



Bern, 12. März 2002

**Zur Problematik der Verweigerung einer
Mitwirkung bei medizinischen Behandlungen
aus Gewissensgründen**

**Bericht
der Arbeitsgruppe "Rechte des medizinischen Personals"
an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement**

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
 - 1.1 Auftrag
 - 1.2 Mitwirkende
 - 1.3 Vorgehen
- 2 Präzisierung des Abklärungsbereichs
 - 2.1 Zum persönlichen Abklärungsbereich
 - 2.2 Zum sachlichen Abklärungsbereich
 - 2.3 Zum fachlichen und institutionellen Abklärungsbereich
- 3 Darstellung der Ausgangslage
 - 3.1 Allgemeines
 - 3.2 Auftreten von Konfliktfällen nach Sachbereichen und Fachgebieten
 - 3.3 Zur Bedeutung von Wissenskonflikten bei der medizinischen Behandlung
 - 3.4 Bestehende Rechtsgrundlagen und Verfahren zur Bewältigung von Wissenskonflikten bei medizinischen Behandlungen
 - 3.4.1 Grundrechte im Allgemeinen
 - 3.4.2 Rechtsprechung zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
 - 3.4.3 Privatrecht des Bundes
 - 3.4.4 Öffentliches Gesundheitsrecht des Bundes
 - 3.4.5 Personalrecht des Bundes
 - 3.4.6 Öffentliches Arbeitsrecht des Bundes
 - 3.4.7 Strafrecht
 - 3.4.8 Grundlagen des kantonalen Rechts
 - 3.4.9 Verfahrensmodelle der Praxis
 - 3.5 Hinweise auf laufende Arbeiten mit einem Bezug zur hier behandelten Problematik
 - 3.5.1 Vormundschaftsrecht
 - 3.5.2 Zwangssterilisationen
 - 3.5.3 Sterbehilfe unter strafrechtlichen Aspekten
 - 3.6 Zum Umgang mit Wissenskonflikten in anderen staatlich geregelten Gebieten
 - 3.6.1 Allgemeines
 - 3.6.2 Militärdienstpflicht
 - 3.6.3 Allgemeine Schulpflicht und Schulordnungen
 - 3.6.4 Allgemeines öffentliches Personalrecht
 - 3.7 Regelungen für den Gesundheitsbereich in anderen Staaten
- 4 Beurteilung der Ausgangslage
 - 4.1 Gesetzlicher Auftrag
 - 4.1.1 Unmittelbare Verpflichtung natürlicher Personen
 - 4.1.2 Verpflichtung von Institutionen
 - 4.2 Ansprüche von Patienten
 - 4.2.1 Allgemeines
 - 4.2.2 Situation der urteilsfähigen Patienten
 - 4.2.3 Situation der urteilsunfähigen Patienten
 - 4.3 Situation der Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben
 - 4.3.1 Personen mit Entscheidungsfunktion
 - 4.3.2 Personen mit Ausführungsfunktion
 - 4.3.3 Personen mit Begleitungsfunktion
 - 4.3.4 Ausbildung
 - 4.3.5 Beurteilung der Gesamtsituation
 - 4.4 Folgen der Verweigerung von Tätigkeiten infolge Wissenskonfliktes bei der Ausübung eines Gesundheitsberufes
 - 4.4.1 Allgemeines
 - 4.4.2 Faktische Folgen der Weigerung
 - 4.4.3 Rechtliche Folgen

- 5 Beurteilung des Handlungsbedarfs
 - 5.1 Bereiche mit Handlungsbedarf
 - 5.2 Mögliche Massnahmen
 - 5.2.1 Besondere Ausbildung
 - 5.2.2 Spezialisierung bei der Berufsausübung
 - 5.2.3 Regelung der selbständigen Berufsausübung
 - 5.2.4 Regelungen auf betrieblicher Ebene
 - 5.2.5 Massnahmen prozessualer Art
 - 5.3 Zuständigkeit für die Massnahmen
 - 5.3.1 Gesetzgeberische Massnahmen
 - 5.3.2 Erlass von Betriebsreglementen, Ausgestaltung von Arbeitsverträgen etc.
 - 5.3.3 Muster für Verträge, Betriebsreglemente etc.
- 6 Zusammenfassung und Empfehlungen
 - 6.1 Zur Ausgangslage
 - 6.2 Verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf
 - 6.3 Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Privatrecht
 - 6.4 Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im öffentlichen Recht
 - 6.5 Handlungsbedarf auf betrieblicher Ebene
 - 6.6 Empfehlungen

Anhänge

- I Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung: Gesetzliche Regelungen der Rechte und Pflichten des Pflegepersonals in Europa, den USA, in Australien und Neuseeland (Gutachten SIR)
- II Gutachten des Instituts für Föderalismus der Universität Freiburg: Kantonale Bestimmungen betr. Recht der Medizinalpersonen, eine Behandlung aus Gewissensgründen abzulehnen (Gutachten IFUF)
- III Gutachten des Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel: Droits des professionnels de la santé: l'objection de conscience (Gutachten IDS)
- IV Gutachten des Interdisziplinären Instituts für Ethik im Gesundheitswesen DIALOG ETHIK Zürich: Gutachten zur Gewissensfreiheit des Personals im Gesundheitswesen (Gutachten IDEZ)
- V Gutachten des Bundesamtes für Justiz: Verzicht auf die Ausübung von Grundrechten
- VI Auszug aus der Literaturrecherche von Angela Vafiadis
- VII Weitere Dokumente und Grundlagen der Arbeitsgruppe
 - 1 Einsetzungsverfügung EJPD
 - 2 Arbeitspapier BJ vom 1. März 2001: Verfassungsrechtliche Regelungszuständigkeiten im Bereiche der Dienst- bzw. Arbeitsverhältnisse des medizinischen Personals
 - 3 Kurt von Siebenthal/Ruth Baumann Hölzle, Ein interdisziplinäres Modell zur Urteilsbildung für medizin-ethische Fragestellungen in der neonatalen Intensivmedizin, Ethik in der Medizin, 1999, S. 233 ff.
 - 4 Ergänzungsbericht des Regierungsrates des Kantons Zürich [Protokollauszug 1816] an den Kantonsrat betreffend die ethische Beratung im Gesundheitswesen
 - 5 Neuchâtel: Position de la Commission cantonale d'éthique par rapport à l'assistance au suicide dans les EMS

1 Einleitung

1.1 Auftrag

Mit Verfügung vom 7. März 2001¹ hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine Arbeitsgruppe eingesetzt, welche die Problematik der Rechte des medizinischen Personals auf Verweigerung der Mitwirkung bei medizinischen Eingriffen aus ethischen oder religiösen Gründen untersuchen und in diesem Zusammenhang insbesondere folgende Fragen beantworten soll:

- "a. Besteht Handlungsbedarf
 - im Bereich privatrechtlich geregelter Arbeitsverhältnisse?
 - im Bereich öffentlich-rechtlich geregelter Arbeitsverhältnisse?
- b. Sofern Handlungsbedarf besteht: Welches sind mögliche und angemessene Massnahmen?
- c. Wer ist zuständig für allfällige Massnahmen?
- d. Wie können allfällige Massnahmen eingeleitet bzw. umgesetzt werden?"

Die Arbeitsgruppe wurde ermächtigt, den Fragenkatalog bei Bedarf zu ergänzen und zu präzisieren. Da es sich beim Auftrag um eine Vorabklärung auf der Ebene des Grundsätzlichen handelt, werden von der Arbeitsgruppe keine unmittelbar umsetzbaren Massnahmenvorschläge bzw. ausformulierten Rechtsetzungsvorlagen erwartet.

1.2 Mitwirkende

Als Arbeitsgruppenmitglieder haben mitgewirkt:

- Prof. Dr. *Luzius Mader*, Vizedirektor Bundesamt für Justiz, (Präsident)
- Frau Dr. *Ruth Baumann-Hölzle*, Leiterin des Interdisziplinären Instituts für Ethik im Gesundheitswesen "Dialog Ethik" Zürich
- Dr. *Ulrich Gabathuler*, Kantonsarzt von Zürich
- Fspr. *Hanspeter Kuhn*, stv. Generalsekretär, Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte
- Frau *Esther Küttel*, Pflegedirektorin, Kantonales Spital Sursee/Wolhusen
- Frau Dr. *Margrit Leuthold*, Generalsekretärin Schweiz. Akademie der medizinischen Wissenschaften
- Lic. iur. *Thomas Schuler*, wiss. Adjunkt, Bundesamt für Gesundheit
- Prof. Dr. *Dominique Sprumont*, Directeur adjoint de l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel
- Fspr. *Pierre-André Wagner*, Leiter Rechtsdienst, Schweiz. Berufsverband der Krankenschwestern und Krankenpfleger
- Fspr. *Andreas Trösch*, wiss. Adjunkt, Bundesamt für Justiz (Sekretariat)

¹ Anhang VII, Dok. 1

Als beigezogene Fachpersonen haben zudem mitgewirkt:

- Mme *Nathalie Brunner*, avocate, collaboratrice scientifique, Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel
- Frau Dr. *Uma Grob*, Geschäftsführerin von H+
- Mme *Margrit Moser-Szeless*, avocate, adointe scientifique, Bundesamt für Justiz (bis Juni 2001)
- Dr. *Giacomo Roncoroni*, Abteilungschef, Bundesamt für Justiz (bis Juni 2001)
- Dr. *Felix Schöbi*, wiss. Adjunkt, Bundesamt für Justiz (ab Juni 2001)

1.3 Vorgehen

Die Arbeitsgruppe hat den vorliegenden Bericht in 5 Sitzungen erarbeitet. Sie hat dazu als Grundlagen über das Bundesamt für Justiz verschiedene Gutachten einholen lassen. Der Wortlaut dieser Gutachten findet sich in den entsprechenden Anhängen zu diesem Bericht. Auf eigentliche Umfragen und Anhörungen wurde aus sachlichen und zeitlichen Gründen verzichtet (s. Ziff. 3.1 hinten). Die Schlussfassung des Berichts wurde am 12. März 2002 auf dem Korrespondenzwege verabschiedet.

2 Präzisierung des Abklärungsbereichs

2.1 Zum persönlichen Abklärungsbereich

In personeller Hinsicht erstreckten sich die Abklärungen auf die Situation aller Personen, die an der medizinischen Diagnose und Therapie oder an der Betreuung von Drittpersonen in entscheidfällender oder ausführender Funktion beteiligt sind, also insbesondere Ärztinnen und Ärzte, das Pflegepersonal, Hebammen, das Therapiepersonal sowie Apothekerinnen und Apotheker. Alle diese Personen werden nachfolgend im Bericht unter der Kurzbezeichnung "Gesundheitsberufe" erfasst; für ihre Tätigkeit wird als Oberbegriff "Behandlung" verwendet. Der Bericht erstreckt sich dagegen nicht auf die Tätigkeit von Personen, welche im administrativen oder technischen Bereich die Behandlung vorbereiten oder unterstützen, ohne dass sie an dieser unmittelbar mitwirken oder auf die Entscheidungen über die Behandlung unmittelbar Einfluss nehmen (z.B. Sekretariatspersonal, Personal für die Wartung technischer Einrichtungen, Personal für die Raumpflege etc.).

2.2 Zum sachlichen Abklärungsbereich

Im Zentrum der Abklärung steht der Gewissenskonflikt², in den Angehörige von Gesundheitsberufen geraten können, wenn sie bei der medizinischen Behandlung im Rahmen ihrer Pflichten über rechtlich zulässige und nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft gebotene oder vertretbare Massnahmen entscheiden oder solche Massnahmen ausführen oder unterstützen sollen, diese aber aufgrund ihrer grundrechtlich geschützten religiösen³ oder weltanschaulichen⁴ Überzeugung nicht wie von ihnen verlangt beschliessen, vertreten, mittragen oder ausführen können. Neben dem eigentlichen Gewissenskonflikt, der erst vorliegt, wenn eine Verpflichtung zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen im Einzelfall feststeht und die Verpflichteten die Erfüllung der Pflicht aus Gewissensgründen verweigern, ist auch die Vorbereitung des allenfalls in Frage gestellten Sachentscheids von Interesse. Das Vorbereitungsverfahren bietet oft die Möglichkeit, die sich abzeichnenden Gewissenskonflikte zu mildern oder zu vermeiden.

Nicht jeder sachlich und personell schwierige Entscheid über die Behandlung impliziert einen Gewissenskonflikt im oben umschriebenen Sinn. Von den Abklärungen daher nicht anvisiert sind fachliche Beurteilungsdifferenzen über die im Einzelfall angezeigte Behandlung bei verschiedenen, medizinisch und rechtlich vertretbaren Möglichkeiten.

2.3 Zum fachlichen und institutionellen Abklärungsbereich

Die Arbeitsgruppe hat diesen Abklärungsbereich weit gezogen. Sie ist zum Schluss gekommen, dass Gewissenskonflikte im Sinne von Ziffer 2.2 grundsätzlich in allen medizinischen Fachgebieten (z.B. der Gynäkologie) oder Sachbereichen (z.B. dem Bereich der Behandlung im Vorfeld des nahen Todes eines Pati-

² Das Gewissen als verfassungsrechtlich zu berücksichtigender Beweggrund für Entscheidungen des Einzelnen wird in der Lehre wie folgt umschrieben: "Unter Gewissen ist jene kritische Instanz zu verstehen, die dem Leben und Handeln des Einzelnen ethische oder moralische Massstäbe setzt. Gewissensentscheidungen werden als Gebote eines unbedingten Sollens erfahren." (Jörg Paul MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 82, mit Hinweisen).

³ Die Lehre bezeichnet den grundrechtlich geschützten religiösen Glauben als "jede Beziehung des Menschen zu letztverbindlichen Gehalten; dazu zählen grundsätzlich alle Vorstellungen über die Beziehungen des Menschen zum Göttlichen beziehungsweise zum Transzendenten Geschützt sind alle Glaubensformen unabhängig von ihrer Verbreitung." (Jörg Paul MÜLLER, a.a.O., S. 84, mit Hinweisen).

⁴ Die Lehre umschreibt den Begriff der grundrechtlich geschützten Weltanschauung wie folgt: "Weltanschauungen erheben keine (objektiven) Absolutheitsansprüche, sondern - auch bruchstückhafte - Deutungen der Welt für das menschliche Lebensverständnis. Zentral ist das Bedürfnis nach geistiger Geborgenheit und Orientierung in der Lebensbewältigung, wobei die persönlich gebildete, in der Person verwurzelte Überzeugung besonders hervortritt. Charakteristisch ist - wie für die Religion und das Gewissen - die Persönlichkeitskonstituierende oder identitätsstiftende Funktion der Weltanschauung, was Beliebigkeit und Austauschbarkeit ausschliesst. Während bei Religion der Bezug des Menschen zu seiner transzendenten Ordnung oder zu einer alles umgreifenden Einheit im Vordergrund steht, ist die Weltanschauung mehr durch eine nicht mehr zu hinterfragende Überzeugung betreffend die existenzielle Aufgabe des Menschen auf dieser Welt gekennzeichnet; eine Haltung, die zwar auch als absolut erlebt werden kann, aber nicht mit überirdischen Kräften in Beziehung steht" (Jörg Paul MÜLLER, a.a.O., S. 83, mit Hinweisen).

enten) und dementsprechend in allen Institutionen, welche sich der medizinischen Behandlung widmen, vorkommen können. Zu den mutmasslichen Schwerpunkten, welche sich in bestimmten Fachgebieten oder Institutionen bilden können, s. Ziffer 3.2 hinten.

3 Darstellung der Ausgangslage

3.1 Allgemeines

Die Arbeitsgruppe hat sich intensiv mit der Frage befasst, auf welchem Wege Daten erhoben werden können, welche Aussagen über das tatsächliche Auftreten von Konfliktfällen erlauben. Von Interesse wären namentlich die Anzahl solcher Fälle pro Jahr, ihre Verteilung auf die verschiedenen medizinischen Sachbereiche und Fachgebiete, die Art und Weise des jeweiligen Vorgehens im Konfliktfall sowie die Folgen für die Beteiligten. Da zu den erwähnten Punkten kein statistisch signifikantes Zahlenmaterial vorliegt, hat sich die Frage gestellt, ob solche Daten mit einer schriftlichen Umfrage bei den betroffenen Institutionen und Personen erhoben werden könnten. Eine solche Erhebung müsste sich an Institutionen und Fachvereinigungen praktisch aller medizinischen Sachbereiche und Fachgebiete wenden. Abgesehen davon, dass der Aufwand für eine solche Umfrage für alle Beteiligten recht hoch wäre, muss auch angenommen werden, dass auf diesem Weg zur vorliegenden Problematik kaum zuverlässige Daten erhoben werden können. Die aufgetretenen Gewissenskonflikte werden nämlich häufig bewusst oder unbewusst nicht als solche ausgewiesen, diskutiert und gelöst. Es scheint, dass bei entsprechenden Problemen sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber in manchen Fällen eher Vermeidungsstrategien anwenden. Diese können auf Seiten der Arbeitnehmer bei entsprechenden Aufträgen kurzfristig bis zu Krankmeldungen und dergleichen, längerfristig zu fachlicher oder beruflicher Veränderung führen. Auf Seiten des Arbeitgebers werden entsprechende Konflikte nicht selten als organisatorische, administrative oder disziplinarische Probleme deklariert und entsprechend angegangen und gelöst. Diese Vermutungen werden etwa dadurch bestätigt, dass von der Arbeitsgruppe Entscheidungen schweizerischer gerichtlicher Instanzen über die Zulässigkeit von Mitwirkungsverweigerungen im Gesundheitswesen infolge geltend gemachter Gewissenskonflikte nicht namhaft gemacht werden konnten.

Angesichts dieser Sachlage könnten signifikante Daten nach Anzahl und nach Fachgebieten nur durch eine grössere Zahl gezielter persönlicher Befragungen von Institutionen und mutmasslich beteiligten Personen gewonnen werden. Fragestellung und Auswertung der Antworten müssten der Möglichkeit gerecht werden, dass die Konflikte in der Regel nicht offen signalisiert werden, so dass eine sehr sorgfältige, wissenschaftlich und persönlichkeitschutzrechtlich vertrauenswürdig abgesicherte Befragungs- und Auswertungstechnik entwickelt werden müsste. Eine solche Erhebung kann nicht ohne sehr grossen wissenschaftlichen, persönlichen und finanziellen Aufwand durchgeführt werden; sie hätte die entsprechenden Möglichkeiten der Arbeitsgruppe und insbesondere den Rahmen der Vorabklärung, mit der die Arbeitsgruppe beauftragt war, bei weitem überstiegen. Die Arbeitsgruppe kann daher kein gesichertes Zahlenmaterial darüber vorlegen, welche medizinischen Fachgebiete statistisch gesehen besonders konfliktrichtig

sind, wieviele durch Gewissensentscheid motivierte Fälle von Handlungs- und Mitwirkungsverweigerung bei der medizinischen Behandlung in den letzten Jahren gesamtschweizerisch manifest geworden sind, wie die Verweigerungen behandelt worden sind, welches die Folgen davon gewesen sind und wie sich allfällige Zahlen gegenüber früheren Beobachtungen ausnehmen.

Die Arbeitsgruppe stützt sich in der Folge bei ihrer Darstellung des Sachverhalts auf den persönlichen Erfahrungshorizont der Fachvertretungen in der Arbeitsgruppe, auf die eingeholten Fachgutachten⁵ sowie auf eine Literaturrecherche; diese erfasst die auf öffentlichen Datenbanken weltweit zugänglichen Titel medizinischer Publikationen der letzten 10 Jahre, welche sich mutmasslich mit schwierigen Entscheidungssituationen und allfälligen Wissenskonflikten in der medizinischen Praxis befassen⁶.

3.2 Auftreten von Konfliktfällen nach Sachbereichen und Fachgebieten

Gewissenskonflikte im Sinne von Ziffer 2.2 können nach der Wahrnehmung der Arbeitsgruppe in praktisch allen medizinischen Sachbereichen und Fachgebieten auftreten, sei es bereichs- und fachgebietsspezifisch, sei es bereichsübergreifend oder sei es in der Folge von eher gesundheitspolitisch bedingten Querschnittsproblemen.

Die weitaus konfliktträchtigsten Gebiete sind nach der Wahrnehmung der Arbeitsgruppe heute und noch stärker für die Zukunft der Bereich der *Intensivmedizin und der lebenserhaltenden Massnahmen im Vorfeld des nahen Todes eines Patienten* (etwa auf dem Gebiete der Geriatrie, der Unfallmedizin oder der Onkologie) und der Bereich der *Langzeitpflege* (etwa bei der Verordnung diagnostischer Massnahmen im Bereich der Geriatrie und der Pflege Schwerstbehinderter). Diese Wahrnehmung wird bestätigt durch die Ergebnisse der unter Ziffer 3.1 erwähnten Literaturrecherche; soweit die im Zusammenhang mit dem Wissenskonflikt namhaft gemachten Publikationen zugeordnet werden können, befasst sich der

⁵ Anhänge I-IV.

⁶ Die Recherche wurde von Angelina VAFIADIS durchgeführt und hatte folgende Fragestellung zum Gegenstand:

"Gibt es in der medizinischen Literatur Hinweise auf statistische Angaben oder auf exemplarische Bearbeitungen zu Fällen:

- in denen zum Handeln verpflichtetes Medizinal- und Pflegepersonal aus Glaubens- und Gewissensgründen die Mitwirkung an medizinischen Vorkehrungen verweigert hat und in denen aus einer solchen Verweigerung ein Verfahren oder eine Sanktion (Disziplinar-massnahme, Entlassung etc.) resultiert hat?
- Gibt es Hinweise drauf, in welchen Fachbereichen (Langzeitpflege, Intensivmedizin, Organtransplantation, Gynäkologie etc.) Fälle vermehrt auftraten und welche Regeln in solchen Fällen zur Anwendung kamen?"

Die Recherche ergab in diesem Fragenspektrum für den Zeitraum der letzten 10 Jahre ungefähr 250 Publikationen, wobei aber viele der Nennungen aufgrund der vorliegenden Angaben nicht zugeordnet werden können. Die Daten sind - was angesichts der Lokalisierung der Datenbanken und der heute vorherrschenden Stellung des Englischen als Publikationssprache in der Medizin zu erwarten war - stark angelsächsisch geprägt; sie stammen im Wesentlichen aus den Teilstaaten der USA, aus Kanada, Grossbritannien, den Teilstaaten Australiens, Schweden, Norwegen, Finnland, den Niederlanden, Deutschland, Portugal, Israel und Japan. Die Recherche kann beim Bundesamt für Justiz eingesehen werden; einige beispielhafte Nennungen werden in Anhang VI aufgeführt.

grösste Teil davon mit der Problematik der Intensivmedizin und der lebenserhaltenden Massnahmen im Vorfeld des nahen Todes eines Patienten⁷.

Bei der *Geburtshilfe* präsentiert sich das Gebiet des Schwangerschaftsabbruchs in der öffentlichen Wahrnehmung seit jeher als konfliktträchtig; Probleme zeigen sich aber auch in den Bereichen der Neonatologie und der medizinisch unterstützten Fortpflanzung.

Als Problemgebiete können ferner die *medizinische Genetik* und die *Organentnahme zu Transplantationszwecken* bezeichnet werden. Als ebenfalls konfliktträchtig erweist sich schliesslich der Bereich der *medizinischen Zwangsmassnahmen* (etwa bei der psychiatrischen Behandlung oder im Zusammenhang mit dem Justizvollzug).

Als Querschnittsproblematik, die im Zusammenhang mit verschiedenen der erwähnten Teilbereiche aufscheint, können ferner die situationsbedingt *zu intensive medizinische Behandlung* ("acharnement thérapeutique") sowie die *Einschränkung von möglichen medizinischen Behandlungen aus wirtschaftlichen Gründen* ("Rationierung medizinischer Leistungen") erwähnt werden⁸.

3.3 Zur Bedeutung von Gewissenskonflikten bei der medizinischen Behandlung

Die Arbeitsgruppe geht davon aus, dass im Rahmen der gesellschaftlichen und politischen Entwicklung der vergangenen Jahre in vielen Bereichen die Bereitschaft zugenommen hat, allfällige Gewissenskonflikte von Einzelpersonen bei der Erfüllung von Verpflichtungen zu berücksichtigen, welche ihnen die Oeffentlichkeit entweder durch unmittelbare gesetzliche Verpflichtung oder mittels eines Vertrags- oder Dienstverhältnisses übertragen hat. Die Gewissensbildung des Einzelnen hat sich heute oft stark individualisiert und von autoritäts- und hierarchiegeprägten Vorgaben gelöst, so dass eine erhebliche Spannweite zwischen den von den Individuen vertretenen persönlichen Gewissensüberzeugungen feststellbar ist. Gestützt wird diese Entwicklung vom sich wandelnden allgemeinen Grundrechtsverständnis. Entsprechend haben die Gesetzgebung und die Rechtsprechung den Individualansprüchen insbesondere im Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit zumindest in einzelnen Sachgebieten zunehmend Nachachtung verschafft (s. Ziff. 3.4 hinten).

⁷ Von den unter Fussnote 6 erwähnten Publikationen können etwa 25 dem Bereich "End-of-life/Intensivpflege" zugeordnet werden. Weitere besonders erwähnte Bereiche sind etwa die Zwangsbehandlung in der Psychiatrie, die Organtransplantation, die Neonatologie und die Einschränkung der Behandlung aus wirtschaftlichen Gründen; s. die Beispiele in Anhang VI. Eine Rolle spielen ferner die Querschnittfragen der zu intensiven Behandlung und der Einschränkung der Behandlung aus wirtschaftlichen Gründen. Keine besonderen Nennungen erfährt soweit erkennbar der Bereich des Schwangerschaftsabbruchs.

⁸ Zur Frage der "Rationierung" s. etwa den Sonderbeitrag der Arbeitsgruppe "Gerechte Ressourcenverteilung im Gesundheitswesen" in der Schweizerischen Ärztezeitung, 1999 Nr. 45, S. 2635 ff.; zur Frage des Verhältnisses von "Überversorgung" und "Rationierung" s. Doris SCHOPPER/Ruth BAUMANN-HÖLZLE/Marcel TANNER, Mittelverteilung im schweizerischen Gesundheitswesen, Basel 2001, und dortige Hinweise.

Für die Annahme, dass sich diese gesamtgesellschaftliche Entwicklung auch im Bereich des Gesundheitswesens akzentuiert, spricht insbesondere die Entwicklung der gesetzgeberischen Tätigkeit in diesem Bereich, und zwar sowohl auf der Ebene der Kantone (s. Ziff. 3.6.7 hinten) als auch im westeuropäischen und angelsächsischen Bereich (s. Ziff. 3.5 hinten).

Im Bereich der Gesundheitsberufe dürften insbesondere folgende Punkte zu einer Akzentuierung der Problematik beigetragen haben:

Wie oben erwähnt, werden heute individuelle Standpunkte gegenüber hierarchischen Ordnungen und den durch sie vertretenen öffentlichen Interessen stärker beachtet. Die Wahrscheinlichkeit ist damit grösser geworden, dass eine nach dem Stand von Wissenschaft und Technik geforderte oder gerechtfertigte Behandlung durch die Personen, welche in den Entscheid über diese Behandlung oder in ihre Durchführung involviert sind, aus religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen in Frage gestellt oder abgelehnt wird. Während früher auch im medizinischen Bereich der fachtechnisch und hierarchisch abgestützte Entscheid von den an der Ausführung Beteiligten wohl in der Regel unwidersprochen hingenommen wurde, hat die emanzipatorische Entwicklung der pluralistischen Gesellschaft es ermöglicht, dass solche Entscheidungen von den Beteiligten auf Grund ihrer persönlichen Überzeugungen zumindest kritisch in Frage gestellt werden können.

Sodann haben sich auf Grund der Entwicklung von Wissenschaft und Technik die tatsächlichen Einwirkungs- und Beeinflussungsmöglichkeiten der Medizin auf den Verlauf krankheits- oder altersbedingter Prozesse ausgesprochen stark erweitert. Dies zeigt sich besonders deutlich bei der Beeinflussung der früher mehr oder weniger schicksalhaft empfundenen Vorgänge beim Beginn (Humangenetik, Gynäkologie etc.) und beim Ende des Lebens (Behandlung Schwerstkranker, Unfallmedizin, Geriatrie etc.). Gerade weil die Vorgänge um den Anfang und das Ende des Lebens traditionell oft als schicksalhaft empfunden wurden, ist ihre Bewertung und Verarbeitung noch heute sehr stark mit religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen verknüpft und entsprechende Eingriffe werden daher oft als Überschreitung der Grenzen empfunden, welche menschlichem Handeln beim Entscheid über Leben oder Tod gesetzt wären.

Bis weit nach dem Zweiten Weltkrieg bestanden für die Behandlung krankheits- oder alterungsbedingter Prozesse kaum Auswahlmöglichkeiten, und zwar weder im Bereich der Diagnose und Therapie noch im Bereich der quantitativen Versorgung. Dies bedeutete, dass im Einzelfall einfach diejenigen Massnahmen getroffen wurden, die unter den gegebenen Umständen möglich und machbar waren. In der Zwischenzeit haben sich aber die Behandlungsmöglichkeiten sowohl in medizintechnischer als auch in versorgungstechnischer Hinsicht stark erweitert. Es sind Behandlungsmöglichkeiten im Bereich der Diagnose und der Therapie realisierbar geworden oder in Entwicklung begriffen, welche noch vor wenigen Jahren in den Bereich der Utopie verwiesen worden wären. Ebenso hat die medizinische Versorgung etwa durch die transporttechnische und siedlungsbauliche Entwicklung in der Schweiz faktisch ebenfalls eine starke Ausdehnung erfahren. So betrachtet wird ein Entscheid über die Einschränkung medizinischer Leistungen im Grunde erst zum Thema, wenn die faktische Möglichkeit zur Erbringung denkbarer Leistungen entsprechend stark ausgeweitet wurde. Je stärker das im Grundsatz

mögliche Leistungsangebot ausgeweitet wird, desto umstrittener wird auch die Frage, ob und wann alle diese Möglichkeiten zum Einsatz kommen sollen, sowie wer gegebenenfalls über den Verzicht auf Massnahmen oder über ihre Durchführung entscheiden soll.

3.4 Bestehende Rechtsgrundlagen und Verfahren zur Bewältigung von Gewissenskonflikten bei medizinischen Behandlungen

3.4.1 Grundrechte im Allgemeinen

Artikel 15 BV, insbesondere Absatz 1 und 2⁹, gewährleistet die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Individuums¹⁰. Die Bestimmung gibt jeder Person das Recht, ihre Religion oder ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen, diese allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen sowie nach diesen Überzeugungen Handlungen vorzunehmen oder zu vermeiden. Als Grundrechtsnorm kann diese Bestimmung im Grundsatz jederzeit von jeder Person geltend gemacht und in jedem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren angerufen werden. Zur inhaltlichen Tragweite im vorliegenden Zusammenhang s. das Gutachten ISD und dortige Hinweise¹¹. Die Einschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit bedarf - wie die Einschränkung aller übrigen Grundrechte - einer gesetzlichen Grundlage, sie muss durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein und sie muss verhältnismässig sein¹².

Nach Artikel 36 Absatz 3 BV¹³ müssen die Behörden die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch in den Rechtsverhältnissen zwischen Privaten zur Anwendung bringen. Diese Verpflichtung richtet sich sowohl an die rechtsetzenden als auch an die rechtsanwendenden Behörden; als gesetzliche Ausprägung dieses Auftrags kann im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Regelung des Persönlichkeitsschutzes im Privatrecht des Bundes betrachtet werden (s. dazu Ziffer 3.4.3 hinten). Zur Tragweite der sogenannten Drittwirkung der Grundrechte

⁹ Die Bestimmung lautet:

"¹Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist gewährleistet.

²Jede Person hat das Recht, ihre Religion und ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen."

¹⁰ Dieser Bestimmung entsprechen die völkerrechtlichen Normen von Artikel 9 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) und Artikel 18 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2); s. auch Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 2.1; zum Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Garantien und den Garantien der Bundesverfassung s. etwa Jörg Paul MÜLLER, a.a.O., S. 11 sowie dortige Hinweise.

¹¹ Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 2.1 und 2.3.

¹² Artikel 36 BV; s. Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 2.3 und dortige Hinweise.

¹³ Die Bestimmung lautet:

"³Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden."

im vorliegenden Zusammenhang s. im Weiteren das Gutachten IDS und die dortigen Hinweise¹⁴.

Es kann im Übrigen davon ausgegangen werden, dass natürliche Personen durch konkludentes Verhalten oder durch Vertrag freiwillig auf die Ausübung gewisser Grundrechte verzichten können, dass aber ein solcher Verzicht von staatlichen Organen nicht zur Umgehung des Legalitätsprinzips genutzt werden darf¹⁵.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Grundrechtsbestimmungen der Verfassung zwar die Gesetzgeber aller Stufen zur Umsetzung verpflichten, dem Bundesgesetzgeber aber keine spezifischen Rechtsetzungskompetenzen neben der verfassungsmässigen Kompetenzordnung gemäss Artikel 54 ff. BV verschaffen¹⁶.

3.4.2 Rechtsprechung zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101)

Zu Art. 8 EMRK¹⁷ besteht soweit ersichtlich keine Rechtsprechung mit Bezug zur Verweigerung der Mitwirkung aus Gewissensgründen bei der Ausübung von Gesundheitsberufen (s. Ziff. 2.1 vorne).

Art. 9 EMRK¹⁸ schützt nicht nur die inneren persönlichen und religiösen Überzeugungen, sondern auch Handlungen, die eng damit verbunden sind und die den Glauben oder eine bestimmte Überzeugung manifestieren, z.B. den Gottesdienst¹⁹. Der Begriff "Praktizieren" gemäss Art. 9 Abs. 1 EMRK schützt jedoch

¹⁴ Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 2.4.

¹⁵ Anhang V, Gutachten BJ, S. 6.

¹⁶ S. Anhang VII, Dok. 2, Arbeitspapier BJ vom 1. März 2001.

¹⁷ Die Bestimmung lautet:

" 1. Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

2. Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist."

¹⁸ Die Bestimmung lautet:

" 1. Jedermann hat Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfasst die Freiheit des einzelnen zum Wechsel der Religion oder der Weltanschauung sowie die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Unterricht, Andachten und Beachtung religiöser Gebräuche auszuüben.

2. Die Religions- und Bekenntnisfreiheit darf nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener Beschränkungen sein, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Massnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sind."

¹⁹ S. Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Gerichtshof) vom 1.7.1997 i.S. *Kalaç g. Türkei*, Rep. 1997-IV, Ziff. 27.

nicht jegliche Handlung oder jegliches Verhalten in der Öffentlichkeit, welches durch die Religion oder eine innere Überzeugung motiviert ist.

Im Bereich der Gesundheitsberufe wurde vom Gerichtshof ein Fall beurteilt, in dem sich Apotheker weigerten, aus religiöser Überzeugung die Antibabypille abzugeben, und sich gegen ihre Verurteilung mit Berufung auf Art. 9 EMRK wehrten; der Gerichtshof erklärte, dass die Beschwerdeführer nicht das Recht hätten, den Verkauf eines zulässigen rezeptpflichtigen Produkts, das ausschliesslich in Apotheken erhältlich ist, zu verweigern und damit ihre religiösen Überzeugungen Dritten aufzudrängen. Sie hätten genügend Möglichkeiten, ihre Überzeugungen ausserhalb des beruflichen Bereiches zu manifestieren²⁰.

Auch im Bereich anderer gesetzlicher oder beruflicher Verpflichtungen sind die Kommission und der Gerichtshof bei der Annahme eines Verstosses gegen Artikel 9 EMRK eher zurückhaltend²¹. So wird etwa angenommen, dass mit der Annahme einer beruflichen Tätigkeit und der damit verbundenen Verpflichtungen im entsprechenden Ausmass auf die Ausübung der Glaubens- und Gewissensfreiheit verzichtet werde und es den Betroffenen freistehe, bei einem Gewissenskonflikt auf die Berufsausübung zu verzichten. Während dies in relativ spezifischen Fällen durchaus zutreffen kann²², berücksichtigt diese Rechtsprechung weder die heutige relativ rasche Entwicklung und Veränderung der beruflichen Anforderungen und die Entwicklung der Persönlichkeit noch das unter Umständen mit einer solchen Entscheidung ausgesprochene faktische Berufsverbot.

3.4.3 Privatrecht des Bundes

Art. 122 BV verschafft dem Bund eine generelle Regelungskompetenz für das Zivilrecht und damit insbesondere für die Modalitäten der Arbeitsverträge und Auftragsverhältnisse zwischen Privaten.

Das geltende Zivilrecht schafft die Rahmenbedingungen für die Rechtsverhältnisse zwischen den privaten Leistungserbringern im Gesundheitswesen (Ärzte, Apotheker, Pflegepersonal sowie Institutionen des privaten Rechts) einerseits und den Personen, welche diese Leistungen beanspruchen andererseits²³. Das Verhältnis zwischen den Personen, welche einen Gesundheitsberuf selbständig ausüben, und den von ihnen Behandelten untersteht in der Regel dem Auftragsrecht des Obligationenrechts (OR; SR 220)²⁴. Artikel 404 OR sieht vor, dass das Vertrags-

²⁰ S. Unzulässigkeitsentscheid des Gerichtshofs vom 2.10.2001 i.S. *Pichon u. Sajous g. Frankreich*, 49853/99.

²¹ S. etwa die unter Ziffer 3.6.4 und 3.5.5 erwähnten Fälle.

²² Stehen die Pflichten eines Geistlichen, die ihm vom Staat auferlegt werden, im Widerspruch zu seinen Überzeugungen, so steht es ihm frei, seine Anstellung als Geistlicher aufzugeben - als ultimative Garantie seiner Gewissens- und Religionsfreiheit; s. Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte (Kommission) i.S. *Børre Arnold Knudsen g. Norwegen*, DR 42, 247 (257), Ziff. 2.

²³ Zu den vertragsrechtlichen Beziehungen im Gesundheitsrecht s. insb. Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 3.2.1-3.2.3 und dortige Hinweise.

verhältnis von beiden Seiten jederzeit aufgelöst werden kann, dass aber eine Auflösung zur Unzeit zu Schadenersatzpflicht führen kann²⁵. Von diesem gesetzlichen Kündigungsrecht kann auch im Falle eines allfälligen Gewissenskonflikts des Leistungserbringers Gebrauch gemacht werden.

Ebenfalls unter dem Regime des Bundeszivilrechts stehen die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Bereich des Gesundheitsrechts, soweit es sich bei Spitälern, Ambulatorien etc. um Betriebe handelt, die nicht dem öffentlichen Recht unterstehen. So könnte der Bund beispielsweise das Recht des Arbeitnehmers auf Verweigerung der Mitwirkung bei bestimmten medizinischen Eingriffen (z.B. von Schwangerschaftsabbrüchen) gesetzlich näher regeln²⁶. Bereits Artikel 328 Absatz 1 OR hält aber fest, dass der Arbeitgeber "im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen" hat. Diese Bestimmung gilt als Konkretisierung der in Artikel 27 und 28 des Zivilgesetzbuchs (SR 210)²⁷ verankerten allgemeinen Regelung über den Persönlichkeitsschutz unter Privaten²⁸ und ist auch auf vertraglich angestellte Personen anwendbar, die einen Gesundheitsberuf ausüben²⁹. Eine weitere solche Konkretisierung kann in den Bestimmungen des OR über den Kündigungsschutz (Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR) und die Rechtsfolgen einer missbräuchlich ausgesprochenen Kündigung gesehen werden (Art. 336a OR).

²⁴ S. Art. 394 ff. OR sowie Theo GUHL/Alfred KOLLER/Jean Nicolas DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. Zürich 2000, S. 494 ff.

²⁵ Art. 404 OR lautet:

¹Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden.

²Erfolgt dies jedoch zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatz des dem andern verursachten Schadens verpflichtet."

²⁶ Vgl. Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 3.2.2.

²⁷ Geltender Wortlaut von Art. 27 und 28 ZGB:

Art. 27

B. Schutz der Persönlichkeit ¹Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten.
I. Vor übermässiger Bindung

²Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.

Art. 28

II. Gegen Verletzungen ¹Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.
1. Grundsatz

²Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist."

²⁸ S. etwa GUHL/KOLLER/DRUEY, a.a.O., S. 449; Manfred REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Aufl., Bern 1999, S. 102ff., sowie Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 3.2.2.

²⁹ Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 4.1.

Von der Zivilrechtskompetenz nicht erfasst werden in der Regel die öffentlichen Spitäler der Kantone bzw. der kantonalen Hoheitsträger, es sei denn, diese unterstellen das entsprechende Personal ausdrücklich dem OR³⁰.

Eine Rolle spielt ferner im vorliegenden Kontext auch das Vormundschaftsrecht (Art. 360 ff. ZGB). Es regelt, wie zu verfahren ist, wenn eine Person nicht in der Lage ist, ihre Interessen wahrzunehmen; vorbehalten bleibt das Kindesrecht bzw. die Wahrnehmung der Interessen des Kindes durch seine Eltern. Dabei geht es nicht nur um vermögensrechtliche Interessen, sondern um die gesamten persönlichen Interessen der unmündigen oder entmündigten Person (Art. 367 und 407 ZGB). Daraus resultiert ein sehr enger, wenn auch nur mittelbarer Zusammenhang mit der Problematik des Gewissenskonfliktes bei Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben. Zu einem rechtlich relevanten Gewissenskonflikt bei der Behandlung bevormundeter Personen kann es nämlich nur bzw. erst dann kommen, wenn sich auch die Vormundschaftsbehörde bzw. der Vormund oder Beistand hinter eine bestimmte medizinische Massnahme bzw. deren Verweigerung stellt, dieser Entscheid aber von einer an der Behandlung beteiligten Person aus Gewissensgründen in Frage gestellt oder abgelehnt wird. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn die Einsetzung eines Vormunds (in Frage kommt auch ein Beistand) entgegen der Überzeugung einer beteiligten Person verweigert wird, weil der Patient einen solchen gar nicht brauche.

Was die Praxis betrifft, ist festzustellen, dass das Vormundschaftsrecht nur dann zum Zuge kommt, wenn - was selten der Fall ist - bereits vor der einen Gewissenskonflikt auslösenden Entscheidung ein Vormund oder ein Beistand bestellt worden ist. In den übrigen Fällen findet in der Regel das (kantonale) Medizinalrecht Anwendung und auf den Einbezug der Vormundschaftsbehörde in die Entscheidungsfindung wird verzichtet³¹.

3.4.4 Öffentliches Gesundheitsrecht des Bundes

Die gesundheitsrechtlichen Kompetenzen des Bundes sind punktueller Natur und Artikel 118 Absatz 1 BV gibt zwar dem Bund einige Kompetenzen zum Schutze der öffentlichen Gesundheit (z.B. Lebensmittelpolizei, Heilmittelkontrolle, Schutz vor Epidemien sowie vor ionisierenden Strahlen), enthält aber implizit einen Vorbehalt zu Gunsten der kantonalen Grundzuständigkeit. Neben der abschliessenden Aufzählung von Artikel 118 Absatz 2 BV ergeben sich aus der BV noch inhärente Kompetenzen für gesundheitsrechtliche Regelungen im Bereiche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie, des Sozialversicherungsrechts, der Ausbildung, des Umweltschutzes sowie im Bereich des Arbeitnehmerschutzes. Im Übrigen aber gingen Lehre und Praxis bisher immer von einer Grundzuständigkeit der Kantone aus³². Diese umfasste insbesondere auch die wesentlichen Regelungen

³⁰ Anhang VII, Dok. 2, Arbeitspapier BJ vom 1. März 2001.

³¹ S. etwa Ziff. 3.3.3.3 der Botschaft vom 12. September 2001 betreffend das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) und das Zusatzprotokoll vom 12. Januar 1998 über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen, BBl **2002** 271).

über das öffentliche und private Gesundheitswesen, d.h. die Zulassung von Ärzten, Apothekern, Spitälern und anderen Anbietern von Dienstleistungen im Gesundheitsbereich sowie die Aufsicht über diese Personen und Institutionen. Im vorliegenden Fall kann daher aus Artikel 118 BV keine Regelungskompetenz für den Bund abgeleitet werden.

3.4.5 Personalrecht des Bundes

Soweit der Bund selbst Arbeitgeber ist, kann er die Dienst- und Arbeitsverhältnisse seines Personals selbst regeln. Im Bereich des öffentlichen Gesundheitswesens spielt er aber als Arbeitgeber im Spital- und Pflegebereich keine wesentlich Rolle. Soweit ersichtlich, gibt es nur wenige entsprechende Einrichtungen des Bundes, welche gesamthaft gesehen kaum ins Gewicht fallen³³.

3.4.6 Öffentliches Arbeitsrecht des Bundes

Nach Artikel 110 Absatz 1 Buchstaben a und b BV kann der Bund den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und die betrieblichen und beruflichen Angelegenheiten zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite regeln³⁴. Auf diese Bestimmung abgestützt wird insbesondere das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11). Sein Geltungsbereich erstreckt sich auch auf Betriebe des Gesundheitswesens; ausgenommen sind öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit sowie Körperschaften des öffentlichen Rechts, deren Arbeitnehmer in der Mehrzahl öffentlich-rechtlich angestellt sind³⁵. In materieller Hinsicht befasst das ArG sich spezifisch mit der Wahrung der Sicherheit und der Gesundheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und der sogenannten Betriebsordnung³⁶, während die allgemeinen Aspekte des Persönlichkeitsschutzes dem Privatrecht überlassen werden³⁷. Der relativ offene Wortlaut

³² S. etwa Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 334.

³³ Es handelt sich insbesondere um die vom Bundesamt für Militärversicherung geführte Eidgenössische Rehabilitationsklinik Novaggio; das Personal der von der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt geführten Rehaklinik Bellikon und der Clinique romande de réadaptation Sion wird im Grundsatz privatrechtlich angestellt (Art. 20 Reglement über die Organisation der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt, SR 832.207).

³⁴ Die Bestimmung lautet:

"¹Der Bund kann Vorschriften erlassen über:

- a. den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer;
 - b. das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, insbesondere über die gemeinsame Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten;
- ..."

³⁵ Art. 2 Abs. 2 ArG i.V. mit Art. 4 und 7 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111); zum Geltungsbereich s. etwa Manfred REHBINDER/Roland A. MÜLLER, ArG - Arbeitsgesetz, 5. Aufl., Zürich 1998, Art. 2, S. 32ff.

³⁶ S. Art. 6 und 36 ArG.

³⁷ S. etwa REHBINDER, a.a.O.; S. 33ff. und 186.

von Artikel 110 Absatz 1 Buchstaben a und b BV würde es allerdings ermöglichen, dass der Bundesgesetzgeber relativ weitgehende öffentlich-rechtliche Vorschriften über den Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Verhältnis zum Arbeitgeber erlassen würde³⁸.

3.4.7 Strafrecht

Artikel 123 BV verschafft dem Bund im Bereich des Strafrechts sehr weitgehende Regelungskompetenzen. Insbesondere kann aus Artikel 128 des Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) eine allgemeine gesetzliche Pflicht zur Nothilfe abgeleitet werden, die insbesondere für Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben, zum Tragen kommt³⁹.

Die strafrechtliche Behandlung des Schwangerschaftsabbruchs durch Artikel 119 StGB, welcher die Strafbarkeit bzw. die Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs sowie strafprozessuale Fragen zum Gegenstand hat, spielt zwar sachlich im vorliegenden Kontext eine gewisse Rolle⁴⁰. Die Verweigerung der Mitwirkung an einem Schwangerschaftsabbruch stellt aber - unter Vorbehalt der Verweigerung der Nothilfe nach Artikel 127 und 128 StGB - keinen bundesrechtlich geregelten Straftatbestand dar. Die dienstrechtlichen, arbeitsrechtlichen oder aufsichtsrechtlichen Folgen einer solchen Weigerung sind nicht eine Materie des Strafrechts. Artikel 123 BV bietet daher weder in der geltenden noch in der neuen Fassung eine hinreichende Grundlage für die Regelung kantonaler dienst- und aufsichtsrechtlicher Verhältnisse.

Eine Rolle spielt ferner die aus den Artikel 127 und 128 StGB abgeleitete Pflicht zur Nothilfe, indem deren Verweigerung unter Strafe gestellt wird⁴¹. Diese Pflicht

³⁸ S. BBI 1997 I 320f.; zur Tragweite der Vorläuferbestimmung in der Bundesverfassung von 1874 vgl. Gabriel AUBERT, in "Kommentar BV", Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. a-c, Rz. 16-22.

³⁹ Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 3.2.5.

⁴⁰ Die Auswirkungen des Strafrechts auf die Organisation des Gesundheitswesens werden erweitert, wenn die noch dem Referendum unterstehende Gesetzesänderung über die Fristenregelung angenommen wird. Artikel 119 Absatz 4 StGB lautet nach der neuen Regelung (s. BBI 2001 1338):

"Die Kantone bezeichnen die Praxen und Spitäler, welche die Voraussetzungen für eine fachgerechte Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen und für eine eingehende Beratung erfüllen."

⁴¹ Die Bestimmungen lauten:

Art. 127

4. Gefährdung des Lebens und der Gesundheit
Aussetzung

Wer einen Hilflosen, der unter seiner Obhut steht oder für den er zu sorgen hat, einer Gefahr für das Leben oder einer schweren unmittelbaren Gefahr für die Gesundheit aussetzt oder in einer solchen Gefahr im Stiche lässt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

Art. 128

Unterlassung der Nothilfe

Wer einem Menschen, den er verletzt hat, oder einem Menschen, der in unmittelbarer Lebensgefahr schwebt, nicht hilft, obwohl es ihm den Umständen nach zugemutet werden könnte, wer andere davon abhält, Nothilfe zu leisten, oder sie dabei behindert, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

kann sowohl aus der faktischen Situation heraus, als auch aus einer vertraglichen oder spezialgesetzlichen Garantenstellung heraus erwachsen⁴². Personen, die bei der Ausübung eines Gesundheitsberufs unter Berufung auf einen Gewissenskonflikt eine mit Strafe bedrohte Verweigerung der Hilfeleistung begehen, können diese Beweggründe nur im Rahmen der allgemeinen strafrechtlich (und grundrechtlich) anerkannten Rechtfertigungsgründe vorbringen. Das Strafrecht stellt so gesehen eine Grenze für das individuelle Tun und Unterlassen dar, welche durch eine Gewissensentscheidung des Einzelnen nicht durchbrochen werden kann.

3.4.8 Grundlagen des kantonalen Rechts

Im Rahmen der kantonalen Gesundheitsgesetzgebung, insbesondere in den Gesetzen, welche die Ausübung der Gesundheitsberufe erfassen, findet sich eine Reihe von Regelungen, welche die Handlungs- und Leistungspflichten sowie die entsprechenden Möglichkeiten der Verweigerung von Leistungen von Personen zum Gegenstand haben, die einen Gesundheitsberuf ausüben⁴³. Den Geltungsbereich dieser Regelungen können die Kantone sowohl auf Institutionen des öffentlichen Rechts - die Rechte und Pflichten der Gesundheitsberufe richten sich in diesen Fällen im Wesentlichen nach dem jeweiligen Beamten- oder Angestelltenrecht⁴⁴ - als auch auf solche des privaten Rechts erstrecken⁴⁵, wobei aber in solchen Fällen der Vorrang des Bundesrechts zu beachten ist.

Inhaltlich lassen sich hinsichtlich der gesetzlichen Erfassung der Geltendmachung von Gewissenskonflikten derzeit im Wesentlichen drei Gruppen von Regelungen unterscheiden:

Die Kantone Aargau, Bern, Freiburg, Luzern, Schaffhausen, Tessin und Wallis haben Regelungen erlassen, welche den Gewissenskonflikt als Kriterium nennen, auf Grund dessen Verpflichtete die Durchführung von medizinischen Behandlungen ablehnen können⁴⁶. Der Geltungsbereich der Regelungen ist allerdings nicht identisch; zum Teil werden alle Personen erfasst, die einen Gesundheitsberuf ausüben, zum Teil das Personal, das in kantonalen oder vom Kanton unterstützten Einrichtungen tätig ist, zum Teil lediglich das Personal der kantonalen Institu-

⁴² S. dazu etwa Günter STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 5. Aufl., Bern 1995, S. 86, Rz. 46 ff. und S. 90, Rz. 61 ff.

⁴³ S. dazu im Einzelnen Anhang II, Gutachten IFUF.

⁴⁴ S. Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 3.3.

⁴⁵ S. Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 3.2.4.

⁴⁶ AG: § 19 des Dekrets vom 21. August 1990 über die Rechte und Pflichten der Krankenhauspatienten; BE: Art. 23 des Gesundheitsgesetzes vom 2. Dezember 1984; FR: Art. 88 des Gesundheitsgesetzes vom 16. November 1999; LU: § 24 der Verordnung vom 16. November 1993 über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten der kantonalen Heilanstalten; SH: § 19 Abs. 3 des Gesundheitsgesetzes vom 27. November 2000; TI: Art. 18 Abs. 1 Legge del 18 aprile 1989 sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario; VS: Art. 30 Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes vom 9. Februar 1996; Texte s. Gutachten IFUF, Anhang II.

tionen. Ebenfalls nicht identisch ist der Regelungsansatz: Teilweise kann der Gewissenskonflikt generell geltend gemacht werden, teilweise nur gegenüber Behandlungen, die von den zu behandelnden Personen verlangt werden. Ausser der Regelung im Kanton Aargau werden auch ethische Gründe ausdrücklich erwähnt.

Appenzell Ausserrhoden, Nidwalden und Zürich legen fest, dass Eingriffe von der Institution oder von Ärztinnen oder Ärzten abgelehnt werden können, wenn sie weder aus medizinischen noch aus ethischen Gründen geboten sind⁴⁷.

Ein weites Ermessen räumen Solothurn und Genf den Personen ein, die einen Gesundheitsberuf ausüben: In Solothurn können Eingriffe in begründeten Fällen abgelehnt werden (die Art der Gründe bleibt offen), in Genf müssen Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben, keine Eingriffe vornehmen, die sie nicht vornehmen wollen⁴⁸. Einige Kantone relativieren das Verweigerungsrecht, indem sie Notfälle davon ausschliessen. Soweit allerdings aus dem Strafrecht des Bundes eine Hilfeleistungspflicht abzuleiten ist, haben diese Bestimmungen lediglich deklaratorischen Charakter.

Die jeweilige Regelungsstufe (Gesetz, Verordnung) richtet sich nach dem kantonalen Staatsrecht. Es ist aber auch darauf hinzuweisen, dass sich einzelne Detailregelungen, insbesondere Konfliktlösungsverfahren und -modelle in den Organisationsregelungen auf betrieblicher Stufe finden.

3.4.9 Verfahrensmodelle der Praxis

Verschiedene medizinische Institutionen haben auf betrieblicher Stufe faktisch oder in Form organisatorischer Vorschriften Verfahren eingeführt, welche es den Beteiligten ermöglichen sollen, Gewissenskonflikte bei der Erbringung medizinischer Leistungen zu lösen⁴⁹. Ziel sind in der Regel Lösungen, welche einerseits die notwendige medizinische Behandlung sicherstellen, andererseits aber verhindern, dass Personen mit Gewissenskonflikten generell von bestimmten Gesundheitsberufen ausgeschlossen werden.

⁴⁷ AR: Art. 29 der Verordnung vom 6. Dezember 1993 über die Rechtsstellung der Patienten und Patientinnen der kantonalen Spitäler; NW: § 79 der Vollziehungsverordnung vom 27. März 1981 zum Gesetz über das Kantonsspital; ZH: § 23 der Verordnung vom 28. August 1991 über die Rechte und Pflichten der Patienten in staatlichen und vom Staat unterstützten Krankenhäusern; Texte s. Gutachten IFUF, Anhang II.

⁴⁸ SO: § 38 des Gesundheitsgesetzes vom 27. Januar 1999; GE: Art. 10 de la Loi du 11 mai 2001 sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical; Texte s. Gutachten IFUF, Anhang II.

⁴⁹ Als Beispiel s. etwa Kurt VON SIEBENTHAL/Ruth BAUMANN-HÖLZLE, Interdisziplinäres Modell, Anhang VII, Dok. 3; vgl. auch den Ergänzungsbericht des Regierungsrates des Kantons Zürich [Protokollauszug 1816] an den Kantonsrat betreffend die ethische Beratung im Gesundheitswesen, Anhang VII, Dok. 4.

3.5 Hinweise auf laufende Arbeiten mit einem Bezug zur hier behandelten Problematik

3.5.1 Vormundschaftsrecht

Zur Zeit ist eine Expertenkommission des Bundes damit beschäftigt, Vorschläge für ein revidiertes Vormundschaftsrecht (Erwachsenenschutzrecht) zu erarbeiten. In diesem Kontext wird unter anderem geprüft, welche Bedeutungen Anordnungen haben, die eine urteilsfähige Person mit Blick auf die gewünschte medizinische Behandlung bei allfälliger späterer Urteilsunfähigkeit trifft (Patientenverfügung). Die Arbeitsgruppe ist daher dem Zusammenhang zwischen dem Vormundschaftsrecht und den Rechten der Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben, im Hinblick auf allfällige Gewissenskonflikte nicht näher nachgegangen.

3.5.2 Zwangssterilisationen

Die zwangsweise Vornahme von Sterilisationen ist eine medizinische Behandlung, die bei den damit Beauftragten Gewissenskonflikte auslösen kann. Es ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Behandlung einer Parlamentarischen Initiative⁵⁰ von der zuständigen Subkommission des Nationalrats derzeit ein Entwurf für eine gesetzliche Regelung zur Problematik der zwangsweisen Sterilisation ausgearbeitet wird, der sich auch mit den Voraussetzungen für die Vornahme dieser Behandlung befasst. Die Arbeitsgruppe hat sich daher mit dem Thema nicht vertieft befasst.

3.5.3 Sterbehilfe unter strafrechtlichen Aspekten

In den letzten Jahren wurden auf Bundesebene verschiedene parlamentarische Vorstösse eingereicht, welche die strafrechtliche Regelung der sogenannten Sterbehilfe zum Gegenstand hatten⁵¹ und die teilweise noch pendent sind⁵². Eine vom EJPD im März 1997 eingesetzte Arbeitsgruppe "Sterbehilfe" veröffentlichte am 29. April 1999 einen Bericht; dieser wurde im Juli 2000 vom Bundesrat in Erfüllung von Anliegen der Motion Ruffy mit einer Stellungnahme an das Parlament weitergeleitet. Darin schlägt der Bundesrat vor, im Rahmen laufender Gesetzgebungsarbeiten auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitswesens die Palliativmedizin und -pflege nach Möglichkeit zu fördern und eine Expertenkommission mit der Ausarbeitung gesetzlicher Grundlagen zur Regelung der passiven sowie der indi-

⁵⁰ Parlamentarische Initiative 99.451 von Felten, Zwangssterilisation. Entschädigung für Opfer.

⁵¹ 94.3370 Motion Ruffy, Sterbehilfe. Ergänzung des Strafgesetzbuches (am 14. März 1996 vom Nationalrat als Postulat überwiesen); 00.441 Parlamentarische Initiative Cavalli, Strafbarkeit der aktiven Sterbehilfe. Neuregelung; 01.407, Parlamentarische Initiative Vallender, Verleitung und Beihilfe zur Selbsttötung. Neuregelung von Artikel 115 StGB; 01.3523 Motion Zäch, Sterbehilfe. Gesetzeslücke schliessen statt Tötung erlauben.

⁵² Während der Nationalrat den beiden in Fussnote 51 erwähnten Parlamentarischen Initiativen keine Folge gegeben hat, hat er die Motion Zäch am 11. Dezember 2001 angenommen. Ausstehend ist der Entscheid des Ständerats.

rekten aktiven Sterbehilfe zu beauftragen. Eine besondere gesetzliche Regelung der direkten aktiven Sterbehilfe im Sinne des Arbeitsgruppenberichts lehnt der Bundesrat dagegen ab.

Es ist unbestritten, dass die Mitwirkung an Vorkehrungen im Bereich der Sterbehilfe für die mit Entscheiden und Ausführungsarbeiten betrauten Personen Gewissenskonflikte auslösen kann. Da nun aber einerseits die materielle Bearbeitung der Fragen zur Sterbehilfe bereits im Gange ist und andererseits die Problematik des Gewissenskonflikts nicht spezifisch von einem bestimmten Sachgebiet abhängt, sieht die Arbeitsgruppe davon ab, in der Frage allfälliger Gewissenskonflikte bei der Sterbehilfe besondere Abklärungen zu treffen.

3.6 Zum Umgang mit Gewissenskonflikten in anderen staatlich geregelten Gebieten

3.6.1 Allgemeines

Die auf der gesamtgesellschaftlichen Entwicklung beruhende zunehmende Beachtung und Bedeutung von Gewissenskonflikten bei der Erfüllung staatlich vorgegebener Verpflichtungen zeigt sich auch daran, dass sich das Phänomen nicht auf die medizinische Behandlung beschränkt. Entsprechende Konflikte tauchen auch in andern Gebieten auf, in welchen das Recht den Individuen bestimmte Handlungspflichten auferlegt.

3.6.2 Militärdienstpflicht

Im Bereiche der Militärdienstpflicht ist auf zwei Bereiche hinzuweisen, in welchen Rechte und Pflichten von Personen geregelt werden, die aufgrund religiöser oder weltanschaulicher Überzeugungen Handlungen verweigern, zu denen sie gesetzlich verpflichtet wären⁵³.

Der eine Bereich betrifft die Regelungen zur generellen Verweigerung des Militärdienstes aus Gewissensgründen. Artikel 1 des Zivildienstgesetzes (ZDG; SR 824.0) ermöglicht den Militärdienstpflichtigen die Leistung eines zivilen Ersatzdienstes, wenn sie "glaubhaft darlegen, dass sie den Militärdienst mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können". Das Gesetz regelt die formellen Voraussetzungen für das entsprechende Gesuch (schriftliches Gesuch, Vorlage eines ausführlichen Lebenslaufs, eines Strafregisterauszugs etc.; s. Art. 16 ZDG), weist aber den Entscheid über die materielle Glaubhaftigkeit des Gewissensentscheids einer (zivilen) Vollzugsbehörde zu, welche auf Antrag einer Kommission entscheidet. Die Umschreibung der materiellen Anforderungen an den Gewissensentscheid wird

⁵³ Es handelt sich ausschliesslich um Regelungen des nationalen Rechts; Artikel 9 EMRK (i.V. mit Art. 4 Abs. 3 Bst. b EMRK) gewährt nach der herrschenden Lehre und Praxis kein Recht aus Glaubens- und Gewissensgründen zur Verweigerung des Militärdienstes (s. Jochen A. FROWEIN/Wolfgang PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention - EMRK Kommentar, 2. Aufl. Kehl a. Rhein etc. 1996, Art. 9, Rz. 19; Mark E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl., Zürich 1999, S. 385).

somit der Praxis überlassen⁵⁴. Die Rekurskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes hat den Auftrag des Gesetzes dahingehend ausgelegt, dass es zwar keine allgemeingültige Umschreibung des Gewissensbegriffes geben könne. Ein Gewissenskonflikt sei aber dann glaubhaft, wenn die getroffene Entscheidung zur Verweigerung innerlich derart verankert und verpflichtend sei, dass man gegen sie nicht ohne Schaden an der sittlichen Persönlichkeit verstossen könne⁵⁵. Hinsichtlich der Glaubhaftmachung erklärt die Kommission, über die Prüfung und Beurteilung innerer Vorgänge könne zwar in der Regel kein direkter Beweis geführt werden, der Entscheid könne sich aber "in einer bestimmten Lebensgrundhaltung, mithin etwa aufgrund von Indizien, Hinweisen, Vorkommnissen oder Verhaltensregeln im täglichen Leben eines Gesuchstellers manifestieren". Die Ernsthaftigkeit der vorgebrachten Gründe sei allerdings gesamthaft "einer eigentlichen Rechtskontrolle wenig zugänglich"⁵⁶ und hinsichtlich der Beweisführung zur inneren Überzeugung dürfe kein allzustrenger Massstab angelegt werden⁵⁷.

Der andere Bereich betrifft die Leistung von waffenlosem Militärdienst aus Gewissensgründen. Artikel 16 Militärgesetz (SR 510.10) sieht vor, dass Dienstpflichtige, welche den bewaffneten Militärdienst mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können, ihre Dienstleistung unbewaffnet erbringen dürfen. Die Einzelheiten hat der Bundesrat in der Verordnung über den waffenlosen Militärdienst aus Gewissensgründen (SR 511.19) geregelt; der Entscheid erfolgt zwar im Wesentlichen in dienstlichem Rahmen, doch entsprechen die formellen und sinngemäss auch die materiellen Voraussetzungen für die Anerkennung des Gewissenskonfliktes bzw. die Bewilligung zur Dienstleistung ohne Waffe weitgehend denjenigen für die Leistung des Zivildienstes.

3.6.3 Allgemeine Schulpflicht und Schulordnungen

Dass sich Konflikte zwischen persönlichen Überzeugungen und staatlichen Handlungsvorgaben im Rahmen der zunehmend pluralistischen Gesellschaft akzentuiert haben, zeigt sich auch im Bereich der öffentlichen Schule. In den vergangenen Jahren sind verschiedentlich Fälle von gerichtlichen Instanzen entschieden worden, in welchen die Tragweite der Glaubens- und Gewissensfreiheit im Bereich der Schule zur Diskussion stand. Konkret ging es beispielsweise um die Weigerung der Teilnahme an bestimmten Schulveranstaltungen (z.B. Dispensation vom Schwimmunterricht und Dispensation vom Unterricht zu Gunsten religiöser Veranstaltungen) oder um die Weigerung von Lehrern oder Schülern, bestimmte Verhaltensvorschriften der Schulordnung zu befolgen (z.B. Verbot des Tragens von Kopftüchern während des Unterrichts). Während das Bundesgericht hinsichtlich der Schülerinnen und Schüler eine relativ weit gehende Respektierung der Glaubens- und Gewissensfreiheit durch die Vollzugsbehörden verlangt⁵⁸,

⁵⁴ S. auch Anhang III, Gutachten IDS, S. 4 ff.

⁵⁵ Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 62.65, S. 601 und dortige Hinweise.

⁵⁶ VPB 62.65, S. 603f.

⁵⁷ VPB 64.130, S. 1294ff.

scheint es hinsichtlich des Lehrpersonals einen eher strengen Massstab anzulegen; so schützte es eine behördliche Entscheidung, die es einer Lehrerin untersagte, das als islamisches Glaubenssymbol verstandene Kopftuch während des Unterrichts zu tragen⁵⁹.

Zurückhaltend erscheint in diesem Zusammenhang die bisherige Praxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte⁶⁰: Art. 9 EMRK gewährt unter anderem Schutz vor religiöser Indoktrination durch den Staat und untersagt die Verpflichtung zur Teilnahme an religiös motivierten Veranstaltungen, z.B. sollte die Dispensation vom Religionsunterricht in der Schule möglich sein⁶¹. Dagegen kann die Verweigerung einer religiös motivierten Dispensation eines Schülers vom *allgemeinen* Unterricht mit Blick auf das Recht auf Bildung gemäss Art. 9 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt werden⁶².

3.6.4 Allgemeines öffentliches Personalrecht

Auch in diesem Bereich werden die mit der Unterstellung unter das öffentliche Personalrecht übernommenen Verpflichtungen etwa unter Berufung auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit von den Verpflichteten vermehrt in Frage gestellt. Je nach Anstellungsverhältnis überschneidet sich dieser Bereich zudem mit den Verpflichtungen im Gesundheitsbereich oder Schulbereich. Lehre und Praxis haben sich bisher im Zweifelsfall eher für die Durchsetzung der (gesetzlich abgestützten) Verpflichtungen entschieden⁶³. Kennzeichnend für diese Praxis ist auch die Praxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte, welche die Klage eines finnischen Bahnbeamten nicht zugelassen hat, der infolge von Differenzen bei der Arbeitszeituteilung und ihrer Unvereinbarkeit mit den für ihn massgebenden religiösen Feiertagsgeboten entlassen worden war⁶⁴. Diese Praxis wird im Übrigen auch auf privatrechtliche Anstellungen angewendet⁶⁵.

⁵⁸ BGE 114 Ia 129 (Freistellung vom Unterricht für religiöse Veranstaltung); BGE 117 Ia 311 (Freistellung vom Unterricht an Samstagen aus religiösen Gründen); BGE 119 Ia 178 (Freistellung vom koedukativen Schwimmunterricht).

⁵⁹ BGE 123 I 296: Das Verbot des Tragens eines Kopftuches während des Unterrichts als religiöses Symbol wurde unter Hinweis auf die religiöse Neutralität der Schule geschützt; vgl. auch die dazu in der Lehre geäusserte Kritik, zusammengefasst bei Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 91. Das Urteil wurde vom Gerichtshof für Menschenrechte u.a. mit Blick auf die konfessionelle Neutralität der Schule geschützt (Urteil vom 15.2.2001 i.S. *Dahlab g. Schweiz*): Es handle sich zwar um einen Eingriff in die Religionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 EMRK, doch sei er gemäss Art. 9 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt gewesen.

⁶⁰ S. dazu FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Art. 9 Rz. 11-20 und dortige Hinweise.

⁶¹ Villiger, a.a.O., S. 383 Rz. 595; s. auch *C.J., J.J. und E.J. g. Polen* vom 16.1.1996, DR 84-A, 46; *Angeleni c/ Schweden* vom 3.12.1986, DR 51, 41; Unzulässigkeitsentscheid des Gerichtshofs vom 26.6.2001 i.S. *Saniewski g. Polen*.

⁶² Urteil des Gerichtshofs vom 27.4.1999 i.S. *Casimiro u. Ferreira c/ Luxemburg*.

⁶³ S. etwa Isabelle HÄNER, Grundrechte im öffentlichen Personalrecht, in "Personalrecht des öffentlichen Dienstes", hgg. von Peter Helbling/Tomas Poledna, Bern 1999, S. 395ff. und dortige Hinweise.

3.7 Regelungen für den Gesundheitsbereich in anderen Staaten

Das Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung⁶⁶ zeigt auf, dass die hier behandelte Problematik in den verschiedenen untersuchten Staaten recht unterschiedlich gehandhabt und geregelt wird.

Die Handlungspflichten des Angehörigen von Gesundheitsberufen wird auf unterschiedlicher Grundlage festgelegt (Ableitung aus dem strafrechtlichen Nothilfeverweigerungsverbot - z.B. Deutschland⁶⁷, Frankreich⁶⁸, Oesterreich⁶⁹ -, aus besonderen, allenfalls mit dem strafrechtlichen Nothilfeverweigerungsverbot kombinierten gesundheitsgesetzlichen Regelungen, - z.B. Frankreich⁷⁰, Oesterreich⁷¹, Dänemark⁷², Norwegen⁷³ -, aus Standesregeln - z.B. Belgien⁷⁴, Italien⁷⁵ - oder primär aus vertraglicher Verpflichtung - z.B. Grossbritannien⁷⁶, Australien⁷⁷, Neuseeland⁷⁸).

Einige Staaten regeln die Behandlung des Gewissenskonfliktes im Zusammenhang mit besonderen Handlungspflichten bei Medizinalpersonen formell gar nicht bzw. gehen in ihrer Rechtsetzung stillschweigend davon aus, dass eine gesetzliche, vertragliche oder dienstrechtliche Verpflichtung einer persönlichen Gewissensentscheidung in jedem Fall vorgeht (insb. die skandinavischen Staaten⁷⁹; vgl. auch Grossbritannien⁸⁰). Die meisten untersuchten Staaten kennen dagegen ausgesprochen fachspezifische Regelungen. Bei diesen steht im Wesentlichen die Geltendmachung von Gewissenskonflikten bei der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen bzw. der entsprechenden Mitwirkung im Vordergrund (z.B. in Australien [South Australia und Northern Territory]⁸¹, Belgien⁸², Deutschland⁸³, Frankreich⁸⁴, Italien⁸⁵, Neuseeland⁸⁶, Niederlande⁸⁷, Dänemark⁸⁸, Norwegen⁸⁹,

⁶⁴ Die Kommission hat befunden, dass der Beschwerdeführer nicht wegen seiner religiösen Überzeugung, sondern wegen der Weigerung, die Arbeitszeiten zu respektieren, entlassen worden war; diese Weigerung, auch wenn sie religiös motiviert sei, werde als solche nicht von Art. 9 Abs. 1 EMRK geschützt (Entscheidung der Kommission vom 3.12.1996 i.S. *Konttinen g. Finnland*, DR 87, 68[75]).

⁶⁵ Entscheid der Kommission vom 9.4.1997 i.S. *Stedman g. Grossbritannien*, DR 89, 104.

⁶⁶ Anhang I, Gutachten SIR.

⁶⁷ Anhang I, Gutachten SIR, S. 9.

⁶⁸ Anhang I, Gutachten SIR, S. 19.

⁶⁹ Anhang I, Gutachten SIR, S. 38.

⁷⁰ Anhang I, Gutachten SIR, S. 19 ff.

⁷¹ Anhang I, Gutachten SIR, S. 39 u. 42.

⁷² Anhang I, Gutachten SIR, S. 49.

⁷³ Anhang I, Gutachten SIR, S. 50.

⁷⁴ Anhang I, Gutachten SIR, S. 5.

⁷⁵ Anhang I, Gutachten SIR, S. 26.

⁷⁶ Anhang I, Gutachten SIR, S. 57.

⁷⁷ Anhang I, Gutachten SIR, S. 3.

⁷⁸ Anhang I, Gutachten SIR, S. 32.

⁷⁹ Anhang I, Gutachten SIR, S. 49.

⁸⁰ Anhang I, Gutachten SIR, S. 57.

⁸¹ Anhang I, Gutachten SIR, S. 3.

⁸² Anhang I, Gutachten SIR, S. 5.

⁸³ Anhang I, Gutachten SIR, S. 13

⁸⁴ Anhang I, Gutachten SIR, S. 23 ff.

Grossbritannien⁹⁰ und vieler Teilstaaten der USA⁹¹). Gelegentlich werden auch die Verweigerung der Sterilisation oder anderer Eingriffe sowie der Beratung im Zusammenhang mit der Empfängnisverhütung und die Verweigerung der Abgabe empfängnisverhütender Mittel thematisiert (z.B. Belgien⁹², Neuseeland⁹³ und div. Einzelstaaten der USA⁹⁴). Seltener werden auch Gewissenskonflikte im Zusammenhang mit Fortpflanzungsmedizin, Organtransplantationen oder gentechnischen Behandlungen oder Zwangsbehandlungen zum Regelungsgegenstand (s. z.B. in Australien [Victoria]⁹⁵, Deutschland⁹⁶, Oesterreich⁹⁷, Grossbritannien⁹⁸ und div. Einzelstaaten der USA⁹⁹). Als einzige sachlich umfassende gesetzliche Regelung für die Geltendmachung von Gewissenskonflikten bei medizinischen Behandlungen wird die Gesetzgebung von Illinois¹⁰⁰ erwähnt; daneben bestehen relativ umfassende Normierungen im Rahmen von Landesregeln aller medizinischen Berufe (z.B. Frankreich¹⁰¹, Italien¹⁰², Grossbritannien¹⁰³).

Unterschiedlich sind die Regelungen aber auch hinsichtlich des erfassten Personals. Teilweise werden nur Ärzte und Ärztinnen erfasst, teilweise auch das Pflegepersonal (zum Teil bis hin zum Administrativpersonal), teilweise auch die Apotheker (insb. im Zusammenhang mit der Abgabe von empfängnisverhütenden Produkten).

Wenig thematisiert wird offenbar der unmittelbare Zusammenhang des geltend gemachten Gewissenskonfliktes zur grundrechtlich garantierten Glaubens- und Gewissensfreiheit. Ein Hinweis auf die entsprechende Bestimmung der Landesverfassung findet sich in Spanien¹⁰⁴. Die Landesregeln der britischen Ärzte und Ärztinnen sowie des britischen Pflegepersonals berufen sich sodann bei Regelung von Gewissenskonflikten unmittelbar auf Artikel 9 EMRK - dies in latentem Gegensatz zur staatlichen Rechtsetzung, welche im Rahmen der vertraglichen Bindungen kein Verweigerungsrecht vorsieht¹⁰⁵.

Gesamthaft gesehen lässt sich feststellen, dass die Thematik, soweit sie gesetzgeberisch erfasst wird, im untersuchten Rechtsraum durchwegs stark auf die Probleme im Zusammenhang mit dem Schwangerschaftsabbruch und der Empfängnisverhütung fixiert wird. Die generelle Frage, wie weit der Gesetzgeber im Rah-

⁸⁵ Anhang I, Gutachten SIR, S. 28 ff.

⁸⁶ Anhang I, Gutachten SIR, S. 32 ff.

⁸⁷ Anhang I, Gutachten SIR, S. 35.

⁸⁸ Anhang I, Gutachten SIR, S. 50.

⁸⁹ Anhang I, Gutachten SIR, S. 51.

⁹⁰ Anhang I, Gutachten SIR, S. 61 ff.

⁹¹ Anhang I, Gutachten SIR, S. 66 f.

⁹² Anhang I, Gutachten SIR, S. 6.

⁹³ Anhang I, Gutachten SIR, S. 34.

⁹⁴ Anhang I, Gutachten SIR, S. 66 f.

⁹⁵ Anhang I, Gutachten SIR, S. 4.

⁹⁶ Anhang I, Gutachten SIR, S.14 u. 16.

⁹⁷ Anhang I, Gutachten SIR, S. 47.

⁹⁸ Anhang I, Gutachten SIR, S. 64.

⁹⁹ Anhang I, Gutachten SIR, S. 67.

¹⁰⁰ Anhang I, Gutachten SIR, S. 67.

¹⁰¹ Anhang I, Gutachten SIR, S. 19 ff.

¹⁰² Anhang I, Gutachten SIR, S. 27 f.

¹⁰³ Anhang I, Gutachten SIR, S. 58 ff.

¹⁰⁴ Anhang I, Gutachten SIR, S. 55 f.

¹⁰⁵ Anhang I, Gutachten SIR, S. 58.

men der Verhältnismässigkeit die verfassungsmässige Glaubens- und Gewissensfreiheit bei der Verpflichtung zu medizinischen Handlungen einschränken kann, findet dagegen in den dargestellten Regelungen eher wenig Niederschlag.

4 Beurteilung der Ausgangslage

4.1 Gesetzlicher Auftrag

4.1.1 Unmittelbare Verpflichtungen natürlicher Personen

Nach dem massgebenden kantonalen Recht unterliegen die Gesundheitsberufe bestimmten gesetzlichen Verpflichtungen. Diese Verpflichtungen sind mehr oder weniger ausführlich formuliert und erfassen, je nach Fachausbildung und Status der Personen, unterschiedliche Tätigkeitsbereiche der Verpflichteten. Sie sind allerdings soweit ersichtlich nie so konkret gefasst, dass sie eine Verpflichtung zu ganz bestimmten Tätigkeiten (z.B. Vornahme von ganz bestimmten medizinischen Massnahmen oder Mitwirkung an solchen) vorschreiben würden. Sie schliessen aber praktisch durchwegs zumindest gewisse Hilfeleistungspflichten bei Notfällen ein, unabhängig davon, ob die Personen den Gesundheitsberuf selbständig ausüben oder in einem - privaten oder öffentlich-rechtlichen - Anstellungsverhältnis stehen. Die unterschiedlichen kantonalen Regelungen entsprechen den von den Kantonen im Rahmen ihres Ermessens ausgestalteten Systemen zur Erhaltung und Förderung der öffentlichen Gesundheit. Der Arbeitsgruppe liegen keine Anhaltspunkte vor, dass die Systemunterschiede und die damit verbundenen Nuancierungen in den unmittelbaren gesetzlichen Verpflichtungen der Gesundheitsberufe praktische Bedeutung erlangt hätten. Es gibt keine Hinweise darauf, dass im Rahmen der geltenden Regelungen gesetzliche Aufträge nicht hätten erfüllt werden können oder dass die Situation der Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben, durch die Regelungen in unzumutbarer Weise beeinträchtigt worden wäre.

4.1.2 Verpflichtungen von Institutionen

Gegenüber den verschiedenen Institutionen des Gesundheitsbereichs kann sich der gesetzliche Auftrag verdichten. Neben der unmittelbaren Erteilung von Aufträgen an öffentliche Institutionen kann der kantonale Gesetzgeber auch privatrechtlich organisierten Institutionen des Gesundheitsbereichs weitgehende Verpflichtungen auferlegen, sei dies in genereller Weise oder sei dies etwa in Form von Auflagen bei der Erteilung von Bewilligungen. Die eindeutigsten gesetzlichen Handlungsvorgaben haben in der Regel die Institutionen des öffentlichen Rechts. Es erscheint folgerichtig, dass die Pflichten der Institutionen sich auch auf die von ihnen beschäftigten Personen auswirken, da diese Institutionen ihren gesetzlichen Auftrag nur mit Hilfe geeigneten Personals erfüllen können. Der Ermessensspielraum des verpflichteten Personals hinsichtlich seiner fachlichen Tätigkeit nimmt also in dem Masse ab, als die Konkretisierung des gesetzlichen Auftrags der anstellenden Institution zunimmt. Da die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags einer Institution nicht durch persönliche Entscheidungen des Personals in Frage gestellt

bzw. verunmöglicht werden darf, muss die Bereitschaft der Anzustellenden zur Mitwirkung an den für die Auftragserfüllung notwendigen Tätigkeiten nach Möglichkeit vorgängig abgeklärt und sichergestellt werden. Die Organisation solcher Institutionen muss aber auch berücksichtigen, dass immer wieder einzelfallweise Gewissenskonflikte auftreten und zu Verweigerungen bestimmter Handlungen führen können.

Die Situation kann allenfalls dadurch kompliziert werden, als die für eine Institution massgebenden Organisationsregelungen den Einbezug oder die Mitwirkung Dritter (z.B. Sterbehilfeorganisationen) auf Wunsch der Patienten vorsehen¹⁰⁶; auch hier erscheint eine vorgängige Orientierung des anzustellenden Personals über entsprechende Verfahren erforderlich.

4.2 Ansprüche der Patienten

4.2.1 Allgemeines

Die Bundesverfassung gewährt heute keinen ausdrücklichen Anspruch auf bestimmte Gesundheits- und Pflegeleistungen. Sie gewährleistet aber in Artikel 10 Absatz 1 das Recht auf Leben¹⁰⁷ sowie in Artikel 12 das Recht auf Hilfe in Notlagen¹⁰⁸. Lehre und Praxis ziehen daraus den Schluss, dass daraus für die Einzelperson ein Rechtsanspruch auf den medizinischen Mindestbedarf abzuleiten sei¹⁰⁹. Die Konkretisierung dieses Mindestbedarfs hat soweit nötig und möglich durch den Gesetzgeber zu erfolgen. Entsprechend erhalten in Artikel 41 Absatz 1 Buchstabe b BV der Bund und die Kantone den Auftrag, sich dafür einzusetzen, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. Die Ansprüche auf die Ausrichtung dieses Mindestbedarfs richten sich primär gegen das im Gesundheits-, Pflege- und Fürsorgebereich zuständige Gemeinwesen (Kanton oder Gemeinde) bzw. gegen die von ihm beauftragte Institution, nicht aber unmittelbar gegen einzelne private Institutionen oder Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben. Entsprechend überlässt es das kantonale Recht in der Regel dem Ermessen der privaten Institutionen oder der Personen, die selbständig praktizierend einen Gesundheitsberuf ausüben, ob sie einen Patienten annehmen wollen und ob sie bestimmte Behandlungen durchführen wollen oder nicht. Es besteht also in diesen Fällen kein Rechtsanspruch eines Patienten auf Behandlung durch bestimmte Personen oder bestimmte private Institutionen. Im Bereich der eigentlichen Notfälle verpflichtet der Gesetzgeber aber auch Private, welche diese Hilfe

¹⁰⁶ S. z.B. die Stellungnahme der Ethikkommission des Kantons Neuenburg, Anhang VII, Dok. 5, "Position de la Commission cantonale d'éthique par rapport à l'assistance au suicide dans les EMS".

¹⁰⁷ Die Bestimmung lautet:

"¹Jeder Mensch hat das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten."

¹⁰⁸ Die Bestimmung lautet:

"Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind."

¹⁰⁹ S. Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 2.2.1, 2.2.3 und dortige Hinweise.

situationsbedingt leisten müssen (s. etwa Art. 127 und 128 StGB). Ein Verpflichtungsgrund kann sich ferner aus besonderen Auflagen etwa bei der Bewilligung nach kantonalem Recht zum Betrieb privater Institutionen im Gesundheitsbereich ergeben.

In sachlicher Hinsicht erstreckt sich der Rechtsanspruch des Patienten nur auf den - von der Verfassung garantierten - medizinischen Mindestbedarf sowie auf das, was ihm allenfalls der Gesetzgeber - beispielsweise im Rahmen des Sozialversicherungsrechts - zuspricht, nicht aber auf den medizinischen Ermessensentscheid, welcher über die Opportunität und die Angemessenheit verschiedener, im Einzelfall denkbarer Behandlungen zu treffen ist.

Ein besonderes Problem stellt ferner die Ermittlung der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit bzw. des zu respektierenden Willens des Patienten dar. Insbesondere bei Suizidpatienten und Personen mit schweren psychischen Störungen stösst diese Ermittlung häufig auf grosse Schwierigkeiten. Es handelt sich bei dieser Problematik um eine Sachfrage, welche zwar Anlass zu Gewissenskonflikten bei dem mit der Behandlung betrauten Personal geben kann, deren weitergehende Diskussion aber ausserhalb des Auftrags der Arbeitsgruppe liegt (s. etwa Ziff. 3.5.1 und 3.5.3 vorne).

4.2.2 Situation der urteilsfähigen Patienten

Im Hinblick auf den hier in Frage stehenden Gewissenskonflikt der Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben, sind im Grundsatz zwei Konfliktsituationen denkbar:

Der Patient erhebt Anspruch auf eine bestimmte Behandlung, welche die Person, an die er sich gewendet hat, aus Glaubens- oder Gewissensgründen nicht vornehmen will. Ein Gewissenskonflikt für die zur Behandlung aufgeforderte Person kann sich aber nur soweit ergeben, als ein Rechtsanspruch des Patienten besteht bzw. soweit die angegangene Person zur Vornahme dieser Behandlung rechtlich verpflichtet ist. Denkbar ist in diesem Kontext im Weiteren eine Art negativer Gewissenskonflikt bei den mit der Behandlung und Pflege Beauftragten, indem sie von der absoluten Notwendigkeit einer Behandlung überzeugt sind, welche ein Patient ablehnt.

Lehre und Praxis stimmen darin überein, dass medizinische Behandlungen nur mit dem Einverständnis des über die Tragweite angemessen informierten Patienten rechtmässig vorgenommen werden können¹¹⁰. Dem Grundsatz nach geht in einem solchen Falle der Wille des Patienten vor; vorbehalten bleiben dabei Zwangsbehandlungen, welche das Gesetz zum Schutze von öffentlichen Interessen oder von Drittpersonen verlangt (z.B. im Bereich der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten).

¹¹⁰ S. Anhang III, Gutachten IDS, Ziff. 2.2.2 und dortige Hinweise.

4.2.3 Situation der urteilsunfähigen Patienten

Auch bei der Behandlung urteilsunfähiger Patienten (z.B. Personen im Koma, geisteskrank oder geistesschwache Personen) gilt vorweg, dass ihr - mutmasslicher - Wille über das zu wählende Vorgehen zu respektieren ist. Die Probleme liegen aber bei der Ermittlung dieses mutmasslichen Willens hinsichtlich einer sich aus fachlicher Sicht anbietenden Behandlung. Die Entwicklung und Beurteilung der Verfahren zur Ermittlung dieses Willens bzw. des adäquaten Vorgehens, wenn ein solcher Wille nicht ermittelt werden kann, liegen an sich ausserhalb des Auftrags der Arbeitsgruppe. Nun sind aber offenbar Fälle nicht selten, in denen die Gewissenskonflikte des mit der Behandlung betrauten Personals gerade aus den Zweifeln über den mutmasslichen Willen eines solchen Patienten entspringen. Insofern bedarf die Problematik der Ermittlung des mutmasslichen Willens des urteilsunfähigen Patienten bei der Beurteilung allfälliger Gewissenskonflikte von Personen, die mit der Behandlung betraut sind, zumindest besonderer Beachtung.

4.3 Situation der Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben

4.3.1. Personen mit Entscheidfunktion

Für Personen, welche Entscheidfunktionen ausüben, kann sich ein Gewissenskonflikt über eine zu treffende medizinische Massnahme dort ergeben, wo der Stand von Wissenschaft und Technik keinen Spielraum über die angezeigte Vorgehensweise belässt, die entscheidende Person aber dieses Vorgehen im entsprechenden Einzelfall mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren kann. Solche Fälle dürften zumindest im betrieblichen Bereich eher Seltenheitswert haben, da Fälle, in denen hinsichtlich der angezeigten medizinischen Massnahmen kein Ermessensspielraum besteht, in denen aber die Entscheidfällung nicht innert nützlicher Frist delegiert werden kann, wohl nur im Bereich sehr spezifischer Notfälle eintreten kann.

Auch im Rahmen der selbständig ausgeübten Gesundheitsberufe dürfte die auf Gewissensgründe abgestützte Verweigerung einer gesetzlich vorgegebenen Pflicht durch die entscheidfällende Person nicht häufig vorkommen. Das Problem entfällt insbesondere in jenen Kantonen, deren Gesetzgebung den Personen welche Gesundheitsberufe frei ausüben, einen grossen Ermessensspielraum für den Entscheid über die Erbringung ihrer Leistungen zugestehen. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass sich die in den Gesundheitsberufen frei praktizierenden Personen ihr Tätigkeitsfeld in der Regel selber abgrenzen und Behandlungsbedürftige für Leistungen, die sie nicht selber erbringen wollen, rechtzeitig weiter verweisen. Demnach dürfte sich auch bei Personen, die im Rahmen eines Gesundheitsberufes selbständig praktizieren, die aus Gewissensgründen erfolgte Verweigerung einer gesetzlich vorgegebenen Leistung im Wesentlichen auf Notfälle beschränken.

4.3.2 Personen mit Ausführungsfunktion

Die Fälle, in denen das Personal von den entscheidfällenden Personen beauftragt wird, bestimmte heikle Vorkehrungen zu treffen (z.B. zwangsweise Applikation von Medikamenten, Abstellen von Geräten mit lebenserhaltenden Funktionen, Durchführung stark belastender diagnostischer Massnahmen), führen am ehesten zu Gewissenskonflikten. Der beauftragten Person kommt in solchen Fällen in der Regel kein Ermessensspielraum zu, doch kann ihr vor ihrem Gewissen die Verantwortung für ihr Handeln nicht von der organisatorischen oder fachlichen Hierarchie abgenommen werden. Kann sie die Ausführung des erteilten Auftrags unter keinen Umständen mit ihrem Gewissen vereinbaren und kann sie sich situationsbedingt nicht ersetzen lassen, verbleibt ihr letztlich nur die Verweigerung der Ausführung.

4.3.3 Personen mit Begleitfunktion

Die Begleitfunktionen im Rahmen medizinischer Massnahmen sind sehr breit gestreut und aufgrund ihrer sehr unterschiedlichen Kausalität zur eigentlichen Behandlung auch schwer umschreibbar bzw. von den Ausführungsfunktionen abgrenzbar. Sie reichen von Administrations- und Sekretariatsarbeiten über technische Unterhaltsarbeiten bis hin zur Raumpflege. Wie weit dabei im Zusammenhang mit Behandlungen überhaupt Gewissenskonflikte anerkannt werden können, ist nicht unumstritten. Nach Auffassung der Arbeitsgruppe können sich zur Mitwirkung verpflichtete Personen bei einer allfälligen Verweigerung nur auf einen Gewissenskonflikt berufen, wenn sie an der Behandlung unmittelbar beteiligt sind bzw. wenn ihre Begleitfunktion im Einzelfall für die Durchführung der Behandlung so wesentlich erscheint, dass diese Behandlung nur unter der fraglichen Mitwirkung überhaupt durchgeführt werden kann.

4.3.4 Ausbildung

Bei der Ausübung von Gesundheitsberufen ist aufgrund der Neigungen der ausübenden Personen, des Bedarfs sowie der fachlichen und organisatorischen Vorgaben im Gesundheitswesen in vielen Bereichen eine weitgehende Spezialisierung der Tätigkeit der Einzelnen zu beobachten. Damit ergeben sich für Personen, welche gewisse gängige Behandlungen mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können, entsprechende Vermeidungsmöglichkeiten, ohne dass dies zwangsläufig zu einem Berufswechsel führt. Zumindest die Grundausbildung dagegen beruht heute im Wesentlichen auf einem umfassenden Modell, welches den Auszubildenden soweit möglich Fähigkeiten und Grundkenntnisse im gesamten Spektrum der mit dem jeweiligen Gesundheitsberuf verbundenen Tätigkeit abverlangt. Dies wird insbesondere auch damit gerechtfertigt, dass die Ausbildung für diese Berufe auch auf die Konfrontation mit Notfällen vorbereiten und ihnen die Fähigkeiten für eine einigermaßen erfolgreiche Bewältigung solcher Situationen vermitteln muss. Es entsteht damit für die Ausbildung eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass die Auszubildenden bei Behandlungen mitwirken müssen, die sie mit einem Gewissenskonflikt konfrontieren können. Dies kann zu einem erhöhten Druck auf Ausbildungswillige führen, auf eine entsprechende Ausbildung zu verzichten oder diese abzubrechen.

Es erscheint von wesentlicher Bedeutung, auf welcher Grundlage die entsprechenden Berufsbilder umschrieben werden, die Ausbildung festgelegt wird und wer dafür faktisch zuständig ist. Es sind hier zwei massgebliche Komponenten zu erwähnen: Einerseits besteht ein öffentliches Interesse daran, dass der Einzelne zum Schutze seiner Gesundheit auf genügend Fachpersonen mit hinreichenden Kenntnissen und Fähigkeiten zurückgreifen kann. Die entsprechenden Anforderungen und Ausbildungsgänge werden in der Regel im Rahmen der entsprechenden Gesetzgebung von staatlichen Organen oder in deren Auftrag von Fachorganisationen umschrieben. Die materiellen Inhalte der Ausbildung stützen sich auf den Stand der Wissenschaft und Technik im jeweiligen Fachgebiet; sie hängen von der entsprechenden Wissenschaft und Forschung ab. Es besteht daher eine Wechselwirkung zwischen den Erwartungen des Publikums in seiner Eigenschaft als Gesamtheit der Patienten und dem, was Wissenschaft und Forschung technisch erfüllbar machen. Die staatlichen Entscheidungen über die Berufsbilder widerspiegeln diese Wechselwirkung, sind daneben aber auch von einer Reihe weiterer Faktoren geprägt: Neben rechtlichen Vorgaben für staatliches Handeln und wirtschaftlichen Einflüssen unterschiedlichster Provenienz kommen auch weltanschauliche und ethische Überlegungen zum Tragen. Es ist allerdings festzustellen, dass mit dem heute noch aufrechterhaltenen Anspruch der möglichst umfassenden Ausbildung bei gleichzeitiger starker wissenschaftlich-technischer Entwicklung aus den unter Ziffer 3.4 genannten Gründen wohl eine zunehmende Anzahl Interessierter aus weltanschaulichen Motiven heraus auf eine entsprechende Tätigkeit verzichten. Die Ausgestaltung der Berufsbilder ist zudem ein in dauernder Wandlung begriffener Kompromiss, der kaum je allen Bedürfnissen der Interessierten gerecht werden kann. Bei allen Bemühungen um frühe Klärung der wechselseitigen Erwartungen und Anforderungen muss daher in der Folge der Entwicklung auch im Laufe der Ausbildung und der späteren Berufsausübung noch mit auftretenden Gewissenskonflikten und entsprechenden Verzichtsfällen aus persönlichen Gründen gerechnet werden.

4.3.5 Beurteilung der Gesamtsituation

Das Recht bildet zwar wohl die Grundlage und die Schranke staatlichen Handelns, Es muss aber berücksichtigt werden, dass das gesetzte Recht nicht den gesamten Entscheidungsraum der Personen erfassen kann, die Aufgaben im Bereich der medizinischen Behandlung übernehmen. Die von der Verfassung geschützte Gewissensfreiheit basiert auf einem Verständnis der menschlichen Würde, welches die ungefragte Instrumentalisierung des menschlichen Lebens verbietet¹¹¹. Sie verlangt, dass im Entscheidungsraum des Einzelnen die Pluralität möglicher Weltanschauungen und dadurch motivierter Grundlagen für sein Verhalten zu respektieren und zu schützen ist. Es steht daher weder einer privaten noch einer öffentlichen Institution zu, von ihren Mitarbeitern praktisch bedingungslosen Gehorsam zu verlangen, und zwar auch im Bereiche eines an sich klar legalen Tätigkeitsspektrums nicht. Da nun gerade im Bereich des Gesundheitswesens häufig Entscheide über die unmittelbaren Bedürfnisse anderer Menschen gefällt werden müssen, die, obwohl rechtlich unbedenklich, moralisch und ethisch doch sehr un-

¹¹¹ S. Anhang IV, Gutachten IDEZ, S. 3. sowie Ziff. 2ff.

terschiedlich beurteilt werden können, müssen die in diesem Bereich tätigen Institutionen mit dem Auftreten von Gewissenskonflikten rechnen und diese auch bis zu einem gewissen Mass akzeptieren. Andernfalls würde dies für weite Bereiche des Gesundheitswesens die Einführung eines Monismus der tolerierten Weltanschauungen und der damit verbundenen Überzeugungen und damit die faktische Errichtung von Berufsverboten für Personen bedeuten, welche die entsprechenden Vorgaben in der einen oder anderen Weise in Frage stellen. Je nach dem Ausmass solcher Vorgaben würde bis zu einem gewissen Grade die verfassungsmässig gewährleistete Glaubens- und Gewissensfreiheit faktisch in Frage gestellt. Andererseits müssen Personen, welche einen Gesundheitsberuf ergreifen, im Grundsatz wissen, welche Aufgaben sie bei ihrer Ausbildung sowie später mit ihrer jeweiligen Funktion übernehmen und welche Forderungen in diesem Zusammenhang an sie herangetragen werden. Insofern darf ein Gewissenskonflikt bei der Ausübung ihrer letztlich frei gewählten Tätigkeit nicht leichthin angenommen werden. Es ist aber auch darauf hinzuweisen, dass einerseits die mentale Verfassung des Individuums einschliesslich seines *status confessionis* (d.h. einer schwerwiegenden Konfliktsituation des Individuums, welche in der Folge unüberwindbarer Einwände des Gewissens zur Nichtrespektierung vorgegebener öffentlicher Normen oder vertraglicher Verpflichtungen führen kann) einer stetigen Entwicklung unterliegt und andererseits die konkreten Anforderungen an die Gesundheitsberufe laufend an die sich ändernden wissenschaftlichen und technischen Gegebenheiten angepasst werden.

Ein Faktor für die Gesamtbeurteilung ist sodann das faktische Tätigkeitsfeld der Personen im Gesundheitsbereich. Es ist kann vermutet werden, dass angesichts der vielfältigen Organisationsstrukturen und fachlichen Spezialisierungen heute in der Regel etwas mehr Spielraum besteht als früher, um bei der Berufsausübung - von Seiten des Arbeitgebers - auf bestimmte persönliche Neigungen und Überzeugungen von Einzelpersonen Rücksicht zu nehmen bzw. - von Seiten des Arbeitnehmers - ein Tätigkeitsfeld auszusuchen, das den persönlichen Neigungen und Überzeugungen entspricht. Dieses vorgängige Suchen einer wechselseitigen Übereinstimmung erscheint insbesondere bei privaten Institutionen des Gesundheitswesens die Regel zu sein. Schwieriger kann dies für öffentliche Institutionen sein, die von ihrem gesetzlichen Auftrag, ihrer Grösse oder ihrer Struktur her weniger Spielraum haben.

Bei diesem Prozess muss das Recht im Rahmen der Glaubens- und Gewissensfreiheit auch die Grundlage für den notwendigen Interessenausgleich zwischen öffentlichem Auftrag und der durch nachvollziehbaren Gewissensentscheid motivierten Tätigkeitsverweigerung der Einzelperson bieten, sei es durch materielle Entscheidung, sei es durch ein entsprechendes Verfahren.

4.4 Folgen der Verweigerung von Tätigkeiten infolge Gewissenskonfliktes bei der Ausübung eines Gesundheitsberufes

4.4.1 Allgemeines

Für die Beurteilung der Folgen von Verweigerungen einer Tätigkeit von Personen, die einen Gesundheitsberuf ausüben, kommen im vorliegenden Kontext nur Fälle in Betracht, bei denen infolge einer glaubhaften, weltanschaulich oder religiös mo-

tivierten Gewissensentscheidung die rechtlich gebotene Behandlung verweigert wurde, die vom Stand der Wissenschaft her geboten bzw. gerechtfertigt war.

4.4.2 Faktische Folgen der Weigerung

Im Bereich der medizinischen bzw. faktischen Folgen einer solchen Weigerung sind verschiedene Möglichkeiten denkbar.

- Die medizinische Behandlung kann nicht oder zu spät vorgenommen werden und die zu behandelnde Person kommt zu Schaden. Der Arbeitsgruppe liegen keine Nachweise für Fälle mit solchen Folgen vor.
- Die verweigernde Person wird rechtzeitig ersetzt und die Behandlung wird planmässig durchgeführt. Dies dürfte eine häufige faktische Folge einer Verweigerung sein.
- Die geplante Behandlung wird aufgeschoben und unter Beizug anderer Personen später durchgeführt. Diese Folge dürfte bei nicht dringlichen, zeitlich planbaren Behandlungen die Regel sein.

4.4.3 Rechtliche Folgen

Für den Fall einer Schädigung der behandelten bzw. nicht behandelten Person infolge einer Behandlungsverweigerung hat die Person, welche durch ihre Weigerung den Schaden (mit-)verursacht hat, mit strafrechtlichen und haftpflichtrechtlichen Verfahren zu rechnen. Über die Widerrechtlichkeit der Weigerung bzw. ob der geltend gemachte Gewissenskonflikt im konkreten Fall einen hinreichenden Rechtfertigungsgrund darstellt, hat gegebenenfalls das angerufene Gericht zu befinden. Entsprechende Entscheidungen schweizerischer Gerichte liegen der Arbeitsgruppe nicht vor.

Unabhängig von den Folgen für die behandelte bzw. nicht behandelte Person kann die Weigerung für die verpflichtete Person arbeitsrechtliche, personal- bzw. dienstrechtliche oder aufsichtsrechtliche Massnahmen zur Folge haben. Denkbare Massnahmen des Arbeitgebers sind Disziplinar-massnahmen wie Verwarnung, Zuweisung einer anderen Funktion, Lohnabzug sowie in letzter Konsequenz Entlassung bzw. Auflösung des Dienstverhältnisses etc.). Die Massnahmen der Aufsichtsbehörde gegenüber selbständig praktizierenden Personen im Gesundheitsbereich sind disziplinarischer Art (etwa Verwarnung, Busse oder Verbot der Berufsausübung).

Die vom Arbeitgeber oder der Aufsichtsbehörde getroffenen Massnahmen können von den Betroffenen einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden, sei es arbeitsrechtlich, personal- bzw. dienstrechtlich oder aufsichtsrechtlich. Dabei kann von der verweigernden Person der Gewissenskonflikt als Rechtfertigungsgrund für die Behandlungsverweigerung vorgebracht werden kann, sei es unter Berufung auf Artikel 328 Absatz 1 OR sowie Artikel 27 und 28 ZGB im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis bzw. eine mit Gewissenskonflikt begründeten Auftragskündigung nach Artikel 404 OR, sei es unter Berufung auf die entsprechenden kantonalen

Regelungen oder unmittelbar auf die verfassungsrechtliche Glaubens- und Gewissensfreiheit in den durch das öffentliche Recht normierten Verhältnissen. Es hängt von der jeweiligen konkreten persönlichen und betrieblichen Situation ab, ob und wie weit eine Rechtsmittelinstanz zum Schluss kommt, dass die Weigerung der verpflichteten Person als rechtmässige Ausübung eines Grundrechts anzuerkennen ist. Ist dies der Fall, dürfen vom Arbeitgeber bzw. der Aufsichtsbehörde keine Massnahmen getroffen werden, welche für die verweigernde Person Rechtsnachteile zur Folge haben. Konkrete Fälle, in denen schweizerische Gerichte im Bereich des Arbeits-, Dienst- oder Aufsichtsrechts über solche Auseinandersetzungen entschieden haben, liegen der Arbeitsgruppe nicht vor.

5 Beurteilung des Handlungsbedarfs

5.1 Bereiche mit Handlungsbedarf

Die gesetzgeberische Aktivität der Kantone und der im Rechtsvergleich untersuchten Staaten sowie die Entwicklung von Handlungsmodellen auf betrieblicher Ebene deuten darauf hin, dass für die Vermeidung und die Bewältigung auftretender Gewissenskonflikte ein gewisser Reglementierungsbedarf besteht. Andererseits lässt das Fehlen begleitender Gerichtsentscheide in der Schweiz vermuten, dass die mit dem Problem konfrontierten Arbeitgeber und Aufsichtsbehörden bis anhin Mittel und Wege gefunden haben, allfällige Auseinandersetzungen auf betrieblicher Ebene bzw. auf der Ebene einer ersten Anfechtungsinstanz zu bewältigen. Daraus kann allerdings weder der Schluss gezogen werden, dass die getroffenen Lösungen in jedem Fall befriedigend gewesen sein müssen, noch dass dies auch für die Zukunft so bleiben wird.

Die Arbeitsgruppe zieht aus ihren Beobachtungen den Schluss, dass sich Konfliktsituationen grundsätzlich in allen Bereichen der Medizin aktualisieren können. Obwohl sie annimmt, dass für die Zukunft eine erhöhte Konfliktrichtigkeit etwa bei der Intensivmedizin, der Behandlung im Vorfeld des Todes der Behandelten, der Langzeitpflege, der Geburtshilfe sowie der Zwangsbehandlung in der Psychiatrie auftreten dürfte, erscheint es unzweckmässig, auf der Ebene der Gesetzgebung punktuelle Regelungen anzustreben, die primär auf einzelne Sachbereiche und Fachgebiete ausgerichtet sind. Sofern Massnahmen auf der gesetzlichen Ebene angestrebt werden, sind sie daher in allgemeiner Form auszugestalten, und nicht bezogen auf einzelne Sachbereiche und Fachgebiete. Die allenfalls notwendige Spezifizierung sollte dagegen auf betrieblicher Ebene erfolgen; hier können und sollen allfällige Regelungen auf die tatsächliche fachliche Ausrichtung der Tätigkeiten Bezug nehmen.

5.2 Mögliche Massnahmen

5.2.1 Besondere Ausbildung

Es wäre zumindest denkbar, im Bereiche der Ausbildung gewisse besonders heikle Bereiche aus der praktischen Grundausbildung auszugliedern und dafür

spezifische, fakultative Lehrgänge zu schaffen. Mit dieser etwas erweiterten Individualisierung der Ausbildungsgänge könnte zwar wohl ein Teil der Gewissenskonflikte sowohl bei der Ausbildung als auch bei der späteren Berufsausübung im Ansatz vermieden werden. Es ist allerdings auch zuzugestehen, dass die Entwicklung der Persönlichkeit und des Gewissens ein prozesshafter Vorgang ist, der gerade bei den sich rasch ändernden Anforderungen der beruflichen Vorgaben nicht einfach nach der Ausbildung stehen bleibt. Gewisse Einsichten wachsen erst mit längerdauernder beruflicher Tätigkeit, so dass ein einmal gefasster Vorentscheid wohl weder in der einen noch in der andern Richtung endgültig sein muss.

Einer vermehrten Individualisierung steht zudem heute das noch in praktisch allen Gesundheitsberufen vertretene Ziel des möglichst ganzheitlichen Berufsbildes entgegen. Gegen Dispensationen von der Ausbildung für einzelne Behandlungsmethoden wird auch (und insbesondere von Seiten der Berufsfachverbände) geltend gemacht, dass damit eine Grundlage für diskriminierende Bewertungen - je nach Standpunkt sowohl gegenüber den Dispensierten (z.B. "die drücken sich vor schwierigen Aufgaben und sind mangelhaft ausgebildet") als auch gegenüber den umfassend Ausgebildeten ("die geben sich ja ohnehin für alles her" etc.) geschaffen wird.

Die Arbeitsgruppe beurteilt daher die Einleitung von Massnahmen des Bundes zu einer vermehrten Individualisierung der Ausbildungsgänge mit entsprechenden Dispensationen in ihrer Mehrheit derzeit als inopportun.

5.2.2 Spezialisierung bei der Berufsausübung

Auch bei der Ausübung der Gesundheitsberufe könnte eine gewisse Spezialisierung auf einzelne berufliche Tätigkeitsfelder möglicherweise zur Vermeidung von Gewissenskonflikten beitragen. Eine fachliche Spezialisierung bei der Berufsausübung ist aber heute bereits in weiten Bereichen des Gesundheitswesens üblich. Damit wird eine Anpassung der Tätigkeit an die jeweilige individuelle Situation bis zu einem gewissen Grade faktisch bereits ermöglicht. Gegen eine vom Gesetzgeber vorgegebene formelle Aufgliederung der einzelnen Gesundheitsberufe bzw. ihrer Ausübung sprechen aber die bereits im Kontext mit der Ausbildung aufgeführten Gründe (s. Ziff. 5.2.1 vorne). Wie weit gegenüber der heutigen Situation zusätzliche Möglichkeiten zu realisieren wären, hängt denn auch weniger von der Umschreibung der jeweiligen Gesundheitsberufe ab, als von den Gegebenheiten der betroffenen Institutionen, d.h. ihrem gesetzlichen Auftrag, ihrer Grösse und ihrem Tätigkeitsfeld. Die Arbeitsgruppe geht daher davon aus, dass sich für die Vermeidung von Gewissenskonflikten bei der Ausübung der Gesundheitsberufe zur Zeit kaum generelle Massnahmen auf der Ebene der Umschreibung der beruflichen Anforderungen anbieten.

5.2.3 Regelung der selbständigen Berufsausübung

Das Verhältnis zwischen den Personen, welche einen Gesundheitsberuf selbständig ("frei") ausüben und den von ihnen Behandelten untersteht dem Auftragsrecht des Obligationenrechts und dem entsprechenden beidseitigen jederzeitigen Kün-

digungsrecht (s. Ziff. 3.6.3 vorne). Eine Spezifizierung dieser Regelung im Hinblick auf den Gewissenskonflikt als Kündigungsgrund erübrigt sich.

Die privatrechtliche Regelung wird ergänzt durch das strafrechtliche Nothilfegebot (s. Ziff. 3.6.6 vorne) und die öffentlich-rechtlichen Regelungen der Kantone zur freien Ausübung der Gesundheitsberufe (s. Ziff. 3.6.7 vorne). Soweit sich diese Regelungen mit der Frage des Gewissenskonfliktes befassen, unterscheiden sie zwar nicht generell zwischen der freien Berufsausübung und der Berufsausübung im Anstellungs- oder Dienstverhältnis, doch sind sie auf Personen bei der freien Ausübung von Gesundheitsberufen anwendbar. 12 Kantone haben spezifische Regelungen zum Thema erlassen. Diese Regelungen erscheinen sinnvoll, indem sie insbesondere die verfassungsmässigen Ansprüche der Personen, die Gesundheitsberufe ausüben, im Hinblick auf die besonderen Gegebenheiten des kantonalen Gesundheitsrechts näher ausführen. Sie schaffen damit zusätzliche Rechtssicherheit, doch gehen sie materiell letztlich nicht über das hinaus, was die Grundrechte der Bundesverfassung dem Einzelnen gewähren. Da die Realisierung der verfassungsmässigen Ansprüche in den verbleibenden Kantonen nicht unabdingbar an spezifische gesetzgeberische Massnahmen geknüpft ist, besteht aus der Sicht der Arbeitsgruppe kein Anlass, von Seiten der Bundesbehörden solche Massnahmen zu verlangen.

5.2.4 Regelungen auf betrieblicher Ebene

Der Arbeitsgruppe erscheint vor allem der Umgang mit Gewissenskonflikten auf der betrieblichen Ebene wesentlich. Dort entscheidet sich unmittelbar, in welcher Art und Weise der jeweilige gesetzliche Auftrag umgesetzt und die betroffenen Medizinalpersonen dafür eingesetzt werden. Auf dieser Ebene können einerseits organisatorische Vorkehrungen zur Konfliktvermeidung getroffen und andererseits Verfahren zur Konfliktbewältigung geschaffen werden. Die Möglichkeiten dafür erscheinen allerdings vielfältig und hängen stark von der spezifischen betrieblichen Aufgabe und Situation ab. Es ist dabei zu unterscheiden zwischen allgemeinen Massnahmen etwa auf der Ebene der Gesetzgebung sowie konkreteren Regelungen auf der Ebene des Betriebs.

Im Bereich des Privatrechts ist der gesetzliche Rahmen für die beim Auftreten von Gewissenskonflikten notwendige Güterabwägung im Wesentlichen bereits realisiert (s. Ziff. 3.6.2 vorne); eine noch eingehendere Spezifizierung der relativ allgemeinen Regelungen im ZGB und im OR würde die faktische Bewältigung entsprechender Konflikte kaum verbessern und erscheint daher nicht notwendig. Wenig Konkretisierung haben dagegen grundrechtliche Anliegen im Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit durch das öffentliche Arbeitsrecht erfahren (s. Ziff. 3.5.6 vorne). Es wäre daher denkbar, das ArG mit Bestimmungen zu ergänzen, welche es den Betrieben, die dem Gesetz unterstehen und im Gesundheitsbereich tätig sind, beispielsweise vorschreibt, innerbetriebliche Verfahren zur Vermeidung und zur Bewältigung von Gewissenskonflikten einzuführen. Wie weit eine solche Regelung heute einer klaren rechtspolitischen Notwendigkeit entspricht, kann aber die Arbeitsgruppe anhand der derzeitigen Faktenlage nicht eindeutig beurteilen.

Auf der rein betrieblich-organisatorischen Ebene haben die im Gesundheitsbereich tätigen Institutionen bereits heute die Möglichkeit, Verfahren zur Vermeidung und

zur Bewältigung von Gewissenskonflikten einzuführen. Beispiele für die Normierung solcher Verfahren werden insbesondere im Gutachten "Dialog Ethik" aufgeführt¹¹². Es wäre denkbar, zur Förderung solcher innerbetrieblicher Normierungen auch entsprechende Musterregelungen für Verträge, Betriebsreglemente etc. ausarbeiten zu lassen.

Ein Problem in diesem Kontext kann die Abgeltung der Kosten darstellen, die im Zusammenhang mit solchen innerbetrieblichen Massnahmen anfallen. Solche Kosten entstehen sowohl bei der Einführung als auch bei der Aufrechterhaltung der Massnahmen. Wohl kann angenommen werden, dass die Vermeidung von Mitwirkungsverweigerungen infolge Gewissenskonfliktes bzw. die sachgerechte Bewältigung aufgetretener Konflikte mittel- und langfristig Kosten einspart, da konfliktbelastete Arbeitsabläufe in der Regel Zusatzaufwand verursachen. Angesichts des heutigen Kostendrucks im Gesundheitswesen muss aber damit gerechnet werden, dass auch kurzfristig auftretende Zusatzkosten der Institutionen im Bereich Organisation und Ausbildung auf Opposition sowohl bei der Trägerschaft als auch - im Hinblick auf eine allfällige Anrechnung an die Behandlungs- und Pflegekosten - bei den betroffenen Versicherern stossen werden. Ob eine solche Anrechnung sichergestellt und damit die Einführung entsprechender Instrumentarien gefördert werden kann, konnte die Arbeitsgruppe im Rahmen der Vorgaben nicht eruieren.

5.2.5 Massnahmen prozessualer Art

Sofern bei entsprechenden Differenzen über die Durchführung einer Behandlung bzw. die Mitwirkung daran keine rechtzeitige Einigung der Beteiligten zu Stande kommt und daraus eine auf Glaubens- und Gewissensgründe abgestützte Verweigerung einer an sich bestehenden Verpflichtung resultiert, können die unter Ziffer 4.4.3 umschriebenen Massnahmen des Arbeitgebers bzw. der Aufsichtsbehörde sowie die entsprechenden gerichtlichen Verfahren die Folge sein. An sich wäre es denkbar, für die Abwicklung solcher Verfahren Vereinfachungen vorzusehen bzw. Personen, die einen Gewissenskonflikt geltend machen, verfahrensmässig bis zu einem gewissen Grade zu privilegieren. Dagegen spricht, dass eine vertretbare Abgrenzung von anderen, vergleichbaren Verfahren kaum machbar erscheint und allfällige verfahrensmässige Privilegierungen auch schwer zu begründen sind. Die Wahrnehmung und Realisierung der Grundrechte lebt letztlich bis zu einem gewissen Grade davon, dass der Einzelne den oft unangenehmen verfahrensmässigen Weg der Durchsetzung seiner Interessen und die damit verbundenen Probleme in Kauf nimmt.

5.3 Zuständigkeiten für die Massnahmen

5.3.1 Gesetzgeberische Massnahmen

Die Zuständigkeit für allfällige gesetzgeberische Massnahmen richtet sich nach den allgemeinen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen.

¹¹² Anhang IV, Gutachten IDEZ, Ziff. 7.

Allfällige Ergänzungen der Privatrechtsgesetzgebung würden nach Artikel 122 BV in die Kompetenz des Bundesgesetzgebers fallen.

Eine Regelung im Bereiche des betrieblichen Arbeitnehmerschutzes - etwa eine Ergänzung des ArG - wäre nach Artikel 110 Absatz 1 Buchstaben a und b BV Sache des Bundesgesetzgebers.

In die Zuständigkeit des Bundes fällt nach Artikel 117 und 112 die Gesetzgebung über die Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung. Es wäre Sache insbesondere der entsprechenden Ausführungsrechtsetzung, eine allfällige Regelung zu erlassen, welche sicherstellt, dass die Kosten von Instrumentarien zur Vermeidung und Bewältigung von Wissenskonflikten auf der Ebene der Institutionen an die Behandlungs- und Pflegekosten angerechnet werden können.

Die Zuständigkeit für die Gesetzgebung im Bereich der Ausbildung kommt im Wesentlichen ebenfalls dem Bund zu: Nach Artikel 63 Absatz 1 BV erlässt er Vorschriften über die Berufsbildung. Er könnte daher insbesondere die berufliche Ausbildung der nicht akademischen Gesundheitsberufe (z.B. des Pflegepersonals und der Hebammen) reglementieren. Gestützt auf Artikel 95 Absatz 2 BV muss er unter anderem dafür sorgen, dass Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können; der Bundesgesetzgeber leitet daraus seit langem die Zuständigkeit ab, die Anforderungen an die Ausbildung derjenigen akademischen Berufe festzulegen, welche im Medizinalbereich auf dem gesamten Gebiet der Eidgenossenschaft zugelassen sind.

In die Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers fällt dagegen die Regelung der Anstellungsverhältnisse derjenigen Personen, die in einer Institution tätig sind, welche dem öffentlichen Recht der Kantone unterstehen.

Ebenfalls in die Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers fallen die Gesetzgebung zur Aufsicht über die Gesundheitsberufe sowie die mit der Zulassung verbundenen unmittelbaren Verpflichtungen der Berufsausübenden.

5.3.2 Erlass von Betriebsreglementen, Ausgestaltung von Arbeitsverträgen etc.

Das Festlegen organisatorischer Massnahmen auf der Ebene des Betriebs (Erlass von Betriebsreglementen, Einsetzung von Beurteilungs- und Schlichtungskommissionen etc.) und die Gestaltung der Anstellungsbedingungen bzw. Arbeitsverträge fallen in erster Linie in die Zuständigkeit der jeweiligen Arbeitgeber bzw. der entsprechenden Trägerinstitution.

5.3.3 Muster für Verträge, Betriebsreglemente etc.

Solche Musterverträge und Mustererlasse haben den Stellenwert einer Empfehlung. Ihre Ausarbeitung untersteht keiner vorgegebenen Zuständigkeit. Sie können beispielsweise von den einzelnen Kantonen oder von den interessierten Berufsorganisationen ausgearbeitet und empfohlen werden.

Wie unter Ziffer 5.2.4 vorne erwähnt, muss darauf hingewiesen werden, dass die Erarbeitung, Einführung und Anwendung solcher Instrumente einen erheblichen personellen und finanziellen Aufwand bedeuten kann. Nach den Angaben der Fachverbände übersteigt die Ausarbeitung und Implementierung solcher Instrumente ihre derzeitigen Möglichkeiten bei weitem. Es wäre daher zu prüfen, ob die interessierten Gemeinwesen nicht die Ausarbeitung und Bekanntmachung von Musterinstrumentarien - unter Mitwirkung der interessierten und betroffenen Organisationen (etwa Dachverbände der Spitäler und Pflegeinstitutionen, Berufsverbände, Arbeitnehmerorganisationen, Ethikkommissionen) - initiieren, koordinieren und unterstützen könnten. Als interessiertes Gemeinwesen kann - neben den Kantonen - auch der Bund gelten, da ihn die sachgerechte Behandlung der aufgezeigten Probleme sowohl im Hinblick auf die Entwicklung von Instrumentarien zur Verwirklichung der verfassungsmässigen Grundrechte als auch als Gesetzgeber im Bereich der Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung betrifft.

6 Zusammenfassung und Empfehlungen

6.1 Zur Ausgangslage

Die Arbeitsgruppe kann mangels verlässlicher Daten keine Aussagen über die Zahl der gegenwärtig und in den letzten Jahren tatsächlich festgestellten Gewissenskonflikte bei der Ausübung von Gesundheitsberufen, die Art ihrer Bewältigung sowie ihre faktischen und rechtlichen Folgen machen, da weder statistische Materialien noch wegleitende Urteile und Entscheidungen namhaft gemacht werden konnten. Sofern die Verfügbarkeit entsprechender Daten einem gesellschaftlichen und politischen Bedürfnis entspricht, müssten diese im Rahmen eines wissenschaftlich abgestützten Forschungsprojektes erhoben werden. Die Arbeitsgruppe geht aber davon aus, dass sich die Problematik des Gewissenskonfliktes hinsichtlich der Verpflichtung der Einzelperson zu einem vertraglich oder gesetzlich vorgegebenen Verhalten in den letzten Jahren im Rahmen der gesamtgesellschaftlichen Entwicklung im Sinne einer gesteigerten Individualisierung und Respektierung persönlicher Standpunkte und Überzeugungen vermehrt aktualisiert und akzentuiert hat. Bei der Ausübung der Gesundheitsberufe kommt zu dieser gesellschaftlichen Entwicklung noch eine rasche und materiell folgenreiche wissenschaftliche und technische Entwicklung, welche die Möglichkeiten denkbarer Behandlungen stark erweitert hat. Insofern muss angenommen werden, dass sich Gewissenskonflikte heute in praktisch allen medizinischen Sachbereichen und Fachgebieten aktualisieren können. Die Regelungen anderer Staaten, welche sich mit der Problematik befassen, sind im Wesentlichen sehr punktuell und widerspiegeln die jeweilige politische Aktualität; als Muster für eine generelle Regelung eignen sie sich wenig.

6.2 Verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf

Personen, die bei der Ausübung eines Gesundheitsberufes vertraglich oder gesetzlich zu bestimmten Handlungen verpflichtet sind, die aber unter Geltendma-

chung eines Gewissenskonfliktes diese Handlungen verweigern, können sich auf die verfassungsrechtlich garantierte Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen. Sofern die geltend gemachten Beweggründe stichhaltig sind, darf ihnen aus der Weigerung kein persönlicher Nachteil erwachsen. Die Grundrechte finden in der gesamten Rechtsordnung Anwendung; die Behörden aller staatlichen Ebenen sind gehalten, ihnen Nachachtung zu verschaffen und müssen dafür sorgen, dass sie, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Angesichts dieser generellen und umfassenden Garantie besteht für den Schutz von Personen, welche bei der Ausübung von Gesundheitsberufen in einen Gewissenskonflikt geraten, nach Auffassung der Arbeitsgruppe auf verfassungsrechtlicher Ebene kein Handlungsbedarf.

6.3 Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Privatrecht

Auf der Ebene der Privatrechtsgesetzgebung wird der Schutz der Persönlichkeit durch die allgemeine Regelung von Artikel 27 und 28 ZGB, die Schutzbestimmungen des Arbeitsvertragsrechts nach Artikel 328 OR sowie die Kündigungsmöglichkeiten des Auftragsrechts nach Artikel 404 OR auch im Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit sichergestellt, so dass ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf auf dieser Ebene derzeit nicht vorliegt.

6.4 Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Verwaltungsrecht

Sowohl die Aufsicht über die selbständige Ausübung von Gesundheitsberufen als auch ein wesentlicher Teil der Auftragsumschreibung der Institutionen des Gesundheitswesens sowie die Regelung der öffentlich-rechtlichen Anstellungsbedingungen in solchen Institutionen sind Sache des kantonalen Gesetzgebers. Die Kantone haben - der Struktur und Organisation ihres öffentlichen Gesundheitswesens entsprechend - die Rechte und Pflichten der Personen umschrieben, die einen Gesundheitsberuf ausüben, wobei 12 Kantone die Problematik allfälliger Gewissenskonflikte ausdrücklich erfassen. Die Arbeitsgruppe sieht derzeit keinen Bedarf, in diese Regelungssysteme einzugreifen, da der Grundrechtsschutz der Einzelperson durch die unmittelbare Anwendbarkeit des Verfassungsrechts auch auf dieser Ebene im Grundsatz sichergestellt ist.

Sofern ein rechtspolitischer Bedarf für eine vermehrte verfahrensmässige Absicherung der Glaubens- und Gewissensfreiheit auf betrieblicher Ebene besteht, kann der Bund mit der Ausführungsrechtsetzung zur Kranken- Unfall- und Invalidenversicherung die Anrechenbarkeit entsprechender betrieblicher Ausbildungs- und Verfahrenskosten sicherstellen. Er kann ferner seine Kompetenzen im Bereich der öffentlich-rechtlichen Arbeitsgesetzgebung umfassender ausschöpfen, als er dies bis anhin getan hat. Diese Gesetzgebung erfasst heute nur einen Teil der Institutionen des Gesundheitswesens, und sie enthält heute keine Regelungen zur Durchsetzung spezifischer Grundrechtsanliegen etwa im Bereiche der Glaubens- und Gewissensfreiheit auf betrieblicher Ebene. Es wäre denkbar, mittels gesetzlicher Regelung von den Betrieben des Gesundheitswesens die Einführung bestimmter Verfahren zur Bewältigung entsprechender Konflikte zu verlangen und den jeweiligen Geltungsbereich dieser Bestimmungen festzulegen.

Im Bereich der Ausbildung hätte der Bundesgesetzgeber ferner die Möglichkeit, durch Differenzierung der Ausbildungsgänge, Ausbildungsziele und Abschlüsse bei den Gesundheitsberufen, den Verzicht auf bestimmte Tätigkeiten zu ermöglichen. Angesichts des Ziels einer möglichst umfassenden Ausbildung sowie der Auswirkungen organisatorischer Art etwa im Bereich der Notfalldienste sieht die Mehrheit der Arbeitsgruppe in diesem Bereich derzeit keinen Handlungsbedarf.

6.5 Handlungsbedarf auf betrieblicher Ebene

Auf der betrieblich-organisatorischen Ebene dürfte sich ein Handlungsbedarf infolge der raschen wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Entwicklung am ehesten aktualisieren. Es ist ein zunehmendes Bedürfnis nach Verfahren festzustellen, welche einerseits der Vermeidung von Wissenskonflikten und andererseits einer rechtlich vertretbaren internen Bewältigung bei ihrem Auftreten dienen sollen. Da solche Regelungen unmittelbar auf die jeweiligen Betriebe und ihre Aufgaben zugeschnitten sein müssen, sollten sie nach Auffassung der Arbeitsgruppe von den Betrieben selbst bzw. ihren Trägerinstitutionen entwickelt und erlassen werden. Zu diesem Zweck könnten allenfalls Musterregelungen für entsprechende Verfahren ausgearbeitet und zur Verfügung gestellt werden. Da eine solche Ausarbeitung und Implementierung mit erheblichem Aufwand verbunden sein dürfte, sollte sie insbesondere von den interessierten Gemeinwesen (Bund und Kantone) koordiniert und unterstützt werden.

6.6 Empfehlungen

Gestützt auf ihre Abklärungen empfiehlt die Arbeitsgruppe:

1. Auf konkrete gesetzgeberische Massnahmen des Bundes sei derzeit zu verzichten.
2. Es sei ein Projekt in die Wege zu leiten, mit welchem Musterregelungen für eine Schaffung innerbetrieblicher Verfahren zur Vermeidung und Bewältigung von Wissenskonflikten im Gesundheitswesen erarbeitet werden. Als Mitwirkende wären insbesondere die interessierten und betroffenen Dienststellen der Kantone sowie entsprechende Organisationen (etwa Dachverbände der Spitäler und Pflegeinstitutionen, Berufsverbände, Arbeitnehmerorganisationen, Ethikkommissionen) beizuziehen.
3. Es sei zu prüfen, wem gegebenenfalls die Initiierung, Koordinierung und Finanzierung des Projektes nach Ziffer 2 übertragen werden kann; in Frage käme eine Übertragung an eine Dienststelle des Bundes, an eine Institution der Kantone oder an eine private Institution. Sofern ein allfälliges Projekt einer kantonalen oder einer privaten Institution übertragen wird, wäre eine finanzielle Förderung durch den Bund zu prüfen.
4. Sofern das Projekt nach Ziffer 2 nicht zu Stande kommt bzw. zu unbefriedigenden Resultaten führt, sei zu prüfen, ob die Einführung innerbetriebliche Verfahren zur Vermeidung und Bewältigung von Wissenskonflikten durch

gesetzgeberische Massnahmen des Bundes im Rahmen seiner Kompetenzen (Ausführungsrechtsetzung zur Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung, Revision des Arbeitsgesetzes) gefördert oder vorgeschrieben werden soll.

Für die Arbeitsgruppe
Der Vorsitzende:

Prof. Dr. Luzius Mader