelassen und einer formalen Auflösung zugeführt.»³⁸³
- 129 Die ethische Argumentation hat dabei ihren Platz im Vorfeld solcher Entscheidungen. Ethikkommissionen wie die NEK oder die ZEK können im Vorfeld von politisch zu treffenden Entscheidungen Analysen und Informationen vermitteln. Doch sie haben nicht an Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu entscheiden.³⁸⁴ Ebenso darf die Politik ihre Verantwortung in diesen Bereichen nicht delegieren. Sie kann sich im Vorfeld der Entscheidungen durch (ethische) Expertinnen und Experten beraten und bei der Erarbeitung von Rechtsgrundlagen unterstützen lassen. Jedoch obliegt ihr in einem demokratischen Rechtsstaat die Entscheidung.³⁸⁵ Dies gilt insbesondere für Regelungen zentraler Bereiche des menschlichen Daseins und mit grundrechtlicher Relevanz.

³⁸¹ Vgl. dazu auch DEDERER, 446 ff.

³⁸² ENGI, 112. Vgl auch POSCHER, 436 ff.

³⁸³ ENGI, 112, m.w.Nw.

³⁸⁴ ENGI, 112, m.w.Nw.

³⁸⁵ Vgl. auch GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 65: «Obwohl sich die Richtlinien in der Praxis bewährt haben, werden sie aus rechtsstaatlicher Sicht auch hinterfragt: Wichtige Fragen des menschlichen Lebens und des medizinischen Behandlungsverhältnisses dürfen nicht einfach durch eine private Organisation in einer faktisch verbindlichen Weise geregelt werden. Vielmehr ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, die durch die Richtlinien provisorisch gefüllten Lücken möglichst rasch mit demokratisch legitimierten Gesetzen zu schliessen.»

IV. Beantwortung der Fragen

Der Autorin wurden folgende Rechtsfragen gestellt, die im vorliegenden Gutachten analysiert wurden und wie folgt zu beantwortet sind:

130

- 1) **Auftrag der SAMW mit Bezug auf RL:** Besteht ein Auftrag der SAMW im Bereich RL? Wenn ja, wie ist dieser ausgestaltet? Welche Pflichten und Kompetenzen hat die SAMW im Bereich RL? Welche Akteure sind wie in diese Prozesse involviert? Wo liegen die Gefahren und wo die Chancen?

131

Frage 1a) Besteht ein Auftrag der SAMW im Bereich der RL?

Antwort 1a) Die Erarbeitung neuer und die Überarbeitung bestehender RL ist ein Leistungsziel im Anhang der Leistungsvereinbarung zwischen dem SBFJ und dem Schweizerischen Akademienverbund. Darin werden die strategischen Leistungsbereiche und -ziele festgelegt, die von den Mitgliedern des Akademienverbundes mit Mitteln des Bundes im Kontext der Forschungsförderung zu erfüllen sind. Das SBFJ prüft die Zielerreichung im Rahmen der Subventionskontrolle. Dieses Leistungsziel wird durch die SAMW als Mitglied des Akademienverbundes erfüllt. Nach Art. 9 Abs. 1 FIFG haben die Forschungsförderungsinstitutionen ihre Aufgaben in *wissenschaftlicher Selbstverwaltung* zu lösen. Die SAMW ist eine privatrechtliche Stiftung, die selber über ihre Aufgaben, ihre Organisation und ihre Verfahren bestimmt. Sie hat sich die Aufgabe der Erstellung und Pflege von medizin-ethischen RL selber erteilt. Es besteht kein Auftrag im rechtlichen Sinne von Seiten des Staates an die SAMW zur Erstellung neuer bzw. Überarbeitung alter RL.

Frage 1b) Wie ist dieser Auftrag ausgestaltet?

Antwort 1b) Wie oben dargelegt, erteilt sich die SAMW den Auftrag zur Erarbeitung von medizin-ethischen RL selber. Gemäss Art. 1 der Statuten der SAMW und dem Leitbild engagiert sich die SAMW «bei der Klärung ethischer Fragen im Zusammenhang mit neuen medizinischen Erkenntnissen, stellt ethische Richtlinien auf und setzt sich für deren Umsetzung ein». Die Ausarbeitung von Richtlinien zu medizin-ethischen Fragestellungen ist eine der unter Art. 4 SAMW-Statuten aufgeführten Tätigkeiten der Stiftung zur Erreichung ihrer Ziele und wird vom Bund über die Forschungsförderung subventioniert (vgl. Antwort 1a). Gemäss eigenen Angaben decken die RL der SAMW heute «einen Grossteil der Medizin- und Bioethik» ab.

Gemäss Art. 3 der Statuten der SAMW und ihrem Leitbild unterstützt die SAMW «eine hohe Qualität der Medizin in all ihren Facetten. Sie setzt sich ein für die Stärkung der Forschung und für den Transfer des Wissens in Aus-, Weiter- und Fortbildung und nimmt eine führende Rolle wahr in der umfassenden Reflexion über die Zukunft der Medizin.» Sie soll mögliche Entwicklungen und deren Auswirkungen auf Individuen, Gesellschaft und Medizin im Sinne einer Früherkennung antizipieren. «Sie engagiert sich bei der Klärung ethischer Fragen im Zusammenhang mit neuen medizinischen Erkenntnissen, stellt ethische Richtlinien auf und setzt sich für deren Umsetzung ein. Die SAMW steht im Dialog mit der Gesellschaft: Sie nimmt

Anliegen, Hinweise und Ängste aus der Bevölkerung auf, bemüht sich aktiv um Informationsvermittlung und steht für Experten- und Beratungstätigkeit zuhanden von Politik und Behörden zur Verfügung.»

Vgl. Rz. 5 ff., 22 ff.

Frage 1c) Welche Pflichten und Kompetenzen hat die SAMW im Bereich RL?

Antwort 1c Die RL der SAMW sind Regelungen einer privaten Organisation und stellen fachlich-ethische Empfehlungen dar. Damit kommt den RL keine rechtliche Bindungswirkung zu und es fehlt ihnen aufgrund ihrer Ausarbeitung durch eine private Organisation die demokratische Legitimation. In der Folge hat sich die SAMW bei der Ausgestaltung ihrer privaten RL an das geltende Recht zu halten. Das staatliche Recht geht privaten Regelungen grundsätzlich vor. Das gilt auch für das ärztliche Standesrecht, über das die meisten der RL der SAMW für Mitglieder der FMH zu verbindlichen standesrechtlichen Regelungen werden. Private und standesrechtliche Regelungen, die von den rechtlichen Regelungen abweichen, sind unzulässig und für die Mitglieder und Dritte nicht bindend und diese können sich auch nicht darauf berufen. In der Leistungsvereinbarung zwischen dem SBFJ und dem Schweizerischen Akademienverbund wird die Erarbeitung von medizinisch-ethischen RL «in transparenten und breit abgestützten Verfahren»³⁸⁶ gefordert. Diese Verpflichtung hat sich die SAMW auch selbst mit ihren internen Vorgaben für die Erarbeitung der RL auferlegt (Statuten ZEK, oben Rz. 23 ff.).

Frage 1d) Welche Akteure sind wie in diese Prozesse involviert?

Antwort 1d Die Statuten der SAMW beinhalten Vorgaben für die Bestellung der Organe der Stiftung, deren Aufgaben und die Verfahren. Die Statuten werden u.a. durch das Reglement der ZEK ergänzt. Darin finden sich detaillierte Vorgaben, wie neue RL zu erarbeiten und bestehende RL zu überarbeiten sind und welche Akteure in diesen Prozess wie involviert sind (vgl. Rz. 15 ff. zur ZEK und Rz. 23 ff. zum Entstehungsprozess der RL). In die direkte Erarbeitung resp. Überarbeitung sind die Organe der SAMW, insb. der Senat, der Vorstand und vorrangig die ZEK sowie die in die jeweiligen Subkommissionen berufenen Personen und Institutionen resp. deren Vertreter, involviert. Durch den Einbezug von Expertinnen und Experten sowie das Vernehmlassungsverfahren besteht eine Öffnung des Entstehungsprozesses über die SAMW hinaus. Der rechtliche und organisatorische Rahmen der RL-Tätigkeit der SAMW bildet zudem die Übernahme von RL durch die FMH in das ärztliche Standesrecht (Rz. 86 f.) sowie die Einbettung der SAMW in den Akademienverbund als Forschungsförderungsinstitution (vgl. Antwort 1a und Rz. 67 ff.).

Frage 1e) Wo liegen die Gefahren und wo die Chancen?

Antwort 1e Die SAMW-RL geniessen in der Praxis aufgrund ihrer fachlichen Fundierung hohe Anerkennung. Ihre fachliche Legitimation, ergibt sich aus der Expertise der in ihre Ausarbeitung involvierten Fachpersonen

³⁸⁶ Leistungsvereinbarung 2021-2024 (Rahmenvereinbarung) SBFJ und Akademienverbund, 10.

und Berufsgruppen. Als breit akzeptierte und bewährte fachliche Empfehlungen werden die RL in der (Rechts-)Praxis zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und zur Auslegung staatlicher Regelungen beigezogen, fliessen in die Rechtsetzung und die Rechtsprechung ein, dienen Gesundheitsfachpersonen als Orientierungshilfen und bilden ein wesentlicher Bestandteil des ärztlichen Standesrechts. Der staatliche Gesetzgeber verfügt in der Regel nicht über die Expertise zur ethischen Reflexion wie die SAMW.

Die SAMW bemüht sich mit einem mehrstufigen internen Verfahren und einer öffentlichen Vernehmlassung möglichst fundierte, unter Einbezug der relevanten Stakeholder ausgearbeitete Regelungen zu erstellen. Dies vermag aber die Defizite in der demokratischen Legitimation ihrer Organe und der einseitigen Ausrichtung der SAMW auf die Medizin und ihre Interessen nicht zu verhindern. Die RL richten sich in erster Linie an Gesundheitsfachpersonen (vorrangig an Ärztinnen und Ärzte). Die primäre Ausrichtung der SAMW auf die Medizin zeigt sich auch daran, dass die meisten RL der SAMW durch ihre Integration in die Statuten der FMH Standesrecht darstellen und ihre Gremien sich fast ausschliesslich aus Vertreterinnen und Vertreter von Gesundheitsfachpersonen resp. der medizinischen Wissenschaft zusammensetzen. Zwar werden seit einigen Jahren auch Personen aus nicht-medizinischen Bereichen in die Gremien der SAMW berufen, doch ändert dies nichts an der primären Ausrichtung der SAMW auf die Interessen der medizinischen Wissenschaft. Es fehlt eine genügende Beteiligung der Zivilgesellschaft. Daran mag auch das öffentliche Vernehmlassungsverfahren wenig ändern. Problematisch ist zudem der fehlende Rechtsschutz, insbesondere für von den Richtlinien Betroffene, die an der Ausarbeitung der Regelungen nicht beteiligt werden und deren Argumente in der Vernehmlassung kein Gehör finden.

Vgl. RZ 51 ff., 66, 128 f.

- 2) **Verhältnis der SAMW zu staatlichen** Institutionen bezüglich des rechtlichen Rahmens und der Legitimation der RL: Wie gestalten sich die (rechtlichen) Beziehungen diesbezüglich zur Aufsichtsbehörde SBFI, zu anderen Bundesämtern, zum Gesetzgeber (Parlament), zum Bundesrat?

132

Antwort Frage 2) Die SAMW ist eine private Organisation, die eigenständig über ihre Strukturen, die Besetzung ihrer Organe und die Wahl deren Mitglieder bestimmt. Sie setzt sich ihre Ziele selber und entscheidet sich gestützt darauf für bestimmte Tätigkeiten und Aufgaben. Seit ihrer Gründung verpflichtet sie sich primär den medizinischen Wissenschaften und engagiert sich in standespolitischen und standesorganisatorischen Angelegenheiten. Ausser dem Subventionsverhältnis im Rahmen der Forschungsförderung (vgl. Antwort 1) besteht keine formale rechtliche Beziehung zwischen der SAMW und den Bundesbehörden. Wie in Antwort 1a aufgezeigt, ist die Subventionskontrolle durch das SBFI auf die Zielerreichung im Rahmen der Leistungsvereinbarung zwischen dem SBFI und dem Schweizerischen Akademienverbund beschränkt. Es findet keine institutionalisierte, gesetzlich vorgesehene inhaltliche Kontrolle der RL der SAMW durch staatliche Institutionen statt.

Als Regelungen einer privaten Stiftung ohne demokratische Legitimation und ohne ein staatliches Mandat kommen den SAMW-RL keine Rechtskraft zu. Die Orientierung der Politik und insbesondere des Gesetzgebers an ihren RL und Empfehlungen entspricht aber gleichwohl einem der Ziele, welches die SAMW mit ihren Publikationen und insbesondere mit den RL verfolgt.³⁸⁷ Wie dargelegt (Rz. 56 ff.), zeigen die RL in der Rechtsetzung Rechtsanwendung und Rechtsprechung eine durchaus von der SAMW beabsichtigte Wirkung. Es sind bei den SAMW-RL aber weder die Voraussetzungen für eine rechtmässige Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an Private erfüllt, noch liegt ein Fall staatlich regulierter Selbstregulierung vor. Ebenso wenig sind die Anforderungen an eine Beleihung von Privaten erfüllt. Vielmehr zeigen die oben geschilderten historischen Beispiele sowie die Übersicht zu einer Auswahl von aktuellen Vorgängen (Rz. 119 ff.) einen anhaltenden Austausch zwischen dem Bund und der SAMW *ausserhalb* der gesetzlich vorgesehenen Formen. Die historische wie auch die aktuelle Praxis lassen vermuten, dass die Akteure des Bundes sowohl die SAMW als Organisation wie auch die RL bewusst in die Ausgestaltung der (rechtlichen) Rahmenbedingungen im Gesundheitswesen einbeziehen. Früher wie heute findet scheinbar eine Abwägung durch die Behörden des Bundes statt, welche Themen und Inhalte in einer RL und welche in eine staatliche Regelung gefasst werden sollten.

Wie unter Rz. 128 f. ausgeführt, können in einem demokratischen Verfassungsstaat private Normsetzer weder an Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers Regelungen treffen, noch kann und darf die Politik ihre Verantwortung nach Belieben an private Expertinnen und Experten abgeben und damit der demokratischen Kontrolle und Legitimation entziehen. Die staatlichen Behörden können sich im Vorfeld von Entscheidungen (ethische) Expertinnen und Experten beraten und bei der Erarbeitung von Rechtsgrundlagen unterstützen lassen. Jedoch obliegt ihnen in einem demokratischen Rechtsstaat die Verantwortung und die Entscheidungspflicht. Gemäss Art. 164 Abs. 2 BV hat die Legislative die wichtigen Regelungen selber zu erlassen.

Vgl. Rz. 116 ff.

- 133 3) **Verhältnis der SAMW-RL zur FMH und zu Fachgesellschaften:** Rolle des Standesrechts, Verhältnis zur FMH, Aufnahme/Nicht-Aufnahme in Standesordnung, Verhältnis zu den Fachgesellschaften und deren Leitlinien.

Antwort auf Frage 3a) Verhältnis zur FMH und Standesrecht

Die FMH gehört zu den in der Stiftungsurkunde genannten Gründer-Institutionen der SAMW. Heute ist die FMH im Senat der SAMW mit vier und das SIWF als autonomes Organ der FMH mit zwei delegierten Mitgliedern³⁸⁸, im Vorstand der SAMW mit ihrer Präsidentin/ihrem Präsidenten³⁸⁹

³⁸⁷ Art. 3 Statuten SAMW: «...Sie nimmt Anliegen, Hinweise und Ängste aus der Bevölkerung auf, bemüht sich aktiv um Informationsvermittlung und steht für Experten- und Beratungstätigkeit zuhanden von Politik und Behörden zur Verfügung.»

³⁸⁸ Art. 7 lit. b Statuten SAMW.

³⁸⁹ Art. 10 Statuten SAMW

und in der ZEK mit einer delegierten Person³⁹⁰ vertreten und ist damit in die Erarbeitung von neuen und Revision von bestehenden RL der SAMW direkt involviert. Darüber hinaus kann sich die FMH an der Vernehmlassung zu SAMW-RL beteiligen.

Nach der Verabschiedung neuer bzw. revidierter medizin-ethischer RL durch die SAMW beantragt die SAMW bei der Ärztekammer der FMH die Aufnahme der RL in die Standesordnung der FMH. Gemäss Art. 30 Abs. 2 lit. k Statuten FMH erlässt die Ärztekammer die Standesordnung und entscheidet damit auch über die Aufnahme neuer bzw. revidierter SAMW-RL in die Standesordnung der FMH und folglich über die Verbindlichkeit der RL für die Mitglieder der FMH. Die von der FMH in ihre Standesordnung aufgenommenen SAMW-RL bilden einen integralen Bestandteil der Standesordnung der FMH und sind für deren Mitglieder (standes- bzw. vereinsrechtlich) verbindlich. Da die RL der SAMW im Anhang 1 jeweils mit einem konkreten Datum, d.h. in einer bestimmten Fassung genannt werden, handelt es sich um *statische Verweisungen zwischen privaten Normen*.

Das staatliche Recht geht den Standesregeln grundsätzlich vor. Standesrechtliche Regelungen, die von den rechtlichen Regelungen abweichen, sind unzulässig und für die Mitglieder nicht bindend und diese können sich auch nicht darauf berufen. Entsprechend sind die in Art. 40 MedBG aufgezählten Berufspflichten abschliessend und dürfen nicht durch weitergehende standesrechtliche Regelungen ergänzt werden. Der Einbezug der SAMW RL bei der Auslegung und Präzisierung von allgemein gehaltenen Berufspflichten wird von der Lehre und der Rechtsprechung als zulässig anerkannt. Gemäss dem Bundesgericht müssen allerdings die «massgebenden gesetzlichen Vorschriften [...] so präzise formuliert sein, dass der Einzelne sein Verhalten danach richten resp. die Folgen seines Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.»

Vgl. Rz. 84 ff.

Antwort auf Frage 3b) Verhältnis zu Fachgesellschaften und Leitlinien

Die ärztlichen Fachgesellschaften sind im Senat der SAMW als Gäste vertreten und damit in die Erarbeitung bzw. Überarbeitung von RL der SAMW eingebunden, wenn auch *ohne* Stimmrecht.³⁹¹ Die Fachgesellschaften können sich darüber hinaus im Vernehmlassungsverfahren einbringen und werden indirekt über ihre Mitgliedschaft in der FMH durch diese in den Gremien der SAMW vertreten.

Medizinische Fachgesellschaften erarbeiten und erlassen neben standesrechtlichen Regelungen auch *fachliche Leitlinien*. Diese Richtlinien der evidenzbasierten Medizin definieren den jeweils anerkannten *medizinischen Standard* in einem Fachbereich. Sie dienen der Unterstützung der Entscheidungsfindung der Fachpersonen und der Beurteilung der geschulde-

³⁹⁰ Ziff. 2 ZEK-Reglement.

³⁹¹ Art. 7 lit. c Statuten SAMW.

ten und gebotenen Sorgfalt. Fachliche Leitlinien können bei der rechtlichen Beurteilung eines Falles beigezogen werden. Es gilt jedoch zu beachten, dass Leitlinien einerseits nur «Handlungs- und Entscheidungskorridore vorgeben können», von denen im Einzelfall abgewichen werden kann (Therapiefreiheit) oder sogar muss. Andererseits können sie veraltet sein. Daher sind sie rechtlich nicht bindend und dürfen auch nicht unbesehen mit dem medizinischen Standard gleichgesetzt werden. Dennoch hat eine Fachperson detailliert zu begründen, warum sie von einer fachlichen Leitlinie abweicht.

Im Zusammenhang mit der Definition des geltenden medizinischen Standards in einem Fachbereich und der damit einhergehenden Erstellung und Pflege von fachlichen Leitlinien können Fachorganisationen ihren Mitgliedern RL der SAMW zur Beachtung und Anwendung *empfehlen* und/oder diese in den Leitlinien berücksichtigen oder auf diese verweisen. So begrüssen beispielsweise die Schweizerische Gesellschaft für Reproduktionsmedizin, die Schweizerische Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe und die Schweizerische Gesellschaft für Medizinische Genetik die Empfehlungen der SAMW «Präimplantative genetische Testverfahren PGT» (2020) und empfehlen ihren Mitgliedern, diese zu achten und anzuwenden. Im Gegensatz zu den vereinsrechtlichen bzw. standesrechtlichen Vorgaben von ärztlichen Fachgesellschaften sind SAMW-RL im Kontext von fachlichen Leitlinien dieser Vereinigungen nicht verbindlich. Sie können aber bei der Ermittlung des jeweils anerkannten medizinischen Standards beigezogen werden.

Vgl. Rz. 89 ff.

- 134 4) **Verhältnis ZEK und SAMW-RL zur NEK und zu deren Richtlinien:** Überlappung/ Abgrenzung Rolle und Aufgaben der NEK; besonderes Augenmerk auf die im FMedG beschriebenen Aufgabe der NEK, Richtlinien zu erarbeiten.

Antwort auf Frage 4)

Die Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK) ist eine ausserparlamentarische Kommission, welche vom Bundesrat gestützt auf das FMedG, eingesetzt wurde. Die NEK ist eine unabhängige Expertenkommission mit einer die Politik beratenden und die Öffentlichkeit orientierenden Funktion. Ihr kommt eine andere Stellung zu, als der SAMW, die als *privater Akteur mit einer grossen Nähe zu den Standesorganisationen der medizinischen Wissenschaft* wahrgenommen wird.³⁹² Gemäss ihren Statuten ist die SAMW in erster Linie auf die medizinische Wissenschaft ausgerichtet.³⁹³ Ihre Gremien setzen sich fast ausschliesslich aus Vertreterinnen und Vertreter von Gesundheitsfachpersonen resp. der medizinischen Wissenschaft zusammen. Die SAMW sieht sich zwar

³⁹² Botschaft FMedG, 275 f. Vgl. Rz. 102 und 104.

³⁹³ Art. 3 SAMW-Statuten: «Die SAMW unterstützt eine hohe Qualität der Medizin in all ihren Facetten. Sie setzt sich ein für die Stärkung der Forschung und für den Transfer des Wissens in Aus-, Weiter- und Fortbildung und nimmt eine führende Rolle wahr in der umfassenden Reflexion über die Zukunft der Medizin.»

als «Brückenbauerin zwischen Wissenschaft und Gesellschaft»³⁹⁴ und berücksichtig in ihren Tätigkeiten auch entsprechende Themen.³⁹⁵ Jedoch richten sich insbesondere ihre RL in erster Linie an Gesundheitsfachpersonen (vorrangig an Ärztinnen und Ärzte). Die primäre Ausrichtung der SAMW auf die Medizin zeigt sich auch daran, dass die meisten RL der SAMW durch ihre Integration in die Statuten des FMH-Standesrechts darstellen.

Zwar überschneiden sich die Tätigkeitsfelder der NEK und der ZEK, jedoch unterscheiden sich die beiden Ethikkommissionen in verschiedener Hinsicht: z.B. mit Blick auf ihrer Rechtsnatur (ausserparlamentarische Expertenkommission vs. Fachgremium im Rahmen einer privatrechtlichen Stiftung), die Ernennung der Mitglieder (Berufung durch den Bundesrat vs. Wahl durch den Senat resp. den Vorstand der SAMW) und die Konzeption und die Aufgaben der beiden Kommissionen. Gemäss Art. 28 FMedG hat die NEK einen *gesetzlichen Auftrag* a. zur Erarbeitung von ergänzenden Richtlinien zum FMedG; b. zum Aufzeigen von Lücken in der Gesetzgebung; c. auf Anfrage die Bundesversammlung, den Bundesrat und die Kantone zu beraten; d. die Öffentlichkeit über wichtige Erkenntnisse zu informieren und die Diskussion über ethische Fragen in der Gesellschaft zu fördern. Im Gegensatz dazu besteht bei der SAMW keine gesetzliche Grundlage, die ihr vergleichbare Aufträge und Aufgaben auferlegen würde. Wie oben (Antworten auf Frage 1) aufgezeigt, erteilt sie sich ihre Aufgaben grundsätzlich selber und es ist die ZEK die entscheidet, zu welchen Themen RL erarbeitet werden.

Ebenso verbindet die NEK und die ZEK aber auch die Gemeinsamkeit, dass ihren Richtlinien, Stellungnahmen und dergleichen keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt und sie somit beratend tätig sind.

Vgl. RZ 94 ff.

- 5) **Verhältnis der SAMW-RL zu weiteren Ethikkommissionen** (insb. Spital-Ethikkommissionen) und deren spital-internen Richtlinien/Leitlinien: Was bedeuten allfällige Verweise auf die SAMW-RL?

135

Antwort Frage 5)

Klinische Ethikkommissionen resp. Ethik-Strukturen an Spitälern und anderen Institutionen sind in der Regel mit der Beratung in (komplexen ethischen) Einzelfällen im klinischen Alltag betraut. Sie können aber auch in der Lehre, Aus- und Weiterbildung im Bereich Medizinethik und/oder der Erarbeitung von klinikinternen Empfehlungen und Richtlinien tätig sein. Sie sind stets beratend tätig. Ihnen kommt eine unterstützende und beratende, aber keine entscheidende Funktion zu.

Sämtliche Ethikkommissionen resp. Ethik-Strukturen haben sich an das geltende Recht zu halten. Im Rahmen der für sie geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen, ihrer Satzung und allfälliger auf sie zur Anwendung gelangenden internen Weisungen steht es ihnen frei, eigene Richtlinien,

³⁹⁴ <<https://www.samw.ch/de/Portraet.html>>, besucht im März 2024.

³⁹⁵ Beispielsweise die Nachhaltigkeit: <<https://www.samw.ch/de/Projekte/Uebersicht-der-Projekte/Nachhaltiges-Gesundheitssystem.html>>, besucht im April 2024.

Empfehlungen, Standards und dergleichen zu erarbeiten und/oder sich bei ihrer Tätigkeit auf Dokumente und Vorgaben anderer Gremien zu beziehen. Dabei können sie auf die RL der SAMW oder anderer Organisationen verweisen, diese in ihrer Arbeit berücksichtigen, sie zur Anwendung empfehlen oder sie privat- bzw. vereinsrechtlich für Mitglieder verbindlich erklären etc. Das staatlich gesetzte Recht darf dabei jedoch weder abgeändert werden, noch können zusätzliche Rechtspflichten geschaffen werden.

Ethikkommissionen staatlicher Natur resp. Ethik-Strukturen, die für eine dem öffentlichen Recht unterstehende Institution tätig sind, sind an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und damit auch direkt an die Grundrechte gebunden. Sie können die RL der SAMW für als Orientierungs- und Auslegungshilfen beziehen.

Vgl. Rz. 107 ff.

- 136 6) **Rechtsprechung:** inwiefern werden die RL von Gerichten berücksichtigt? Welcher Wert wird den RL beigemessen?

Antwort Frage 6) Die RL der SAMW werden in der Rechtsprechung sowohl durch kantonale Gerichte wie auch durch das Bundesgericht berücksichtigt. Das Schweizerische Bundesgericht behandelt die RL der SAMW in seinen Entscheiden mit grossem Respekt. Es anerkennt sie – insbesondere in Bereichen, in denen staatliche Regelungen fehlen oder zu unbestimmt sind –, trotz ihrer grundsätzlichen Unverbindlichkeit als sachdienliche Quelle medizin-ethischer Regelungen von hoher Autorität. Das Bundesgericht berücksichtigt sowohl die medizinisch-technischen Inhalte der RL, wie auch die ethischen Vorgaben. Das Bundesgericht zieht die RL der SAMW bei der Auslegung von staatlichem Recht, zur Lückenfüllung oder zur Ermittlung der ärztlichen Berufsregeln und dem «Stand der medizinischen Wissenschaften» bei. Trotzdem erachtet sich das Bundesgericht nicht generell an die SAMW-RL gebunden und weist darauf hin, dass den RL keine absolute Autorität und rechtliche Verbindlichkeit zukommt³⁹⁶ und die Einhaltung der RL das ärztliche Verhalten nicht *per se* legitimieren. Bei einem Konflikt zwischen staatlichem Recht und den RL der SAMW habe sich der Arzt an das staatliche Recht zu halten.³⁹⁷ Die RL der SAMW bewahren den Arzt auch nicht davor weitere Abklärungen zu treffen, «wenn er aufgrund eigener Forschungen oder neuester, ihm zufällig bekannter Erkenntnisse der Wissenschaft Zweifel über die Zuverlässigkeit einzelner der in den Richtlinien aufgeführten Kriterien hegt».³⁹⁸

Vgl. Rz. 62 ff.

³⁹⁶ Vgl. auch BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2; BGE 136 IV 97, 112.

³⁹⁷ Vgl. auch BGer Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024, E. 7.3.2 ; BGE 136 IV 97, 113: «Mais en cas de divergence entre une règle de droit et l'éthique médicale telle qu'elle est conçue par les directives, les médecins ne peuvent exciper de ces dernières pour se soustraire à l'accomplissement de leur obligation juridique.»

³⁹⁸ BGE 98 Ia 508, 518.