

Einschreiben

Schweizerisches Bundesgericht
II. öffentlich-rechtliche Abteilung
Avenue du Tribunal Fédéral 29
Postfach
1000 Lausanne 14

Basel, 8. April 2024

DH | d.haering@boeckli-buehler.ch

BESCHWERDE in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

in Sachen

Eberhard Aebischer, geb. [REDACTED] 1936, [REDACTED] Bern, vertreten durch Dr. Daniel Häring, Advokat, böckli bühler partner, St. Jakobs-Strasse 41, Postfach 2348, 4002 Basel

Gesuchsteller und/oder Beschwerdeführer

gegen

1. **Verwaltungsgericht des Kantons Bern**, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern

Verwaltungsgericht und/oder Vorinstanz und/oder Beschwerdegegnerin

2. **Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (GSI) des Kantons Bern**, Rathausplatz 1, Postfach, 3000 Bern 8

Gesundheitsdirektion und/oder GSI

3. **Gesundheitsamt des Kantons Bern**, Rathausplatz 1, Postfach, 3000 Bern 8

Gesundheitsamt und/oder GA

betreffend

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. März 2024

PROF. DR. CHRISTOPH B. BÜHLER, LL.M., ADVOKAT
JAN BANGERT, ADVOKAT
MARTIN BÖCKLI, LL.M., ADVOKAT*
DR. DANIEL HÄRING, ADVOKAT
ANNE-SOPHIE BURCKHARDT-BUCHS, LL.M., ADVOKATIN
MERET MÜLLER, ADVOKATIN
STEPHAN BUSER, ADVOKAT

ST. JAKOBS-STRASSE 41 TEL. +41 (0)61 317 94 50
POSTFACH 2348 FAX +41 (0)61 317 94 60
CH-4002 BASEL WWW.BOECKLI-BUEHLER.CH

PROF. DR. DR. h.c. PETER BÖCKLI, ADVOKAT, KONSULENT

Mitglieder der Anwaltskammer Basel und des schweizerischen
Anwaltsverbandes. Registriert im kantonalen Anwaltsregister.
* auch in New York zugelassen

RECHTSBEGEHREN

1. Es sei das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. März 2024 im Verfahren Nr. 100.2023.255U aufzuheben.
2. Es sei demzufolge das Gesuch von Eberhard Aebischer vom 17. Februar 2023 betreffend Nichtanwendungsbestätigung durch das Bundesgericht inhaltlich zu beurteilen (reformatorischer Entscheid).
3. Eventualiter zu Rechtsbegehren Nr. 2 sei der Streitgegenstand an die Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (GSI) des Kantons Bern, subeventualiter an das Gesundheitsamt des Kantons Bern (GA), zurückzuweisen, mit der verbindlichen Weisung, auf das Gesuch von Eberhard Aebischer vom 17. Februar 2023 betreffend Nichtanwendungsbestätigung einzutreten und dieses materiell zu behandeln (kassatorischer Entscheid).
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST und Auslagen), inklusive der Kosten der vorinstanzlichen Verfahren (1.) vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern; (2.) der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (GSI) sowie (3.) dem Gesundheitsamt (GA) zu Lasten der jeweiligen Vorinstanzen bzw. des Staates.
5. Eventualiter zu Rechtsbegehren Nr. 4 hiervor, sei auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten.

Antrag auf vorsorgliche Massnahme

Es seien dem Beschwerdeführer Eberhard Aebischer für die Dauer des Verfahrens die Bestätigungen gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 seines Gesuchs vom 17. Februar 2023 auszustellen.

Verfahrensanträge

1. Es sei die vorliegende Beschwerde, in Anlehnung an das Urteil BGer 2C_119/2024 vom 1. März 2024, beschleunigt zu behandeln.
2. Es sei das vorliegende Beschwerdeverfahren in der gleichen Gerichtsbesetzung zu behandeln wie im zusammenhängenden Urteil BGer 2C_119/2024 vom 1. März 2024.

BEGRÜNDUNG

I. Formelles

1. Vollmacht

- 1 Der unterzeichnete im Anwaltsregister des Kantons Basel-Stadt eingetragene Advokat ist vom Beschwerdeführer Aebischer gehörig bevollmächtigt.

Beweis: Vollmacht vom 19. Januar 2023 (Beilage 1 des Gesuch Aebischer)

Verfahrensakten

2. Verfahrenshistorie

- 2 Der Beschwerdeführer Aebischer hat am 17. Februar 2023 an die zuständige Amtsstelle, das Gesundheitsamt Bern, ein Gesuch mit den folgenden Rechtsbegehren gestellt:

1. *Es sei dem Gesuchsteller seitens der zuständigen Amtsstelle folgendes schriftlich zu bestätigen:*

- a) *«Die Amtsstelle nimmt Kenntnis davon, dass der Gesuchsteller für sich in Bezug auf die Zukunft und beliebige Ärzte, sämtliche SAMW-Richtlinien, welche ethische Forderungen und/oder Postulate enthalten, gültig abgewählt hat, und dass diese demzufolge für seine medizinischen Behandlungen im Kanton Bern nicht angewendet werden dürfen.»*
- b) *«Dem Gesuchsteller wird bestätigt, dass aus der blossen Nichtbeachtung von SAMW-Richtlinien durch im Kanton Bern praktizierende FMH-Mitglieder sich keine aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen und Sanktionierungen von FMH-Mitgliedern ergeben.»*

2. *Das vorliegende Gesuch sei im beschleunigten Verfahren zu behandeln und es sei demzufolge dem Gesuchsteller die Bestätigung gemäss Rechtsbegehren 1 innerhalb von 30 Tagen nach Eingang des Gesuchs auszustellen.*

3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Auslagen und MwSt.) zu Lasten des Staates.*

Dieses Gesuch vom 17. Februar 2023 wird nachfolgend als «Gesuch Aebischer» bezeichnet. Die Beilagen zum Gesuch Aebischer werden als «Gesuchsbeilagen» bezeichnet und darauf wird entsprechend referenziert.

Beweis: Gesuch Aebischer vom 17. Februar 2023, mit Beilagen

Verfahrensakten

- 3 Mit Verfügung vom 27. März 2023 ist das Gesundheitsamt (GA) Bern auf das Gesuch Aebischer nicht eingetreten.

Beweis: Verfügung Gesundheitsamt Bern vom 27. März 2023

Verfahrensakten

- 4 Gegen diese Nichteintretensverfügung hat der Beschwerdeführer Aebischer am 21. April 2023 bei der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion des Kantons Bern (GSI) Beschwerde erhoben. Mit Beschwerdeentscheid vom 4. September 2023 wurde diese Beschwerde abgewiesen.

Beweis: Beschwerdeentscheid GSI vom 4. September 2023

Verfahrensakten

- 5 Gegen diesen Beschwerdeentscheid GSI hat der Beschwerdeführer Aebischer am 2. Oktober 2023 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben.

Beweis: Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. Oktober 2023

Verfahrensakten

- 6 Da das Verwaltungsgericht Bern trotz entsprechenden Hinweisen in der Beschwerde sowie einer zusätzlichen Noveneingabe vom 5. Februar 2024 zum sich rapide verschlechternden Gesundheitszustand des Beschwerdeführers Aebischer die Sache nicht mit der notwendigen zeitlichen Dringlichkeit behandelt, sah sich der Beschwerdeführer Aebischer gezwungen, am 20. Februar 2024 eine Rechtsverweigerungs-/Rechtsverzögerungsbeschwerde beim Bundesgericht einzureichen.

- 7 Mit Urteil vom 1. März 2024 im Verfahren Nr. 2C_119/2024 hiess das Bundesgericht diese Beschwerde gut und stellte Rechtsverzögerung durch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern fest. Dieses wurde angewiesen, die Sache an die Hand zu nehmen und so rasch wie möglich zum Entscheid zu führen.

Beweis: Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 2024 im Verfahren Nr. 2C_119/2024

Verfahrensakten

- 8 Mit Urteil vom 11. März 2024 hat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die Beschwerde des Beschwerdeführers Aebischer abgewiesen. Damit hat das Verwaltungsgericht im Ergebnis den Nichteintretensentscheid der GSI und des GA bestätigt. Dieses Urteil des Verwaltungsgerichts Bern ist das Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

Beweis: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. März 2024

Beilage 1

3. Zulässiges Beschwerdeobjekt einer zulässigen Vorinstanz

- 9 Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. März 2024 ist ein Entscheid in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts. Es handelt sich damit um ein nach Art. 82 lit. a BGG zulässiges Beschwerdeobjekt. Ausnahmegründe nach Art. 83 ff. BGG sind nicht einschlägig. Schliesslich handelt es sich beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern um eine zulässige Vorinstanz gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG.

Beweis: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. März 2024

Beilage 1

4. Beizug der Vorakten

- 10 Gemäss Art. 102 Abs. 2 BGG hat die Vorinstanz dem Bundesgericht die Vorakten einzureichen. Für den Fall, dass das Bundesgericht die Akten der Vorinstanz nicht von Amtes wegen beizieht, wird dies hiermit beantragt.

Beweis: Akten des Verfahrens Nr. 100.2023.255U des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern
Gerichtlich beizuziehen

5. Beilagen zur vorliegenden Beschwerde

- 11 Aufgrund des Beizugs der Vorakten werden mit vorliegender Rechtsschrift nicht nochmals sämtliche vorinstanzliche Rechtsschriften und Beilagen eingereicht, vielmehr wird auf diese verwiesen. Es werden mit dieser Eingabe somit nur noch einzelne ausgewählte Beilagen, die sich bereits in den Verfahrensakten befinden, der Einfachheit halber nochmals eingereicht.

6. Verweisungen

- 12 Verweisungen auf andere Stellen in dieser Rechtsschrift oder auf andere Rechtsschriften in diesem Verfahren sind gleichzeitig als Verweisungen auf die dort genannten Beweismittel zu verstehen. Der Übersichtlichkeit halber wird teilweise auf Beilagen sowie auf Stellen in dieser Rechtsschrift im Fliesstext mithilfe eines Klammerzusatzes referenziert. Auch solche Referenzierungen sind als ordnungsgemässe Beweisanträge zu verstehen.

7. Partei- und Prozessfähigkeit

- 13 Der Beschwerdeführer ist als natürliche volljährige Person selbstständig partei- und prozessfähig.

8. Streitwertgrenze

- 14 Der vorliegende Fall beschlägt keine vermögensrechtliche Angelegenheit. Somit sind die Streitwertgrenzen von Art. 85 BGG nicht beachtlich.

Beweis: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. März 2024

Beilage 1

9. Beschwerdelegitimation

- 15 Der Beschwerdeführer hat am bisherigen Verfahren teilgenommen. Er ist durch die Abweisung seiner Beschwerde und damit die Bestätigung der Nichteintretensentscheide auf sein Gesuch vom angefochtenen Urteil besonders berührt. Die Unsicherheit des Beschwerdeführers Aebischer über die Gültigkeit seiner Abwahl der SAMW-Richtlinien und damit die Inhalte seiner medizinischen Behandlungsverhältnisse dauert weiter an. Er hat damit ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheids. Somit ist der Beschwerdeführer zur vorliegenden Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt (Art. 89 BGG).

Beweis: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. März 2024

Beilage 1

10. Beschwerdegrund / Zulässige Rügen

- 16 Mit vorliegender Beschwerde wird eine Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt. Eine detaillierte Begründung der verschiedenen Rügen erfolgt im entsprechenden Rügeteil der vorliegenden Beschwerde (vgl. nachfolgend Rz. 35 ff.). Es handelt sich damit um zulässige Rügen nach Art. 96 BGG.

11. Beschwerdefrist

- 17 Der angefochtene Entscheid vom 11. März 2024 wurde am gleichen Tag spediert und wurde dem Unterzeichneten am 12. März 2024 zugestellt (Zustellnachweis, Verfahrensakten Nr. 100.2023.255U; vgl. auch Eingangsstempel auf dem Entscheid des Verwaltungsgerichts). Die 30-

tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG begann somit am 13. März 2024 zu laufen (Art. 44 Abs. 1 GBB). Vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern stand die Beschwerdefrist still (Art. 46 Abs. 1 lit. a BGG). Die Beschwerdefrist endet somit am Freitag, 26. April 2024. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit der Sache und des schlechten Gesundheitszustands des Beschwerdeführers Aebischer wird die Beschwerde schon deutlich vor Ablauf dieser Frist eingereicht. Die massgebliche Beschwerdefrist ist mit der heutigen Eingabe sicherlich gewahrt.

Beweis: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. März 2024, mit Eingangsstempel

Beilage 1

Poststempel auf dem Zustellcouvert der vorliegenden Eingabe

Von Amtes wegen

Postaufgabequittung der vorliegenden Eingabe

Zur Edition offeriert

12. Beschwerdeform

- 18 Die vorliegende Beschwerde wird schriftlich unterzeichnet eingereicht. Sie enthält Rechtsbegehren, eine Begründung sowie die Angabe der bzw. Verweis auf die massgeblichen Beweismittel. Damit entspricht die Beschwerde den formellen Anforderungen gemäss Art. 42 BGG.

II. Materielles

A. Der rechtsrelevante Hintergrund

1. Um was es im Gesuch Aebischer geht

- 19 Die Verbindung Schweizerischer Ärztinnen und Ärzte («FMH») erklärt in Art. 18 ihrer Standesordnung («FMH-StO»), dass die dort erwähnten Richtlinien der Schweizerischen Akademie für Medizinische Wissenschaften («SAMW») «gelten». Durch diese Inkludierung von SAMW-Richtlinien in das ärztliche Standesrecht sollen diese für FMH-Mitglieder allgemeinverbindlich erklärt werden. Dies hat einen unmittelbaren Einfluss auf die von den Ärzten behandelten Patientinnen und Patienten: Der Ärzteschaft wird vorgeschrieben, dass diese Richtlinien in den Behandlungsverhältnissen mit den Patienten angewendet werden müssen.
- 20 Dieses Vorgehen der FMH ist aus mehreren Gründen rechtswidrig:
- (i) Die ärztlichen Berufspflichten im Verhältnis zum Patienten ergeben sich ausschliesslich und abschliessend aus Art. 40 MedBG. Die Richtlinien der SAMW enthalten jedoch teilweise Vorgaben, die einschränkender sind als die gesetzlichen Normen; Vorgaben, welche gesetzliche Rechte der Patienten in bevormundender Weise aushebeln. Obwohl die SAMW und die FMH versuchen, den Anschein zu erwecken, sie hätten im Bereich des Medizinrechts Rechtssetzungskompetenzen, fehlt der SAMW und der FMH für den Erlass solcher illegitimen Vorgaben in Tat und Wahrheit jegliche Kompetenz. Eine inhaltliche Ergänzung und Einschränkung der gesetzlichen Berufspflichten via privates Standesrecht ist unzulässig.
 - (ii) Das schweizerische Bundesgericht stellt in einem neueren Entscheid (BGer 6B_646/2020, vom 9. Dezember 2021) ausdrücklich fest, dass die SAMW-Richtlinien nicht bindende Regeln einer privaten Organisation sind. Es ist der FMH untersagt, solche unverbindlichen Regeln einer privaten Organisation für ihre (ärztlichen) Mitglieder – und damit auch für die von diesen behandelten Patienten – via Standesrecht verbindlich zu erklären.
 - (iii) Mit ihrem rechtswidrigen Vorgehen insinuiert die FMH ihren Mitgliedern, diese müssten unverbindliche und inhaltlich unzulässige Richtlinien/Standesregeln über das Gesetz (Art. 40 MedBG) stellen. Da Verstösse gegen das Standesrecht vereinsintern sanktioniert werden, schafft die FMH mit diesem Vorgehen ein rechtlich unzulässiges Missinformations- und Drohgebilde, grundrechtlich betrachtet ein sog. «*chilling effect*». Zudem stellt sich die FMH mit diesem Vorgehen über den Gesetzgeber und die Gerichte.

- (iv) Schliesslich haben sich die SAMW und die FMH mit dem Erlass und der Übernahme der jüngsten Richtlinie zur ärztlichen Suizidhilfe mehrfach und auf systematische Weise unredlich verhalten. Zunächst wurde diese Richtlinie von der SAMW in einem «Dunkelkammer-Verfahren» erlassen. Um eine öffentliche Debatte via Vernehmlassungsverfahren auszuschliessen, wurde der Inhalt der Richtlinie mit einem verharmlosend unwahren Narrativ transportiert. Es wurde wider besseres Wissen behauptet, es handle sich «nur um eine Nachführung der alten Richtlinien» – obwohl es durchaus einschneidende, weil grundrechtsverletzende, inhaltliche Änderungen gab. Auch bei der Übernahme der Richtlinie durch die FMH gab es weder eine Vernehmlassung noch eine Anhörung der Mitglieder (also der Ärzte), diese konnten sich nicht zur Übernahme äussern. Dieser Erlass durch die SAMW und die Übernahme durch die FMH, unter bewusstem Ausschluss jeglicher Debatte, erfolgte von Seiten FMH und SAMW *in voller Kenntnis darüber, dass diese Richtlinie durch das Bundesgericht kurz vorher für unverbindlich erklärt wurde* und sie auch inhaltlich der höchstrichterlichen Rechtsprechung zuwiderläuft. Das ist ein schwerer Vertrauensbruch.
- 21 Besonders stossend hinsichtlich des Vorgehens der SAMW und FMH ist, dass die Schweizerische Ärztegesellschaft sich diametral anders verhält als die Deutsche Bundesärztekammer. Denn nachdem in Deutschland das Bundesverfassungsgericht sich am 26. Februar 2020 für die Zulässigkeit des ärztlich assistierten Suizids ausgesprochen hat,¹ hat die Bundesärztekammer sich gesetzestreu verhalten und die Musterberufsordnung für Ärzte dem Urteil entsprechend angepasst. Der alte Satz: «*Sie [die Ärzte] dürfen keine Hilfe zur Selbsttötung leisten.*» wurde am 5. Mai 2022 ersatzlos aus der Musterberufsordnung gestrichen.² In der Schweiz lief es gerade anders: SAMW und FMH haben am 19. Mai 2022 die Regeln für Ärzte, in vollständiger, wissentlicher und willentlicher Negierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verschärft.
- 22 Mit *Verbindlicherklärung* ihrer eigenen Ethiknormen und der *Anmassung von Rechtssetzungskompetenzen* im Bereich des Medizinrechts bringen SAMW und FMH zum Ausdruck, dass sie die Schweizer Gesetzgebung und die Entscheide der Gerichte für sich als unverbindlich oder zumindest ungenügend erachten. Offenbar sind sie der Meinung, die Schweizer Gesetze enthielten nicht genug Ethik. Dabei übersehen die SAMW und die FMH – nicht nur beiläufig, sondern regelrecht hartnäckig – dass das ganze MedBG bereits eine ethische Mindestgrundlage enthält. Dies ist die sogenannte «Konventionalethik», d.h. eine Ethik, die den jeweiligen ethischen Werten eines Grossteils der Bevölkerung entspricht. Für darüber hinaus gehende Ethikforderungen einer privaten Stiftung besteht in der Schweiz keinerlei Raum.

¹ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15.

² Vgl. www.bundesaerztekammer.de/presse/aktuelles/detail/trotz-aenderung-der-muster-berufsordnung-hilfe-zur-selbsttoetung-weiterhin-keine-aerztliche-aufgabe (letztmals besucht 05.04.2024).

- 23 Das Verhalten der FMH und SAMW ist für den Beschwerdeführer Aebischer in jeder Hinsicht völlig inakzeptabel. Er ist nicht bereit, solche *unverbindlichen* und in widerrechtlicher Weise in die Rechtsordnung eingreifende SAMW-Richtlinien bei laufenden oder zukünftigen medizinischen Behandlungen in seinen Arzt-Patienten-Verhältnissen gegen sich gelten lassen zu müssen. Zudem kollidiert das hinter der SAMW/FMH-Ethik stehende ethische Weltbild mit seiner eigenen Weltanschauung und mit seinen persönlichen Wertvorstellungen geradezu diametral.
- 24 Dass die FMH und SAMW versuchen, gesetzliche Patientenrechte auszuhöhlen, und das erst noch angeblich zum Wohl des Patienten, ist dem Beschwerdeführer Aebischer zuwider. Er empfindet diese Ethik-Richtlinien und das ganze anmassende Gebaren der SAMW und der FMH, wonach sie irgendeine rechtliche Regelungskompetenz hätten, als widerrechtlichen Faktor, welcher ein hohes Risiko birgt, seine Grundrechte – und sei es nur abstrakt, was hier schon genügt – zu gefährden. Zudem ist das Verhalten und die ganze Haltung der SAMW und FMH geeignet, das Vertrauensverhältnis in seine jeweiligen Ärzte zu untergraben. Der Beschwerdeführer Aebischer möchte mit der privaten Stiftung SAMW und deren Demokratieverständnis, deren Achtung vor dem Gesetz und den schweizerischen Institutionen und Behörden, deren Ethik, und deren seiner Meinung nach zutiefst unredlichem Verhalten, aber auch ganz grundsätzlich von deren Vorstellungen von einer «guten, menschlichen» medizinischen Behandlung ganz einfach nichts zu tun haben. Der Beschwerdeführer Aebischer fühlt sich durch das Gesetz allein weitaus besser geschützt als durch eine übergesetzliche Zwangsethik, welche seinen eigenen Werten so diametral widerspricht und zu deren Urheber, der SAMW, er keinerlei Vertrauen hat.
- 25 Der Beschwerdeführer Aebischer ist 86 Jahre alt und leidet u.a. an einem metastasierenden, nicht-kleinzelligen Bronchuskarzinom. Er hat in den vergangenen fünf Jahren vier massive Eingriffe erleiden müssen. Diese z.T. physisch und psychisch sehr belastenden Behandlungen haben ihm einmal mehr gezeigt, was reale, selbst erlebte Vulnerabilität bedeutet. Ganz besonders in einem solchen Zustand der Hilflosigkeit möchte er nicht dieser Zwangsethik ausgesetzt sein. Dem Gesuchsteller Aebischer bereitet allein schon der Gedanke *quälende Sorge*, in seinem Alter und insbesondere bei seinem aktuellen Gesundheitszustand einer SAMW-Zwangsethik ausgesetzt zu sein. Er will keine Ethik, die seiner eigenen Ethik und all seinen persönlichen Wertvorstellungen nur schon aufgrund ihrer Dogmazität und Nicht-Hinterfragbarkeit so grundsätzlich widerspricht. Die über die Ärzteschaft erfolgende zwangsweise Einmischung der SAMW und FMH in sein Leben empfindet der Gesuchsteller Aebischer als das, was sie auch ist: eine widerrechtliche, erzwungene und widerwärtige Einmischung.
- 26 *Darum hat der Beschwerdeführer Aebischer sämtliche SAMW-Richtlinien, welche ethische Forderungen und/oder Postulate enthalten, abgewählt. Er untersagt seinen Ärzten gestützt auf Art. 40 lit. c MedBG und das Urteil des Bundesgerichts 6B_646/2020 vom 9. Dezember 2021 die Anwendung aller SAMW-Richtlinien, welche ethische Forderungen und/oder Postulate enthalten, auf seine Behandlung.*

- 27 Eine solche Abwahl und Anwendungsuntersagung ist rechtlich zulässig und wird für die anwaltliche und notarielle Praxis in der juristischen Lehre zuweilen sogar ausdrücklich empfohlen.³
- 28 Der Beschwerdeführer Aebischer hat zudem eine kurze, aber deutliche und klare Willenserklärung über die demokratiefeindliche und selbstgefällige Haltung der SAMW und FMH verfasst. Diese Willenserklärung bringt den Willen und die Werthaltung des Beschwerdeführers Aebischer bezüglich SAMW-Ethik zum Ausdruck und kann letztlich in einem einzigen Wort zusammengefasst werden:

«Nein!»

Beweis: Abwählerklärung des Gesuchstellers Aebischer vom 19. Januar 2023 (Gesuchsbeilage 4)

Beilage 2

- 29 Der Beschwerdeführer Aebischer möchte für sich und für die ihn derzeit oder in Zukunft behandelnden Ärzte die für jedes Vertrauensverhältnis unerlässliche (Rechts-)Sicherheit haben, dass diese Abwahl respektiert wird, ohne nachteilige Folgen für die ausführenden Ärzte. Er will sicher sein, dass auf ihn als Patient *niemals* irgendwelche ethischen Forderungen oder Postulate enthaltende SAMW-Richtlinien für irgendeinen medizinischen Entscheid hinzugezogen werden. Deshalb erfolgte das Gesuch vom 17. Februar 2023.

Beweis: Gesuch vom 17. Februar 2023, mit Beilagen

Verfahrensakten

2. Die Strafanzeige des Vereins ERAS gegen SAMW und FMH

- 30 Der Beschwerdeführer Aebischer hat mit weiteren natürlichen und juristischen Personen am 23. November 2023 bei der Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern eine Strafanzeige gegen die SAMW und die FMH und/oder deren verantwortliche Organe eingereicht.

Beweis: Strafanzeige des Vereins ERAS et al. vom 23. November 2023

Beilage 3

³ *Christa Rempfler*, Grundrechte haben keine Katzenklappen, AJP/PJA 1/2023, S. 74 sowie 76 f. Vgl. dazu auch die Webseite des Vereins ERAS, auf welcher neben dem NO-SAMW-ETHICS-Hautstempel, wie ihn auch der Gesuchsteller Aebischer benutzt, einen besonders flachen NO-SAMW-ETHICS-Stempel mit Fusszeile anbietet, um damit jederzeit auch im Spital, bspw. auf Aufklärungserklärungen aber auch auf älteren Patientenverfügungen angebracht werden kann (<https://www.verein-eras.ch/de/stempel>, letztmals besucht 26.03.2024).

- 31 Grundlage der Strafanzeige ist unter anderem eine gutachterliche Stellungnahme von emerit. Bundesgerichtspräsidenten Prof. Dr. Martin Schubarth, welche der Strafanzeige als Beilage 5 beigefügt wurde.

Beweis: Gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. Martin Schubarth vom 12. April 2023

Beilage 4

- 32 In der Strafanzeige sowie der gutachterlichen Stellungnahme wird der Vorwurf erhoben, dass sich die SAMW und die FMH und/oder deren verantwortliche Organe der Amtsanmassung (Art. 287 StGB) sowie der Nötigung (Art. 181 StGB), eventualiter des Amtsmissbrauchs (Art. 312 StGB) sowie der Nötigung (Art. 181 StGB) strafbar gemacht hätten. Über die Strafanzeige wurde – soweit dem Beschwerdeführer Aebischer bekannt – noch nicht entschieden und es gilt selbstverständlich die Unschuldsvermutung. Dennoch beschreiben die in der Strafanzeige geschilderten Sachverhalte dieselben Verhaltensmuster der SAMW und FMH, wie sie auch in der vorliegenden Beschwerde sowie im ursprünglichen Gesuch des Beschwerdeführers Aebischer vom 17. Februar 2023 dargestellt wurden.

Beweis: Strafanzeige des Vereins ERAS et al. vom 23. November 2023

Beilage 3

Gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. Martin Schubarth vom 12. April 2023

Beilage 4

3. Der sich rapide verschlechternde Gesundheitszustand des Beschwerdeführers Aebischer

- 33 Im Laufe des bisherigen Verfahrens hat sich der Gesundheitszustand des Gesuchstellers Aebischer rapide verschlechtert. Gemäss einem aktuellen Arztbericht des Inselspitals Bern vom 26. Januar 2024 leidet der Beschwerdeführer Aebischer an einem metastasierenden nicht-kleinzelligen Pankreaskarzinom. Er hat sich inzwischen, gegen ein aktives chirurgisches Vorgehen und für eine rein palliative Radiotherapie entschieden und diese bereits begonnen. Vor jeder Behandlung im Inselspital appliziert sich der Beschwerdeführer Aebischer einen «NO SAMW ETHICS»-Hautstempel⁴ auf seinen Arm und Bauch – ein für jeden Patienten, ganz besonders im Alter und Gesundheitszustand des Beschwerdeführers Aebischer, demütigender Akt.

Beweis: Arztbericht Inselspital Bern vom 26. Januar 2024

Beilage 5

⁴ Vgl. zum NO-SAMW-ETHICS-Hautstempel auch oben Fn. 3 sowie <https://www.verein-eras.ch/de/stempel> (letztmals besucht 26.03.2024).

B. Die massgeblichen Erwägungen des Verwaltungsgerichts Bern im Überblick

34 Zusammenfassend verneint die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers Aebischer auf inhaltliche Behandlung seines Gesuchs im Wesentlichen unter den folgenden drei Gesichtspunkten:

1. Die beantragten Feststellungsbegehren könnten nicht Gegenstand einer Feststellungsverfügung sein. Zunächst schon, weil kein «öffentlich-rechtlicher Verfahrensgegenstand» vorliege. Des Weiteren gehe es um eine Feststellungsverfügung über Drittverhältnisse, ohne dass aber ein konkretes, individualisiertes Drittrechtsverhältnis vorliege. Im Ergebnis wolle der Beschwerdeführer Aebischer somit gar keinen Einzelfall geklärt haben, sondern eine unbestimmte Anzahl zukünftiger Sachverhalte. Eine solche generell abstrakte Klärung der Rechtslage sei einer Feststellungsverfügung nicht zugänglich.
2. Der Beschwerdeführer Aebischer habe kein schutzwürdiges Interesse an den beantragten Feststellungsbegehren. Zwar bestünde eine gewisse Rechtsunsicherheit hinsichtlich Tragweite und Geltung der SAMW-Richtlinien bzw. der ärztlichen Standesregeln, soweit diese Auslegungshilfen sein sollen oder ihnen präzisierende Funktion zugeschrieben werde. Diese Unsicherheit begründe aber noch kein ausreichendes Feststellungsinteresse. Hinreichende Gewissheit über den Inhalt seiner Behandlungsverhältnisse habe der Beschwerdeführer Aebischer ja gemäss Vorinstanz jedenfalls dadurch, dass er die SAMW-Richtlinien selbstbestimmt abgewählt habe.
3. Schliesslich könne auch unter verfassungs- und konventionsrechtlichen Gesichtspunkten nicht von der verfahrensrechtlichen Vorgabe eines individuell-konkreten öffentlichen Rechtsverhältnisses oder eines schutzwürdigen Interesses für den Erlass einer Feststellungsverfügung abgesehen werden.

C. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Bern ist falsch: Der Beschwerdeführer Aebischer hat Anspruch auf materielle Beurteilung und Gutheissung seines Gesuchs

35 Mit dieser Begründung verletzt die Vorinstanz das massgebliche Bundesrecht, und zwar im Einzelnen wie folgt:

1. Es liegt ein öffentlich-rechtlicher Verfahrensgegenstand vor

a) *Das Urteil der Vorinstanz (Urteil, E. 3.2.2)*

- 36 Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdeführer Aebischer beantrage die Feststellung, dass sich gegen die FMH-Mitglieder, die seinen Willen respektieren und die SAMW-Richtlinien nicht beachten, keine aufsichtsrechtlichen Verfahren oder Sanktionierungen ergeben. Dies würde aber auf eine regelnde Feststellung zivilrechtlicher Beziehungen abzielen. Somit liege darin kein öffentlich-rechtlicher Verfahrensgegenstand, über den das Gesundheitsamt gestützt auf das einschlägige öffentliche Recht befinden könne (Urteil, E. 3.2.2).

b) *Das Urteil der Vorinstanz ist fehlerhaft*

- 37 Diese Argumentation ist unzutreffend. Die Vorinstanz bzw. das Gesundheitsamt als zunächst angerufene Behörde hätten sich insbesondere unter drei Aspekten mit dem Gesuch Aebischer beschäftigen müssen: Erstens sind die Inhalte der Behandlungsverhältnisse zwischen Arzt und Patient öffentlich-rechtlicher Natur, sie ergeben sich insbesondere aus Art. 40 lit. c MedBG. Zweitens hat der Gesuchsteller Aebischer einen grundrechtlich (EMRK und BV) geschützten Anspruch auf Behandlung seines Gesuchs. Drittens ergibt sich die Zuständigkeit des Gesundheitsamts auch aus dessen Aufsichtspflicht im Gesundheitswesen.

(i) *Zum ersten Punkt:*

- 38 Bei der verlangten Feststellungsverfügung handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Verfügungsgegenstand. Zwar ist das Verhältnis zwischen dem Gesuchsteller Aebischer und den ihn behandelnden Ärzten primär privatrechtlicher Natur (ausser er würde in einem öffentlich-rechtlichen Spital behandelt). Die Inhalte des Behandlungsverhältnisses, die Berufspflichten, ergeben sich in jedem Fall jedoch insbesondere aus öffentlichem Recht, nämlich aus Art. 40 MedBG, und sind damit öffentlich-rechtlicher Natur. Der Gesuchsteller Aebischer hat somit einen Anspruch darauf, dass im Verhältnis zwischen ihm und den ihn behandelnden Ärzten festgestellt wird, dass er nach Art. 40 lit. c MedBG sämtliche SAMW-Richtlinien, welche ethische Forderungen und/oder Postulate enthalten, gültig abgewählt hat. Der Gesuchsteller Aebischer hat Anspruch darauf sicher zu sein, dass keine widerrechtlichen Vorgaben via SAMW-Richtlinien in seine Behandlungsverhältnisse einfliessen.
- 39 Indem die Vorinstanz im vorliegenden Fall also vom Fehlen eines öffentlich-rechtlichen Inhalts ausgeht, verletzt sie Art. 40 lit. c MedBG.

(ii) Zum zweiten Punkt:

40 Der grundrechtlich (Bundesverfassung und EMRK) geschützte Anspruch des Gesuchstellers Aebischer auf Beurteilung seines Gesuchs ergibt sich aus den folgenden Umständen:

- (i) Das in Art. 5 BV statuierte Legalitätsprinzip bestimmt, dass jeder (staatliche) Akt sich auf eine hinreichend bestimmte und vom zuständigen Organ erlassene gesetzliche Grundlage stützen muss. Damit werden grundlegende demokratische und rechtsstaatliche Postulate geschützt, wie die Wahrung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, der Rechtssicherheit – insbesondere Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit – sowie der Rechtsgleichheit. SAMW und FMH spiegeln vor, ihre Richtlinien seien verbindlich und sie schüren damit eine illegale Rechtsunsicherheit. Diese Vorspiegelung falscher Tatsachen ist zu unterbinden und vor diesem Hintergrund hat der Beschwerdeführer Aebischer Anspruch darauf, Gewissheit über den Inhalt seiner Behandlungsverhältnisse zu haben. Auch unter diesem Aspekt hat der Beschwerdeführer Aebischer einen Anspruch darauf, sicher zu wissen, dass er nicht mit unerwünschter widerrechtlicher Zwangsethik behandelt wird.
- (ii) Zum gleichen Ergebnis führt die Prüfung des grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts des Beschwerdeführers Aebischer. Das Recht auf Selbstbestimmung ist eines der wichtigsten Patientenrechte, welches direkt aus dem Persönlichkeitsrecht und aus der in Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierten persönlichen Freiheit abgeleitet werden kann.⁵ Im Gesuch Aebischer geht es in grundrechtlicher Hinsicht darum, diese Selbstbestimmung des Gesuchstellers in seinen medizinischen Behandlungen sicherzustellen; *was in casu auch bedeutet, die rechtswidrige (faktische) Ausserkraftsetzung gesetzlicher Rechte durch Behördenakt aufzuheben* – so, dass am Ende wieder der gesetzeskonforme Zustand besteht.
- (iii) Der Anspruch des Beschwerdeführers Aebischer auf Behandlung seines Gesuchs und auf Berücksichtigung seiner Abwahrklärung stützt sich weiter auch auf Art. 8 EMRK (Achtung des Privat- und Familienlebens) sowie Art. 9 EMRK (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit). Der Beschwerdeführer Aebischer ist gestützt auf diese Bestimmungen berechtigt, den Inhalt seiner medizinischen Behandlungsverhältnisse im vom Recht vorgegebenen Rahmen selbst zu bestimmen. Da die Richtlinien der SAMW und der FMH gerade nicht zum zulässigen rechtlichen Rahmen gehören (was in konkreten Fall auch das Verwaltungsgericht Bern so anerkennt, vgl. Urteil, E. 2.5) ist es rechtlich zulässig, dass der

⁵ Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag (Hrsg.), *Arztrecht*, Zürich 2016, S. 563; Kuhn/Poledna, *Arztrecht in der Praxis*, 2. A. Zürich 2007, S. 248; Walter Fellmann, in: Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont (Hrsg.), *Kommentar zum Medizinalberufegesetz*, Basel 2009, Art. 40 N 100.

Beschwerdeführer Aebischer diese Richtlinien explizit abwählt und sich diese Abwahl behördlich bestätigen lässt.

(iv) Der vorliegende Fall tangiert auch die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren), Art. 13 EMRK (Recht auf eine wirksame Beschwerde) und Art. 29 ff. BV (Rechtsweggarantie). Der Beschwerdeführer Aebischer hat Anspruch darauf, dass die rechtswidrigen Handlungen der SAMW und FMH für ihn wirksam unterbunden werden, dass der Unrechtszustand im Medizinbereich beseitigt wird, und dass der erklärte und rechtmässige Wille des Beschwerdeführers Aebischer im Rahmen seiner medizinischen Behandlungsverhältnisse respektiert wird. Er braucht es nicht hinzunehmen, dass gesetzlich und völkerrechtlich garantierte Grundrechte mit de facto wohl weltanschaulichen, auf jeden Fall aber nicht rational nachvollziehbaren Argumenten, einfach ignoriert und ausgehebelt werden. All diese Bestimmungen stellen sicher, dass die Durchsetzung der tangierten Grundrechte mit behördlicher Hilfe wirksam möglich ist.

41 Somit verletzt eine (formelle) Nichtbehandlung und/oder eine materielle Ablehnung des Gesuchs Aebischer dessen Grundrechte, so wie sie nicht nur in der Bundesverfassung, sondern auch in Art. 6, 8, 9, 10 und 13 EMRK geschützt sind.

42 Dass das Anliegen des Beschwerdeführers in seiner ganz konkreten Situation seine verfassungs- und konventionsrechtlich geschützten Grundrechte berührt, hat auch das Bundesgericht im Fall des Beschwerdeführers Aebischer betreffend seine Rechtsverweigerungs-/Rechtsverzögerungsbeschwerde so festgestellt (BGer 2C_119/2024 vom 1. März 2024). Das Bundesgericht hat in diesem Urteil festgehalten (E. 4.3):

«Der Beschwerdeführer ist 86 Jahre alt und leidet sowohl an einem Bronchus- als auch an einem Pankreaskarzinom. Die umstrittene Anwendbarkeit der SAMW-Richtlinien betrifft ihn in sensiblen Bereichen der Lebensentfaltung. Auch wenn der Beschwerdeführer nicht konkret darlegt, gegen welche Handlungsempfehlungen er (ethische) Vorbehalte hegt, ist aufgrund seiner persönlichen Situation naheliegend, dass in absehbarer Zeit höchstpersönliche Entscheidungen über Behandlungsalternativen, den Umgang mit Palliativmedizin und allenfalls in Bezug auf das Lebensende zu treffen sind. Diese medizinischen Fragen bzw. die damit korrespondierende Ungewissheit auf Seiten des Beschwerdeführers berühren die verfassungs- und konventionsrechtlich geschützte Persönlichkeitsentfaltung (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK; Urteil 2C_608/2017 vom 24. August 2018 E. 6.5.2; Urteil [des EGMR] Pretty gegen Vereinigtes Königreich vom 29. April 2002, Recueil CourEDH 2002-III, § 65 ff.; vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER/JÉRÉMIE BONGIOVANNI, in: St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl. 2023, N. 54 zu Art. 10 BV).

(iii) Zum dritten Punkt:

- 43 Im vorliegenden Fall findet durch Art. 18 FMH-StO sowie das öffentlich zur Schau gestellte Verhalten der SAMW und FMH eine ständige, latente Verletzung von Art. 40 lit. c MedBG statt. Es besteht damit ein *dauerhafter Unrechtszustand im Medizinalbereich*, welcher sowohl die Ärzteschaft als auch deren Patienten unmittelbar betrifft.
- 44 Das Gesundheitsamt und/oder die Gesundheitsdirektion sind nicht nur legitimiert, sondern verpflichtet, in dieses privatrechtliche Verhältnis der FMH und der Ärzteschaft einzugreifen. Immer dort, wo privatrechtliches Verhalten öffentliches Recht verletzt, sind die Behörden befugt, das privatrechtliche Verhalten zu sanktionieren. Das Gesundheitsgesetz Bern (GesG) sieht bereits in Art. 1 Abs. 1 vor, dass Staat und Gemeinden die Gesundheit der Bevölkerung unter Beachtung der Selbstverantwortung jedes Bürgers schützen und fördern. Sie treffen die notwendigen Massnahmen im Bereiche des öffentlichen Gesundheitswesens. Dieses umfasst die öffentliche Gesundheitspflege und die Gesundheitspolizei. Nach Art. 8 Abs. 1 GesG vollzieht die Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion dieses Gesetz, soweit hierfür nicht andere Behörden oder Institutionen als zuständig bezeichnet sind. In diesem Sinne bestimmt auch Art. 41 MedBG ausdrücklich, dass die Aufsichtsbehörde die für die Einhaltung der Berufspflichten nötigen Massnahmen trifft. Damit bestehen hinreichende gesetzliche Grundlagen, dass die Behörden eingreifen und die notwendigen Massnahmen – hier das Ausstellen der entsprechenden Bestätigungen – treffen. Dieser Punkt der staatlichen Handlungspflicht wird *hinten, Rz. 91 ff.*, noch vertieft eingegangen.
- 45 Die SAMW und FMH massen sich rechtswidrig Kompetenzen im Bereich der ärztlichen Berufspflichten an, die sie in Wirklichkeit gar nicht haben. Sie verunsichern damit die Ärzteschaft und führen sie rechtlich in die Irre. SAMW und FMH beschädigen so gemeinsam das Vertrauensverhältnis aller Patienten zur Ärzteschaft. Dieser Unrechts- und Unsicherheitszustand muss und kann durch das kantonale Gesundheitsamt bzw. die Gesundheitsdirektion für den Kanton Bern auf dessen Hoheitsgebiet beseitigt werden. Es geht nicht an, dass die staatliche Behörde, welche die Rechte und die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen und zu fördern hat, sich mit dem Hinweis, es handle sich nicht um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit, aus ihrer gesetzlichen Handlungspflicht nimmt. Damit beschneidet die Vorinstanz die Kompetenzen der kantonalen Behörden unter Verletzung von Art. 1 GesG sowie Art. 41 MedBG. Verletzt sind damit auch – wie bereits dargestellt – die Rechtsweggarantien nach Art. 29 ff. BV sowie Art. 6 und 13 EMRK.
- 46 Der Beschwerdeführer Aebischer, der im Kanton Bern wohnt und somit dem Gesundheitsgesetz Bern unterworfen ist, hat einen Anspruch darauf, dass dieses Gesetz durchgesetzt wird, dass vor allem auch Art. 41 MedBG vollständig durchgesetzt wird, und dass die zuständigen Behörden keinen latenten Unrechtszustand im Medizinalbereich tolerieren. Auch deshalb ist der Entscheid der Vorinstanz fehlerhaft; der Beschwerdeführer Aebischer hat einen Anspruch auf materielle Behandlung seines Gesuchs.

2. Die Gesuchsbegehren beziehen sich auf einen hinreichend bestimmten Sachverhalt / Es geht nicht bloss um die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage

a) *Das Urteil der Vorinstanz (Urteil, E. 3.2.4; E. 3.3; E. 4.1-4.4)*

- 47 Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass die Aufsichtsbehörde die vom Beschwerdeführer Aebischer angeführten Feststellungen gegebenenfalls mit Bezug auf die gemäss Art. 41 MedBG beaufsichtigten Ärztinnen und Ärzte treffen könne (Urteil, E. 3.2.4). Aber nicht mit Bezug auf den Beschwerdeführer. Sein Anliegen würde sich auf eine allfällige Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und Dritten (Ärzeschaft) beziehen (Urteil, E. 3.3).
- 48 Eine Feststellungsverfügung über Drittverhältnisse könne zwar verlangt werden, aber nur dann, wenn die beantragende Person ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Feststellung habe. Es müsse zudem ein konkretes, individualisiertes Drittverhältnis vorliegen (Urteil, E. 4.1). Ein solches sei aber im konkreten Fall nicht vorliegend, weil sich die vom Beschwerdeführer beantragten Feststellungen auf die gesamte Ärzteschaft des Kantons Bern beziehe und für alle Behandlungsverhältnisse des Beschwerdeführers gelten soll. Somit fehle es an einem individuell bestimmten Anordnungsobjekt, es sei somit zweifelhaft, ob sich der Antrag des Beschwerdeführers auf ein durch Verfügung feststellbares Rechtsverhältnis beziehe (Urteil, E. 4.2).
- 49 Der Beschwerdeführer könne aber kaum alle Behandlungsverhältnisse aufzählen, denen er sich in Zukunft unterziehe (Urteil, E. 4.3). Zwar sei es möglich, auch Feststellungen über zukünftige Rechte und Pflichten zu verlangen. Allerdings würden die hier beantragten Feststellungen darauf abzielen, eine Rechtslage – ungeachtet der Umstände des Einzelfalls – für einen unbestimmten Adressatenkreis und eine unbestimmte Anzahl zukünftiger Sachverhalte festzustellen. Eine Feststellungsverfügung würde daher bereits aus diesem Grund ausscheiden (Urteil, E. 4.3.1).
- 50 Es könne kein feststellbares Rechtsverhältnis definiert werden; der Antrag des Beschwerdeführers Aebischer würde letztlich auf eine generell-abstrakte Feststellung der Rechtslage abzielen, ohne Bezug zu einem bestimmten Rechtsverhältnis. Das sei in einem auf Einzelrechtsschutz ausgerichteten Verwaltungsprozess unzulässig, sondern liefe auf eine abstrakte Normenkontrolle hinaus (Urteil, E. 4.3.2).
- 51 Insgesamt ergebe sich somit, dass die vom Beschwerdeführer angestrebten Feststellungen durch die Aufsichtsbehörde nicht Gegenstand einer Feststellungsverfügung sein können (Urteil, E. 4.4).

b) *Das Urteil der Vorinstanz ist fehlerhaft*

- 52 Diese Argumentation ist unzutreffend.

- 53 Der Gesundheitszustand des Gesuchstellers Aebischer wurde im ursprünglichen Gesuch unter Beilage von Arztzeugnissen umfassend dargestellt. Ebenso wurde im Verfahren vor der Vorinstanz dargestellt, dass sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers Aebischer dramatisch verschlechtert hat.
- 54 Damit wurde der schlechte Gesundheitszustand des Gesuchstellers rechtsgenügend behauptet und bewiesen, ebenso seine konkrete Behandlungsbedürftigkeit. Zudem – es sei nur am Rande erwähnt – hätte der Beschwerdeführer Aebischer auch dann ein Recht auf Abwahl der SAMW-Richtlinien, wenn er vollständig gesund wäre. Das massgebliche Selbstbestimmungsrecht erlaubt auch gesunden Menschen, ihre (potenziellen) Behandlungsverhältnisse zu regeln.
- 55 Wenn die Vorinstanz ausführt, der Beschwerdeführer Aebischer sei zu unbestimmt, wenn er sich in seinem Gesuch auf sämtliche Ärzte bezieht, setzt sie sich nicht hinreichend mit den Ausführungen im Gesuch auseinander. Denn bereits im ursprünglichen Gesuch Aebischer wurde dieser Punkt explizit aufgenommen, wie folgt (Gesuch Aebischer, Rz. 25):
- «Das Feststellungsinteresse des Gesuchstellers Aebischer bezieht sich nicht nur auf die ihn derzeit tatsächlich behandelnden – namentlich bekannten – Ärzte. Eine solche Einschränkung ist bei dem alters- und krankheitsbedingten Exazerbationsrisiko des Gesuchstellers Aebischer weder angebracht noch zulässig. Auch für den Fall einer notfallmässigen Behandlung durch ihm unbekannte Ärzte hat der Gesuchsteller Aebischer gestützt auf Art. 40 lit. c MedBG und Art. 5 BV einen rechtlichen Anspruch auf klare inhaltliche Definition seines Behandlungsverhältnisses – und er hat zudem einen Anspruch auf Schutz vor einer Behandlung mit SAMW-Zwangsethik. Deshalb soll mit vorliegendem Gesuch für den Gesuchsteller Aebischer und alle ihn derzeit, aber auch in Zukunft, behandelnden Medizinalpersonen für Rechtssicherheit gesorgt werden.»*
- 56 Da der Beschwerdeführer Aebischer aufgrund seines Gesundheitszustandes nicht weiss, welche Ärzte ihn allenfalls auch in Zukunft behandeln werden, kann er diese nicht namentlich erwähnen. Dies von ihm in seiner vulnerablen Situation zu verlangen, ist nicht nur überspitzt formalistisch, sondern muss als Versuch gewertet werden, dem Beschwerdeführer Aebischer bürokratische Hindernisse bei der Ausübung seiner (Grund-)Rechte in den Weg zu legen – in seinem konkreten Fall wären das unüberwindbare bürokratische Hindernisse.
- 57 Zur ausreichenden inhaltlichen Konkretisierung des Gesuchs Aebischer muss dieser auch nicht im Detail angeben, hinsichtlich welcher Richtlinie er seine Abwahlbestätigung verlangt. Denn wie bereits im Gesuch Aebischer aufgezeigt wurde, sind *sämtliche* Regeln der SAMW, welche von der FMH übernommen wurden und die ethische Postulate enthalten, unverbindlich und unrechtmässig. Der Gesuchsteller Aebischer will diese unverbindlichen und unrechtmässigen Regeln allesamt nicht, und zwar keine einzige.

58 Zudem wurde in der Beschwerde Aebischer an die Vorinstanz dargestellt, dass es diverse – via Art. 18 StO für die Ärzte verbindlich erklärte – SAMW-Richtlinien gibt, welche auf den betagten und schwer kranken Beschwerdeführer Aebischer unmittelbare Wirkung zeigen könnten (vgl. Beschwerde Aebischer Verwaltungsgericht, Rz. 37). So beschlagen die durch Art. 18 FMH-StO für FMG-Mitglieder (immerhin rund 95% der Schweizer Ärzte) als «verbindlich» erklärten Richtlinien unter anderem folgende Themenbereiche:

- Intensivmedizinische Massnahmen;
- Urteilsfähigkeit;
- Reanimationsentscheidungen;
- Palliative Care;
- Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende;
- Umgang mit Sterben und Tod;
- Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz;
- Abgrenzung von Standardtherapie und experimenteller Therapie im Einzelfall, sowie
- Medizinische Behandlung und Betreuung von Menschen mit Behinderung.

59 Gerade die ersten Bereiche betreffen den Gesuchsteller Aebischer, dessen Gesundheitszustand sich nun rapide verschlechtert hat, unmittelbar und konkret. Wie oben erwähnt (vgl. hiervor Rz. 33), leidet der Gesuchsteller Aebischer gemäss aktuellem Arztbericht des Inselspitals Bern vom 26. Januar 2024 an einem metastierenden nicht-kleinzelligen Pankreaskarzinom.

Beweis: Arztbericht Inselspital Bern vom 26. Januar 2024

Beilage 5

60 Der Beschwerdeführer Aebischer braucht also intensivmedizinische Pflege, vielleicht müssen Reanimationsentscheidungen gefällt werden, es kann ein Zustand der Urteilsunfähigkeit eintreten und es werden – leider eher kurz- als mittelfristig – weitere palliative Behandlungen anstehen. Konkreter kann der Beschwerdeführer Aebischer in der aktuellen Situation gar nicht betroffen sein. Und es kann von ihm auch nicht verlangt werden, dass er für jede erdenkbare Art der anstehenden Behandlungen die jeweiligen Ärzte benennt.

61 Und das alles muss der Beschwerdeführer Aebischer auch gar nicht. Er hat rechtsgenügend dargelegt, dass er behandlungsbedürftig ist und dass die streitgegenständlichen Richtlinien seine rechtlich geschützten Interessen betreffen. Sein Interesse, verbindlich zu wissen, ob für all diese dargestellten Themenbereiche die unverbindlichen und rechtswidrigen Richtlinien gelten, oder eben ausschliesslich das demokratisch erlassene Recht und die rechtmässig gefällten Gerichtsent-scheide, ist nicht nur virtuell und abstrakt, sondern unmittelbar und konkret.

- 62 Es kann vom Beschwerdeführer Aebischer auch nicht erwartet werden, dass er sämtliche SAMW-Richtlinien durcharbeitet und im Detail darlegt, welche Bestimmungen er nicht möchte. Wie bereits im Gesuch Aebischer dargelegt (vgl. Gesuch Aebischer, Rz. 46 ff.), hat die SAMW auf ihrer Website derzeit insgesamt 19 in Kraft stehende medizinisch-ethische Richtlinien aufgeschaltet, teilweise mit Anhängen. Alles zusammen umfasst sage und schreibe 644 Seiten.
- 63 Nur: Die sehr umfassenden SAMW-Richtlinien enthalten vielfach nur inhaltsleere Selbstverständlichkeiten. In den Richtlinien finden sich Plattitüden und Banalitäten, die derart oberflächlich und nichtssagend sind, dass nur schon fraglich ist, warum dies überhaupt zu Papier gebracht wird. Einige Beispiele:

«Der Leidende fühlt sich einer sehr unangenehmen Empfindung ausgeliefert, die nicht nachlässt, obwohl er es dringend wünscht.»⁶

«Leiden verschwindet oder wird gemildert, wenn die verursachenden Einflüsse beseitigt oder vermieden werden.»⁷

«Unethisches Verhalten im Beruf kann die Sicherheit der Patienten gefährden und die Team-Performance schwächen.»⁸

«Die Urteilsfähigkeit ist im medizinischen Alltag von grundlegender Bedeutung.»⁹

«Im Umgang mit demenzkranken Menschen muss ihre Würde in jeder Situation geachtet und geschützt werden.»¹⁰

«Wenn innerhalb einer Ethikstruktur schwerwiegende Probleme auftreten, muss dies korrigiert werden [...].»¹¹

«Es ist essenziell, Symptome, die zu einem Kreislaufstillstand führen könnten, frühzeitig zu erkennen und zu behandeln.»¹²

«(...) die medizinische Fachperson (ist) verpflichtet, das Wohl des Patienten zu fördern und ihm nicht zu schaden.»¹³

⁶ SAMW-Richtlinie «Umgang mit Sterben und Tod», Ziffer 2.4, S. 11.

⁷ SAMW-Richtlinie «Umgang mit Sterben und Tod», Ziffer 2.4, S. 11.

⁸ SAMW-Richtlinie «Ethikausbildung für Gesundheitsfachpersonen», Präambel, S. 5.

⁹ SAMW-Richtlinie «Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis», 2019, Präambel, S. 1.

¹⁰ SAMW-Richtlinie «Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz», 2017, Ziffer 3.1, S. 9.

¹¹ SAMW-Richtlinie «Ethische Unterstützung in der Medizin», Ziffer 4, S. 24.

¹² SAMW-Richtlinie «Reanimationsentscheidungen», Ziffer 4.1, S. 10.

¹³ SAMW-Richtlinie «Zwangsmassnahmen in der Medizin», 2015, Ziffer 3.1, S. 13.

- 64 Wenn man die Flut an Richtlinien weiterlesen würde, liesse sich die Liste noch ewig verlängern. Der Beschwerdeführer Aebischer will aber gar nicht mehr weiterlesen. Selbst ohne seine 15-jährige Tätigkeit als Seelsorger weiss er, dass Leiden nichts Schönes ist und nicht einfach verschwindet, weil man es sich wünscht. Sowohl er als wohl auch die allermeisten Bürger wissen, dass wenn Probleme auftreten, diese zu korrigieren sind. Der Beschwerdeführer Aebischer weiss auch, dass der Arzt dem Patienten helfen und nicht ihm schaden soll. Für dieses Wissen braucht der Beschwerdeführer Aebischer lediglich seinen gesunden Menschenverstand und normale, menschliche Empathie, aber weder die SAMW noch die FMH.
- 65 Vor dem Hintergrund dieser Banalitäten wirkt es auf den Beschwerdeführer Aebischer wie ein Hohn, wenn die Vorinstanz findet, sein Gesuch beschlage keinen hinreichend konkreten Sachverhalt und er müsse ganz genau aufzeigen, für welche Behandlung er welche Teilgehälte welcher Richtlinien nicht möchte.
- 66 Es sei an dieser Stelle schliesslich auf die Artico-Rechtsprechung des EGMR verwiesen: Vom Gerichtshof wurde die grosse Gefahr durch faktische Aushebelung für Grundrechte bereits sehr früh erkannt. In seinem diesbezüglichen leading case Artico vs. Italien¹⁴ hielt der EGMR daher fest, dass die durch die Konvention garantierten Rechte als effektiv und praktikabel gedacht seien, nicht bloss als theoretisch und illusorisch. Würde vom Beschwerdeführer Aebischer verlangt, dass er vor jeder konkreten Behandlung bei jedem konkreten Arzt erneut umfassende Abwählerklärungen erstellt, jedes Mal 644 Seiten Richtlinien durcharbeitet und dann die konkrete Erklärung betreffend einen konkreten Arzt und einer konkreten Richtlinie einer behördlichen Prüfung zuführt – denn er kann sich ja aufgrund der latenten Unsicherheit nicht darauf verlassen, dass die Ärzte seinen Wunsch gegen die Drohkulisse von SAMW und FMH respektieren – wäre das gänzlich impraktikabel. Es ist zudem davon auszugehen, dass eine solche Bestätigung nie innerhalb vernünftiger Fristen erhältlich gemacht werden kann – das zeigt auch das vorliegende Verfahren exemplarisch, ist doch das Gesuch schon seit über einem Jahr nicht entschieden. Wenn der Beschwerdeführer plötzlich urteilsunfähig wird, kann er nicht erst dann (immerhin dann mit einem ganz konkreten Fall) jahrelang prozessieren um sein Selbstbestimmungsrecht auszuüben. Kurzum: Vom Beschwerdeführer Aebischer in jedem Einzelfall zu verlangen, eine Erklärung abzugeben und diese behördlich bestätigen zu lassen, ist impraktikabel; mit solchen Hürden sind die Grundrechte des Beschwerdeführers nicht ausübbar und damit illusorisch.
- 67 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden: Es wird – anders als im angefochtenen Urteil behauptet – nicht bloss in allgemeiner und nicht spezifizierter Weise eine Feststellungsverfügung verlangt. Es geht auch nicht um die reine Klärung einer bloss abstrakten Rechtsfrage – die Rechts-

¹⁴ Vgl. Urteil Artico gegen Italien vom 13.05.1980, Beschwerde Nr. 6694/74, Ziff. 33.

frage ist absolut konkret. Es geht um die via Art. 18 FMH-StO implizierte ständige virtuelle Verletzung von Art. 40 lit. c MedBG, welche das Ganze in jedem Fall zu einer abstrakten Gefährdung der Patientenrechte und Berufspflichten macht. Vielmehr soll:

- a) für eine ganz konkrete Person (den Beschwerdeführer Aebischer),
- b) betreffend ganz konkrete Ärzte (diejenigen, welche ihn jetzt oder später behandeln),
- c) eine ganz konkrete Frage (wird der Wille des Beschwerdeführers Aebischer auf Abwahl der unverbindlichen Richtlinien berücksichtigt) beantwortet werden.

68 Ein solches Begehren ist hinreichend konkret.

69 Dies scheint auch das Bundesgericht im Fall des Beschwerdeführers Aebischer betreffend seine Rechtsverweigerungs-/Rechtsverzögerungsbeschwerde im Ansatz so zu sehen (BGer 2C_119/2024 vom 1. März 2024). Das Bundesgericht hat in diesem Urteil festgehalten (E. 4.3):

«Der Beschwerdeführer ist 86 Jahre alt und leidet sowohl an einem Bronchus- als auch an einem Pankreaskarzinom. Die umstrittene Anwendbarkeit der SAMW-Richtlinien betrifft ihn in sensiblen Bereichen der Lebensentfaltung. Auch wenn der Beschwerdeführer nicht konkret darlegt, gegen welche Handlungsempfehlungen er (ethische) Vorbehalte hegt, ist aufgrund seiner persönlichen Situation naheliegend, dass in absehbarer Zeit höchstpersönliche Entscheidungen über Behandlungsalternativen, den Umgang mit Palliativmedizin und allenfalls in Bezug auf das Lebensende zu treffen sind. Diese medizinischen Fragen bzw. die damit korrespondierende Ungewissheit auf Seiten des Beschwerdeführers berühren die verfassungs- und konventionsrechtlich geschützte Persönlichkeitsentfaltung (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK; Urteil 2C_608/2017 vom 24. August 2018 E. 6.5.2; Urteil [des EGMR] Pretty gegen Vereinigtes Königreich vom 29. April 2002, Recueil CourEDH 2002-III, § 65 ff.; vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER/JÉRÉMIE BONGIOVANNI, in: St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl. 2023, N. 54 zu Art. 10 BV).

70 Indem die Vorinstanz davon ausgeht, dass sich das Gesuch Aebischer auf einen nicht hinreichend bestimmten Sachverhalt beziehe, dass es bloss um die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage gehe, und dass somit die Begehren insgesamt nicht Gegenstand einer Feststellungsverfügung sein könnten, überdehnt und verletzt die Vorinstanz die bundesrechtlichen Vorgaben zum Inhalt und Anwendungsbereich von Feststellungsverfügungen.

3. Der Beschwerdeführer Aebischer hat ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung seines Gesuchs

a) Das Urteil der Vorinstanz (Urteil, E. 4.5)

- 71 Als Eventualbegründung erwägt die Vorinstanz, dass auch ein schutzwürdiges Interesse des Beschwerdeführers Aebischer nicht evident sei.
- 72 Dem Beschwerdeführer gehe es um die Klärung einer aufsichtsrechtlichen Angelegenheit, an welcher er nicht unmittelbar beteiligt sei. In einer solchen Sache sei er nicht Partei und es sei fraglich, ob ihm nicht bereits deswegen das schutzwürdige Interesse abgesprochen werden müsse (Urteil, E. 4.5.2). Dies könne aber offen bleiben. Denn die Feststellungsanträge müssten darauf abzielen, eine Ungewissheit zu beseitigen, die dem Beschwerdeführer nicht mehr zugemutet werden könne, weil sie ihn in seiner Entscheidungsfreiheit behindern würden (Urteil, E. 4.5.2).
- 73 Die Rechtslage sei nach Auffassung des Verwaltungsgerichts insofern klar, dass die SAMW-Richtlinien keine Gesetzeskraft haben und den abschliessenden Art. 40 MedBG nicht ergänzen könnten. Es bleibe – so die Vorinstanz – zwar eine gewisse Rechtsunsicherheit, da die Standesregeln nach einigen Quellen teilweise als Auslegungshilfen interpretiert würden. Ein gewisser Einfluss auf den ärztlichen Behandlungsalltag könne den Richtlinien deshalb nicht abgesprochen werden, etwa, wenn ihnen eine präzisierende Funktion zugeschrieben werde. Es verbleibe zwar eine Unsicherheit, die für den Beschwerdeführer belastend sein möge, doch dürfte dies noch kein ausreichendes Feststellungsinteresse begründen. Es sei vom Beschwerdeführer Aebischer weder vorgebracht worden noch sei erkennbar, welchen Nachteil er erleide und welche Vorkehrungen er durch die Unsicherheit nicht habe vorkehren können. Hinreichende Gewissheit über den Inhalt seiner Behandlungsverhältnisse habe er jedenfalls dadurch, dass er die SAMW-Richtlinien selbstbestimmt ausgewählt habe. Ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Feststellung dürfte somit zu verneinen sein (Urteil, E. 4.5.4).

b) Das Urteil der Vorinstanz ist fehlerhaft

- 74 Diese Argumentation ist unzutreffend und verharmlost das Gebaren der SAMW und der FMH in gleich mehrfach unzulässiger Weise. Dies wiederum führt zu einer Normalisierung des Unrechts.
- (i) *Der Beschwerdeführer Aebischer hat ein rechtlich geschütztes Interesse und einen Behandlungsanspruch betreffend sein Gesuch*
- 75 Es hilft dem Beschwerdeführer Aebischer nicht, seinen Willen kundgetan und die SAMW-Richtlinien ausgewählt zu haben, wenn die Ärzte diesen Willen aus Angst vor Repressionen der FMH nicht

oder nicht vollständig berücksichtigen. Insofern ist der Beschwerdeführer Aebischer auch nicht nur mittelbar betroffen. Vielmehr hat der Beschwerdeführer Aebischer ein eigenes unmittelbares Interesse daran, dass die ihn behandelnden Ärzte keine Sanktionen befürchten müssen, wenn sie seinen klar geäusserten und rechtmässigen Willen respektieren. Wenn die behandelnden Ärzte vereinsrechtliche Sanktionen befürchten müssen, werden sie Hemmungen haben, den klar geäusserten Willen und die Rechte des Beschwerdeführers Aebischer zu respektieren. In der Grundrechtslehre spricht man hier vom sog. «*chilling effect*».

- 76 Der Hinweis der Vorinstanz, wonach die SAMW-Richtlinien unverbindlich sind, keinen Gesetzescharakter haben und die abschliessende Norm von Art. 40 MedBG nicht ergänzen können (Urteil, E. 2.5) ist zwar richtig und bestätigen dem Beschwerdeführer Aebischer, was ohnehin im Laufe dieser Verfahren deutlich wurde; nur ist dies alleine zur Wahrung seiner Rechte leider nicht ausreichend.
- 77 Der Beschwerdeführer Aebischer kann sich – leider – nicht darauf verlassen, dass jeder Arzt weiss, dass die SAMW-Richtlinien nicht verbindlicher Teil der ärztlichen Berufspflichten sind. Denn es sind die SAMW und die FMH selbst, welche dieses Verständnis nicht teilen. Sie sind vielmehr der Ansicht, dass die Richtlinien ein verbindlicher Teil der ärztlichen Berufspflichten seien. Vor diesem Hintergrund machen SAMW und FMH alles dafür, den Ärzten gegenüber die Verbindlichkeit der Richtlinien vorzugaukeln. Damit wird dann auch die von der Vorinstanz hochgehaltene Unverbindlichkeit der Richtlinien der SAMW und der FMH gleich wieder aufgehoben.
- 78 Diese Ausführungen zum anmassenden Verhalten der SAMW und FMH sind nicht polemisch, sondern können anhand ganz konkreter Beispiele belegt werden. Dies beginnt bereits auf der Homepage der SAMW, wenn man auf die Seite der Richtlinien klickt. Bereits der zweite Satz macht jedem Leser klar, von welchem Selbstverständnis die SAMW ausgeht. Dort ist zu lesen:¹⁵

«Die medizin-ethischen Richtlinien werden in der Regel in die Standesordnung der FMH aufgenommen und damit für deren Mitglieder verbindlich.»

Die SAMW legt also gleich vor und suggeriert, dass all ihre Richtlinien verbindlich seien.

- 79 Damit aber nicht genug. Die SAMW will sogar jeden Arzt bestrafen, der sich nicht an die SAMW-Richtlinien hält. Dieses anmassende Verhalten der SAMW und der FMH gipfelt in der öffentlichen Äusserung des SAMW-Präsidenten Henri Bounameaux im Editorial des SAMW-Bulletins 03/2022. Sein öffentlich erklärter Wille ist es, diejenigen Mitglieder der FMH zu bestrafen, welche sich nicht

¹⁵ www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html (letztmals besucht 03.04.2024).

an die SAMW-Richtlinien und die darin enthaltene übergesetzliche Zwangsethik halten. Er begrüsst die Übernahme der jüngsten SAMW-Richtlinien zur Suizidhilfe durch die FMH und führt dazu aus:¹⁶

«Dieser Schritt ermöglicht es jetzt der FMH, Mitglieder zur Rechenschaft zu ziehen, wenn sie die Richtlinien nicht befolgen.»

- 80 SAMW und FMH zeigen somit keinerlei Zurückhaltung, sie massen sich gemeinsam sogar Rechtssetzungs- und Rechtsauslegungskompetenzen an. Auf der öffentlich zugänglichen Homepage der FMH ist zu lesen, dass die FMH und SAMW gemeinsam «rechtliche Grundlagen» erarbeiten, die der Ärzteschaft mitgeteilt werden. Auf der Homepage der FMH steht:¹⁷

«Zusammen mit der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) hat die Abteilung Rechtsdienst für die Mitglieder der FMH den Leitfaden «Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag» herausgegeben. Er vermittelt in kompakter Form juristisches Basiswissen für den ärztlichen Alltag.»

- 81 In diesem «Leitfaden» zu den gesetzlichen Grundlagen, welchen die FMH auf ihrer Homepage veröffentlicht, wird die Bedeutung der SAMW-Richtlinien hervorgehoben und deren Verbindlichkeit betont. Es findet sich folgendes Zitat (S. 12):

«Eine wichtige Rolle spielen sie (die Richtlinien) aber in der Rechtsauslegung, indem sie beispielsweise vom Bundesgericht häufig als Massstab für den Stand der medizinischen Wissenschaften herangezogen werden. Indem allerdings die FMH fast alle Richtlinien der SAMW in die Standesordnung aufnimmt, werden sie auf die Stufe des Standesrechts erhoben und erhalten so für die überwiegende Zahl von Ärzten unmittelbare vereinsrechtliche Verbindlichkeit. Zudem haben die Parlamente auf Bundes- und Kantonebene einzelne Richtlinien für verbindlich erklärt.»¹⁸

- 82 Ins gleiche Horn bläst Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller, welche unter anderem Mitglied der Zentralen Ethikkommission (ZEK) der SAMW ist. Sie schreibt im SAMW-Bulletin 03/2022¹⁹ explizit, dass der SAMW via Erlass der Richtlinien (quasi-)gesetzgeberische Kompetenz zukomme. In ihrem Schwerpunkt-Beitrag der Ausgabe stellt sie Soft Law und Medizinethik auf dieselbe Stufe wie die Grundrechte der EMRK. Sie schreibt unter anderen:

¹⁶ SAMW/ASSM Bulletin 03/2022, S. 2, zu finden u.a. auf <https://www.samw.ch/de/Publikationen/Bulletin/Bulletin-Archiv.html> (letztmals besucht 28.03.2024).

¹⁷ <https://www.fmh.ch/dienstleistungen/recht/rechtliche-grundlagen-alltag.cfm#i112565> (letztmals besucht 28.03.2024).

¹⁸ <https://www.fmh.ch/files/pdf7/01-grundlagen-2020-de-v2.pdf> (letztmals besucht 28.03.2024).

¹⁹ SAMW/ASSM Bulletin 03/2022, S. 2, zu finden u.a. auf www.samw.ch/de/Publikationen/Bulletin.html.

«Die Richtlinien [Anm.: der SAMW] sind in diesem Sinne unabdingbarer Bestandteil des Medizinrechts.»

«Ein Entweder- oder von Ethik und Recht würde zu kurz greifen.»

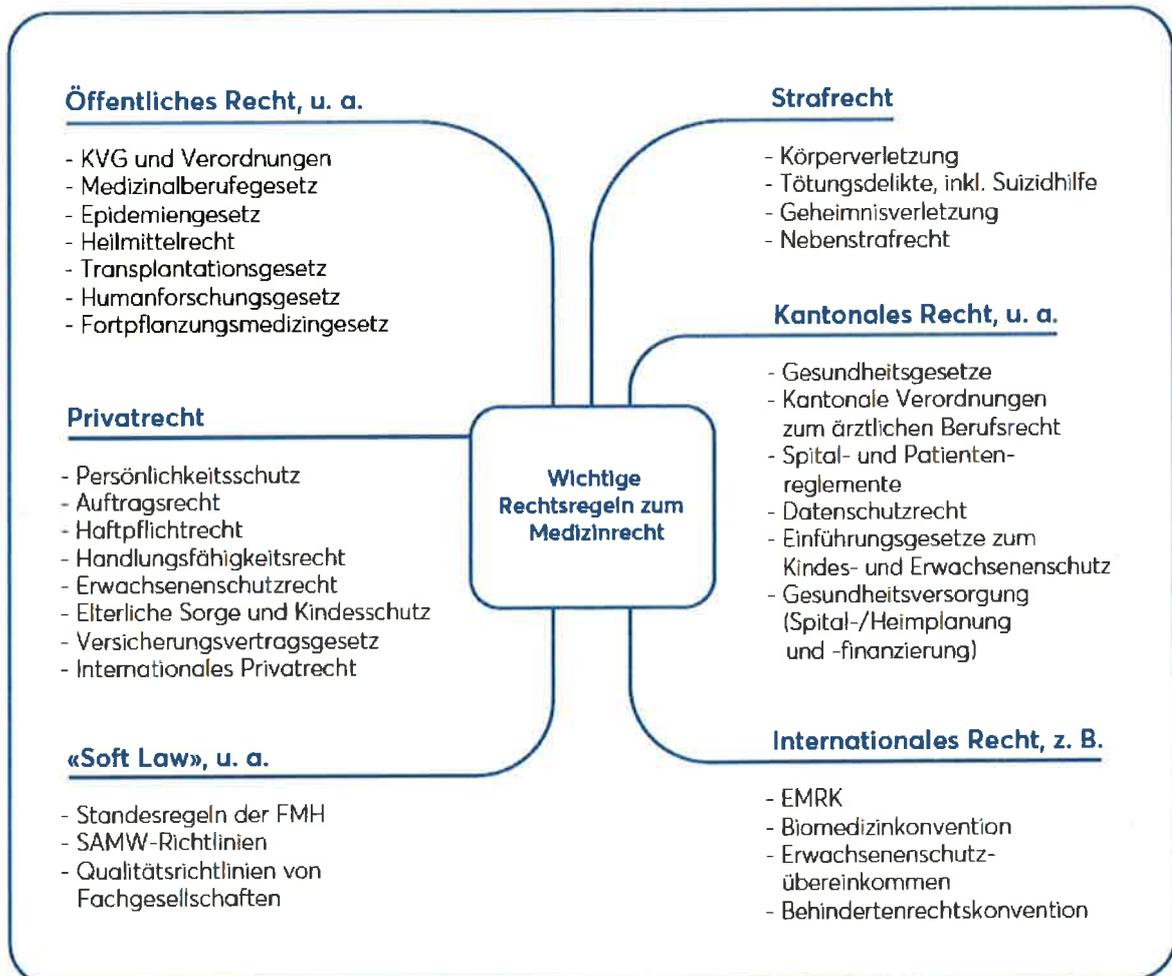
«[...] ohne den Einbezug der Ethik bleiben die medizinrechtlichen Normen blutleer und lebensfremd.»

«Und überall dort, wo bislang der Gesetzgeber noch überhaupt nicht oder nur punktuell tätig geworden ist, können sie [Anm.: die SAMW-Richtlinien] gar in gewissem Masse die eigentlich dem Gesetz zuge dachte Funktion der abstrakten Interessenabwägung übernehmen.»

«Die Website 'Richtlinien-Archiv' der SAMW veranschaulicht eindrücklich, wie viele Richtlinien im Laufe der Zeit ins Schweizer Bundesrecht eingeflossen sind.»

- 83 Dies gipfelt in folgendem öffentlich publizierten Verständnis der rechtlichen Normenhierarchie, so wie die SAMW diese Normenhierarchie versteht:²⁰

²⁰ SAMW/ASSM Bulletin 03/2022, S. 3, zu finden u.a. auf www.samw.ch/de/Publikationen/Bulletin.html.



Übersicht über wichtige Rechtsregeln des Medizinrechts

- 84 Zunächst fällt auf, dass die schweizerische Bundesverfassung für die SAMW offenbar derart unwichtig ist, dass sie auf dem Schema der SAMW nicht einmal erscheint.
- 85 Dafür sind die «Soft Law», angeblich die FMH-Standesregeln und die SAMW-Richtlinien prominent aufgeführt. Dies aber nicht nur ergänzend oder auslegend zum Recht, sondern auf der gleichen Stufe wie z.B. die EMRK. Damit stellt die SAMW ihre eigenen Richtlinien und die Standesregeln der FMH auf dieselbe Stufe wie die Grundrechte der EMRK, und gibt öffentlich vor, ihre Richtlinien und die Standesregeln der FMH gehörten zu den wichtigen Rechtsregeln im Medizinrecht. Mit diesen öffentlichen Äusserungen suggerieren die SAMW und die FMH sowie deren Organe sie hätten via Erlass der Richtlinien (durch die SAMW) und deren Verbindlicherklärung (durch die FMH) Rechtssetzungskompetenzen zumindest analog dem Schweizerischen Gesetzgeber.

- 86 Es ist deshalb in unzulässigerweise verkürzt, wenn die Vorinstanz einfach findet, die Richtlinien seien unverbindlich und der Beschwerdeführer Aebischer habe diese ja abgewählt. Diese Auffassung würde nur dann zutreffen, wenn die SAMW und FMH dieses rechtliche Verständnis der Vorinstanz teilen würden.
- 87 *Wie aber dargestellt, teilen die SAMW und FMH dieses Verständnis nicht. Sie tun vielmehr alles dafür, dass – insbesondere bei den betroffenen Ärzten – genau das gegenteilige Verständnis vorherrscht.*
- 88 Es muss die ganz grundsätzliche Frage erlaubt sein: Warum ist es denn der SAMW so wichtig, die rechtliche Verbindlichkeit der Richtlinien vorzutauschen? Warum reichen der SAMW reine Empfehlungen nicht?²¹ Fühlt sich die SAMW so viel besser und moralisch überlegener als der demokratisch legitimierte Gesetzgeber? Stört es die SAMW, dass ihre übergesetzliche Zwangsethik demokratisch unerwünscht ist und deshalb *nicht* im Gesetz zu finden ist? Ist das der Grund, warum die SAMW derart undemokratisch und gänzlich unschweizerisch die Normenhierarchie umschreiben will?
- 89 Deshalb sind die rechtlich im Normalfall nicht versierten Ärzte, welche den Beschwerdeführer Aebischer jetzt oder in Zukunft behandeln, von den widerrechtlich-anmassenden Sanktionsdrohungen der SAMW und der FMH zu entbinden. Es ist ihnen zu bestätigen, dass sie keine aufsichtsrechtlichen Sanktionen und Massnahmen zu befürchten haben, wenn sie den erklärten und rechtmässigen Willen des Beschwerdeführers Aebischer berücksichtigen. Mit der entsprechenden Bestätigung durch die zuständige staatliche Stelle dürfte die Sorge der Ärzte von illegitimen vereinsrechtlichen Sanktionen dahinfallen. Und mit dieser Sicherheit brauchen die Ärzte keine Sorge mehr zu haben, dem rechtmässigen Willen des urteilsfähigen Beschwerdeführers Aebischer nachzukommen, auch gegen allfällige rechtswidrige SAMW-Vorgaben.
- 90 Der Beschwerdeführer Aebischer ist schliesslich auch in diesem Bereich vom Streitgegenstand unmittelbar betroffen. Die illegalen vereinsrechtlichen Sanktionsdrohungen gegen Ärztinnen und Ärzte betreffen ihn unmittelbar. Wie bereits dargestellt: Wenn die behandelnden Ärzte vereinsinterne Massnahmen befürchten müssen, werden sie Hemmungen haben, den klar geäusserten Willen und die Rechte des Beschwerdeführers Aebischer zu respektieren. Die beiden Organisationen des Privatrechts, FMH und SAMW haben nicht das Recht, über den Hebel des Vereinsrechts für 95% der Ärzte (und somit de facto 100 % der Patienten) irgendwelche ethischen Vorschriften, Postulate oder Wünsche verbindlich zu erklären. Auch darin läge eine klare Verletzung von Art. 13 EMRK. Der Beschwerdeführer Aebischer hat deshalb ein eigenes rechtlich geschütztes Interesse

²¹ So hat z.B. die FMH auf Ihrer Homepage auch gewisse Themen als reine Empfehlungen aufgeschaltet, vgl. www.fmh.ch/dienstleistungen/recht/empfehlungen-der-fmh.cfm (letztmals besucht 6.04.2024).

daran, dass seinen Ärzten keine solchen Sanktionen drohen, wenn sie (nur) das Gesetz und seinen Willen respektieren, und dass dies verbindlich festgestellt wird.

(ii) *Die Behörden haben eine ex officio-Behandlungspflicht*

- 91 Im bisherigen Verfahren haben die Vorinstanzen den Fokus vor allem auf die Frage gelegt, ob der Beschwerdeführer Aebischer einen Anspruch auf Behandlung seines Gesuchs hat. Dabei ist gänzlich aus dem Fokus geraten, dass in der vorliegenden Konstellation sogar eine behördliche ex officio-Behandlungspflicht besteht.
- 92 Das Gesundheitsamt und/oder die Gesundheitsdirektion sind nicht nur legitimiert, sondern haben einen gesetzlichen Auftrag, in das privatrechtliche Verhältnis von FMH und Ärzteschaft einzugreifen. Immer dort, wo privatrechtliches Verhalten öffentliches Recht verletzt, sind die Behörden befugt und auch gehalten, das privatrechtliche Verhalten zu sanktionieren. Dieser Gedanke findet sich im Gesundheitsgesetz Bern wieder, ebenso in Art. 41 MedBG, wonach die Aufsichtsbehörde die für die Einhaltung der Berufspflichten nötigen Massnahmen trifft.
- 93 Dieser Gedanke wird im MedBG sogar noch weiter präzisiert und abgesichert, indem Art. 42 MedBG (in Konkretisierung der allgemeinen Vorgabe von Art. 71 Abs. 1 VwVG) bestimmt, dass die Gerichts- und Verwaltungsbehörden der kantonalen Aufsichtsbehörde unverzüglich Vorfälle melden, welche die Berufspflichten verletzen könnten. Die Einhaltung der zwingenden Bestimmungen des MedBG ist in den Augen des Gesetzgebers also so wichtig, dass bei Verletzungen nicht nur die zuständige Behörde von sich aus tätig werden muss, sondern dass sogar alle übrigen Behörden Vorfälle zu melden haben. Das Wort «können» zeigt zudem, dass es noch keine konkrete Gefährdung braucht, sondern bereits eine abstrakte Gefährdung der zwingenden ärztlichen Berufspflichten ausreichend ist, dass der Vorfall gemeldet werden und die Aufsichtsbehörde einschreiten muss.
- 94 Dabei unterscheidet der Gesetzgeber nicht zwischen einer konkreten und einer abstrakten Gefährdung. Vielmehr ist das Institut der abstrakten Gefährdung dem Recht allgemein bekannt. Auch um drei Uhr morgens bei freier Autobahn, wenn also niemand konkret gefährdet scheint, gelten die Geschwindigkeitsvorschriften.
- 95 Der Ärzteschaft wird von SAMW und FMH vorgekauelt, dass sie vereinsrechtliche Sanktionen riskieren, wenn sie von der offensichtlich keinerlei rechtliche Grundlage habenden SAMW-Zwangsethik abweichen. Damit negieren SAMW und FMH in gänzlich unschweizerischer Manier die demokratisch zustandegekommene Gesetzgebung. Auf das erwähnte Beispiel des SVG übertragen wäre die Situation etwa so, wie wenn der Verkehrsclub Schweiz einfach via Richtlinien seinen Mitgliedern mitteilt, sie hätten sich nicht an die Geschwindigkeitsbegrenzung zu halten, dieses Vereinsrecht gehe dem staatlichen Recht vor.

96 Im vorliegenden Fall ist aufgrund der bisherigen Ausführungen eine abstrakte Gefährdung verschiedener zwingender Berufspflichten nach MedBG durch das Verhalten von SAMW und FMH augenscheinlich. Die SAMW-Richtlinien stellen für jeden Patienten eine abstrakte Gefährdung seiner Persönlichkeitsrechte dar, im Fall vom Gesuchsteller Aebischer eine weitaus konkretere. Jede reale Gefahr (und beim Gesuchsteller Aebischer ist sie aufgrund seines Alters und seines Gesundheitszustandes sehr präsent und real) setzt zuerst einmal das Vorliegen einer abstrakten Gefahr voraus. Die fehlende Anerkennung des schweizerischen Rechtssystems, die konsequente Verweigerungshaltung gegenüber staatlichen Organen ist ein Grund für die zuständigen Behörden, einzugreifen und die notwendigen Massnahmen zu ergreifen.

Eine dieser Massnahmen ist im ganz konkreten Fall des Gesuchstellers Aebischer das Ausstellen der von ihm beantragten Bestätigungen.²²

97 Darüber hinaus wird das Bundesgericht ersucht zu prüfen, inwieweit eine auf Art. 42 MedBG gestützte, amtshilfeweise erfolgende Inkenntnissetzung der Aufsichtsbehörde über das noch zu fällende Urteil notwendig sein wird.

(iii) Fazit

98 Indem die Vorinstanz ein schutzwürdiges Interesse des Beschwerdeführers Aebischer verneint und nicht berücksichtigt, dass im konkreten Fall sogar eine behördliche Handlungspflicht besteht, überdehnt und verletzt die Vorinstanz die bundesrechtlichen Vorgaben zum Inhalt und Anwendungsbereich von Feststellungsverfügungen und zum rechtlich geschützten Interesse. Auch deshalb ist der Entscheid der Vorinstanz fehlerhaft; der Beschwerdeführer Aebischer hat einen Anspruch auf materielle Behandlung seines Gesuchs.

²² Vgl. auch Markus Müller, der dazu ausführt: «Das durch einen Realakt begründete Rechtsschutzbedürfnis lässt sich nach Ansicht des Bundesgerichts unter anderem durch das Zugeständnis eines Anspruchs des Betroffenen auf ein entsprechendes Feststellungsurteil befriedigen.» (Markus Müller, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Revision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis BTJP 2006, Bern 2007, S. 313-373, 335).

4. Ein Behandlungsanspruch besteht auch unter grundrechtlichen Gesichtspunkten

a) *Das Urteil der Vorinstanz (Urteil, E. 5)*

- 99 Schliesslich prüft das Verwaltungsgericht, ob es der Anspruch auf eine wirksame Grundrechtsausübung gebietet, im vorliegenden Fall ausnahmsweise von den einschlägigen verfahrensrechtlichen Vorgaben als Grundlage einer Feststellungsverfügung abzusehen, um dem Beschwerdeführer eine Rechtsschutzmöglichkeit zu eröffnen (Urteil, E. 5.1).
- 100 Dies wird von der Vorinstanz verneint. Es könne auch unter verfassungs- und konventionsrechtlichen Gesichtspunkten nicht von der verfahrensrechtlichen Vorgabe eines individuell-konkreten öffentlichen Rechtsverhältnisses oder eines schutzwürdigen Interesses abgesehen werden (Urteil, E. 5.2). Somit könne der Beschwerdeführer aus den von ihm angerufenen grundrechtlichen Garantien nichts zu seinen Gunsten ableiten (Urteil, E. 5.2).

b) *Das Urteil der Vorinstanz ist fehlerhaft*

- 101 Die Auffassung der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführer Aebischer aus den von ihm angerufenen grundrechtlichen Garantien nichts zu seinen Gunsten ableiten könne, ist fehlerhaft und verletzt eben diese Grundrechte.
- 102 Es wurde hiervor bereits im Detail dargestellt, warum der Beschwerdeführer Aebischer auch unter verfassungs- und konventionsrechtlichen Gesichtspunkten einen Anspruch auf Beurteilung seines Gesuchs hat (vgl. vorne Rz. 40 ff.); auf diese Ausführungen sei verwiesen. An dieser Stelle sei nochmals auf die Artico-Rechtsprechung des EGMR verwiesen: Vom Gerichtshof wurde die grosse Gefahr durch faktische Aushebelung für Grundrechte bereits sehr früh erkannt. In seinem diesbezüglichen leading case Artico vs. Italien hielt der EGMR daher fest, dass die durch die Konvention garantierten Rechte als effektiv und praktikabel gedacht seien, nicht bloss als theoretisch und illusorisch. So lange die SAMW und FMH ihre Zwangs-Ethik über das staatliche Recht stellen, solange die SAMW und FMH mit einem Federstrich – bzw. ihren unverbindlichen Richtlinien – staatliches zwingendes Recht in den Hintergrund rücken können, sind die Grundrechte des Beschwerdeführers Aebischer lediglich noch theoretisch vorhanden, in Wirklichkeit aber virtuell ständig verletzt und daher weder vollständig praktikabel noch ausübbar, und somit illusorisch.²³ Damit liegt ein Verstoß gegen die Artico-Rechtsprechung des EGMR vor.
- 103 Dass das Anliegen des Beschwerdeführers in seiner ganz konkreten Situation seine verfassungs- und konventionsrechtlich geschützten Grundrechte berührt, hat auch – wie ebenfalls bereits

²³ Vgl. Urteil Artico gegen Italien vom 13.05.1980, Beschwerde Nr. 6694/74, Ziff. 33.

vorne erwähnt – das Bundesgericht im Fall des Beschwerdeführers Aebischer betreffend seine Rechtsverweigerungs-/Rechtsverzögerungsbeschwerde auch bereits zumindest sinngemäss festgestellt (BGer 2C_119/2024 vom 1. März 2024, E. 4.3).

104 Indem die Vorinstanz der Auffassung ist, der Beschwerdeführer habe keinen grundrechtlich geschützten Anspruch auf Behandlung seines Gesuchs, verletzt die Vorinstanz insbesondere Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 BV sowie Art. 8 Ziff. 1 EMRK.

5. Die Feststellung der Unverbindlichkeit der SAMW-Richtlinien ist von erheblicher Bedeutung

a) Das Urteil der Vorinstanz (Urteil, E. 2.5 sowie E. 4.5.4)

105 Die Vorinstanz führt aus, dass es evident sei, dass die SAMW-Richtlinien keine Gesetzeskraft haben. Das MedBG enthalte keine Ermächtigung zu ergänzender Rechtssetzung im Bereich der ärztlichen Berufspflichten durch Private. Wenn überhaupt, könnten private Regelwerke wie die SAMW-Richtlinien nur in unwichtigen Bereichen zusätzliche Geltung erlangen, falls es eine entsprechende formell-gesetzliche Delegation gebe. Eine solche gebe es im Medizinrecht aber nicht. Die Berufspflichten des Arztes nach Art. 40 MedBG seien einheitlich und abschliessend. Sie können folglich nicht durch die SAMW-Richtlinien ergänzt und erst recht nicht können solche Richtlinien zum objektiven Recht erhoben werden. Im Übrigen stehe fest, dass die SAMW-Richtlinien als Regelwerk einer privaten Standesorganisation nicht verbindlich seien (Urteil, E. 2.5).

106 Trotzdem, so die Vorinstanz, bleibe eine gewisse Rechtsunsicherheit, da die Standesregeln teilweise Auslegungshilfen sein sollen. Ein gewisser Einfluss auf den ärztlichen Behandlungsalltag könne den Richtlinien nicht abgesprochen werden, soweit ihnen z.B. präzisierende Funktion zugeschrieben werde (Urteil, E. 4.5.4).

107 Auch beim Kostenentscheid führt die Vorinstanz aus, dass anzuerkennen sei, dass eine gewisse Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Stellenwerts der SAMW-Richtlinien mit ethischem Gehalt im Zusammenhang mit den ärztlichen Berufspflichten bestehen würden (Urteil, E. 7). Deshalb wurden dem Beschwerdeführer trotz Abweisung seiner Beschwerde keine Verfahrenskosten auferlegt.

b) Der Entscheid der Vorinstanz endet auf halbem Weg

108 In diesem Bereich kann nicht gesagt werden, dass der Entscheid der Vorinstanz falsch ist. Es ist auch die Auffassung des Beschwerdeführers Aebischer, dass die SAMW-Richtlinien unverbindlich

sind und nicht in die ärztlichen Berufspflichten eingreifen können. Ebenfalls ist es auch die Auffassung des Beschwerdeführers Aebischer, dass eine – durch die SAMW und FMH ausgelöste und geschürte – Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Geltung besteht; weniger bei den juristisch ausgebildeten Personen, aber auf jeden Fall bei der Allgemeinheit und der Ärzteschaft.

- 109 Deshalb ist der Beschwerdeführer Aebischer der Meinung, dass der Entscheid der Vorinstanz nicht einfach mit diesen Feststellungen enden darf, sondern dass es wichtig ist, die Unverbindlichkeit der SAMW-Richtlinien autoritativ festzustellen und die verbleibende Unsicherheit zu beenden. In einem Rechtsstaat kann es nur einen geben, der verbindliche Rechtsnormen erlassen kann; gerade hier mag es ein sowohl als auch nicht leiden.
- 110 Leider ist es immer noch so, dass unterschiedliche Akteure im Gesundheitswesen versuchen, den SAMW-Richtlinien doch noch irgendwelche rechtliche Bedeutung beizumessen. Diesen Versuchen ist jedoch Folgendes zu entgegenen:²⁴
- 111 Die SAMW-Richtlinien haben keinen Gesetzescharakter. Tatsächlich ist – soweit ersichtlich – lediglich ein verschwindend kleiner Teil einer einzigen Richtlinie von Bundesrechts wegen «verbindlich» erklärt worden. So wird in Art. 7 der Transplantationsverordnung des Bundes die Richtlinie der SAMW zur Feststellung des Todes bei Organentnahmen wie folgt erwähnt:²⁵ «Der Tod ist nach den Richtlinien nach Anhang 1 festzustellen.» Im entsprechenden Anhang zur Verordnung wird aber nicht etwa die ganze SAMW-Richtlinie erwähnt, sondern lediglich ein ganz kleiner Teilbereich davon (konkret deren Ziffer II. 3 sowie Ziffer III. C-H). Es handelt sich bei diesen verwiesenen Teilen der Richtlinie um rein medizinisch-technische Fragen (Feststellung des Todes, Diagnostische Fragen). Hierbei fällt zunächst auf, dass das Wort «verbindlich» nicht erwähnt wird, auf die Richtlinien wird einfach verwiesen. Auffällig ist zudem, dass laut Verordnung als Bezugsquellen für diese Richtlinien nicht etwa die SAMW oder die FMH genannt werden, sondern ausschliesslich das Bundesamt für Gesundheit (BAG).²⁶ Es wird also lediglich in einer Verordnung (nicht etwa in einem Bundesgesetz) auf einen ganz ausgewählten technischen Teil einer einzigen SAMW-Richtlinie verwiesen. Und die Zuständigkeit für diesen kleinen Teil der Richtlinie bleibt nicht etwa bei der SAMW (oder der FMH), sondern ist beim BAG angesiedelt. Auffällig ist zudem, dass der gesamte 2. Teil der Richtlinie mit dem Titel «Ethische und rechtliche Aspekte» gerade nicht übernommen wird, auf diesen Teil wird in der Verordnung ausdrücklich nicht verwiesen. Der Verordnungsgeber macht damit eine ganz klare und bewusste Unterscheidung: Der technische Teil der Richtlinie ist wichtig, bei technischen Fragen rund um die Todesfeststellung sind die technischen Vorgaben der

²⁴ Die nachfolgenden Ausführungen basieren u.a. auf der bereits erwähnten Strafanzeige des Vereins ERAS et al. gegen die SAMW und die FMH vom 23. November 2023 (*Beilage 3*; namentlich ab Rz. 30 ff. Strafanzeige). Gewisse Formulierungen aus der Strafanzeige werden hiernach direkt übernommen; der Einfachheit halber ohne dass dies mit Anführungszeichen versehen wird.

²⁵ Transplantationsverordnung (SR 810.211); Anhang 1 / Richtlinien.

²⁶ Vgl. Fn. 74 der Transplantationsverordnung.

SAMW und FMH sinnvoll. Aber: Sowohl der ethische als auch der rechtliche Teil der Richtlinie sind für den Bundesgesetzgeber und den Ordnungsgeber gänzlich irrelevant. Diese Haltung ist richtig. In einem Rechtsstaat haben private Vereine und Stiftungen allenfalls in rein technischen Fragen besondere Kompetenzen. In rechtlichen Belangen (und nur die können Dritten gegenüber verbindlich erklärt werden) ist dagegen einzig und alleine der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zuständig. Dies gilt selbstverständlich auch (und insbesondere) dann, wenn gar ethische Fragen in das Recht einfließen sollen.

- 112 Weiter kommt weder der SAMW noch der FMH via Richtlinien irgendwelche Rechtsetzungs- und Rechtsauslegungskompetenzen zu, vielmehr ist das Gegenteil der Fall: die SAMW-Richtlinien sind gänzlich unverbindlich; für Nicht-FMH-Mitglieder sowieso, aber auch für FMH-Mitglieder. Da ersteres ohnehin klar ist, kann das Bundesgericht seine Feststellung, die SAMW-Richtlinien seien die unverbindliche Äusserungen einer privaten Stiftung, nur in Bezug auf die FMH-Mitglieder gemeint haben. Anders würde es vom Kontext her keinen Sinn machen. In diesem Sinne jedenfalls haben die Schweizerischen Gerichte in konstanter Rechtsprechung entschieden. Bereits das Appellationsgericht Basel-Stadt hatte sich vertieft mit dem Verhältnis der ärztlichen Pflichten nach dem Medizinalberufegesetz und den SAMW-Richtlinien (im Bereich der Sterbehilfe) auseinandergesetzt. Der Kantonsärztliche Dienst Basel-Stadt wollte einer Ärztin die Bewilligung zur selbstständigen Tätigkeit lediglich unter der Auflage erteilen, dass sie die Standesordnung FMH und somit die von ihr verbindlich erklärten SAMW-Richtlinien einhalte. Das Gericht stellte indes klar, dass sich die ärztlichen Berufspflichten ausschliesslich aus dem MedBG ergeben. Die ärztlichen Standesregeln und die SAMW-Richtlinien seien hingegen kein objektives Recht.²⁷ Auch das Schweizerische Bundesgericht hat Ende 2021 in seinem Entscheid in Sachen Pierre Beck ausgeführt, dass die Regeln der SAMW und der FMH *nicht-bindende Regeln privaten Ursprungs* sind («[...] règles émanant de l'ASSM et de la FMH, à savoir des règles non contraignantes et d'origine privée [...]»²⁸).
- 113 Schliesslich sind die SAMW-Richtlinien weder eine wertvolle Auslegungshilfe noch definieren sie den Stand der medizinischen Wissenschaften. Zunächst gibt es nur relativ wenig Urteile, in denen den Richtlinien wirklich entscheidende Bedeutung zukommt. Vielmehr wird den Richtlinien durch die Gerichte regelmässig die Verbindlichkeit abgesprochen.²⁹ Die Richtlinien sind auch nicht, was FMH und SAMW insinuieren, pauschal der Massstab für «den Stand der medizinischen Wissenschaften». Richtig ist, dass z.B. Art. 26 Abs. 1 HMG und Art. 11 Abs. 1 BetmG auf die «anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften» Bezug nimmt, u.a. zur Definition des ärztlichen Sorgfaltsmassstabs bei bestimmten medizinischen Handlungen. Nun findet sich aber bei diesem Passus

²⁷ Urteil Appellationsgericht Basel-Stadt vom 6. Juli 2017, Nr. VD.2017.21, E. 5.1; ebenso bereits BGer 2C_901/2012, E. 3.4.

²⁸ BGer 6B_646/2020 vom 9. Dezember 2021, E. 1.6.

²⁹ Vgl. etwa Urteil Appellationsgericht Basel-Stadt vom 6. Juli 2017, Nr. VD.2017.21, E. 5.1; BGer 2C_901/2012, E. 3.4; BGer 2C_1083/2012 vom 21. Februar 2013 E. 5.1.; BGer 6B_646/2020 vom 9. Dezember 2021, E. 1.6.

im Gesetz keine Verweisung auf die SAMW-Richtlinien. Dies ist auch richtig. Denn mit den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften können nur fachlich-technische Bereiche gemeint sein, wie sie die good practice rules der jeweiligen Wissenschaften beschreiben. Die echten good practice rules sind immer evidenzbasiert und können ausschliesslich naturwissenschaftlich messbare Fragen beantworten.³⁰ Ethik hingegen kann niemals der Gegenstand von medizinischen good practice rules sein. Die Ethik ist keine medizinische Wissenschaft. Es mag good practice rules der Ethik geben, also anerkannte Regeln der ethischen Wissenschaften. Diese sind dann aber keine medizinischen good practice rules, sondern eben ethische. Sie können mit Art. 26 Abs. 1 HMG und Art. 11 Abs. 1 BetmG also nicht gemeint sein.³¹ Diese differenzierte und inhaltlich sehr wichtige Unterscheidung findet ihren Niederschlag in der hiervor dargestellten Auseinandersetzung mit der Transplantationsverordnung: Die technisch-wissenschaftlichen Teile der Richtlinie wurden vom Ordnungsgeber als massgeblich anerkannt, die ethischen und «rechtlichen» Teile hingegen gerade nicht.

- 114 Somit kann festgehalten werden: Bei den SAMW-Richtlinien handelt es sich um unverbindliche Richtlinien einer privaten Stiftung, die keinen Gesetzescharakter haben können und nicht verbindlich erklärt werden können. Sie stellen keine wertvolle Auslegungshilfe dar, geschweige denn definieren sie den «Stand der medizinischen Wissenschaften».
- 115 Mit dieser Feststellung würde die von der Vorinstanz beschriebene rechtliche Unsicherheit enden.

D. Fazit

- 116 Aufgrund des hier Ausgeführten ist die vorliegende Beschwerde begründet.
- 117 Der Beschwerdeführer Aebischer hat einen (grund-)rechtlich geschützten Anspruch darauf, Gewissheit über den Inhalt seiner Behandlungsverhältnisse zu bekommen. Und er hat Anspruch darauf sicher zu sein, dass keine widerrechtlichen ethischen Vorgaben via SAMW-Richtlinien in seine Behandlungsverhältnisse einfließen. Schliesslich sind das Gesundheitsamt und/oder die Gesundheitsdirektion Bern dafür zuständig, die durch die SAMW und die FMH hervorgerufene ständige latente Rechtsverletzung im Bereich der ärztlichen Berufspflichten zu beseitigen.

³⁰ Vgl. dazu im Detail und mit weiteren Nachweisen *Patrick Schaerz*, Urteilsbesprechung Strafgericht Basel-Stadt ES.2011.210, AJP/PJA 2013, S. 942 ff., S. 949 ff.; sowie *Patrick Schaerz*, Urteilsbesprechung POL.2011.256, AJP/PJA 2015, S. 1308 ff., S. 1319 ff.

³¹ Vgl. auch *Patrick Schaerz*, a.a.O. (AJP 2013), S. 951; *Patrick Schaerz*, a.a.O. (AJP 2015), S. 1321.

E. Reformatorischer Entscheid

- 118 Heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut, so entscheidet es in der Sache selbst oder weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück. Es kann die Sache auch an die Behörde zurückweisen, die als erste Instanz entschieden hat (Art. 107 Abs. 2 BGG).
- 119 Im vorliegenden Fall ist die Sache aus Sicht des Beschwerdeführers Aebischer spruchreif. Zwar wird bei einer Nichtanhandnahme der Streitgegenstand regelmässig an die Vorinstanz(en) zur Entscheidung in der Sache selbst zurückgewiesen.
- 120 Der Beschwerdeführer Aebischer hat aber aufgrund seines schlechten Gesundheitszustands keine Zeit für die Rückweisung an die Vorinstanzen (Gesundheitsdirektion und/oder Gesundheitsamt), die mit ihren Entscheiden mehr als deutlich zum Ausdruck gebracht haben, dass sie nicht gewillt sind, sich die Sache inhaltlich anzusehen und zugunsten des Gesuchstellers Aebischer zu entscheiden.
- 121 Deshalb beantragt der Beschwerdeführer Aebischer, dass das Bundesgericht nicht nur den vorinstanzlichen Entscheid aufhebt, sondern auch gleich in der Sache materiell entscheidet. Dem Beschwerdeführer ist klar, dass er damit den bisherigen Instanzenzug verliert. Dies ist er allerdings bereit, auf sich zu nehmen, wenn sich dafür eine kompetente Instanz vertieft mit seinem Gesuch auch inhaltlich auseinandersetzt.

F. Antrag auf beschleunigte Behandlung

- 122 Der Beschwerdeführer Aebischer bittet das Bundesgericht darum, dass das Verfahren aufgrund seines schlechten Gesundheitszustands als beschleunigtes Verfahren geführt wird.
- 123 Das Bundesgericht hat explizit in BGer 2C_608/2017 vom 24. August 2018 in Erwägung 6.5.2 festgestellt, dass solche Fälle beschleunigt geführt werden müssen. Eine lange Verfahrensdauer kann in einem solchen Fall – namentlich aufgrund des Risikos der Abnahme der Urteilsfähigkeit oder der Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Betroffenen — zu einer Aushöhlung der grundrechtlichen Garantien führen. Auch der EGMR hat verschiedentlich festgehalten, dass die Lebenserwartung, der Gesundheitszustand oder das Alter des Beschwerdeführers eine beförderliche Erledigung der Angelegenheit erfordern.
- 124 Schliesslich hat das Bundesgericht im konkreten Fall des Beschwerdeführers Aebischer bereits seine Rechtsverweigerungs-/verzögerungsbeschwerde mit Entscheid BGer 2C_119/2024 vom 1. März 2024 gutgeheissen. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht zum Ausdruck gebracht, dass die vorliegende Sache beförderlich behandelt werden muss; erst daraufhin wurde es auch beförderlich behandelt.

G. Antrag auf Gerichtsbesetzung wie im Urteil BGer 2C_119/2024 vom 1. März 2024

- 125 Da das Bundesgericht sich im bereits mehrfach erwähnten Urteil BGer 2C_119/2024 vom 1. März 2024 bereits teilweise mit dem Streitgegenstand befasst hat, entspricht es dem Grundsatz der Verfahrensökonomie, dass das vorliegende Beschwerdeverfahren in der gleichen Gerichtsbesetzung behandelt wird. Somit wird dies vom Beschwerdeführer Aebischer – soweit überhaupt möglich – beantragt.

H. Gesuch um vorsorglichen Rechtsschutz

- 126 Gemäss Art. 104 BGG kann der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei vorsorgliche Massnahmen treffen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen.
- 127 Im vorliegenden Fall wird beantragt, dass dem Gesuchsteller Aebischer für die Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens die Bestätigungen gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 seines Gesuchs vom 17. Februar 2023 auszustellen seien.
- 128 Die zeitliche Dringlichkeit für den Erlass der vorsorglichen Massnahme ergibt sich aus dem schlechten und sich stetig verschlechternden Gesundheitszustand des Beschwerdeführers Aebischer (vgl. vorne Rz. 25 und Rz. 33). Es ist sehr gut möglich, dass sich bereits während des bundesgerichtlichen Verfahrens eine Situation ergibt, in der die vorliegend strittige Frage bereits verbindlich geklärt sein muss.
- 129 Der inhaltliche Anspruch des Beschwerdeführers Aebischer ist mit seinem Gesuch vom 17. Februar 2023 sowie den Ausführungen in der vorliegenden Beschwerde hinreichend glaubhaft gemacht worden.
- 130 Schliesslich ist der Erlass einer vorsorglichen Massnahme im vorliegenden Fall auch verhältnismässig. Wie das Bundesgericht bereits mehrfach entschieden hat, kann eine lange Verfahrensdauer in Fällen, in denen es um gesundheitliche Aspekte wie im vorliegenden Fall geht, namentlich aufgrund des Risikos der Abnahme der Urteilsfähigkeit oder der Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Betroffenen, zu einer Aushöhlung der grundrechtlichen Garantien führen (BGer 6C_608/2017, vom 24. August 2018, E. 6.5.2, mit weiteren Verweisen, auch auf die Rechtsprechung des EGMR). Deshalb können die Lebenserwartung, der Gesundheitszustand oder das Alter der Beschwerdeführers Aebischer durchaus eine beförderliche Erledigung der Angelegenheit erfordern.

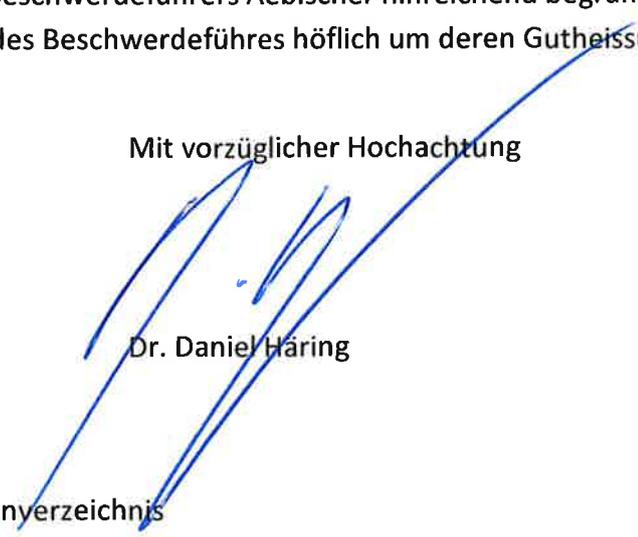
- 131 Mit der vorsorglichen Bestätigung während der Dauer des Verfahrens wird nichts unwiderruflich verändert oder präjudiziert, vielmehr wird nur – aber immerhin – im ganz konkreten Verfahren des Beschwerdeführers Aebischer die latente Unsicherheit zumindest vorerst (bis zum Endentscheid) beendet. Darauf hat der Beschwerdeführer Aebischer in der konkreten Situation einen rechtlichen Anspruch.

I. Kosten

- 132 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten (inkl. MWST und Auslagen) sowohl des Beschwerdeverfahrens als auch der Kosten der vorinstanzlichen Verfahren (1.) vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern; (2.) der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion (GSI) sowie (3.) dem Gesundheitsamt (GA) von den jeweiligen Vorinstanzen bzw. dem Staat zu tragen.
- 133 Sollte die vorliegende Beschwerde abgewiesen werden, wird beantragt, aufgrund der besonderen Umstände keine Verfahrenskosten zu erheben. Zwar gilt der Grundsatz, dass Verwaltungsverfahren grundsätzlich kostenpflichtig sind. Allerdings kann die Behörde beim Vorliegen wichtiger Gründe aus Billigkeitsüberlegungen eine andere Kostenverteilung als gesetzlich vorgesehen vornehmen, oder sie kann auf die Erhebung von Kosten gänzlich verzichten. Als solche Billigkeitsgründe zählen etwa die Verfolgung ideeller Ziele bzw. wenn die Abklärungen im öffentlichen Interesse liegen, oder wenn erheblicher Klärungsbedarf besteht, etwa wenn ein Pilotprozess geführt wird (vgl. etwa *Kaspar Plüss*, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A. Zürich 2014, § 13 Rz. 64).
- 134 Diese Voraussetzungen liegen in casu vor. Die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Rechtsverletzungen durch die SAMW und die FMH betreffen jeden Bürger dieses Landes (virtuell, so lange er gesund ist, und konkret, sobald er krank ist). Die Klärung der aufgeworfenen Fragen und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes im Gesundheitswesen dient somit den Interessen aller Patientinnen und Patienten in der Schweiz – damit liegt ein öffentliches Interesse vor. Sie dient aber auch dem zentral wichtigen Vertrauensverhältnis zwischen allen Akteuren im Schweizerischen Gesundheitswesen. Zudem besteht aufgrund des Verhaltens der SAMW und FMH, welche sich zumindest quasi-gesetzgebungskompetenzen jenseits von Gesetz und Rechtsprechung anmassen, ein erheblicher Klärungsbedarf. Der vorliegende Fall ist somit ein «Paradebeispiel» für den ausnahmsweisen Verzicht auf Verfahrenskosten, sofern das Gesuch überhaupt abgewiesen bzw. nicht darauf eingetreten wird.
- 135 Immerhin hat auch die Vorinstanz aufgrund der aussergewöhnlichen Konstellation dieses Verfahrens auf die Erhebung von Kosten verzichtet (Urteil, E. 7).

Damit sind die Rechtsbegehren des Beschwerdeführers Aebischer hinreichend begründet; ich ersuche Sie namens und im Auftrag des Beschwerdeführers höflich um deren Gutheissung.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Dr. Daniel Häring

Zweifach

Beilagen: Gemäss separatem Beilagenverzeichnis

Kopie (ohne Beilage): Klient

BEILAGENVERZEICHNIS

in Sachen

Eberhard Aebischer

gegen

Verwaltungsgericht des Kantons Bern et al.

betreffend

SAMW/FMH-Richtlinien

Dispens / Abwahl / Nichtanwendungsbestätigung

- | | |
|------------------|--|
| Beilage 1 | Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. März 2024 |
| Beilage 2 | Abwählerklärung des Gesuchstellers Aebischer vom 19. Januar 2023 |
| Beilage 3 | Strafanzeige des Vereins ERAS et al. vom 23. November 2023 |
| Beilage 4 | Gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. Martin Schubarth vom 12. April 2023 |
| Beilage 5 | Arztbericht Inselspital Bern vom 26. Januar 2024 |