

Hanspeter Kuhn bietet uns hier durch und durch optimistische und motivierende Überlegungen zum Jahresanfang: ... die Ethik, unsere Ethik, unsere ethischen Regeln behalten ihre Bedeutung. Angesichts der Tendenz des Gesetzgebers und unserer öffentlichen Verwaltung, jedes Detail der ärztlichen Berufsausübung rechtlich regeln zu wollen, ist die Erkenntnis wichtig, dass unsere eigenen Regeln und die Zusammenarbeit in unserer Berufsgemeinschaft in vielen Bereichen am besten geeignet sind, die Qualität unserer Arbeit mit den Patienten sicherzustellen.

Der Autor beschreibt zunächst, wie sich die Standesregeln im Verlauf der Geschichte entwickelt haben. Anhand der Aussagen verschiedener zeitgenössischer Denker untersucht Hanspeter Kuhn danach, welchen Platz die Gesetze einerseits und die berufsethischen Regeln andererseits einnehmen sollten.

Diese Überlegungen sind spannend, umso mehr, wenn man den Bezug zur notwendigen Erneuerung der Identität (und des Selbstbilds) der Ärzteschaft herstellt: In den Mittelpunkt dieser Erneuerung würde ich gerne die Förderung des Bewusstseins stellen, dass wir einen entscheidenden Beitrag zu den Überlegungen leisten können, die die Gesellschaft über sich selbst anstellt. Es geht darum, Gegenmodelle vorzuschlagen. Allerdings werden wir nur dann glaubwürdig sein, wenn wir mit anspruchsvollen Aussagen auftreten, die ethisch einwandfrei abgestützt sind. Die Ärztinnen und Ärzte können nur «sick of the decline in honor» sein, wie es der unten zitierte Dan Ariely ausdrückt – der Ethik kommt eine zugleich grundlegende und wesensnotwendige Rolle für die Erneuerung der ärztlichen Identität zu. Ein gutes neues Jahr!

Dr. med. Jacques de Haller, Präsident der FMH

Zum Spannungsfeld zwischen privaten und staatlichen Normen

Der kluge Staat macht sich Berufsethik und Gemeinschaftssinn zunutze*

Hanspeter Kuhn

* Überarbeitete Fassung eines Kurzreferats, gehalten am Freitag, 20. November 2009, an der Tagung «Recht der Forschung am Menschen – Normgenese im Kontext (inter)nationaler Richtlinien» der juristischen Fakultät, Basel. Der Text gibt die persönliche Meinung des Autors wieder. Die Tagungsbeiträge werden im Juli 2010 im Heft 3/2010 der Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) erscheinen.

** Die Literaturangaben finden sich im Internet unter www.saez.ch → Aktuelle Ausgabe oder → Archiv → 2010 → 1/2

Korrespondenz:
Hanspeter Kuhn
FMH
Elfenstrasse 18
CH-3000 Bern 15
Tel. 031 359 11 11
Fax 031 359 11 12

hanspeter.kuhn@fmh.ch

Zusammenfassung

Aus Juristensicht ist es Pflicht des Staates, die wichtigen Fragen des gesellschaftlichen Zusammenlebens in staatlichen Gesetzen zu regeln. Ökonominnen stellen hingegen fest, dass kleine, überschaubare Gemeinschaften oft effizienter funktionieren als Gemeinschaften mit staatlicher Kontrolle oder Privatisierungen. Und Verhaltensforscher zeigen in Experimenten, dass die Thematisierung von ethischen Prinzipien das Verhalten der Individuen positiv beeinflusst.

Der nachfolgende Text will aufzeigen, dass eine Gesetzgebung mit Augenmass wünschbar ist. «Trop de loi tue la loi», sagen die Romands. Es ist deshalb besser, der Selbstorganisation, der Berufsethik und den Standesregeln einen angemessenen Raum zu belassen – nicht weil alle Ärzte, Juristen oder Banker von Grund auf integre Personen wären, sondern weil unser gesellschaftliches Zusammenleben schlicht besser funktioniert, wenn unser Staat die Partizipation in überschaubaren Gemeinschaften und den Bezug auf ethische Standards in einem vernünftigen Ausmass zulässt und gar fördert.

Medizinrecht: Pendelbewegung zwischen staatlicher Regulierung und Autonomie

Die Geschichte der Regulierung der Medizin in Deutschland zeigt starke Pendelausschläge. Die deutschen Barbieri waren im Mittelalter in Zünften orga-

nisiert. Mit der Renaissance entstanden Fakultäten, welche während einiger Zeit auch standesrechtliche Fragen für die studierten Ärzte regelten. Während des Absolutismus wurde die Ausübung der Medizin im Detail staatlich geregelt: «Zum einen war es die zunehmende Neigung des Absolutismus zur Unterstellung nahezu aller Lebensbereiche unter staatliche Vormundschaft. (...) Ein weiterer Grund für die zunehmende Staatstätigkeit in diesem Bereich liegt aber auch in der Tatsache begründet, dass die hier interessierenden Berufsangehörigen im Laufe der Zeit immer weniger in den damals primär das soziale Leben regelnden Zünfte organisiert waren; es entstand damit ein gewisses Regelungsvakuum, das vom absolutistischen Staat bereitwillig ausgefüllt wurde. (...) Erst als sich (...) allmählich die Gedanken und Prinzipien des liberalen Rechtsstaates durchsetzten und damit der Grundstein für die moderne Selbstverwaltung gelegt wurde, entstand wieder ein grösserer Freiraum, aber auch nunmehr infolge des «Rückzuges» des Staates ein stärkeres Bedürfnis für Verhaltensnormen auf unterstaatlicher Ebene» [1]**. Der Trend zur weitgehenden Selbstverwaltung setzte sich im beginnenden 20. Jahrhundert fort: «Der korporative Ansatz in der Selbstverwaltungslehre als «Heilmittel gegen die fortschreitende Etatisierung des Soziallebens» erlebte nach dem Ersten Weltkrieg einen erheblichen Aufschwung» [2]. Vermehrt regelten nun die Standesordnungen auch Fragen der

Arzt-Patienten-Beziehung. Im Nationalsozialismus wurde dann, wenig erstaunlich, die Auffassung vertreten, die Standespflichten würden zu unmittelbaren Staatspflichten mutieren ... [3].

Auch in der Schweiz waren die Barbierchirurgen Handwerker und wie diese organisiert, mancherorts somit auch politisch vertreten (z. B. in Zürich). Ärzte waren Angehörige eines freien Berufes und wiesen sich durch ihre Universitätsdiplome aus. Im 18. Jahrhundert nahm der Staat durch die Sanitätsräte (Mitglieder: Ratsherren, evtl. Ärzte) zunehmend Einfluss, zunächst betreffend Seuchenabwehr, dann indem für die Ausübung der Praxis bestandene Examen zur Bedingung gemacht wurden [4]. Im 19. Jahrhundert wird diese Praxis fortgesetzt. In dieser Zeit entwickelten sich die Ärzte «meist zu entschiedenen Vertretern der bürgerlich-liberalen Partei» [5] und konnten sich in die ebenso bürgerlich-liberalen staatlichen Strukturen einbringen. Sie mussten sich nicht wie in Deutschland von einem autoritären Staat abgrenzen. Die Schweiz hat wohl deshalb keine Selbstverwaltung durch Ärztekammern mit öffentlichrechtlicher Versorgungs- und Berufsaufsichtsfunktion, wie sie die deutschen Bundesländer bis heute kennen.

Wie schätzt der Historiker die Frage der ärztlichen Autonomie in der Schweiz ein? «Die Ärzteschaft gehört heute zu den sogenannten freien Berufen, die gesellschaftlich besondere Anerkennung geniessen und sich durch eine hohe Autonomie in der Berufsausübung auszeichnen» [6]. Angesichts der zunehmenden Regulierungsdichte durch Gesetze und Tarifverträge teilen wohl viele Ärztinnen und Ärzte diese Einschätzung nicht mehr.

Die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW

David Rüetschi hat 2002 geschrieben: «Die SAMW hatte – als Reaktion auf die Entwicklung im Ausland – bereits 1969 die «Richtlinie für die Definition und Diagnose des Todes» ausgearbeitet, in der die Kriterien zur Feststellung sowohl des Herz- als auch des Hirntodes festgehalten wurden» [7]. (...) «Das Schweizerische Bundesgericht behandelt die Richtlinien der SAMW in den wenigen Entscheiden, in denen darauf Bezug genommen wird, mit grossem Respekt [8] (...) Wie alle nicht durch den üblichen formellen Gesetzgeber erlassenen technischen Normierungen zeichnen sich die Richtlinien der SAMW durch den Vorzug aus, dass sie flexibel sind und eine rasche Reaktion auf gesellschaftliche Veränderungen ermöglichen, ein Umstand, der insbesondere angesichts des in der Regel gemächlichen Tempos des schweizerischen Gesetzgebungsprozesses von erheblicher Bedeutung sein kann. Ausserdem sind die Richtlinien von einer hohen Akzeptanz getragen, die eine unmittelbare Steigerung der Effektivität der Normen nach sich zieht, und es ist fraglich, ob eine solche Wirkung auch mit Hilfe staatlicher Normen hatte erreicht werden können. Ausschlaggebend dafür sind die Mobilisierung von Fachwissen sowie die Kompetenz und das Ansehen der für die Ausarbeitung der

Richtlinien verantwortlichen Personen sowie der SAMW; auch darauf hätte bei einem staatlichen Verfahren zumindest teilweise verzichtet werden müssen. Die private Erstellung von Normen bedeutet zudem eine Entlastung für den staatlichen Gesetzgeber. (...) Als Nachteile fallen vor allem die geringere staatliche Kontrolle und die fehlende demokratische Legitimation ins Gewicht, insbesondere in einer Rechtsordnung wie jener der Schweiz, in der die Gesetzgebung nicht ausschliesslich Aufgabe von Repräsentanten, sondern teilweise auch des Stimmvolks ist» [9]. (...) «Kein noch so gut funktionierendes System privater Regelungen darf den Gesetzgeber dazu verführen, sich der ihm von der Verfassung zugeordneten Aufgabe zu entziehen. Selbstverständlich kann er sich ausreichend Zeit nehmen, um eine sachgerechte Lösung auszuarbeiten. Nicht zulässig ist dagegen ein dauerhaftes Abschieben der Verantwortung auf private Institutionen. Die SAMW selber sieht sich denn auch nicht als Ersatzgesetzgeberin, sondern wünscht sich, dass die Richtlinien «nach etwa zehn Jahren Bewährungsprobe und politischer Diskussion zu Gesetz werden sollten» [10].

Die FMH-Standesordnung

Die meisten kantonalen Ärztesellschaften erliessen zu Beginn des 20. Jahrhunderts Standesordnungen [11]. Die FMH-Standesordnung wurde von der Ärztekammer, der Legislative der FMH, 1996 beschlossen. Sie trat 1997 in Kraft und löste die bisherigen kantonalen Standesordnungen ab. An der Erarbeitung der FMH-Standesordnung haben ärztliche Delegierte aus den drei Sprachregionen sowie Prof. Dr. iur. Wolfgang Wiegand [12] mitgewirkt. Vor der Verabschiedung wurde der Entwurf der Wettbewerbskommission zur Stellungnahme zugestellt.

Anlässlich der Einführung der bilateralen Verträge wurde das Freizügigkeitsgesetz für Ärzte revidiert; das FMPG führte noch keine Berufspflichten an. Das seit 2007 geltende MedBG [13] enthält auf Vorschlag der FMH und in Anlehnung an das Freizügigkeitsgesetz für Rechtsanwälte in Art. 40 wichtigste Bestimmungen zu den Berufspflichten der Ärztinnen und Ärzte [14]. Allerdings gelten diese bisher nur für die AHV-rechtlich selbständig praktizierenden Ärztinnen und Ärzte und somit nicht für die angestellte Ärzteschaft, was seitens der juristischen Lehre meines Erachtens zu Recht kritisiert wird [15].

Private Normen sind seit den 1960er Jahren unter Druck – aber nicht alle

Die Französische Revolution hat den Ständestaat abgeschafft – seit 1789 wären wir somit alle gewöhnliche Bürger. Doch die sogenannte Deprofessionalisierung der Berufsstände der Ärzte und Anwälte begann erst in den 1960er Jahren [16].

Juristen und Staatsdiener sind von der Idee geprägt, dass der Staat alle wichtigen Fragen der Bürger selbst regeln muss. Private Normen werden bestenfalls geduldet, stehen aber irgendwie unter Generalverdacht.

Ich habe Verständnis für die Skepsis gegenüber privaten Normen. Sie beinhalten das Risiko, dass Private primär ihren eigenen Vorteil im Blick haben, oder dass sie die wahren Bedürfnisse der Bevölkerung verkennen. Erstaunlich ist gleichzeitig die bisher oft unkritische Akzeptanz der privaten SIA-Normen für das Bauen in der Schweiz. Diese Normen sind durchaus nicht bloss technischer Natur. Sie haben wesentliche gesellschaftliche Implikationen für die Bauherrschaft und für die Menschen, die in den Häusern leben und arbeiten. Besonders offensichtlich wird das Spannungsfeld, wenn SIA-Normen und Anliegen der Denkmalpflege (letztere notabene ein öffentliches Interesse) kollidieren, und die SIA-Normen dabei aus Angst vor Architekten- bzw. Bauherrenhaftung oft die Oberhand gewinnen [17].

Ausgrenzungstendenzen bei Gesetzen

Die staatliche Gesetzgebung hingegen hat ihre eigenen Gefahren: Die Revisionen der letzten Jahre im Bereiche des Asylrechts, des Strafgesetzbuchs und der Invalidenversicherung zeigen, was geschieht, wenn Bundesrat und Parlament primär auf das Volk bzw. die Medien hören und Zivilcourage sowie Gelassenheit in den Hintergrund treten – in allen drei Bereichen mit Auswirkungen auf den medizinischen Alltag:

- Im Asylrecht herrscht ein Wettlauf zwischen den europäischen Staaten mit dem Ziel, Asylsuchende abzuschrecken. Ärztliche Befunde, die auf Folter eines Asylsuchenden schliessen lassen, und der Hinweis auf aus ärztlicher Sicht notwendige Behandlungen, die mangels geeigneter Behandlungsmöglichkeiten im Herkunftsland einer Rückschaffung im Wege stehen, werden von den Asylbehörden nicht immer ernst genommen. Auch Chefärzte kantonaler Kliniken schreiben sich zuweilen ohne erkennbaren Erfolg für ihre asylsuchenden Patienten die Finger wund.
- Im Strafrecht erhofft sich die Gesellschaft hingegen, dass die forensische Psychiatrie möglichst mit absoluter Sicherheit das Gefährdungspotential eines Strafgefangenen einschätzen kann – ein Ding der Unmöglichkeit (auch deshalb ist die Verwahrungsinitiative zu hinterfragen, obwohl Volk und Stände ihr zugestimmt haben).
- Im Zusammenhang mit der 5. IVG-Revision wurde der Zumutbarkeitsbegriff im ATSG in einer Art verschärft, die weder juristisch [18] noch ärztlich [19] nachvollziehbar erscheint: «Zumutbar ist prinzipiell jede Massnahme, die der Eingliederung der versicherten Person dient, ausser sie stellt eine Gefahr für Leben und Gesundheit dar» [20].

Gesetze für die Medizin im Zeichen der Heilserwartung

Die Medizin steht unter grossem gesellschaftlichem Rechtfertigungsdruck, weil wohl jede menschliche Gesellschaft in einer ambivalenten Beziehung zum Medi-

zinmann/Schamanen/Priester/Heiler steht: Man hofft auf seine heilende Kraft und Macht, gleichzeitig verletzt er Tabus und steht ein wenig ausserhalb der Gemeinschaft der gewöhnlich Sterblichen.

Zunehmend will man mit Hilfe staatlicher Normen auch sicherstellen, dass die Medizin ihre Heilsversprechen einlöst bzw. die Heilserwartungen der Bevölkerung erfüllt. Diese Heilserwartung erklärt wohl auch, weshalb sich unser Verfassungsgesetzgeber bei der Bekämpfung der damaligen Beobachter-Initiative [21] dazu hinreissen liess, der Bevölkerung etwas Unmögliches zu versprechen, nämlich eine gerechte Organzuteilung bei Transplantationen [22]. Dabei hatten wir doch im Juststudium gelernt, dass der Gesetzgeber nicht versuchen darf, den Gutmenschen zu erzwingen. Skeptisch stimmt auch ein gesetzlicher Auftrag an Ärzte und Ärztinnen zur «nichtdirektiven Beratung» der Patientin [23] – auch dies ist ein gutgemeintes, aber nach dem Stand des Wissens nicht wirklich erfüllbares Postulat [24]. Das Gesetz soll und darf nur ein ethisches Minimum durchsetzen [25]. Wer dies vergisst, schafft den Überwachungs- und Polizeistaat. Wer mehr als ein ethisches Minimum in die Gesetze schreibt, frustriert zudem die Angehörigen der betroffenen Berufe, weil sie an solch überzogenen staatlichen Vorgaben nur scheitern können, seien sie nun Lehrer oder Ärztinnen.

Spannungsfeld zwischen staatlichen und privaten Normen und der Vertragsfreiheit

Die Bundesverfassung hält in der Formulierung von 1999 fest, dass «insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über die Rechte und Pflichten von Personen» in der Form eines Bundesgesetzes zu regeln sind [26]. Die Verfassung gewährleistet aber auch die Wirtschaftsfreiheit, zu der die freie Berufsausübung und damit auch die Vertragsfreiheit gehören [27]. Es geht also um ein Spannungsfeld zwischen drei Polen:

- Was soll der Staat regeln?
- Was sollen Private mit Soft-law regeln?
- Was sollen Auftraggeber und Auftragnehmer im Rahmen der Vertragsfreiheit frei vereinbaren können?

Nehmen wir das Beispiel der ärztlich assistierten Fortpflanzung: Die SAMW-Richtlinie hielt fest, dass diese Methoden nur bei verheirateten oder in eheähnlicher Gemeinschaft lebenden unverheirateten Paaren angewendet werden dürfen. Das Fortpflanzungsmedizin-gesetz erlaubt die Verwendung von Samenspende nur bei Ehe und nicht bei stabilem Konkubinat [28]. Die frühere private und die heutige staatliche Regelung greifen damit sowohl in die Patientenautonomie wie in die Freiheit der ärztlichen Berufsausübung ein, und begrenzen gleichzeitig die Vertragsfreiheit zwischen Patient und Arzt. Begründet wird der Eingriff mit dem Kindeswohl – doch hat auch das Anliegen der Gesellschaft, sich ihrer eigenen Identität zu versichern, eine Rolle gespielt [29].

«Trop de loi tue la loi» – und: Ethik funktioniert!

Der denkende Bankenchef und ehemalige IWF-Experte Hans Haumer äussert sich zur Regulierungsdichte in heutigen Staaten wie folgt: «Die Unübersichtlichkeit und Fülle der Vorschriften stört nicht nur die Bürger, sondern mästet die Bürokrationen. Vertrauen wird durch zu viele Regeln abgestumpft und gedeiht auf dem Boden einfacher, solider und überschaubarer Prinzipien am besten» [30].

Der Strafrechtler Gunther Arzt hat schon 1999 festgehalten: «Die Bürokratie will nicht nur Schäden verhüten, sondern je länger je mehr geht es ihr darum, ihre eigene Existenz zu legitimieren. Über kurz oder lang kommt es soweit, dass nicht der Brand verhütet werden soll, sondern dass es keinen Brand geben darf, bei dem keine Brandschutzbestimmungen verletzt worden sind» [31].

«Trop de loi tue la loi.»

Ethik beeinflusst Verhalten positiv

Der Verhaltensforscher Dan Ariely bilanziert: «Something was lost when professions were dismantled. Strict professionalism was replaced by flexibility, individual judgement, the laws of commerce, and the urge for wealth, and with it disappeared the bedrock of ethics and values on which the professions had been built.» Dies führt auch zu beruflicher Frustration: «A study by the state of California in the 1990s, for instance, found that a preponderance of attorneys in California were sick of the decline in honor and 'profoundly pessimistic' about the condition of the legal profession» [32].

Ariely konnte nachweisen, dass der explizite Bezug auf ethische Standards das konkrete Verhalten beeinflusst: Versuchsgruppen erhielten ein Set von mathematischen Aufgaben. Die Lösungen wurden von den Probanden selbst korrigiert, und sie erhielten pro angeblich gelöste Aufgabe etwas Geld. Mit anderen Worten: Sie konnten betrügen und dafür kassieren. Die Lösungen der Kontrollgruppe wurden hingegen objektiv ausgewertet. Eine Studiengruppe wurde aufgefordert, vor dem Test den Satz zu unterschreiben: «Ich bin mir bewusst, dass dieser Versuch unter die Ehrenregeln des Massachusetts Institute of Technology fällt.» Die Studierenden dieser Gruppe betrogen im Unterschied zu den gewöhnlichen Probanden nicht [33] – genauso wie in einem vorgängigen Experiment diejenigen Teilnehmenden nicht betrogen, die vor dem Test aufgefordert worden waren, so viele der Zehn Gebote aus der Bibel zu notieren, wie sie erinnern konnten. Das Anrufen von ethischen Standards – nicht von Gesetzen – ist somit ein funktionierender Weg, das Verhalten positiv zu beeinflussen, ohne dass dafür Polizisten angestellt werden müssen.

Was ist Arielys Rezept für den Staat der Zukunft? Es ist denkbar einfach: «Adam Smith reminded us that honesty really is the best policy, especially in business. (...) What can we do to keep our country honest? We

can read the Bible, the Koran, or whatever reflects our values, perhaps. We can revive professional standards. We can sign our names to promise that we will act with integrity» [34].

Ariely fragt: «Wouldn't economics make a lot more sense if it were based on how people actually behave, instead of how they should behave?» [35]. Wir Juristen mokieren uns oft über die Ökonomen. Doch auch für uns Juristen und den Gesetzgeber stellt sich dieselbe Frage: Verkennt unsere grundsätzliche Skepsis gegenüber privaten Normen nicht die menschliche Natur und die Realität des gesellschaftlichen Zusammenlebens?

Und wenigstens im Bildungsteil der NZZ weist uns der Rechtsanwalt Luc Saner darauf hin: «Die Juristen ihrerseits werden (dank einem *Studium generale*) Konsequenzen daraus ziehen, dass wir Menschen für Kleingruppenverhalten, nicht für komplexe Verhältnisse selektioniert sind. Sie werden also vertieft über New Public Management (NPM) nachdenken und erkennen, dass NPM die oft verwirrlichte Rechtssetzung stark vereinfachen kann» [36].

Partizipation in überschaubaren Strukturen funktioniert besser als staatliche Kontrolle oder Privatisierung

Wie wichtig echte Partizipation ist, um wünschbares Verhalten zu erreichen, ist aus vielen Bereichen – von der Unternehmungsführung über die Schule, die Entwicklungsarbeit bis zur Medizin – bekannt [37]. So wissen wir beispielsweise aus der Medizin, dass Guidelines von denjenigen Ärztinnen und Ärzten am besten befolgt werden, die sich an ihrer Erarbeitung beteiligten konnten. Elinor Ostrom, Wirtschaftsnobelpreisträgerin des Jahres 2009, hat herausgefunden, dass Allmenden oft weder durch staatliche Kontrolle noch mittels Privatisierungen nachhaltig bewirtschaftet werden können. Stattdessen spricht sie sich für den «Kantönlicheist»: Kleine und sozial eng verknüpfte Gemeinschaften seien ein probates Mittel gegen die Ausbeutung natürlicher Ressourcen. Abweichler fallen nicht durch die engmaschigen Strukturen, Missbrauch kann eher verhindert werden [38].

Das Pendel schlägt zurück – Standesregeln werden wieder Mode

Viele Berufe und Branchen streben in den letzten Jahren Standesregeln an bzw. haben sie bereits eingeführt, von den Lehrern über das Autogewerbe [39] bis zu den Sex-Cabarets [40]. Und pragmatisch handelnde Vertreter des Staats regen gar Standesregeln an, so etwa die Staatsanwaltschaft Zürich im Suizidbeihilfe-Vertrag mit Exit [41] oder der Regierungstatthalter von Nidau für das Sexgewerbe [42]. Der kluge Staat macht sich somit Berufsethik und Gemeinschaftssinn überschaubarer Gemeinschaften zunutze.

Wenn Berufsethik (Ariely) und wenn Selbstverwaltung in überschaubaren Gemeinschaften (Ostrom) funktionieren, dann macht es Sinn, eine unideologi-

sche, pragmatische Balance zu suchen zwischen staatlichen Gesetzen einerseits und beruflichen Ethikstandards bzw. der Selbstverwaltung andererseits. Ein Staat, der an einer möglichst gut funktionierenden Gesellschaft interessiert ist, schafft bzw. belässt deshalb den nötigen Freiraum auch für eine von einem angemessenen Gemeinschaftssinn geprägte Ärzteschaft in der Schweiz. Der Beispiele sind viele:

Negativ

- Auf Druck der Wettbewerbskommission haben die kantonalen Ärztesellschaften die früheren Honorarempfehlungen für die Behandlung von Halbprivat- und Privatpatienten sowie die für deren Einhaltung zuständigen Honorarprüfungskommissionen der Ärztesellschaften ersatzlos aufgehoben [43]. Wir haben im FMH-Rechtsdienst den Eindruck, dass in der Folge bloss die Rechtssicherheit gelitten hat. Ein Nutzen für die Patienten ist für uns bisher nicht erkennbar geworden.

Positiv

- Der TARMED wurde kostenneutral eingeführt, und seit Ablauf der Kostenneutralitätsphase halten die praktizierenden Ärztinnen und Ärzte die Behandlungskosten aufgrund der Leistungs-Kosten-Vereinbarung (LeiKoV) mit den Krankenversicherern im Rahmen der vereinbarten Entwicklung. Dies ist nur dank funktionierender Solidarität in der jeweiligen kantonalen Ärztesellschaft möglich. Der von Elinor Ostrom gelobte ‚Kantönligeist‘ kann auch in den Ärztesellschaften nutzbar gemacht werden, um die Behandlungskosten in den Arztpraxen unter Kontrolle zu halten – günstiger und effizienter als mit aufwendigen Rückforderungsprozessen der Krankenversicherer.
- Managed-Care-Versorgungssysteme basieren sowohl auf Zusammenarbeitsverträgen zwischen Ärztenetz und Versicherer als auch auf einer funktionierenden Selbstorganisation des vertrags-

schliessenden Ärztenetzes. Es ist zu wünschen, dass der Gesetzgeber bei der Revision des KVG den beteiligten Gesundheitspartnern den nötigen Spielraum für sachgerechte und regional angepasste Lösungen belässt und Managed Care nicht im Bemühen, es gut machen zu wollen, in staatlicher Überregulierung erstickt.

- Dank echter Partizipation über die medizinischen Fachgesellschaften kann die FMH die Weiterbildung effizient und kostengünstig regeln. Der Bund investiert bis und mit Verfügungen und Einspracheverfahren der FMH keinen Rappen in die Regulierung der ärztlichen Weiterbildung. Und die frühere Rekurskommission und das heutige Bundesverwaltungsgericht sowie das Bundesgericht haben praktisch in allen relevanten Beschwerdefällen den Vorentscheid der FMH-Einsprachekommissionen bestätigt.
- Die FMH-Gutachterstelle findet die nötigen Gutachterinnen und Gutachter, um die oft komplexen multidisziplinären Behandlungsfehlerfragen in aufwendiger Arbeit zu nicht wirklich kostendeckenden Honoraren zu untersuchen. Der staatliche Richter hätte es wesentlich schwerer, mehrere Gutachter zur dafür nötigen engen Zusammenarbeit zu motivieren.
- Patienten, die dies wünschen, können sich mit ihren Anliegen bzw. Beschwerden gegen Ärzte an den Ombudsman der kantonalen Ärztesellschaft oder an die Standeskommission wenden. Im Unterschied zum Zivilprozess gibt es hier für den Patienten kein Kostenrisiko. Ombudsman und Standeskommission sind für den Patienten ein Angebot der Ärzteschaft, ein möglicher Weg. Es steht ihnen frei, sich stattdessen an die kantonale Gesundheitsdirektion, an den Zivil- oder bei gravierendem Fehlverhalten eines Arztes oder einer Ärztin an den Strafrichter zu wenden.

Literatur (Redaktionelle Verantwortung beim Autor)

- 1 Jochen Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, Walter de Gruyter, 1991 Berlin und New York, S. 199ff.
- 2 Taupitz, a.a.O., S. 283
- 3 Taupitz, a.a.O., S. 291.
- 4 Der Autor dankt Prof. Urs Boschung, Bern, für die Hinweise zur Geschichte in der Schweiz.
- 5 Sebastian Brändli, Ärzte, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS - <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D16394.php>)
- 6 Sebastian Brändli, op.cit.
- 7 David Rüetschi, Ärztliches Standesrecht in der Schweiz – Die Bedeutung der Medizinisch-ethischen Richtlinien der schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften; Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002; 231-255, S. 233 und 237.
- 8 Rüetschi, a.a.O. S. 239. BGE 123 I 112 ff. (Todesfeststellung).
- 9 Rueschti, a.a.O. S. 246f.
- 10 Rüetschi, a.a.O. S. 255.
- 11 Ausnahme ZH 1892. Nach Angaben im Correspondenzblatt gab es Standesordnungen in AG und BS 1903, SG 1908, BE, LU 1911, Urschweiz 1911. Von der Delegiertenversammlung des Zentralvereins erging am 4. Dezember 1904 die Aufforderung, «es möchten sich die kantonalen Aerztesellschaften oder kleinere ärztliche Gesellschaften fester organisieren» und zu diesem Zweck «Standesordnungen eventuell mit Taxeordnungen» aufstellen. Der Autor dankt Prof. Urs Boschung für die Hinweise.
- 12 Wiegand wurde von seinem Assistenten Martin Immerhauser, und die FMH-Kommission wurde von Christoph Hänggeli unterstützt.
- 13 Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 23. Juni 2006.
- 14 Art. 40 MedBG, Berufspflichten Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbstständig ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten:
 - a. Sie üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus; sie halten sich an die Grenzen der Kompetenzen, die sie im Rahmen der Aus-, Weiter- und Fortbildung erworben haben.
 - b. Sie vertiefen, erweitern und verbessern ihre beruflichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten durch lebenslange Fortbildung.
 - c. Sie wahren die Rechte der Patientinnen und Patienten.
 - d. Sie machen nur Werbung, die objektiv ist, dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich ist.
 - e. Sie wahren bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ausschliesslich die Interessen der Patientinnen und Patienten und handeln unabhängig von finanziellen Vorteilen.
 - f. Sie wahren das Berufsgeheimnis nach Massgabe der einschlägigen Vorschriften.
 - g. Sie leisten in dringenden Fällen Beistand und wirken nach Massgabe der kantonalen Vorschriften in Notfalldiensten mit.
 - h. Sie haben eine Berufshaftpflichtversicherung nach Massgabe der Art und des Umfanges der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, abzuschliessen oder andere, gleichwertige Sicherheiten zu erbringen.
- 15 Siehe etwa W. Fellmann, Das Medizinalberufegesetz ist neu in Kraft – bitte gleich nachbessern! Jusletter September 2007.
- 16 Dan Ariely, Predictably Irrational, The Hidden Forces that Shape our Decisions, HarperCollinsPublishers, London, 2008, S. 209ff.
- 17 Siehe etwa zur Problematik von SIA-Normen im Spannungsfeld mit der Denkmalpflege bei: Ursula Boos, Betreten auf eigene Gefahr? Technische Normen aus rechtlicher Sicht; NIKE-Bulletin 5/2005; S. 12-17.
- 18 Thomas Locher, Invalidität, Invaliditätsgrad und Entstehung des Rentenanspruchs nach dem Entwurf zur 5. IV-Revision, in: Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, René Schaffhauser/ Franz Schlauri (Hrsg.), St. Gallen 2006, S. 294ff; sowie Dr. iur. Ueli Kieser, Übersicht über die 5. IV-Revision, Referat djb 23. März 2007, S. 8.
- 19 FMH-Stellungnahme zum Entwurf der 6. IVG-Revision, 9. Oktober 2009: «Nur noch der «blaue Weg» (Arztzeugnis) würde zur Verfügung stehen, um sich gegen eine unverhältnismässige Massnahme zu wehren. Diese Instrumentalisierung der Medizin ist sachlich falsch und eine Zumutung für alle Beteiligten.»
- 20 Art. 21 Abs. 4 ATSG. «Die Beweislast der Unzumutbarkeit einer Massnahme liegt bei der versicherten Person.» (Erläuterungen zum Entwurf der 6. IVG-Revision vom 17. Juni 2009, Seite 69).
- 21 Volksinitiative «Gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen» («Beobachter»-Initiative)
- 22 Art. 119a Abs. 2 Bundesverfassung (Der Bund) «legt insbesondere Kriterien für eine gerechte Zuteilung von Organen fest.»
- 23 Bundesgesetz über genetische Beratungen, «Art. 14 Genetische Beratung im Allgemeinen; 1 Präsymptomatische und pränatale genetische Untersuchungen sowie Untersuchungen zur Familienplanung müssen vor und nach ihrer Durchführung von einer *nichtdirektiven*, fachkundigen genetischen Beratung begleitet sein. Das Beratungsgespräch ist zu dokumentieren. (...)»
- 24 Zu den rechtlichen Grenzen nichtdirektiver pränataler Beratung vgl. Wolfgang Wiegand, Juristische Überlegungen zur pränatalen Diagnostik, Therapeutische Umschau 1988, S. 729-734; 731.
- 25 So noch BGE 124 III 297, E. 5.e.: (...)«Die Sittenwidrigkeit darf nicht dazu dienen, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit auszuhöhlen. Wenn das Gesetz den Verstoß gegen die «guten Sitten» mit Schädigungsabsicht zum Haftungstatbestand erhebt, bedeutet dies nicht, dass es eine allgemeine Verpflichtung der Rechtsgenossen auf eine hohe Ethik anstreben würde. Das Recht will nur ein ethisches Minimum gewährleisten. Art. 41 Abs. 2 OR erfasst in erster Linie die Schikane: Gegen die guten Sitten verstösst im Sinne dieser Bestimmung ein Verhalten, das nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu schädigen (HONSELL, a.a.O., S. 64; SCHNYDER, a.a.O., N. 43 zu Art. 41 OR).

- 26 Art. 164 BV.
- 27 Art. 27 BV; vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesverfassung, BBl 1966 S. 177: (Die Wirtschaftsfreiheit) «erfasst die privatwirtschaftliche Tätigkeit schlechthin, namentlich auch alle Aspekte der unternehmerischen Freiheit sowie die Vertragsfreiheit.»
- 28 Art. 3 Abs. 3 Fortpflanzungsmedizingesetz.
- 29 Vgl. Botschaft vom 26. Juni 1996, BBl. 1996 III 220: «Dagegen will der Bundesrat, die Samenspende Dritter zulassen, wenn auch unter restriktiven Voraussetzungen, während die Initianten diese Methoden als sittlich abartig ablehnen. Kindeswohl und Familienbestand würden ernststen psychologischen und sozialen Gefahren ausgesetzt.»
- 30 Hans Haumer. Vertrauen – Angst und Hoffnung in einer unsicheren Welt. Kremayr und Scheriau; Wien 2009, S. 20.
- 31 Gunther Arzt, Diagnostisch-therapeutische Leitlinien: Richtlinien für die Rechtsprechung?, Schweiz Med Wochenschr 1999;129: Nr 16, S. 607-12.
- 32 Ariely, op.cit., S. 209f.
- 33 Sie gab gleich viele richtige Lösungen an wie die real kontrollierte Kontrollgruppe. Ariely op.cit. S. 212.
- 34 Ariely, op.cit. S. 215.
- 35 Ariely, op.cit. S. 239.
- 36 Luc Saner, Advokat in Basel, Mehr Zeit für Tiefgang und Vernetzung, Ein Hochschulbetrieb mit zwei Studiengeschwindigkeiten könnte zentrale Probleme der Ausbildung lösen, NZZ 30.11.2009, S. 46. (Luc Saner, Advokat in Basel.)
- 37 Instruktiv ist die Suche bei Google mit dem Stichwort Partizipation!
- 38 Sarah Nowotny, Grindelwald ist nobelpreisverdächtig, Der Bund, 05. 11. 2009: «Die Amerikanerin Elinor Ostrom hat dieses Jahr den Nobelpreis für Wirtschaft erhalten. Inspirieren liess sie sich auch in den Grindelwaldner Alpen. (...) Den Nobelpreis bekam die Amerikanerin Ostrom dafür, dass sie eine Antwort liefert auf die essenzielle Frage, wie wir mit Knappheit umgehen müssen. Sie kommt zum Schluss, dass Allmenden oft weder durch staatliche Kontrolle noch mittels Privatisierungen nachhaltig bewirtschaftet werden können. Stattdessen spricht sich Ostrom für den «Kantönligest» aus: Kleine und sozial eng verknüpfte Gemeinschaften seien ein probates Mittel gegen die Ausbeutung natürlicher Ressourcen. Abweichler fallen nicht durch die engmaschigen Strukturen, Missbrauch kann eher verhindert werden.»
- 39 Autogewerbeverband der Schweiz AGVS; Auszug aus: Das Dienstleistungsangebot des AGVS, Stand November 2009: «Ehrenkodex des Autogewerbes – Zertifikat, das im Kundenbereich der Garage aufgehängt wird und mit dem sich das Mitglied gegenüber seinen Kunden einer klaren Berufsethik unterstellt.»
- 40 Verhaltenskodex für Cabaret-Betreiber: «Zur ASCO gehören seit Jahren die besten und populärsten Unterhaltungsbetriebe der Schweiz. Ihre Mitglieder bekennen sich mit dem ASCO-Verhaltenskodex zu einem hohen Berufsethos und schaffen damit Vertrauen. Unser Kodex vermittelt Regeln des gesunden Menschenverstandes und hält zu Fairness an. Er verlangt einwandfreies Verhalten gegenüber Gästen, Mitarbeitern, Lieferanten und Behörden. (...)»
- 41 Vereinbarung über die organisierte Suizidhilfe: «Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (...) und EXIT Deutsche Schweiz, (...) haben im Willen, die Absicht des Regierungsrats des Kantons Zürich umzusetzen, auf kantonaler Ebene die *Schaffung von Standesregeln für Suizidhilfeorganisationen* anzustreben, die mit den Organisationen einvernehmlich abgesprochen sind und von diesen freiwillig übernommen werden, um missbräuchliche Praktiken möglichst zu verhindern (...) Folgendes vereinbart: (...) (Text vom 30. Juni 2009)
- 42 Anita Bachmann, Roma-Frauen im Berner Rotlichtmilieu, Der Bund, 25.09.2009: «Erst vor Kurzem befasste sich der Grosse Rat (BE) mit dem Rotlichtmilieu. Im März wurde beschlossen, dass es im Sexgewerbe Schranken, Regeln und Schutz brauche und dafür ein Prostitutionsgesetz nötig sei. Politiker brachten dieses Anliegen in den Grossen Rat, nachdem Regierungsstatthalter Könitzer mit einem Modell im Hotel Schloss in Nidau gute Erfahrungen gemacht hatte. Kern seines Modells ist ein *Verhaltenskodex* für Betreiber von Bordellen, Massagesalons oder Kontaktbars. (...) «Die Selbstständigkeit ist nicht für alle Sexarbeiterinnen eine gute Lösung. Viel ehrlicher wäre, auch ein Angestelltenverhältnis zuzulassen, wenn möglich mit einem Gesamtarbeitsvertrag», sagt Könitzer. Das brauchte aber einen sehr grossen Sinneswandel in vielen Amtsstuben.»
- 43 Vgl. etwa die Pressemitteilung der WEKO betreffend Zürich: http://www.admin.ch/cp/d/3bea4198_1@fwsrv.g.bfi.admin.ch.html. «(...) Die Wettbewerbskommission (Weko) hat am 5. November 2001 die Untersuchung gegen die Mitglieder der Ärztesellschaft des Kantons Zürich AGZ eingestellt. Diese haben aufgrund der Untersuchung der Wettbewerbskommission auf den Privattarif verzichtet. Der Privattarif stellte eine Preisabsprache dar, die den wirksamen Wettbewerb möglicherweise beseitigt hat. (...)»