

## Teil 2: Menschenrechte am Lebensende

Menschen, die nur noch wenige Tage oder Wochen zu leben haben, sind häufig auf medizinische und pflegerische Hilfe angewiesen. Die letzten Tage vor dem Tod verbringen Menschen in der Schweiz deshalb meistens in einem Spital oder einem Alters- oder Pflegeheim<sup>633</sup>. Für Menschen am Lebensende gelten die Menschenrechte genauso wie für Menschen, die voraussichtlich noch lange leben, sie können aber aufgrund der Vulnerabilität von Menschen am Lebensende eine besondere Bedeutung erhalten. Ziel dieses Teils der Arbeit ist es, die Bedeutung der Menschenrechte für Menschen in ihrer letzten Lebensphase zu erarbeiten.

Die Reihenfolge der Kapitel in diesem Teil entspricht der Reihenfolge der Menschenrechte in der Bundesverfassung, die Darstellung umfasst aber auch die EMRK und UNO-Erlasse, insbesondere die beiden UNO-Pakte. In § 5 wird das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) behandelt, in § 6 das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), in § 7 das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und in § 8 das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV). Thema von § 9 ist sodann das einzig im UNO-Pakt II verankerte Recht auf Gesundheit und in § 10 wird der Vollständigkeit halber auf die Menschenwürde und das Verbot unmenschlicher Behandlung eingegangen.

Am Ende dieses zweiten Teils wird in Form von Schlussfolgerungen die Relevanz von Menschenrechten am Lebensende für die im dritten Teil der Arbeit behandelten Problemkonstellationen (§ 11–§ 16) aufgezeigt.

### § 5 Diskriminierungsverbot

Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Mit Blick auf Menschen am Lebensende sind in der Aufzählung der verpönten Merkmale insbesondere das Alter und die Behinderung relevant.

Wenn das Lebensende ex post als Zeitspanne vor dem (natürlichen) Tod definiert wird, sind die meisten Menschen am Lebensende körperlich beeinträchtigt, sonst würden sie nicht sterben. Menschen am Lebensende müssen nicht zwingend alt sein. Sowohl bei älteren als auch bei jüngeren Menschen, die am Lebensende stehen, stellt sich die Frage, ob sie (zusätzlich) vom Verbot der Diskriminierung wegen Behinderung geschützt werden. Nachfolgend wird zunächst die

633 Gemäss Füglistler-Dousse/Pellegrini, [Aufenthaltsorte](#), S. 2, ereignen sich 44 Prozent der Todesfälle in Alters- und Pflegeheimen bzw. 37 Prozent im Spital.

Diskriminierung wegen des Alters und daran anschliessend die Diskriminierung wegen einer Behinderung mit Fokus auf Menschen am Lebensende untersucht.

## I. Alter

Die Bundesverfassung verbietet, im Unterschied zur EMRK<sup>634</sup> und zu den UNO-Pakten, in Art. 8 Abs. 2 explizit auch eine Diskriminierung wegen des Alters. Nur wenige andere Länder kennen gesetzliche Bestimmungen zur Verhinderung von Altersdiskriminierung<sup>635</sup>. Auch im internationalen Recht wird das Alter nur selten explizit als Diskriminierungstatbestand aufgeführt<sup>636</sup>.

### 1. Diskriminierungsschutz

Das Alter als verpönte Anknüpfungsmerkmal ist im Rahmen der parlamentarischen Beratungen in die Verfassung aufgenommen worden<sup>637</sup>. Im Entwurf des Bundesrates war das Alter im Artikel zur Rechtsgleichheit noch nicht enthalten<sup>638</sup>. Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters soll nicht nur ältere Menschen schützen, es richtet sich vielmehr gegen jegliche Ungleichbehandlung aufgrund des Alters, d.h. auch gegen die (seltene<sup>639</sup>) Diskriminierung von jungen Menschen<sup>640</sup>. Das Verbot der Altersdiskriminierung verlangt, dass rechtliche Regelungen grundsätzlich altersneutral ausgestaltet werden. Das Anknüpfen von unterschiedlichen Rechtsfolgen an das Kriterium des Alters ist nur ausnahmsweise zulässig und bedarf einer besonderen Rechtfertigung<sup>641</sup>.

In der schweizerischen Rechtsliteratur wurde das Thema Altersdiskriminierung bisher überwiegend mit Fokus auf Altersgrenzen im Arbeits- und Personalrecht behandelt<sup>642</sup>. Ein einziger Autor erwähnt in seinen Ausführungen zur Al-

634 Das Alter ist zwar in Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) nicht explizit genannt, der EGMR fasst es aber unter die Diskriminierung wegen eines «sonstigen Status»; vgl. European Union Agency for Fundamental Rights / European Court of Human Rights – Council of Europe, [Handbook on European non-discrimination law](#), S. 102, mit Verweis auf das Urteil des EGMR 25762/07 vom 10. Juni 2002 (Schwizgebel gegen die Schweiz).

635 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, [General recommendation No. 27 on older women and protection of their human rights](#), Rz. 15; HelpAge, [Gaps](#), S. 8: «age discrimination has been ignored by nearly every human rights instrument to date».

636 Martin/Rodríguez-Pinzón/Brown, *Older People*, S. 32.

637 [AB 1998 S 691](#), [AB 1998 N 658](#).

638 Botschaft BV (BB1 1997 I 1), S. 590.

639 Pulver, *Discrimination*, S. 240.

640 BSK BV-Waldmann, Art. 8 N 72; Mahon, *Petit commentaire Cst.*, Art. 8 N 16; Martenet, *Egalité*, Rz. 897; Müller, *Diskriminierungsverbote*, S. 119; Pulver, *Discrimination*, S. 231 f.; Schweizer/Bigler-Eggenberger/Kägi-Diener, *St.Galler Kommentar*, Art. 8 N 71. Demgegenüber verstehen Müller/Schefer das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als Schutz betagter Menschen, weil Kinder und Jugendliche durch Art. 11 BV besonders geschützt sind; Müller/Schefer, *Grundrechte*, S. 722.

641 Säegger, *Personalrekurskommission*, S. 242.

642 Bantle/Mesaro, *Switzerland*; Grüter, *Lohnanpassungen*; Kettiger, *Altersgrenze*; Kettiger, *Problematik*; Pärli, *Altersgrenzen*; Poledna, *Altersgrenzen*; Pulver, *Discrimination*, S. 235 ff.; Schefer/Rhinow, *Al-*

tersdiskriminierung die medizinische Versorgung<sup>643</sup>. Aber auch international hat das Thema Altersdiskriminierung innerhalb des Diskriminierungsschutzes bisher nur wenig Profilierung erfahren<sup>644</sup>.

Wie bei jeder Ungleichbehandlung stellt sich auch im Rahmen der Ungleichbehandlung von älteren Menschen die Frage, ob die Differenzierung gerechtfertigt werden kann. Der Diskriminierungstatbestand von Art. 8 Abs. 2 BV unterscheidet sich vom allgemeinen Gleichbehandlungsgebot in Art. 8 Abs. 1 BV dadurch, dass bei einer Ungleichbehandlung von Menschen mit diskriminierungsrelevanten Merkmalen für eine Rechtfertigung nicht nur sachliche, sondern qualifizierte Gründe erforderlich sind<sup>645</sup>. Es gilt jedoch nicht für alle in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Merkmale der gleiche Massstab: Die Anforderungen an die Rechtfertigung einer unter Art. 8 Abs. 2 BV fallenden Unterscheidung sind je nach dem verwendeten verpönten Merkmal mehr oder weniger hoch<sup>646</sup>.

## 2. Argumente gegen den Schutz vor Altersdiskriminierung

Nach Auffassung von GRISEL soll bezüglich des Alters praktisch kein Unterschied zum Schutz gemäss Art. 8 Abs. 1 BV bestehen<sup>647</sup>. Auch WEBER-DÜRLER erachtet eine qualifizierte Begründung nicht bei allen in Art. 8 Abs. 2 BV aufgeführten Merkmalen für erforderlich<sup>648</sup>. SCHEFER/RHINOW vertreten, dass Art. 8 Abs. 2 BV zwar mit Bezug auf die Gründe, die eine Schlechterstellung wegen des Alters rechtfertigen können, nicht über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 8 Abs. 1 BV) hinausgehe<sup>649</sup>. Jedoch soll auf Stufe der Verhältnismässigkeit ein (gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz) eingeschränkter Entscheidungsspielraum für einen besseren Schutz betagter Menschen sorgen<sup>650</sup>. Gemäss St.Galler Kommentar habe auch das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2004 festgehalten, «dass Art. 8 Abs. 2 im Bezug auf die Grün-

---

tersgrenzen; vgl. auch Bericht des Bundesrates vom 25. Mai 2016 in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012, *Recht auf Schutz vor Diskriminierung*, S. 7, Fn. 3: «Die Altersdiskriminierung, die aktuell ebenfalls im politischen Fokus liegt, wurde mangels Daten in der SKMR-Studie nicht untersucht.».

643 Pulver, *Discrimination*, S. 239.

644 Bielefeldt, *Lebensende*, S. 60.

645 Kiener/Kälin, S. 433; Grisel, *Egalité*, N 148; Naguib/Pärlri/Copur/Studer, *Diskriminierungsrecht*, erwähnen zwar in N 1272, dass die Altersdiskriminierung zu den bisher vernachlässigten Bereichen gehöre, ändern aber nichts daran.

646 BGE 138 I 217 E. 3.3.5 S. 222; BGE 138 I 265 E. 4.3; Kälin/Caroni, *Herkunft*, S. 78 f.; Grisel, *Egalité*, N 146 und 155; Kälin, *Ausländerdiskriminierung*, S. 571.

647 Grisel, *Egalité*, N 166; die weiteren in BGE 138 I 265 E. 4.3. zitierten Quellen (Müller, *Diskriminierungsverbote*, S. 120, und Mahon, *Petit commentaire Cst.*, Art. 8 N 16) stützen diese Aussage nicht.

648 Weber-Dürler, *Rechtsgleichheit*, S. 669; in Fn. 98 nennt die Autorin namentlich das Alter und die Sprache.

649 Schefer/Rhinow, *Altersgrenzen*, Rz. 60; siehe auch BGE 138 I 265 E. 4.3.

650 Schefer/Rhinow, *Altersgrenzen*, Rz. 61; das Bundesgericht zitiert in BGE 138 I 265 E. 4.3. als Nachweis für die Auffassung von Schefer/Rhinow fälschlicherweise auch Hangartner, *Diskriminierung*, S. 116, und Martenet, *Egalité*, Rz. 898.

de, die eine Schlechterstellung wegen des Alters rechtfertigen können, nicht über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes hinausgeht»<sup>651</sup>, diese Aussage lässt sich dem zitierten Urteil jedoch nicht entnehmen<sup>652</sup>. Sie findet sich allerdings in einem Urteil aus dem Jahr 2012, auf das weiter unten eingegangen wird<sup>653</sup>.

Die Auffassungen von GRISEL und SCHEFER/RHINOW erstaunen angesichts des Wortlauts der Verfassung. Aus diesem Grund werden die dafür vorgebrachten Argumente nachfolgend einer kritischen Prüfung unterzogen. Weitere Autoren, die vom Bundesgericht in einem Atemzug mit GRISEL und SCHEFER/RHINOW zitiert werden<sup>654</sup>, werfen zwar die Frage auf, ob betagte Menschen in unserer Gesellschaft generell des spezifischen Schutzes eines Diskriminierungsverbotes bedürfen<sup>655</sup>. Sie gehen aber im Unterschied zu GRISEL und SCHEFER/RHINOW nicht so weit, den in Art. 8 Abs. 2 BV enthaltenen Schutz vor Diskriminierung wegen des Alters auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV zu reduzieren.

SCHEFER/RHINOW begründen ihre Auffassung anhand eines Vergleichs der Alters- mit der Geschlechterdiskriminierung. Während eine Schlechterbehandlung von Frauen gegenüber Männern nur mit biologischen Unterschieden gerechtfertigt werden könne, seien die Phänomene des Alters zu vielfältig, um einen generellen Schutz vor Diskriminierung wegen des Alters zu gewähren<sup>656</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich auch bei altersbedingten Unterschieden, die eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen, um biologische Unterschiede handelt<sup>657</sup>. Beispiele dafür sind etwa der Rückgang von Hör- und Sehvermögen oder der Verarbeitungsgeschwindigkeit<sup>658</sup>.

Gemäss GRISEL ist es sinnlos, dem Staat die Diskriminierung wegen des Alters zu verbieten, weil es offensichtlich sei, dass der Gesetzgeber auch weiterhin Unterscheidungen treffen werde, die zwangsläufig getroffen werden müssten<sup>659</sup>.

651 Schweizer/Bigler-Eggenberger/Kägi-Diener, St.Galler Kommentar, Art. 8 N 72.

652 **Urteil des Bundesgerichts 2A.292/2004** vom 7. Juni 2004, E. 2.2.2: «In Bezug auf das Alter gelten zudem – gegenüber dem allgemeinen Gleichheitsgebot – keine *wesentlich* höheren Anforderungen an die Rechtfertigung einer allfälligen (diskriminierenden) Ungleichbehandlung» (Hervorhebung hinzugefügt).

653 Siehe nachfolgend, Ziff. 1.5. (Rechtsprechung des Bundesgerichts).

654 **BGE 138 I 265** E. 4.3.

655 Müller, Diskriminierungsverbote, S. 120; Martenet, Egalité, Rz. 895.

656 Etwas umständlicher formuliert: «Demgegenüber sind die Phänomene des Alters zu vielfältig, als dass – analog zum Geschlecht – der Kreis jener tatsächlichen Unterschiede, die für eine Begründung rechtlicher Schlechterbehandlung herangezogen werden darf, von vornherein eingeschränkt werden könnte.» (Schefer/Rhinow, Altersgrenzen, Rz. 59).

657 So wird das Alter bei Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 716 f., als Teil des Kapitels «Das Verbot der Diskriminierung aufgrund von im Ansatz biologisch bedingten Eigenschaften und Anlagen» abgehandelt.

658 Müller/Schefer, Grundrechte, S. 725.

659 Grisel, Egalité, N 166: «Interdire à l'Etat des discrimination fondées sur l'âge n'a guère de sens, tant il est évident que le législateur continuera à établir les distinctions qui sont dictées par la force des choses.».

Auch dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Wenn man das Verbot der Altersdiskriminierung mit der Begründung ablehnt, dass es Fälle von zulässiger altersbedingter Ungleichbehandlung gibt, müsste man auch zahlreiche oder gar alle in Art. 8 Abs. 2 aufgeführten verpönten Merkmale ablehnen. Denn sogar eine Ungleichbehandlung wegen der Rasse, bei der die Anforderungen an eine Rechtfertigung besonders hoch sind<sup>660</sup>, kann in Ausnahmefällen zulässig sein<sup>661</sup>. Ebenfalls untauglich als Argument gegen den Schutz vor Altersdiskriminierung ist die Feststellung, dass die Verfassung selbst Altersschränken festlegt<sup>662</sup>. Auch hier genügt ein Verweis auf den Schutz vor Geschlechterdiskriminierung, dessen Berechtigung trotz entsprechender Unterscheidungen in der Verfassung selbst<sup>663</sup> unbestritten ist.

Auch jene Autoren, welche den Schutz vor Diskriminierung wegen des Alters nicht in die Nähe des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots rücken, äussern sich teilweise kritisch zur Frage, ob ein besonderer Schutz von betagten Menschen gerechtfertigt sei<sup>664</sup>. MÜLLER/SHEFER<sup>665</sup> zitieren im Zusammenhang mit der Frage, ob betagte Menschen eines Diskriminierungsverbots bedürfen, zunächst ein noch vor Inkrafttreten der revidierten Bundesverfassung ergangenes Urteil des Bundesgerichts<sup>666</sup>. Sodann weisen sie auf den bedeutenden und aus demographischen Gründen wachsenden Einfluss von betagten Menschen auf den demokratischen Entscheidungsprozess hin. Der wachsende Einfluss eines Teils der Gesellschaft kann jedoch kaum als Argument dafür dienen, diesem den verfassungsrechtlich vorgesehenen Diskriminierungsschutz zu versagen. Auch aus der Tatsache, dass junge Menschen später zur Gruppe der Betagten gehören, lässt sich ohne entsprechende Untersuchungen nicht ableiten, dass deshalb die Bereitschaft zur Schlechterbehandlung älterer Menschen kleiner sei<sup>667</sup>.

Insgesamt vermögen die Argumente gegen den Schutz vor Altersdiskriminierung nicht zu überzeugen und schon gar nicht zu begründen, weshalb in diesem Bereich vom Wortlaut der Bundesverfassung abgewichen werden soll, indem der in Art. 8 Abs. 2 BV vorgesehene Diskriminierungsschutz auf das allgemeine

660 Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 592; Kälin, Ausländerdiskriminierung, S. 571.

661 So z.B. im von Müller/Schefer, Grundrechte, S. 721, genannten Beispiel der Unterbringung von Inhaftierten weisser und schwarzer Hautfarbe in unterschiedlichen Zellblöcken, wenn dies das einzige Mittel ist, um unmittelbar drohende gewalttätige Auseinandersetzungen zu verhindern. Demgegenüber ist gemäss Grisel, Egalité, N 160, eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Rasse absolut ausgeschlossen («radicalement exclue»); so auch Poledna, Altersgrenzen, Rz. 2 («schlichtweg unvorstellbar») und Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, S. 669.

662 So aber Grisel, Egalité, N 165.

663 Zum Beispiel in Art. 59 BV betreffend Militär- und Ersatzdienst.

664 Müller/Schefer, Grundrechte, S. 725.

665 Müller/Schefer, Grundrechte, S. 725.

666 BGE 124 I 297.

667 So aber Müller/Schefer, Grundrechte, S. 725.

Gleichheitsgebot reduziert wird. Differenzierungen nach dem Alter unterstehen dem erhöhten Prüfungsstandard von Art. 8 Abs. 2 BV<sup>668</sup>.

### 3. Gründe für den Schutz vor Altersdiskriminierung

Ältere Menschen leben häufig allein oder in Heimen<sup>669</sup>. Dadurch besteht stärker als bei anderen Menschen die Gefahr, dass sie vom gesellschaftlichen Leben ausgegrenzt werden<sup>670</sup>. In Pflegesituationen sind ältere Menschen speziell gefährdet, Opfer von Gewalt zu werden<sup>671</sup>. Eine Studie aus sieben europäischen Ländern hat ergeben, dass jede fünfte Person im Alter zwischen 65 und 84 Jahren schon Opfer von häuslicher Gewalt wurde<sup>672</sup>. Bei einer fortgeschrittenen Demenz liegt die Häufigkeit von Misshandlungen sogar fast vierzig Mal höher ist als bei alten Menschen ohne Verhaltensveränderungen<sup>673</sup>. Die verringerte physische Widerstandskraft sowie krankheitsbedingte Einschränkungen machen ältere Menschen anfällig für die Bedrohung durch Gewaltanwendung, Machtmissbrauch oder Vernachlässigung<sup>674</sup>.

Bei Befragungen von Pflegekräften haben noch viel höhere Zahlen von Übergriffen resultiert. Bei körperlicher Gewalt werden Quoten von bis zu 36 Prozent<sup>675</sup> und bei psychischer Gewalt sogar Quoten von bis zu 81 Prozent genannt<sup>676</sup>. 79 Prozent der HeimbewohnerInnen in der Schweiz erhalten mindestens ein Medikament, das einen potenziell inadäquaten Wirkstoff (PIM) enthält<sup>677</sup>.

Weil ältere Menschen unabhängig davon, ob sie in den eigenen vier Wänden oder in einem Heim wohnen, deutlich häufiger von Gewalt und sozialer Isolation betroffen sind, rechtfertigt sich ein spezifischer Schutz vor Altersdiskriminierung.

### 4. Anforderungen an die Rechtfertigung

Schon bevor das Bundesgericht bestätigt hat, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung je nach dem verwendeten verpönten Merkmal unterschiedlich sind, hat sich WALDMANN für eine solche Abstufung

668 Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 732.

669 Im Jahr 2015 wohnten gemäss Bundesamt für Statistik ([www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch) → Statistiken finden → [Gesundheit](#)) 16.2 Prozent der Bevölkerung ab 80 Jahren in Alters- und Pflegeheimen.

670 Schefer/Rhinow, Altersgrenzen, Rz. 44.

671 Graß/Walentic/Rothschild/Ritz-Timme, Gewalt, S. 368 m.w.H.

672 Vollenwyder, Gewalt, S. 13.

673 Vollenwyder, Gewalt, S. 14.

674 Baumeister/Gehrig/Beck/Gabriel, Projektbericht, S. 4.

675 Pillemer/Moore, Abuse, S. 316.

676 Pillemer/Moore, Abuse, S. 317.

677 Helsana-Arzneimittelreport 2017, S. 133.

ausgesprochen und sich dabei auch zur Altersdiskriminierung geäußert<sup>678</sup>. Demnach ist das Alter innerhalb der von Art. 8 Abs. 2 BV aufgezählten verpönten Merkmale dasjenige mit den geringsten Anforderungen an die Rechtfertigung einer daran anknüpfenden Ungleichbehandlung<sup>679</sup>. Zwar bestehe auch bei Ungleichbehandlungen nach dem Alter eine Gefahr von Stigmatisierungen und sozialen Ausgrenzungen, diese könne aber mit Differenzierungen nach Rasse, Hautfarbe und ethnischer Herkunft nicht verglichen werden<sup>680</sup>. GRISEL vertritt die Auffassung, dass die Erwähnung des Alters die Wirkung von Art. 8 Abs. 2 BV insgesamt abschwäche<sup>681</sup>.

Während das Unterscheidungsmerkmal Alter innerhalb von Art. 8 Abs. 2 BV dasjenige mit den geringsten Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung darstellt, kommt innerhalb dieses Kriteriums noch eine weitere Abstufung hinzu. Weil im Fall der Betagten dem Teilzweck der Eliminierung sozialer Ausgrenzungen ein zusätzliches Gewicht zukommt, resultiert daraus eine erhöhte Sensibilitätspflicht des Rechts gegenüber betagten Menschen<sup>682</sup>. Dies führt zu einem erhöhten Prüfungsmaßstab für Ungleichbehandlungen, die mit einer Verallgemeinerung durchschnittlich vorhandener Eigenschaften betagter Personen begründet werden<sup>683</sup>. Ebenso kommt beim Zusammentreffen der Merkmale Alter und Behinderung aufgrund der drohenden Doppeldiskriminierung ein höherer Prüfungsmaßstab zur Anwendung als bei der Beurteilung von reinen Altersbeschränkungen<sup>684</sup>.

## 5. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich seit Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung im Jahr 2000 bisher in vier Leitentscheiden (BGE)<sup>685</sup> und in zwölf weiteren Urteilen zur Altersdiskriminierung geäußert. Die Urteile werden nachfolgend kurz zusammengefasst.

678 Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 326 ff.

679 Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 327 und 335; Grisel, Egalité, N 146; die weiteren von Waldmann zitierten Quellen äussern sich nicht zur Altersdiskriminierung; zustimmend aber auch Pulver, Discrimination, S. 234.

680 Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 328.

681 Grisel, Egalité, N 166.

682 Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 335 und 733.

683 Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 335.

684 Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 336 f.

685 **BGE 126 V 70** (Unzulässigkeit des Ausschlusses Minderjähriger vom Hilfsmittelsanspruch), **BGE 131 V 271** (Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung für eine im Ausland durchgeführte Operation), **BGE 136 I 121** (Zulässigkeit einer Altersgrenze für die Kostenvergütung der chirurgischen Behandlung von Adipositas durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung), **BGE 138 I 265** (Zulässigkeit einer kantonalen Sozialhilferegelung, die für Leistungsempfänger ab 65 eine Pflegekostenbeteiligung nach ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit vorsieht).

### 5.1. Leitentscheide (BGE)

In BGE 126 V 70 hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Ausschluss Minderjähriger vom Hilfsmittelanspruch gemäss Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung<sup>686</sup> unzulässig ist. Dabei hat sich das Gericht allerdings nicht direkt auf eine Diskriminierung wegen des Alters gestützt, sondern mit dem Verbot altersbedingter Diskriminierungen Behinderter argumentiert<sup>687</sup>. Aus dem Urteil geht hervor, dass die Begrenzung der Hilfsmittelkosten als Motiv für eine nach dem Alter differenzierende Regelung nicht genügt<sup>688</sup>. In einem ähnlich gelagerten Fall hat das Bundesgericht dieses Urteil bestätigt und dabei explizit festgehalten, dass es sich um einen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung handelt<sup>689</sup>.

In BGE 131 V 271 ging es um die Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung für eine im Ausland durchgeführte Operation. Im letzten Satz des Urteils hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Alter grundsätzlich keine Unterscheidung bei der Kostenübernahme für Leistungen rechtfertige<sup>690</sup>.

In BGE 136 I 121 hat das Bundesgericht eine Altersgrenze von 60 Jahren in Bezug auf die chirurgische Behandlung von Adipositas für zulässig befunden. Diese Altersgrenze stützte sich auf einen Rechtfertigungsgrund medizinischer Natur. Konkret hatte die eidgenössische Kommission für allgemeine Leistungen und Grundsatzfragen<sup>691</sup> diese Altersgrenze gestützt auf Empfehlungen der schweizerischen Arbeitsgemeinschaft für Metabolismus (= Stoffwechsel) und Obesitas (= Fettleibigkeit) übernommen<sup>692</sup>.

In BGE 138 I 265 hat das Bundesgericht eine kantonale festgelegte Altersgrenze von 65 Jahren für die Pflicht zur Beteiligung an Pflegekosten als zulässig erachtet. Gemäss Krankenversicherungsgesetz dürfen der versicherten Person «von den nicht von Sozialversicherungen gedeckten Pflegekosten höchstens 20 Prozent des höchsten vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrages überwältzt werden. Die Kantone regeln die Restfinanzierung»<sup>693</sup>. Der Kanton Bern hat in seiner Sozialhilfeverordnung festgelegt, dass (ausschliesslich) «Leistungsempfängerinnen und Leistungsempfänger, die das 65. Altersjahr vollendet haben, [...] sich im Rahmen ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit an den Pflegekosten [beteiligen]»<sup>694</sup>.

686 Verordnung des EDI über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI, SR 831.232.51).

687 BGE 126 V 70 E. 4. c) cc).

688 BGE 126 V 70 E. 4. c) cc).

689 Urteil des Bundesgerichts I 393/2000 vom 5. April 2001, E. 3.

690 BGE 131 V 271 E. 4.

691 Dabei handelt es sich um eine der drei in Art. 37a KVV vorgesehenen beratenden Kommissionen.

692 BGE 136 I 121 E. 5.1.

693 Art. 25a Abs. 5 KVG.

694 Art. 25d Abs. 1 SHV-BE.

Das Bundesgericht hat zur Begründung der Auffassung, wonach die Altersgrenze von 65 Jahren für die Patientenbeteiligung nicht diskriminierend sei, die Umsetzung des Kantons Bern mit den Umsetzungen in anderen Kantonen verglichen. Der Vergleich von verschiedenen (kantonalen) Regelungen sagt jedoch nichts darüber aus, ob eine bestimmte Regelung diskriminierend ist oder nicht. Die Vorgehensweise des Bundesgerichts deutet vielmehr darauf hin, dass es sich bei der Überprüfung von kantonalen Umsetzungsvarianten eines Bundesgesetzes aus föderalistischen Überlegungen grosse Zurückhaltung auferlegen wollte<sup>695</sup>.

Um eine Altersdiskriminierung verneinen zu können, hat das Bundesgericht in diesem Urteil auch festgehalten, dass Art. 8 Abs. 2 BV mit Bezug auf die Gründe, die eine Schlechterstellung wegen des Alters rechtfertigen können, nicht über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 8 Abs. 1 BV) hinausgehe<sup>696</sup>. Damit widersprach das Bundesgericht bzw. dessen erste sozialrechtliche Abteilung seinem zwei Monate früher ergangenen Urteil zur Wahl amtlicher VerteidigerInnen basierend auf Parteizugehörigkeit. In diesem Urteil hielt das Bundesgericht bzw. dessen erste öffentlich-rechtliche Abteilung noch fest: «Die Hürde für die Rechtfertigung einer unter Art. 8 Abs. 2 BV fallenden Unterscheidung liegt je nach dem verwendeten verpönten Merkmal höher oder tiefer, *jedenfalls aber höher als bei einer einfachen Ungleichbehandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV*»<sup>697</sup>. Da sich BGE 138 I 265 nicht mit dem kurz zuvor ergangenen BGE 138 I 217 auseinandersetzt, ist nicht davon auszugehen, dass eine Praxisänderung hinsichtlich der Diskriminierung wegen des Alters beabsichtigt war. Somit bleibt es dabei, dass eine am Alter anknüpfende Ungleichbehandlung nur mit qualifizierten Gründen gerechtfertigt werden kann.

## 5.2. Weitere Urteile des Bundesgerichts

Nachfolgend werden sämtliche publizierten Urteile des Bundesgerichts zum Thema Altersdiskriminierung, die nicht in der amtlichen Sammlung (BGE) aufgenommen wurden, besprochen. Die Auswahl basiert auf einer Suche auf der Webseite des Bundesgerichts mit den Suchbegriffen «Alter» und «Diskriminierung» bzw. mit den entsprechenden Begriffen in den Sprachen Französisch und Italienisch<sup>698</sup>.

695 Siehe auch Gächter, Restkostenfinanzierung, S. 51, wonach dieses Urteil die «erhebliche Zurückhaltung» des Bundesgerichts im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle unter Gleichheits- und Diskriminierungsaspekten dokumentiert.

696 BGE 138 I 265 E. 4.3; dieselbe Formulierung findet sich auch im Urteil des Bundesgerichts 8C\_1074/2009 vom 2. Dezember 2010, E. 3.4.3.

697 BGE 138 I 217 E. 3.3.5 (Hervorhebung hinzugefügt).

698 Die Suche in der Datenbank «Weitere Urteile ab 2000» des Bundesgerichts mit den Suchbegriffen «alter diskriminierung» ergab am 9. Oktober 2017 87 Treffer (<https://perma.cc/E79X-NQ5E>), die Suche nach «age discrimination» führte zu 141 Treffern (<https://perma.cc/LLU8-GRBT>) und bei der Suche nach «eta discriminazione» resultierten 19 Treffer (<https://perma.cc/49BT-VHJL>). Die Re-

Eine regelmässige vertrauensärztliche Kontrolle ab dem 70. Altersjahr für die Zulassung zum Strassenverkehr ist gemäss einem Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2003 sachgerecht und damit gerechtfertigt<sup>699</sup>. Es liegt keine unzulässige Diskriminierung betagter Personen vor, «da alle Fahrzeugführer jederzeit den für den Strassenverkehr nötigen medizinischen Anforderungen zu genügen haben [...] und ab einem bestimmten Alter, bei dessen Festsetzung eine gewisse Schematisierung unvermeidlich ist, Zweifel an der körperlichen oder psychischen Eignung mit erhöhter Wahrscheinlichkeit begründet erscheinen.»<sup>700</sup>

Die Beschränkung der Zahl der LeistungserbringerInnen, die zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig sind, stellt gemäss Bundesgericht keine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 BV dar, auch wenn jüngere ÄrztInnen durch den Zulassungsstopp stärker betroffen werden als ältere. Die beanstandete Regelung stellt nicht auf das Alter der GesuchstellerInnen ab, sondern auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, wofür ein sachlicher Grund besteht, namentlich der Investitionsschutz bereits praktizierender ÄrztInnen<sup>701</sup>.

In einem weiteren Urteil hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Festlegung in der Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft, wonach BewirtschafterInnen, die vor dem 1. Januar des Beitragsjahres das 65. Altersjahr erreicht haben, keine Direktzahlungen erhalten, ebenfalls nicht diskriminierend ist. Die zeitliche Begrenzung der Direktzahlungen «wirkt der vom Gesetzgeber verpönten Verzögerung der Hofübergabe entgegen und begünstigt den erwünschten Strukturwandel bzw. Generationenwechsel in der Landwirtschaft. An die Stelle der Einkommenssicherung über die ergänzenden Direktzahlungen tritt mit dem Erreichen des 65. Altersjahres die AHV, die nun in der Regel den (bis dahin mit den Direktzahlungen weitgehend aufgefangenen) Einkommensverlust kompensiert»<sup>702</sup>.

Die Erwähnung des jugendlichen Alters als einer von mehreren Gründen für die Verweigerung einer Einbürgerung ist gemäss Bundesgericht nicht diskriminierend<sup>703</sup>. «Auch wenn das Argument der wirtschaftlichen Lage der noch in Ausbildung stehenden Beschwerdeführer mit deren jugendlichem Alter in einem gewissen Zusammenhang stehen mag, kann nicht von einer Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV gesprochen werden. Eine gesamthafte Betrachtung der an der Gemeindeversammlung vorgebrachten Gründe zeigt vielmehr, dass die Statusfrage sowie in allgemeiner Weise die Frage, ob die Gesuchsteller auf eigenen Beinen stehen könnten, klar im Vordergrund stehen. Diese Fragestellung lässt

---

sultate wurden alle durchgesehen und die einschlägigen Urteile im nachfolgenden Text aufgenommen.

699 Urteil des Bundesgerichts 2A.234/2003 vom 28. Mai 2003.

700 Urteil des Bundesgerichts 2A.234/2003 vom 28. Mai 2003, E. 2.2.2.

701 Urteil des Bundesgerichts 2P.305/2002 vom 27. November 2003, E. 6.3.3.4.

702 Urteil des Bundesgerichts 2A.292/2004 vom 7. Juni 2004, E. 2.2.2.

703 Urteil des Bundesgerichts 1D\_5/2007 vom 30. August 2007.

nicht erkennen, dass die Beschwerdeführer wegen ihres jugendlichen Alters diskriminiert und ihr Einbürgerungsgesuch aus solchen Gründen abgewiesen worden wären»<sup>704</sup>.

Das Bundesgericht hat auch im Beförderungsstopp einer Waadtländer Gemeinde für MitarbeiterInnen ab 55 Jahren keine Diskriminierung erkannt<sup>705</sup>. Nach dem Pensionskassenreglement waren MitarbeiterInnen bestimmter Kaderstufen ab 55 Jahren zum Altersrücktritt berechtigt, wobei die Höhe der Rente vom letzten Einkommen abhängig war. In seinem Urteil hat das Bundesgericht insbesondere mit der Situation der finanziell angeschlagenen Pensionskasse argumentiert. Bei einer kurz vor der Pensionierung erfolgten Lohnerhöhung seien die Mehrkosten für die Pensionskasse nicht durch die Beiträge der MitarbeiterIn gedeckt<sup>706</sup>. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass ein Beförderungsstopp zumindest als Übergangsmassnahme zulässig sei und offen gelassen, ob die Massnahme auch dann zulässig wäre, wenn eine Beförderung prinzipiell ab dem Zeitpunkt der Berechtigung zum Altersrücktritt verweigert würde<sup>707</sup>. Abschliessend hat es festgehalten, dass die Massnahme nur MitarbeiterInnen der höheren Gehaltsstufen getroffen habe und dass die Frage allenfalls anders zu beantworten wäre, wenn tiefere Gehaltsklassen von einem Beförderungsstopp betroffen wären<sup>708</sup>.

Bei der Besetzung der Stelle eines Schuldirektors hat der unterlegene Bewerber eine Altersdiskriminierung geltend gemacht, weil er bei der Beurteilung der Karriereaussichten schlechter bewertet wurde als ein jüngerer Bewerber. Das Bundesgericht hat auch in diesem Fall das Vorliegen einer Altersdiskriminierung verneint, weil der jüngere Kandidat nicht nur aufgrund des Alters, sondern auch aus verschiedenen anderen Gründen besser bewertet wurde<sup>709</sup>.

In einem weiteren Urteil hat das Bundesgericht offen gelassen, ob eine vorzeitige Versetzung einer Kantonsangestellten zulässig ist, um eine ordentliche Kündigung zu umgehen. Weil die Beschwerdeführerin nicht die Aufhebung der vorzeitigen Pensionierung verlangt hatte, konnte offenbleiben, ob die Verfügung einer solchen – statt einer Kündigung – einen Verstoss gegen Art. 8 Abs. 2 BV beinhaltet<sup>710</sup>.

Gemäss Bundesgericht ist es auch zulässig, in einem Rentensystem auf das Alter im Zeitpunkt der Aufgabe einer politischen Tätigkeit abzustellen. Im konkret zu beurteilenden Fall sah das Reglement der Stadt Neuenburg vor, dass Mitglieder des Gemeinderates nach dem Ausscheiden aus ihrem Amt eine lebenslängliche Rente erhalten, sofern sie in diesem Zeitpunkt 40 Jahre oder älter

704 Urteil des Bundesgerichts 1D\_5/2007 vom 30. August 2007, E. 4.2.

705 Urteil des Bundesgerichts 8C\_169/2009 vom 28. Juli 2009.

706 Urteil des Bundesgerichts 8C\_169/2009 vom 28. Juli 2009, E. 4.2.2.

707 Urteil des Bundesgerichts 8C\_169/2009 vom 28. Juli 2009, E. 4.2.3.

708 Urteil des Bundesgerichts 8C\_169/2009 vom 28. Juli 2009, E. 4.2.4.

709 Urteil des Bundesgerichts 8C\_165/2010 vom 18. Oktober 2010, E. 5.2.

710 Urteil des Bundesgerichts 8C\_1074/2009 vom 2. Dezember 2010, E. 3.4.6.

waren. Für GemeinderätInnen, die vor dem Erreichen des 40. Altersjahres aus ihrem Amt ausschieden, wurde die Maximaldauer für die Rentenleistung auf die Anzahl Monate beschränkt, während der das Gemeinderatsmitglied im Amt war<sup>711</sup>. Diese Unterscheidung war gemäss Bundesgericht sachlich begründet und daher nicht diskriminierend. Die Regel ziele darauf ab, dass eine junge Person keine lebenslängliche Rente erhalte. Sie basiere auf der Idee, dass junge KandidInnen, die nicht wiedergewählt werden, zur Wiederaufnahme einer anderen beruflichen Tätigkeit ermutigt würden<sup>712</sup>.

Eine ordentliche Kündigung bei Erreichen des Pensionsalters ist vorbehaltlich besonderer Umstände nicht missbräuchlich<sup>713</sup>. In seinem Urteil aus dem Jahr 2014 hat das Bundesgericht auch auf die von REHBINDER vertretene Gegenmeinung verwiesen<sup>714</sup> und dann mehrere Urteile des Europäischen Gerichtshofs zitiert, in welchen dieser im Hinblick auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse eine Diskriminierung durch Altersgrenzen verneint. Diese würden dem legitimen sozialpolitischen Ziel entsprechen, «eine ausgewogene Altersstruktur zu schaffen und im Interesse einer Verteilung der Beschäftigung zwischen den Generationen die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer zu fördern»<sup>715</sup>.

Die Verkürzung des Untersuchungsintervalls für Lenken von Strassenfahrzeugen ab dem Alter von 50 Jahren, ist gemäss Bundesgericht nicht diskriminierend<sup>716</sup>. «Wenn von entsprechenden Kontrollen die über 50-jährigen häufiger betroffen sind als andere Altersgruppen, beruht dies nicht auf dem Alter an sich, sondern auf der damit erfahrungsgemäss verbundenen Abnahme der körperlichen Fahreignung [...]. Bei der Festsetzung der massgeblichen Altersgrenze ist eine gewisse Schematisierung unvermeidbar»<sup>717</sup>.

Schliesslich hat das Bundesgericht auch in der Nur-Online-Publikation des Zürcher Amtsblattes keine Altersdiskriminierung erkannt. Zwar sei nicht von der Hand zu weisen, dass ältere Personen mehr als jüngere Schwierigkeiten bei der Verwendung elektronischer Geräte und den entsprechenden Nutzungsmöglichkeiten haben können. Der Staat sei daher gehalten, «insofern in vernünftigen Rahmen Ausweichmöglichkeiten vorzusehen, wo die Beschränkung des Zugangs zu staatlichen Aktivitäten oder Informationen im Ergebnis zu einem Verlust der Teilhabe der Betroffenen insbesondere an staatlichen Entscheiden und Leistungen und damit zu einer Ausgrenzung führen kann.»<sup>718</sup> Mit der breiten Etablierung des Internets und dem Zeitablauf haben die diesbezüglichen Kompetenzen der äl-

711 Urteil des Bundesgerichts 8C\_495/2011 vom 13. Dezember 2011.

712 Urteil des Bundesgerichts 8C\_495/2011 vom 13. Dezember 2011, E. 4.1.

713 Urteil des Bundesgerichts 4A\_399/2013 vom 17. Februar 2014, E. 3.4.

714 BK-Rehbinder 1992, Art. 336 OR N 3; ebenso BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 336 OR N 17.

715 Urteil des Bundesgerichts 4A\_399/2013 vom 17. Februar 2014, E. 3.4.

716 Urteil des Bundesgerichts 1C\_759/2013 vom 4. März 2014.

717 Urteil des Bundesgerichts 1C\_759/2013 vom 4. März 2014, E. 2.3.

718 Urteil des Bundesgerichts 1C\_137/2018 und 1C\_139/2018 vom 27. November 2018, E. 5.4.

teren Bevölkerung jedoch laufend zugenommen und der Entscheid, das Amtsblatt nur noch online zu publizieren, versties somit nicht gegen Art. 8 Abs. 2 BV.

### 5.3. Zwischenfazit

Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung nur in einem einzigen Fall eine Altersdiskriminierung bejaht, wobei es in diesem um ein unzulässiges Mindestalter und damit um eine Diskriminierung von jungen Menschen ging<sup>719</sup>. Beschwerden gegen gesetzlich festgeschriebene Höchstalter und eine daran anknüpfende Ungleichbehandlung hat das Bundesgericht bisher ausnahmslos abgewiesen.

### 6. Altersdiskriminierung in der Rechtsprechung des EGMR

Das Diskriminierungsverbot der EMRK verbietet eine Diskriminierung nur hinsichtlich der übrigen in der EMRK garantierten Menschenrechte<sup>720</sup>. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 14 EMRK: «Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.»

Obwohl das Alter im Diskriminierungsverbot der EMRK nicht explizit aufgeführt ist, hat der EGMR in mehreren Urteilen zumindest implizit festgehalten, dass Altersdiskriminierung als Diskriminierung wegen eines «sonstigen Status» vom Wortlaut von Art. 14 EMRK erfasst ist<sup>721</sup>. Eine Untersuchung von 226 Beschwerden von älteren Menschen aus den Jahren 2000 bis 2010 hat ergeben, dass 70 Prozent der Beschwerden eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) beanstandeten<sup>722</sup>. Abgesehen davon wurden Verletzungen der Eigentumsgarantie, des Rechts auf Leben, des Folterverbots, des Rechts auf Freiheit und Sicherheit, des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Freiheit der Meinungsäusserung und der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit gerügt<sup>723</sup>.

In den Urteilen Bouamar gegen Belgien und D.G. gegen Irland hat der EGMR in der Unterbringung von Jugendlichen in einer Strafvollzugsanstalt eine Verlet-

719 BGE 126 V 70 (Unzulässigkeit des Ausschlusses Minderjähriger vom Hilfsmittelanspruch).

720 Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art. 14 N 1.

721 European Union Agency for Fundamental Rights / European Court of Human Rights – Council of Europe, [Handbook on European non-discrimination law](#), S. 190; Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Art. 14 N 33; Doron et al., [Ageism](#), S. 312.

722 Spanier/Doron/Milman-Sivan, [Older Persons](#), S. 413.

723 Spanier/Doron/Milman-Sivan, [Older Persons](#), S. 414.

zung von Art. 5 EMRK erkannt<sup>724</sup>. Ebenfalls gerügt wurde eine Verletzung von Art. 14 EMRK wegen Ungleichbehandlung von Jugendlichen und Erwachsenen<sup>725</sup>. Der Gerichtshof hat eine Verletzung von Art. 14 EMRK verneint, weil der Schutz von Minderjährigen (nicht aber von Erwachsenen) einen Freiheitsentzug und somit eine Ungleichbehandlung rechtfertigen kann<sup>726</sup>. Dass der EGMR für die Zulässigkeit der Ungleichbehandlung einen Rechtfertigungsgrund anführt, zeigt, dass die Ungleichbehandlung von Jugendlichen und Erwachsenen grundsätzlich gegen das Diskriminierungsverbot verstossen kann.

Im Urteil *Schwizgebel gegen die Schweiz* aus dem Jahr 2002 stellte sich dem Gerichtshof die Frage, ob die Verweigerung einer Adoption aus Altersgründen gegen das Diskriminierungsverbot verstösst. Die kantonale Behörde hatte die Bewilligung zur Adoption verweigert, weil der Altersunterschied zwischen dem Kind und der künftigen Adoptivmutter mehr als vierzig Jahre betragen hätte<sup>727</sup>. Ein inzwischen aufgehobener<sup>728</sup> Artikel der Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und zur Adoption hatte vorgesehen, dass das Interesse des Kindes besonders gewürdigt wird, «wenn der Altersunterschied zwischen dem Kind und dem künftigen Adoptivvater oder der künftigen Adoptivmutter mehr als vierzig Jahre beträgt»<sup>729</sup>.

Der EGMR hat im negativen Entscheid der kantonalen Behörde und der Bestätigung durch das Bundesgericht keinen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot (in Verbindung mit Art. 8 EMRK) erkannt<sup>730</sup>. Zur Begründung verwies der Gerichtshof auf die Tatsache, dass hinsichtlich eines Höchstalters für die Adoption unter den Europarat-Mitgliedstaaten eine Vielfalt von Regelungen anzutreffen ist<sup>731</sup>. Demzufolge sei der Beurteilungsspielraum («margin of appreciation») der Mitgliedstaaten in diesem Bereich gross, sodass die damals gültige Schweizer Regelung nicht als unverhältnismässig erachtet wurde<sup>732</sup>.

724 Urteil des EGMR 9106/80 vom 29. Februar 1988 (*Bouamar gegen Belgien*), Ziff. 53 und 64; Urteil des EGMR 39474/98 vom 16. Mai 2002 (D.G. gegen Irland), Ziff. 85 und 89.

725 Urteil des EGMR 9106/80 vom 29. Februar 1988 (*Bouamar gegen Belgien*), Ziff. 66 ff.; Urteil des EGMR 39474/98 vom 16. Mai 2002 (D.G. gegen Irland), Ziff. 111 ff.

726 Urteil des EGMR 9106/80 vom 29. Februar 1988 (*Bouamar gegen Belgien*), Ziff. 67; Urteil des EGMR 39474/98 vom 16. Mai 2002 (D.G. gegen Irland), Ziff. 115.

727 Urteil des Bundesgerichts 5A.19/2006 vom 5. Dezember 2006, E. 3.3.

728 Die «Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und zur Adoption» wurde per 1. Januar 2013 durch eine Teilrevision in «Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern» umbenannt, bei gleichbleibender Abkürzung (PAVO) (AS 2012 5801). Am 1. Januar 2012 ist die Verordnung über die Adoption (Adoptionsverordnung, AdoV) in Kraft getreten. Gemäss Art. 5 Abs. 4 AdoV ist die Adoptionseignung «zu verneinen, wenn der Altersunterschied zwischen dem aufzunehmenden Kind und den künftigen Adoptiveltern mehr als 45 Jahre beträgt. Ausnahmsweise kann die Eignung trotzdem gegeben sein, namentlich wenn zwischen den künftigen Adoptiveltern und dem aufzunehmenden Kind bereits eine vertraute Beziehung besteht.»

729 Art. 11b Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und zur Adoption vom 19. Oktober 1977 (Stand am 24. Dezember 2002).

730 Urteil des EGMR 25762/07 vom 10. Juni 2002 (*Schwizgebel gegen die Schweiz*), Ziff. 99.

731 Urteil des EGMR 25762/07 vom 10. Juni 2002 (*Schwizgebel gegen die Schweiz*), Ziff. 91.

732 Urteil des EGMR 25762/07 vom 10. Juni 2002 (*Schwizgebel gegen die Schweiz*), Ziff. 92 ff.

Die Tatsache, dass der Gerichtshof die Zulässigkeit der Bewilligungsverweigerung unter dem Blickwinkel von Art. 14 EMRK geprüft hat, zeigt, dass sich das Diskriminierungsverbot der Menschenrechtskonvention auch auf die Altersdiskriminierung erstreckt. Der Gerichtshof hat bei der Prüfung einer Ungleichbehandlung explizit festgehalten, dass die Beschwerdeführerin anders behandelt wurde als eine jüngere Frau behandelt worden wäre, weil letztere die Bewilligung zur Adoption wahrscheinlich erhalten hätte<sup>733</sup>.

## 7. Altersdiskriminierung in Erlassen der UNO

### 7.1. UNO-Pakt I

Nach Art. 2 Abs. 2 des internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) verpflichten sich die Vertragsstaaten, «zu gewährleisten, dass die in diesem Pakt verkündeten Rechte ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status ausgeübt werden.»

Im Jahr 1995 hat der UNO-Ausschuss über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte festgehalten, dass noch kein umfassendes Verbot der Diskriminierung wegen des Alters aus dem UNO-Pakt I abgeleitet werden könne<sup>734</sup>.

### 7.2. UNO-Pakt II

Art. 26 des internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) hält fest, dass alle Menschen ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz haben. Im Unterschied zu Art. 8 BV nennt Art. 26 UNO-Pakt II das Alter (wie auch die Lebensform und die Behinderung) nicht explizit als Diskriminierungstatbestand. Der General Comment des UNO-Menschenrechtsausschusses zur Nichtdiskriminierung<sup>735</sup> enthält keine Ausführungen

733 Urteil des EGMR 25762/07 vom 10. Juni 2002 (Schwizgebel gegen die Schweiz), Ziff. 85: «The Court is of the opinion, by contrast, that the applicant may consider herself to have been treated differently from a younger single woman who, in the same circumstances, would be likely to obtain authorisation to receive a second child with a view to its adoption. Accordingly, the applicant may claim to be a victim of a difference in treatment between persons in analogous situations.»

734 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, *General Comment Nr. 6*, § 12: «The Committee notes that, while it may not yet be possible to conclude that discrimination on the grounds of age is comprehensively prohibited by the Covenant, the range of matters in relation to which such discrimination can be accepted is very limited.»

735 UNO-Menschenrechtsausschuss, *General comment No. 18: Nondiscrimination*.

zur Altersdiskriminierung. Es wird aber festgehalten, dass eine Diskriminierung nicht einzig aufgrund der in Art. 26 aufgelisteten Merkmale unzulässig ist<sup>736</sup>.

Der UNO-Menschenrechtsausschuss entscheidet über Individualbeschwerden gegen jene Staaten, welche das Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt II ratifiziert haben. Die Schweiz gehört nicht dazu<sup>737</sup>. Die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses ist zur Auslegung des UNO-Paktes II nichtsdestotrotz zu berücksichtigen, weil sie den Gehalt des Diskriminierungsverbots in Art. 26 UNO-Pakt II konkretisiert. Der UNO-Menschenrechtsausschuss hat in mehreren Entscheidungen durchblicken lassen, dass Art. 26 UNO-Pakt II auch eine Diskriminierung wegen des Alters verbietet.

In einem Entscheid aus dem Jahr 2001 hat der Menschenrechtsausschuss festgehalten, dass ein Mindestalter von 60 Jahren für den Bezug eines Partnerausweises durch die LebenspartnerInnen von SeniorInnen (die ab 65 einen Seniorenausweis erhalten) keine Altersdiskriminierung darstellt<sup>738</sup>.

Im Fall Love et al. gegen Australien aus dem Jahr 2003 hat der UNO-Menschenrechtsausschuss festgehalten, dass eine altersbedingte Ungleichbehandlung auf eine Diskriminierung i.S.v. Art. 26 UNO-Pakt II hinauslaufen könne, wenn sie nicht auf nachvollziehbaren und objektiven Gründen basiere<sup>739</sup>. Im konkreten Fall hat der Ausschuss für eine Altersbeschränkung von 60 Jahren für BerufspilotInnen jedoch nachvollziehbare und objektive Gründe, namentlich die Flugsicherheit, erkannt und deshalb eine Verletzung von Art. 26 UNO-Pakt II verneint<sup>740</sup>. Auch in der Abschaffung von Rentenzahlungen an Bezüger mit Kindern, die über 27 Jahre alt sind, hat der Ausschuss keine Verletzung von Art. 26 erkannt<sup>741</sup>.

736 UNO-Menschenrechtsausschuss, *General comment No. 18: Nondiscrimination*, Ziff. 12: «In other words, the application of the principle of nondiscrimination contained in article 26 is not limited to those rights which are provided for in the Covenant.»

737 Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 30. Januar 1999 (BBl 1991 I 1189), S. 1207.

738 Entscheid Schmitz-de-Jong gegen die Niederlande vom 16. Juli 2001 (*Communication No. 855/1999*), Ziff. 7.2: «In the present case, the Committee finds that the age limitation of allowing only partners who have reached the age of 60 years to obtain an entitlement to various rate reductions as a partner to a pensioner above the age of 65 years is an objective criterion of differentiation and that the application of this differentiation in the case of the author was not unreasonable.»

739 Entscheid Love et al. gegen Australien vom 25. März 2003 (*Communication No. 983/2001*), Ziff. 8.2: «While age as such is not mentioned as one of the enumerated grounds of prohibited discrimination in the second sentence of article 26, the Committee takes the view that a distinction related to age which is not based on reasonable and objective criteria may amount to discrimination on the ground of «other status» under the clause in question, or to a denial of the equal protection of the law within the meaning of the first sentence of article 26.»

740 Entscheid Love et al. gegen Australien vom 25. März 2003 (*Communication No. 983/2001*), Ziff. 8.3: «In the circumstances, the Committee cannot conclude that the distinction made was not, at the time of Mr. Love's dismissal, based on objective and reasonable considerations. Consequently, the Committee is of the view that it cannot establish a violation of article 26.»

741 Entscheid Althammer gegen Österreich vom 8. August 2003 (*Communication No. 998/2001*), Ziff. 10.2: «For these reasons, the Committee concludes that, in the circumstances of the instant case, the abolition of monthly household payments, even if examined in the light of previous changes of

Auch in der Entlassung von Angestellten mit einem bestimmten Alter hat der UNO-Menschenrechtsausschuss keinen Verstoss gegen den UNO-Pakt II gesehen. Im Jahr 1991 hat die nationale Zollbehörde Perus einen Beschluss erlassen, wonach eine bestimmte Anzahl MitarbeiterInnen überzählig und deshalb zu entlassen sei. Die Entlassung erfolgte gestützt auf zwei Kriterien: die Anzahl Dienstjahre (25 Jahre oder mehr für Frauen und 30 für Männer<sup>742</sup>) und das Alter (55 Jahre oder älter für Frauen und 60 Jahre für Männer)<sup>743</sup>. Der Beschwerdeführer war 61 Jahre alt und während 11 Jahren angestellt. Damit erfüllte er die Kriterien und wurde entlassen.

Der UNO-Menschenrechtsausschuss prüfte diesen Fall unter dem Blickwinkel von Art. 25 lit. c UNO-Pakt II. Gemäss dieser Bestimmung hat jede StaatsbürgerIn das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen (die den in Art. 26 UNO-Pakt II aufgeführten Merkmalen entsprechen) und ohne unangemessene Einschränkungen unter allgemeinen Gesichtspunkten der Gleichheit zu öffentlichen Ämtern seines Landes Zugang zu haben. Der Ausschuss hat allerdings festgehalten, dass die im Entscheid *Love et al.* gegen Australien zu Art. 26 UNO-Pakt II entwickelten Grundsätze zur Altersdiskriminierung auch bei der Anwendung von Art. 25 lit. c i.V.m. Art. 2 Abs. 1 gelten<sup>744</sup>. Der Ausschuss kam zum Schluss, dass es sich bei der Alterslimite in diesem Fall um ein objektives Unterscheidungskriterium handelte und dass dessen Anwendung im Rahmen einer Restrukturierung des öffentlichen Dienstes nicht unzumutbar gewesen sei<sup>745</sup>. Dementsprechend wurde keine Verletzung von Art. 25 lit. c UNO-Pakt II festgestellt<sup>746</sup>.

In einer Dissenting Opinion zu diesem Entscheid haben vier RichterInnen des UNO-Menschenrechtsausschusses festgehalten, dass aus ihrer Sicht in diesem Fall eine Altersdiskriminierung und damit eine Verletzung des UNO-Paktes II

---

the Regulations of Service for Employees of the Social Insurance Board, does not amount to discrimination as prohibited in Article 26 of the Covenant».

742 Aus dem Entscheid geht nicht hervor, ob es sich um eine Höchst- oder um eine Mindestdauer der Anstellung handelt. Es ist auch unklar, ob die beiden Kriterien alternativ oder kumulativ erfüllt sein müssen.

743 Entscheid *Hinostroza Solís* gegen Peru vom 27. März 2006 ([Communication No. 1016/2001](#)), Ziff. 2.1.

744 Entscheid *Hinostroza Solís* gegen Peru vom 27. März 2006 ([Communication No. 1016/2001](#)), Ziff. 6.3: «While age as such is not mentioned as one of the grounds of discrimination prohibited in article 26, the Committee takes the view that a distinction related to age which is not based on reasonable and objective criteria may amount to discrimination on the ground of 'other status' under the clause in question, or to a denial of equal protection of the law within the meaning of the first sentence of article 26. This reasoning also applies to article 25 (c) in conjunction with article 2, paragraph 1, of the Covenant.».

745 Entscheid *Hinostroza Solís* gegen Peru vom 27. März 2006 ([Communication No. 1016/2001](#)), Ziff. 6.4: «The Committee considers that the age limit used in the present case for continued post occupancy was an objective distinguishing criterion and that its implementation in the context of a general plan for the restructuring of the civil service was not unreasonable.».

746 Entscheid *Hinostroza Solís* gegen Peru vom 27. März 2006 ([Communication No. 1016/2001](#)), Ziff. 6.4.

vorgelegen habe<sup>747</sup>. Aus ihrer Sicht hätte der Ausschuss in diesem Fall untersuchen müssen, ob es verhältnismässige und objektive Gründe für die Heranziehung des Alters als Unterscheidungskriterium gab. Der Ausschuss habe dies unterlassen und sei damit von seinen im Entscheid *Love et al.* gegen Australien entwickelten Grundsätzen abgewichen. Für diese Abweichung gebe es keine Rechtfertigung<sup>748</sup>. Die Verwendung des Alters als Kriterium sei in diesem Fall aus mehreren Gründen nicht objektiv und verhältnismässig gewesen. Erstens habe es sich um eine Entlassung und nicht um eine Pensionierung gehandelt. Zweitens könne das Alter eine Entlassung nur dann rechtfertigen, wenn das Alter die Fähigkeit zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit beeinträchtige oder wenn die betroffene Person lange genug gearbeitet habe, um Anspruch auf eine vollständige oder zumindest umfassende Rentenleistungen zu haben. Der Staat habe jedoch nicht nachgewiesen, dass diese Voraussetzungen in diesem Fall erfüllt gewesen wären. Demnach habe hier eine Verletzung von Art. 25 lit. c UNO-Pakt II vorgelegen<sup>749</sup>.

In einem weiteren Entscheid des UNO-Menschenrechtsausschusses im Zusammenhang mit Altersdiskriminierung ist dieser auf die Beschwerde eines mit 65 Jahren unfreiwillig pensionierten Professors nicht eingetreten. Grund dafür war, dass der Fall noch vor der Saskatchewan Human Rights Commission hängig war<sup>750</sup>. Damit war die Voraussetzung für das Individualbeschwerdeverfahren, wonach die Einzelperson alle zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft haben muss<sup>751</sup>, nicht erfüllt<sup>752</sup>.

747 Individual opinion of Committee members Mr. Walter Kälin, Mr. Edwin Johnson, Mr. Michael O'Flaherty and Mr. Hipólito Solari-Yrigoyen (dissenting; S. 8 der [Communication No. 1016/2001](#)), Ziff. 2: «It is therefore our view that the author has been the subject of a violation of article 25 (c) of the Covenant».

748 Individual opinion of Committee members Mr. Walter Kälin, Mr. Edwin Johnson, Mr. Michael O'Flaherty and Mr. Hipólito Solari-Yrigoyen (dissenting; S. 8 der [Communication No. 1016/2001](#)), Ziff. 1: «As it did in the case of *Love v. Australia*, the Committee should have examined in the present case whether there were reasonable and objective grounds justifying the use of age as a distinguishing criterion. It did not do so and thus departed from the approach taken in the case of *Love v. Australia* in a way that cannot be justified in our view».

749 Individual opinion of Committee members Mr. Walter Kälin, Mr. Edwin Johnson, Mr. Michael O'Flaherty and Mr. Hipólito Solari-Yrigoyen (dissenting; S. 8 der [Communication No. 1016/2001](#)), Ziff. 2: «Furthermore, the use of the criterion of age as applied to the author is not objective and reasonable for several reasons. First, the case concerns a matter of dismissal and not retirement. Second, while age may justify dismissal in cases where age affects the ability of the person concerned to perform their functions or where the person concerned has worked long enough to have acquired full or at least substantial pension rights, the State party has not shown that in the case of the author who, notwithstanding his age, had been employed for just 11 years, any such reasons were present. It is therefore our view that the author has been the subject of a violation of article 25 (c) of the Covenant».

750 Entscheid Kly gegen Kanada vom 27. März 2009 ([Communication No.1576/2007](#)), Ziff. 6.3.

751 Art. 5 Abs. 2 lit. b des [Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte](#).

752 Entscheid Kly gegen Kanada vom 27. März 2009 ([Communication No.1576/2007](#)), Ziff. 7.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der UNO-Menschenrechtsausschuss eine Altersdiskriminierung zwar als Verstoss gegen den UNO-Pakt II betrachtet, dass aber bis heute in keinem Fall eine Altersdiskriminierung erkannt wurde.

### 7.3. Behindertenrechtskonvention

Das UNO-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, BRK) ist für die Schweiz am 15. Mai 2014 in Kraft getreten<sup>753</sup>. Sowohl in der Präambel<sup>754</sup> als auch in verschiedenen Artikeln der Behindertenrechtskonvention<sup>755</sup> wird das Alter bzw. eine Behinderung aufgrund des Alters genannt. Da sowohl die UNO-Pakte als auch die EMRK und viele nationale Verfassungen keine Vorgaben zum Thema Altersdiskriminierung enthalten, ist die Erwähnung des Alters in der Behindertenrechtskonvention in vielen Jurisdiktionen das erste verbindliche Regelwerk, das explizit auch die Altersdiskriminierung erfasst.

Eine direkt am Alter anknüpfende Diskriminierung ist keine Diskriminierung aufgrund von Behinderung. Weil ältere Menschen aber häufiger von einer Behinderung betroffen sind als jüngere<sup>756</sup>, werden sie auch häufiger von einer Diskriminierung aufgrund von Behinderung benachteiligt. Eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung trifft ältere Menschen dementsprechend stärker als jüngere und kann deshalb auch als indirekte Altersdiskriminierung betrachtet werden.

Nachfolgend werden die Bestimmungen der Behindertenrechtskonvention, welche sich zur Altersdiskriminierung äussern, vorgestellt. Auf die weiteren Bestimmungen wird bei der Behandlung der Behindertenrechtskonvention im Abschnitt zur Diskriminierung aufgrund von Behinderung eingegangen.

Das Alter wird zunächst im Artikel zur Bewusstseinsbildung thematisiert. Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BRK verpflichten sich die Vertragsstaaten, «sofortige, wirksame und geeignete Massnahmen zu ergreifen, um Klischees, Vorurteile und schädliche Praktiken gegenüber Menschen mit Behinderungen, einschliesslich aufgrund des Geschlechts oder des Alters, in allen Lebensbereichen zu bekämpfen».

753 AS 2014 1119.

754 Buchstabe p der Präambel: «Die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens, [...] besorgt über die schwierigen Bedingungen, denen sich Menschen mit Behinderungen gegenübersehen, die mehrfachen oder verschärften Formen der Diskriminierung aufgrund [...] des Alters oder des sonstigen Status ausgesetzt sind; [...] haben Folgendes vereinbart:».

755 Art. 8 (Bewusstseinsbildung), 13 (Zugang zur Justiz), 16 (Freiheit von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch) BRK.

756 Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29. Juni 2016, S. 8.

Art. 16 BRK enthält sodann Vorgaben zur Freiheit von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch. Art. 16 Abs. 2 BRK hält fest, dass die Vertragsstaaten «alle geeigneten Massnahmen [treffen], um jede Form von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch zu verhindern, indem sie unter anderem geeignete Formen von das Geschlecht und das Alter berücksichtigender Hilfe und Unterstützung für Menschen mit Behinderungen und ihre Familien und Betreuungspersonen gewährleisten, einschliesslich durch die Bereitstellung von Informationen und Aufklärung darüber, wie Fälle von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch verhindert, erkannt und angezeigt werden können. Die Vertragsstaaten sorgen dafür, dass Schutzdienste das Alter, das Geschlecht und die Behinderung der betroffenen Personen berücksichtigen.»

Gemäss [Art. 35 Abs. 1 BRK](#) legt jeder Vertragsstaat innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten des Übereinkommens einen umfassenden Bericht über die Massnahmen, die er zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Übereinkommen getroffen hat, und über die dabei erzielten Fortschritte vor. Danach legen die Vertragsstaaten gemäss Abs. 2 mindestens alle vier Jahre und darüber hinaus jeweils auf Anforderung des Ausschusses Folgeberichte vor.

Der erste Bericht des Bundesrates über die Umsetzung der Behindertenrechtskonvention aus dem Jahr 2016 hält zwar fest, dass sich der Anteil der Menschen mit Behinderungen mit dem Alter deutlich erhöht<sup>757</sup>, äussert sich danach aber nur an zwei Stellen und eher beiläufig zur Situation älterer Menschen: Im Zusammenhang mit Art. 20 BRK (Persönliche Mobilität) wird auf eine Regelung in der Verordnung über die Anforderungen an die Gestaltung des öffentlichen Verkehrs<sup>758</sup> hingewiesen<sup>759</sup>; allerdings existiert keine Verordnung mit diesem Namen<sup>760</sup>. Gemäss Bericht halte diese Verordnung fest, dass Menschen mit Behinderungen oder altersbedingten Beeinträchtigungen, die in der Lage sind, den öffentlichen Raum autonom und spontan zu benützen, auch Dienstleistungen des öffentlichen Verkehrs grundsätzlich autonom beanspruchen können sollen. Eine solche Regelung findet sich weder in der Verordnung über die behindertengerechte Gestaltung des ÖV noch in der Verordnung des UVEK über die technischen Anforderungen.

757 Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29. Juni 2016, S. 8.

758 Verordnung des UVEK über die technischen Anforderungen an die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs vom 23. März 2016 (VAböV).

759 Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29. Juni 2016, S. 35.

760 Stattdessen gibt es einerseits die [Verordnung vom 12. November 2003 über die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs \(VböV\)](#) und andererseits die [Verordnung des UVEK vom 23. März 2016 über die technischen Anforderungen an die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs \(VAböV\)](#).

Bei den Ausführungen zu Art. 25 BRK (Gesundheit) werden sodann die nationalen Leitlinien Palliative Care<sup>761</sup> erwähnt, die ihrerseits festhalten, dass Palliativpflege für alle zur Verfügung stehen und den spezifischen Bedürfnissen wie Geschlecht, Alter, Herkunft, Behinderung oder Krankheit Rechnung tragen müsse<sup>762</sup>. Der Bericht verschweigt allerdings, dass die nationale Strategie Palliative Care zeitlich beschränkt und im Berichtszeitpunkt bereits ausgelaufen war<sup>763</sup>.

#### 7.4. Frauenrechtskonvention

Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (UNO-Frauenrechtskonvention, häufig abgekürzt mit CEDAW<sup>764</sup>) ist für die Schweiz am 26. April 1997 in Kraft getreten<sup>765</sup>. Der Text der UNO-Frauenrechtskonvention erwähnt das Alter einzig im Zusammenhang mit dem «Recht auf soziale Sicherheit, insbesondere auf Leistungen bei Eintritt in den Ruhestand, bei Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität und *im Alter* oder bei sonstiger Arbeitsunfähigkeit [...]»<sup>766</sup>.

In Anwendung von Art. 17 UNO-Frauenrechtskonvention wurde zur Prüfung der Fortschritte bei der Durchführung des Übereinkommens ein Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau eingesetzt. Dieser Ausschuss erarbeitet allgemeine Empfehlungen zu Themen, denen die Mitgliedstaaten besondere Aufmerksamkeit widmen sollen. Im Jahr 2010 hat der Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau eine allgemeine Empfehlung zu älteren Frauen und dem Schutz ihrer Menschenrechte verabschiedet<sup>767</sup>.

Im Abschnitt «Specific areas of concern» der Empfehlung werden die folgenden Punkte als besonders problematisch hervorgehoben: Ältere Frauen werden häufig durch eingeschränkte Möglichkeiten zur Teilnahme am politischen Entscheidungsfindungsprozess diskriminiert<sup>768</sup>. Weiter haben ältere Frauen häufig nicht die gleichen Möglichkeiten zum Erlernen des Umgangs mit moderner Informationstechnologie<sup>769</sup>. Viele ältere Frauen – insbesondere diejenigen, die alleine leben – sind nicht in der Lage, an kulturellen, Freizeit- und Gemeinschaftsaktivitäten teilzunehmen, was sie isoliert und sich negativ auf ihr Wohlbefinden auswirkt<sup>770</sup>.

761 BAG/GDK, Nationale Leitlinien Palliative Care, Bern 2010.

762 Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29. Juni 2016, S. 45.

763 Vgl. Webseite des BAG zu Palliative Care.

764 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.

765 AS 1999 1579.

766 Art. 11 Abs. 1 lit. e UNO-Frauenrechtskonvention, Hervorhebung hinzugefügt.

767 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, [General recommendation No. 27: Older women and protection of their human rights](#).

768 CEDAW, [General recommendation No. 27](#), Rz. 17.

769 CEDAW, [General recommendation No. 27](#), Rz. 19.

770 CEDAW, [General recommendation No. 27](#), Rz. 23.

Häufig wird den Voraussetzungen für ein unabhängiges Leben, wie z.B. persönliche Unterstützung und angemessene Wohnform, nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt<sup>771</sup>.

Die Empfehlung zu älteren Frauen und dem Schutz ihrer Menschenrechte enthält schliesslich allgemeine Empfehlungen sowie Empfehlungen betreffend Vorurteile, Gewalt, Teilnahme am öffentlichen Leben, Bildung, Arbeit und Rentenleistungen, Gesundheit, wirtschaftliche Partizipation, Sozialleistungen, ländliche und andere schutzbedürftige ältere Frauen sowie Ehe und Familienleben<sup>772</sup>.

## 8. Altersdiskriminierung in Erlassen der EU

Auf EU-Ebene wurde das Verbot der Altersdiskriminierung im Jahr 1999 mit dem Vertrag von Amsterdam in den Vertrag über die Europäische Union aufgenommen<sup>773</sup> und befindet sich heute im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (VAEU). Gemäss Art. 10 VAEU zielt die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Massnahmen «darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.»

Auch die Grundrechtecharta der EU<sup>774</sup>, welche mit dem Vertrag von Lissabon im Dezember 2009 in Kraft getreten ist, verbietet eine am Alter anknüpfende Diskriminierung. Nach Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta sind «Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung [...] verboten.»

Ausführliche Bestimmungen zur Altersdiskriminierung enthält sodann die Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie<sup>775</sup>). Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie bezweckt gemäss Art. 1 «die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder

771 CEDAW, *General recommendation No. 27*, Rz. 23.

772 CEDAW, *General recommendation No. 27*, Rz. 29–53.

773 Art. 2 Ziff. 7 des Vertrags von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte.

774 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. 2016/C 202/02).

775 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303 vom 12.12.2000, S. 16–22).

der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten. » Art. 6 der Richtlinie nennt gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters. Nach Art. 6 Abs. 1 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie «können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.»<sup>776</sup>

Die Vorgaben der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie müssen durch die einzelnen Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht umgesetzt werden<sup>777</sup>. In Deutschland wurde die Richtlinie mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG<sup>778</sup>) umgesetzt, in Frankreich mit dem *Loi relative à la lutte contre les discriminations*<sup>779</sup>, in Österreich mit dem Gleichbehandlungsgesetz (GIBG<sup>780</sup>).

Die bisher ergangenen Urteile des EuGH zur Altersdiskriminierung betreffen allesamt Altersgrenzen im Arbeitsrecht<sup>781</sup> und sind daher für die Beurteilung einer Altersdiskriminierung im gesundheitlichen Kontext nicht relevant.

## II. Behinderung

Das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV umfasst auch die Diskriminierung «wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung». Demgegenüber ist die Behinderung weder in der EMRK noch im UNO-Pakt II in den Diskriminierungsverboten aufgeführt. Auf UNO-Ebene wird der Schutz vor Diskriminierung wegen einer Behinderung durch das UNO-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen gewährleistet<sup>782</sup>. Dieses Abkommen ist für die Schweiz am 15. Mai 2014 in Kraft getreten.

Menschen am Lebensende sind Menschen, die i.d.R. aufgrund einer Erkrankung nicht mehr lange zu leben haben. In dieser Situation sind Menschen häufig körperlich, geistig oder psychisch beeinträchtigt; ohne Beeinträchtigung würden sie nicht sterben. Dementsprechend ist es denkbar, Menschen am Lebensende generell als behindert im Sinne des Diskriminierungsverbots zu betrachten und eine Ungleichbehandlung als Diskriminierung aufgrund der Behinderung zu erfassen. Dies entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck des menschenrechtlichen Be-

776 Weiterführend: Chen, Diskriminierungsverbote, S. 261 f.

777 Art. 18 Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie.

778 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006.

779 *Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*.

780 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GIBG).

781 Vgl. die Zusammenstellung bei Chen, Diskriminierungsverbote, S. 235 ff.

782 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen.

hindertendiskriminierungsverbots. Der verfassungsrechtliche Begriff der Behinderung stellt nicht auf medizinisch erfassbare körperliche Defizitvorstellungen ab, sondern erfasst Beeinträchtigungen aufgrund sozialer Interaktionen<sup>783</sup>. Unter den Schutz sollen Menschen fallen, denen wegen einer Anormalität eine Stigmatisierung oder ein gesellschaftlicher Ausschluss droht<sup>784</sup>. Dies trifft auf Menschen, die erst kurz vor dem Tod an einer entsprechenden Beeinträchtigung leiden, nicht generell zu.

Nichtsdestotrotz sind viele Menschen in den letzten Monaten oder Jahren ihres Lebens von einer Behinderung betroffen. In der Schweiz haben 45 Prozent der über 85-jährigen Menschen eine Behinderung<sup>785</sup>. Auch wenn Menschen am Lebensende nicht generell vom Schutz des Behindertendiskriminierungsverbots erfasst sind, ist ein Grossteil von ihnen unabhängig von der Lebensende-Situation von einer Behinderung betroffen. So setzen sich insbesondere die Alzheimer-Vereinigungen auf schweizerischer und europäischer Ebene für einen «rights-based approach» für ein besseres Leben mit Demenz ein und fokussieren hierbei auf die Behindertenrechtskonvention<sup>786</sup>.

Der Begriff der Behinderung wird im Behindertengleichstellungsgesetz folgendermassen definiert (Art. 2 Abs. 1 BehiG<sup>787</sup>): «In diesem Gesetz bedeutet Mensch mit Behinderungen (Behinderte, Behinderter) eine Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben.» Viele Menschen am Lebensende werden aufgrund einer körperlichen Beeinträchtigung nur erschwert alltägliche Verrichtungen vornehmen können. Trotzdem ist nicht davon auszugehen, dass sämtliche Menschen am Lebensende von dieser Definition erfasst sind. So können z.B. Menschen mit einer unheilbaren und voraussichtlich bald zum Tod führenden Krankheit häufig noch bis wenige Wochen vor ihrem Tod die Tätigkeiten der obigen Definition selbständig bestreiten. Demgegenüber sind BewohnerInnen von Alters- und Pflegeheimen regelmässig von der Definition erfasst, weil sie wegen einer oder mehreren der aufgelisteten Beeinträchtigungen überhaupt in einem Heim wohnen.

Vorliegend geht es nicht um eine Diskriminierung als direkte Folge des Alters oder einer Behinderung, sondern um eine mögliche Diskriminierung infolge der Tatsache, dass die betroffenen Menschen in einem Alters- oder Pflegeheim

783 Schweizer/Bigler-Eggenberger/Kägi-Diener, St.Galler Kommentar, Art. 8 N 137.

784 BSK BV-Waldmann, Art. 8 N 81; Schefer/Hess-Klein, Behindertengleichstellungsrecht, S. 12.

785 Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29. Juni 2016, S. 8 f.

786 Siehe dazu den Beitrag von Ulrich Gut vom 16. November 2016 auf unser-recht.ch: «Rights-based approach» für ein besseres Leben mit Demenz.

787 Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG).

wohnen. Es handelt sich um eine Benachteiligung aufgrund eines neutralen Kriteriums (Wohnen im Alters- oder Pflegeheim), das aber faktisch überwiegend Menschen mit einem Merkmal (Alter, Behinderung) trifft, welches als Anknüpfungskriterium verpönt ist. In solchen Fällen spricht man von einer indirekten Diskriminierung<sup>788</sup>.

Der Staat hat gegenüber Kranken und Pflegebedürftigen eine Schutzpflicht<sup>789</sup>. Gegenüber Pflegebedürftigen, die sich in Heimen, Spitälern und Kliniken in staatlicher Obhut befinden, ist die Schutzpflicht besonders hoch<sup>790</sup>. Der Staat muss dafür sorgen, dass die Modalitäten des Wohnens in diesen Institutionen nicht auf eine systematische Schlechterstellung der BewohnerInnen gegenüber Menschen, die nicht in einer solchen Institution wohnen, hinauslaufen. Dies ist insbesondere mit Blick auf das Recht auf Leben und das Selbstbestimmungsrecht von zentraler Bedeutung. Da es sich bei diesen um eigenständige Menschenrechte handelt, werden sie im jeweiligen Abschnitt abgehandelt.

## § 6 Recht auf Leben

Das Recht auf Leben wird durch die Bundesverfassung, die EMRK, den UNO-Pakt II sowie die BRK geschützt<sup>791</sup> und bildet Ausgangspunkt und Voraussetzung für alle anderen Grundrechte<sup>792</sup>. Schutzobjekt des Rechts auf Leben ist das menschliche Leben selbst und nicht der Entscheid des Einzelnen, sein Leben weiterführen zu wollen oder nicht<sup>793</sup>. Das Recht auf Leben verbietet jede staatliche Handlung, welche primär den Tod eines Menschen beabsichtigt<sup>794</sup>.

Das Recht auf Leben beinhaltet zunächst einen Abwehranspruch gegen staatliche Tötungshandlungen sowie einen Leistungsanspruch auf diejenige staatliche Unterstützung, die zur Erhaltung des Lebens notwendig ist<sup>795</sup>. Sodann ergeben sich aus dem Recht auf Leben auch staatliche Schutzpflichten. Der Staat muss das Leben schützen, indem er die Lebensgefährdung oder Tötung verbietet und Zuwiderhandlungen verfolgt und bestraft<sup>796</sup>. Gemäss MERKEL «[bezweckt]

788 Kiener/Kälin/Wytenbach, Grundrechte, S. 450.

789 Pärli, *Zwangsmassnahmen*, S. 361.

790 Kiener, *Suizidhilfe*, S. 280.

791 *Art. 10 Abs. 1 BV*, *Art. 2 EMRK*, *Art. 6 Abs. 1 UNO-Pakt II*, *Art. 10 BRK*.

792 *BGE 136 II 415 E. 3.2*; Urteil des EGMR *2346/02* vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 37; Hottelier, *Droits de l'homme*, S. 87; Opsahl, *Right to Life*, S. 207.

793 Müller/Schefer, Grundrechte, S. 46.

794 Müller/Schefer, Grundrechte, S. 49.

795 Biaggini, *BV-Kommentar*, Art. 10 N 8a; BSK *BV-Tschentscher*, Art. 10 N 13 und 17; HK *EMRK-Meyer-Ladewig/Huber*, Art. 2 N 11.

796 Urteil des EGMR *2346/02* vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 38; Auer/Malinverni/Hottelier, *Droits fondamentaux*, Rz. 284; Hangartner, *Sterbehilfe*, S. 73; Kiener, *Suizidhilfe*, S. 279; Kiener/Kälin, Grundrechte, S. 135; Müller/Schefer, Grundrechte, S. 53 ff.; Schweizer, *St.Galler Kommentar*, Art. 10 N 20; Steffen, *Droit aux soins*, S. 38.

der verfassungsrechtlich garantierte Schutz des Lebens [...] primär den Erhalt menschlicher Selbstbestimmung – und sei es auch nur das Potential hierzu.»<sup>797</sup>

Die EMRK und der UNO-Pakt II verpflichten die Mitgliedstaaten explizit zum gesetzlichen Schutz des Rechts auf Leben<sup>798</sup>. Zudem fließt aus dem Recht auf Leben auch eine Schutzpflicht zur Verhinderung von unüberlegten Suiziden<sup>799</sup>.

Im Fall *Pretty* gegen das Vereinigte Königreich zeigte sich der EGMR im Jahr 2002 «nicht überzeugt» davon, dass das Recht auf Leben einen negativen Aspekt beinhalte<sup>800</sup>. Aus dem Recht auf Leben könne jedenfalls kein Recht auf den Tod abgeleitet werden<sup>801</sup>.

Das Recht auf Leben wird nicht nur durch eine Tötung verletzt. Der EGMR hat in einem Urteil aus dem Jahr 2009 festgehalten, dass auch die zu einer tödlichen Erkrankung führende Handlung das Recht auf Leben verletzen kann<sup>802</sup>.

### I. Tötung ohne Verlangen

Die Straffreiheit der Tötung eines Menschen gegen dessen Willen kann, abgesehen von Notwehr und polizeilichen oder militärischen Szenarien, nie gerechtfertigt sein<sup>803</sup>.

Weniger eindeutig ist die Rechtslage jedoch bereits bei der Mitleidstötung bei fehlender Information über den Patientenwillen. Auch hier handelt es sich um eine Tötung ohne Verlangen, nicht aber unbedingt um eine Tötung gegen den Willen des betroffenen Menschen. Es wird vertreten, dass aus dem Recht auf Leben gemäss Art. 2 EMRK kein Argument für oder gegen die Zulässigkeit der Mitleidstötung abgeleitet werden könne<sup>804</sup>. KORFF leitet aus der Empfehlung der parlamentarischen Versammlung des Europarats zum Schutz der Menschenrechte

797 Merkel, *Lebensschutz*, S. 6.

798 Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK: «Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt.»; Art. 6 Abs. 1 Satz 2 UNO-Pakt II: «Dieses Recht ist gesetzlich zu schützen.»

799 BGE 133 I 58 E. 6.2.1; Breitenmoser, *Sterbehilfe*, S. 178; BSK BV-Tschentscher, Art. 10 N 19; Schweizer, *St.Galler Kommentar*, Art. 10 N 22.

800 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 39: «The Court is not persuaded that 'the right to life' guaranteed in Article 2 can be interpreted as involving a negative aspect.»

801 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 39: «Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life.»

802 Urteil des EGMR 77144/01 und 35493/05 vom 5. März 2009 (*Colak und Tsakiridis* gegen Deutschland), Ziff. 29: «An event, however, which does not result in death may only in exceptional circumstances disclose a violation of Article 2 of the Convention (see [...]). Those may be found in a lethal disease.»

803 Baumgarten, *Right to Die*, S. 127; Hottelier, *Droits de l'homme*, S. 88.

804 Opsahl, *Right to Life*, S. 222: «Where the person is unconscious and has not expressed any wish to die, the question of euthanasia, the ending of life out of mercy or pity over the person's suffering, may arise. The safest interpretation seems to be that no argument may as yet be drawn from Article 2 in this respect.»

und der Würde von terminal Erkrankten ab, dass Mitleidstötungen nicht akzeptiert seien<sup>805</sup>. Die Empfehlung äussert sich nicht explizit zur Mitleidstötung, verneint aber einen Anspruch auf Getötetwerden auch bei explizitem Wunsch<sup>806</sup>. KORFF hält es für möglich bis wahrscheinlich, dass der EGMR die Zulassung der Mitleidstötung als Verletzung der Pflicht zum Schutz des Lebens beurteilen würde<sup>807</sup>.

Befragungen von ÄrztInnen zeigen, dass in der Schweiz ungeachtet der Strafbarkeit Tötungen ohne expliziten Wunsch der Betroffenen vorkommen: So wurde im Jahr 2001 in der Schweiz in 15 von 4991 untersuchten Fällen und im Jahr 2013 in 25 von 4998 untersuchten Fällen nach Auskunft der Befragten das Leben aktiv und ohne expliziten Wunsch der Betroffenen beendet<sup>808</sup>.

## II. Tötung auf Verlangen

Sowohl bei der Tötung auf explizites Verlangen als auch bei der Tötung aufgrund eines lediglich mutmasslichen Willens der betroffenen Person gehen die Meinungen zur Vereinbarkeit mit dem Recht auf Leben auseinander. Rechtsprechung zu diesen Fragen ist nahezu inexistent<sup>809</sup>. In der strafrechtlichen Literatur wird losgelöst von verfassungsrechtlichen Überlegungen über die Gründe für das absolute Tötungsverbot (Art. 114 StGB) diskutiert<sup>810</sup>.

Eine Umfrage unter PalliativmedizinerInnen in der Schweiz hat ergeben, dass drei Prozent der Befragten bereits eine Tötung auf Verlangen durchgeführt hatten<sup>811</sup>. Untersuchungen von je ca. 3200 Todesfällen in der Schweiz haben im Jahr 2001 acht und im Jahr 2013 elf Fälle von Tötung auf Verlangen ergeben<sup>812</sup>.

805 Korff, Right to life, S. 16.

806 Parlamentarische Versammlung des Europarates, [Recommendation 1418 \(1999\)](#), Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying, Ziff. 9.c.3: «[...] a terminally ill or dying person's wish to die cannot of itself constitute a legal justification to carry out actions intended to bring about death.».

807 Korff, Right to life, S. 16 f.: «Here, too, there is somewhat clearer ground, in the sense that such 'mercy killings' are clearly not regarded as acceptable in Recommendation 1418 (1999) [...] it is possible (perhaps even probable) that the Court, if confronted with this question, would feel that States that would allow this may fail in their duty to protect life – but much would depend on the circumstances of the case.».

808 Bosshard et al., Comparison, S. 556: «Euthanasia and ending of life without the patient's explicit request also increased, but the number of studied cases of the 2 categories was small, at 8 and 15 cases in 2001, and at 11 and 25 cases in 2013, respectively».

809 Eine Ausnahme bildet das bei § 4, III, 1. besprochene Urteil des Tribunal de police du district de Boudry vom 6. Dezember 2010.

810 Stratenwerth, Strafrecht AT, S. 228 f.; Weissenberger, Einwilligung, S. 122 ff.

811 Bittel et al., Euthanasia, S. 267: «With reference to personal experiences, 8% of the physicians reported having practised [physician-assisted suicide], 4% [life-terminating act without explicit request] and 3% [direct active euthanasia].».

812 Bosshard et al., Comparison, S. 556: «Euthanasia and ending of life without the patient's explicit request also increased, but the number of studied cases of the 2 categories was small, at 8 and 15 cases in 2001, and at 11 and 25 cases in 2013, respectively».

## 1. Muss der Staat die Tötung auf Verlangen verbieten?

Bei der Tötung eines Menschen auf dessen Verlangen gehen die Meinungen zur Frage, ob diese als Ausfluss des Rechts auf Leben in jedem Fall verboten sein muss, auseinander. Ein erstaunlich grosser Teil der Literatur zum Recht auf Leben äussert sich gar nicht zur Tötung auf Verlangen<sup>813</sup>. Einzelne AutorInnen und auch die Botschaft zur Bundesverfassung<sup>814</sup> erachten die Tötung auf Verlangen als unvereinbar mit dem Recht auf Leben<sup>815</sup>.

Ein grosser Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass ein absolutes Verbot der Tötung auf Verlangen verfassungs-<sup>816</sup> bzw. völkerrechtlich<sup>817</sup> nicht gefordert sei. Das Recht auf Leben verbiete zwar grundsätzlich die direkte aktive Sterbehilfe, diese könne jedoch in bestimmten Fällen allenfalls aufgrund des Verbots unmenschlicher Behandlung in Frage kommen<sup>818</sup>. Es wird auch vertreten, dass bei einer Einwilligung in eine Tötung gar kein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf Leben vorliege<sup>819</sup>. Teilweise wird die Rechtfertigung einer Tötung auf Verlangen bereits gestützt auf den mutmasslichen Willen und umso mehr bei explizitem Wunsch der betroffenen Person bejaht<sup>820</sup>. Es wird auch vertreten, dass

813 Biaggini, BV-Kommentar, Art. 10; Borghi, *Mort*, S. 27 ff.; Breitenmoser, *Sterbehilfe*, S. 177 ff.; Kiener/Kälin, *Grundrechte*, S. 133 ff.; Müller/Schefer, *Grundrechte*, S. 45 ff.; bei den Ausführungen zu Art. 10 Abs. 2 BV halten Letztere auf S. 154 f. fest, dass keine verfassungsrechtliche Pflicht zur generellen Bestrafung von aktiver Sterbehilfe bestehe, stützen sich dabei aber auf Quellen, die sich ausschliesslich zur Suizidhilfe und damit nicht zur aktiven Sterbehilfe äussern; gemäss Auer/Malinverni/Hottelier, *Droits fondamentaux* 2013, S. 139, können das Verfassungs- und Völkerrecht von vornherein keinen Beitrag zu den Rechtsproblemen im Zusammenhang mit «euthanasia» leisten.

814 Botschaft BV (*BBl* 1997 I 1), S. 146: «Die aktive Sterbehilfe ist in jedem Fall untersagt, weil sie das Grundprinzip des Verbots der vorsätzlichen Tötung verletzt.»

815 Rhinow/Schefer/Uebersax, *Verfassungsrecht*, Rz. 1272 (aktive Sterbehilfe ist ein Eingriff in den Kerngehalt des Rechts auf Leben); gemäss Schweizer, *St.Galler Kommentar*, Art. 10 N 22, verbietet Art. 10 Abs. 1 BV in jedem Fall die direkte aktive Sterbehilfe (mit Hinweisen auf mehrere Quellen, welche diese Aussage allerdings nicht stützen); Steffen, *Droit aux soins*, S. 39.

816 BSK BV-Tschentscher, Art. 10 N 24; Donatsch, *Sterbehilfe*, S. 141; Geth, *Sterbehilfe*, S. 7; für Deutschland: Seibert, *Sterbehilfe*, S. 70.

817 Candrea/Scholl, *Rahmenbedingungen*, S. 267; Jacob, *Aktive Sterbehilfe*, S. 456; Negri, *Universal Human Rights*, S. 21; Nowak, *CCPR-Kommentar*, Art. 6 N 37; Opsahl, *Right to Life*, S. 222: «At most there could be a legalization, permission or non-prosecution for 'active death help', as a further, purpose-oriented exception from the prohibition of intentional deprivation of life.»

818 Candrea/Scholl, *Rahmenbedingungen*, S. 256; Hangartner, *Sterbehilfe*, S. 78; Schubarth, *Tötung*, S. 12.

819 Breitenmoser, *Sterbehilfe*, S. 182: «[...] dass bei einer Einwilligung des im Einzelfall vom Schutzbereich von Art. 2 EMRK erfassten Individuums von vornherein kein Grundrechtseingriff vorliegt. Denn Schutzgut von Art. 2 EMRK ist sowohl nach dessen Wortlaut als auch nach dem Gerichtshof nicht das Leben, sondern das Recht auf Leben.» Siehe auch Kneis, *Grundrechte*, S. 258: «Eine mit Einwilligung des Rechtsträgers vorgenommene Massnahme ist nicht als Eingriff zu qualifizieren.» Für Deutschland: Bernert-Auerbach, *Aktive Sterbehilfe*, S. 203: «Die Änderung des § 216 StGB würde keinen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts auf Leben darstellen.»

820 BSK BV-Tschentscher, Art. 10 N 24: «Erfolgt die Sterbehilfe mit tatsächlicher oder mutmasslicher Einwilligung des Sterbewilligen, so liegt [...] ein wirksamer Grundrechtsverzicht vor.» Gemäss Donatsch, *Sterbehilfe*, S. 141, lässt sich aus dem Recht auf Leben kein Verbot von Eingriffen im Einverständnis mit dem Betroffenen ableiten.

nur eine Tötung bei expliziter Einwilligung, nicht aber eine auf den mutmasslichen Willen gestützte Tötung, gerechtfertigt werden könne<sup>821</sup>.

### 1.1. Europarat

Die parlamentarische Versammlung des Europarats hat in einer Empfehlung aus dem Jahr 1999 festgehalten, dass der Sterbewunsch eines terminal kranken Menschen keine auf den Tod abzielende Handlungen rechtfertige<sup>822</sup>. Im April 2005 wurde der Entwurf für eine Resolution betreffend PatientInnen am Lebensende im Anschluss an die Diskussion und Abstimmung über 70 Änderungsanträge von der parlamentarischen Versammlung verworfen<sup>823</sup>. In dieser letztlich nicht verabschiedeten Resolution wären die Mitgliedstaaten des Europarats dazu aufgefordert worden, sich mit den in den Niederlanden und in Belgien eingeführten Gesetzen, mit denen die Tötung auf Verlangen in gewissen Fällen legalisiert wurde, auseinanderzusetzen<sup>824</sup>. Dem Explanatory Memorandum von DICK MARTY lässt sich im Rahmen einer rhetorischen Frage entnehmen, dass der Autor die Legalisierung der Tötung auf Verlangen als zulässig erachtet<sup>825</sup>. In einer Resolution aus dem Jahr 2012 hat die parlamentarische Versammlung des Europarats festgehalten, dass «Euthanasia» immer verboten sein müsse. Mit dem Begriff «Euthanasia» scheint hier aber ausnahmsweise nicht die Tötung auf Verlangen gemeint zu sein, sondern die Tötung gestützt auf mutmassliche Interessen («alleged benefit»)<sup>826</sup>.

821 Schefer, Kerngehalte, S. 409: «Kerngehalte stehen daher aktiver Sterbehilfe dann jedenfalls nicht entgegen, wenn diese die einzige Möglichkeit darstellt, um die Würde des Betroffenen zu wahren und er darin eingewilligt hat».

822 Parlamentarische Versammlung des Europarates, [Recommendation 1418 \(1999\)](#), Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying, Ziff. 9.c.3: «recognising that a terminally ill or dying person's wish to die cannot of itself constitute a legal justification to carry out actions intended to bring about death».

823 Parlamentarische Versammlung des Europarates, [Report of debates, 2005 Ordinary Session, Wednesday 27 April 2005](#) : «The draft resolution in Document 10455, as amended, is rejected.».

824 Council of Europe, Report from the Social, Health and Family Affairs Committee, Assistance to patients at end of life, 9 February 2005 ([Doc. 10455](#) ), I. Draft resolution, Ziff. 6.i.: «The Assembly, being perfectly well aware that in the current situation and in view of the diversity of cultural and religious sensitivities in the member States, it is hardly possible to recommend a universal model for all to follow, nevertheless recommends that member States of the Council of Europe should: analyse objectively and in depth the experience with the legislation introduced in the Netherlands and Belgium and the bills on the subject currently being discussed in other countries;».

825 Council of Europe, Report from the Social, Health and Family Affairs Committee, Assistance to patients at end of life, 9 February 2005 ([Doc. 10455](#) ), II. Explanatory memorandum by Mr Marty, Ziff. 51: «Will we, can we seriously contend that by partially decriminalising euthanasia the parliaments of these two countries are treating human life with contempt or indifference, or are indeed guilty of grave neglect in their duty to protect such life?».

826 Council of Europe, Parliamentary Assembly, [Resolution 1859 \(2012\)](#) : Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients, Ziff. 5: «Euthanasia, in the sense of the intentional killing by act or omission of a dependent human being for his or her alleged benefit, must always be prohibited.».

## 1.2. Rechtsprechung des EGMR

Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich bis heute nie explizit zur Tötung auf Verlangen geäußert<sup>827</sup>. Die Tötung auf Verlangen («Euthanasia») wurde einzig im Entscheid Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich aus dem Jahr 2015 thematisiert. Paul Lamb sah im Verbot der Tötung auf Verlangen eine Verletzung von Art. 8 und 14 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und Diskriminierungsverbot)<sup>828</sup>. Der Gerichtshof trat nicht auf die Beschwerde ein<sup>829</sup>, weil der Beschwerdeführer im Verfahren vor dem UK Supreme Court lediglich das Verbot der Suizidbeihilfe und nicht das Verbot der Tötung auf Verlangen beanstandet hatte<sup>830</sup>. Mit dem Entscheid des EGMR wurde auch auf eine weitere Beschwerde nicht eingetreten, bei der es um die Zulässigkeit des Verbots der Suizidbeihilfe ging<sup>831</sup>. Die diesbezüglichen Erwägungen des Gerichts werden im Abschnitt zur Suizidhilfe dargestellt.

Gemäss MATHIEU beginnt sich der Gerichtshof von der Auffassung, wonach ein absolutes Verbot der Tötung auf Verlangen zulässig sei, zu entfernen<sup>832</sup>. MATHIEU leitet aus dem Pretty-Urteil des EGMR sogar ab, dass nationales Recht in bestimmten Fällen die Tötung auf Verlangen zulassen sollte<sup>833</sup>.

## 1.3. UNO-Pakt II

Der General Comment zum Recht auf Leben (Art. 6 UNO-Pakt II) hält fest, dass Vertragsstaaten, die dem medizinischen Fachpersonal lebensverkürzende Handlungen gestatten, solide rechtliche und institutionelle Garantien sicherstellen

827 Negri, *Universal Human Rights*, S. 21; Rainey/Wicks/Ovey, *ECHR*, S. 180; vgl. auch die [Zusammenstellung der EGMR-Urteile zum Thema «End of life and the European Convention on Human Rights»](#) (Stand Januar 2018).

828 *Urteil des EGMR 2478/15 und 1787/15* vom 23. Juni 2015 (Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 87. Darüber hinaus machte der Beschwerdeführer auch eine Verletzung von Art. 6 und 13 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren und Recht auf wirksame Beschwerde) geltend.

829 *Urteil des EGMR 2478/15 und 1787/15* vom 23. Juni 2015 (Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 95.

830 *Urteil des EGMR 2478/15 und 1787/15* vom 23. Juni 2015 (Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 93: «However, it is clear that before the Supreme Court the applicants pursued grounds of appeal concerning the prohibition on assisted suicide only. [...] The second applicant has not explained why he did not pursue before the Supreme Court his argument that there should be a judicial procedure to authorise voluntary euthanasia in certain circumstances.»

831 *Urteil des EGMR 2478/15 und 1787/15* vom 23. Juni 2015 (Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 86.

832 Mathieu, *Right to life*, S. 70 f.: «The very few relevant constitutional-court judgments support the ban on euthanasia on the ground that it constitutes a violation of the basic prohibition on intentional killing. The European Court of Human Rights, however – probably in response to legislative developments in some European countries – is beginning to move away from that approach. In effect, the question now being asked concerns the existence of a right to death.»

833 Mathieu, *Right to life*, S. 78: «By refusing to condemn it, the court implicitly acknowledged that national law should, in certain cases, permit intentional killing even though the Convention strictly forbade it.»

müssen. Diese müssen gewährleisten, dass das medizinische Personal in Übereinstimmung mit einer frei getroffenen, informierten, ausdrücklichen und unmissverständlichen Entscheidung der PatientInnen handelt. PatientInnen sollen so vor Druck und Missbrauch geschützt werden<sup>834</sup>.

Das UN Human Rights Committee hat in der Zulassung der Tötung auf Verlangen in den Niederlanden keine Verletzung des Rechts auf Leben erkannt<sup>835</sup>. In seinen Concluding observations betreffend die Niederlande hat es im Jahr 2001 lediglich empfohlen, einzelne Punkte des niederländischen Gesetzes zu revidieren, um sicherzustellen, dass die darin aufgestellten Kriterien nicht aufgrund unzulässigen Drucks umgangen werden<sup>836</sup>. Es hat zudem seine Besorgnis dahingehend ausgedrückt, dass eine solche Praxis im Laufe der Zeit zur Routine und zu einer kaum voraussehbaren Nichtbeachtung der strikten Voraussetzungen führen könnte. Aufgrund der hohen Fallzahlen äusserte es sodann Bedenken hinsichtlich der Frage, ob die Tötung auf Verlangen tatsächlich nur in Extremfällen, in denen alle Voraussetzungen zweifellos erfüllt seien, durchgeführt werde<sup>837</sup>. Weitere Vorbehalte betrafen die Anwendbarkeit des Gesetzes auf Minderjährige<sup>838</sup> und die Tatsache, dass Tötungen auf Verlangen lediglich einer ex-post-Prüfung unterzogen werden<sup>839</sup>. Im Jahr 2009 hat das UN Human Rights Committee in seinen Concluding observations zum vierten Bericht an diesen Empfehlungen festgehalten und darauf gedrängt, dass die niederländische Gesetzgebung im Lichte der Anerkennung des Rechts auf Leben überprüft werde<sup>840</sup>.

834 UNO-Menschenrechtsausschuss, [General comment No. 36: Right to life](#), Ziff. 9: «States parties that allow medical professionals to provide medical treatment or the medical means in order to facilitate the termination of life of afflicted adults, such as the terminally ill, who experience severe physical or mental pain and suffering and wish to die with dignity, must ensure the existence of robust legal and institutional safeguards to verify that medical professionals are complying with the free, informed, explicit and, unambiguous decision of their patients, with a view to protecting patients from pressure and abuse.».

835 Focarelli, [Euthanasia](#), N 31.

836 Human Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Netherlands, 27 August 2001 ([CCPR/CO/72/NET](#)), Ziff. 5 (b): «The Committee is concerned lest such a system may fail to detect and prevent situations where undue pressure could lead to these criteria being circumvented.».

837 Human Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Netherlands, 27 August 2001 ([CCPR/CO/72/NET](#)), Ziff. 5 (b): «The large numbers involved raise doubts whether the present system is only being used in extreme cases in which all the substantive conditions are scrupulously maintained.».

838 Human Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Netherlands, 27 August 2001 ([CCPR/CO/72/NET](#)), Ziff. 5 (c).

839 Human Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Netherlands, 27 August 2001 ([CCPR/CO/72/NET](#)), Ziff. 5 (d).

840 Human Rights Committee, Concluding observations of the Human Rights Committee: Netherlands, 25 August 2009 ([CCPR/C/NLD/CO/4](#)), Ziff. 7.

#### 1.4. Belgien und die Niederlande

In Belgien und den Niederlanden haben der Conseil d'État<sup>841</sup> bzw. der Raad van State<sup>842</sup> die jeweiligen Gesetze zur Legalisierung der Tötung auf Verlangen als EMRK-konform beurteilt<sup>843</sup>. In Belgien hat der Conseil d'État in einer Stellungnahme aus dem Jahr 2001 festgehalten, dass der Entwurf für ein Euthanasie-Gesetz<sup>844</sup> mit Art. 2 EMRK vereinbar sei<sup>845</sup>. Auch in den Niederlanden ist der Raad van State zum Schluss gekommen, dass das Gesetz zur Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und Hilfe bei der Selbsttötung EMRK-konform sei<sup>846</sup>. In der Literatur wird die Vereinbarkeit dieser Regelungen mit dem Recht auf Leben – soweit ersichtlich – nicht thematisiert<sup>847</sup>.

#### 1.5. Bericht der Arbeitsgruppe Sterbehilfe

Die Frage, ob die Legalisierung der Tötung auf Verlangen mit dem Recht auf Leben vereinbar ist, hätte im Rahmen des Berichts zur Motion Ruffy geprüft werden sollen. Im Jahr 1994 verlangte diese Motion, dass aktive Sterbehilfe durch ÄrztInnen auf Wunsch von unheilbar Kranken unter bestimmten engen Bedingungen in der Schweiz straffrei werden sollte<sup>848</sup>. Gestützt darauf wurde eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die im März 1999 vorschlug, bei der Tötung auf Verlangen unter bestimmten Voraussetzungen von einer Strafverfolgung abzusehen<sup>849</sup>.

841 Beim belgischen Conseil d'État ([www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be)) handelt es sich um ein beratendes und rechtsprechendes Organ an der Schnittstelle der legislativen, exekutiven und judikativen Gewalt.

842 Der niederländische Raad van State ([www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)) berät einerseits die Regierung und das Parlament in Sachen Gesetzgebung und amtet andererseits als Verwaltungsgerichtshof.

843 Council of Europe, Report from the Social, Health and Family Affairs Committee, Assistance to patients at end of life, 9 February 2005 (Doc. 10455 ), II. Explanatory memorandum by Mr Marty, Ziff. 11.

844 *Loi relative à l'euthanasie* .

845 Conseil d'État de Belgique, *Avis du 2 Juillet 2001 (Proposition de loi relative à l'euthanasie)*, Ziff. 10: «En résumé, il résulte de ce qui précède que même si elle prévoit une limitation de la protection du droit à la vie accordée jusqu'à présent par la loi, la proposition de loi relative à l'euthanasie soumise pour avis reste dans les limites imposées à la marge d'appréciation de l'autorité nationale par les articles 2 de la CEDH et 6 du PIDCP. En d'autres termes, la proposition de loi n'est pas incompatible avec les dispositions de la convention et du pacte précités».

846 Council of Europe, Report from the Social, Health and Family Affairs Committee, Assistance to patients at end of life, 9 February 2005 (Doc. 10455 ), II. Explanatory memorandum by Mr Marty, Ziff. 24.

847 Englert, Belgium, S. 13 ff.; van Delden, Netherlands, S. 65 ff.; van der Heide, Netherlands, S. 21 ff.

848 Motion Ruffy (Geschäftsnr. 94.3370): Sterbehilfe. Ergänzung des Strafgesetzbuches.

849 *Bericht der Arbeitsgruppe Sterbehilfe an das EJPD* (März 1999), S. 48 (Vorschlag für einen neuen Absatz 2 von Art. 114 StGB): «Hat der Täter eine in ihrer Gesundheit unheilbar beeinträchtigte, kurz vor dem Tod stehende Person getötet, um sie von unerträglichen und nicht behebbaren Leiden zu erlösen, so sieht die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung ab.».

Die Frage nach der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Recht auf Leben wurde im ausführlichen Bericht dieser Arbeitsgruppe erstaunlicherweise nicht vertieft geprüft. Dies, obwohl in der Botschaft zur Bundesverfassung festgehalten ist, dass die aktive Sterbehilfe in jedem Fall untersagt ist<sup>850</sup>. Dem Bericht lässt sich unter dem Titel «Recht auf Leben» lediglich entnehmen, dass die Pflicht des Staates, das Recht auf Leben zu respektieren und zu schützen, in bestimmten Situationen relativiert werden müsse und dass ein Eingriff in das Recht auf Leben dann auf absolute Grenzen stosse, wenn er sich mit der Menschenwürde nicht mehr vereinbaren lasse<sup>851</sup>.

## 2. Darf der Staat die Tötung auf Verlangen verbieten?

Auch die Frage, ob der Staat die Tötung auf Verlangen verbieten darf, ist umstritten. Wenn man der Auffassung folgt, wonach der Staat die Tötung auf Verlangen verbieten *muss*, erübrigt sich die Frage nach der Zulässigkeit eines Verbots. Wird eine Pflicht des Staates zur Bestrafung der Tötung auf Verlangen verneint, ist damit aber noch nichts zur Zulässigkeit eines absoluten Verbots gesagt.

Gemäss BREITENMOSER ist denkbar, dass ein gesetzliches Verbot der Tötung auf Verlangen nicht oder nur beschränkt zulässig ist<sup>852</sup>. In einem Kommentar zu Art. 6 UNO-Pakt II wird die Frage offengelassen, ob es Staaten erlaubt ist, die Tötung auf Verlangen zuzulassen. Wenn es erlaubt wäre, müsste der Staat dafür sorgen, dass die Einwilligung authentisch sei und es müsste genau festgelegt werden, in welcher Form der Verzicht auf das Lebensrecht erfolgen müsste, um gültig zu sein<sup>853</sup>.

Insgesamt erachtet eine Mehrheit der Stimmen in der Lehre ein Verbot der Tötung auf Verlangen als zulässig. Die Diskussion zur Diskriminierung von Menschen, welche ihr Leben nicht ohne Hilfe Dritter beenden können, betrifft in erster Linie Jurisdiktionen, in denen die Suizidhilfe verboten ist. In der Schweiz ist die Suizidhilfe auch dann straffrei, wenn die Drittperson ein Glas mit dem Sterbemittel zum Mund führt oder ein Röhrchen an den Mund setzt<sup>854</sup>. Somit hat das Verbot der Tötung auf Verlangen nicht zur Folge, dass z.B. TetraplegikerInnen die Beendigung des eigenen Lebens verunmöglicht wird.

850 Botschaft BV (BBl 1997 I 1), S. 146.

851 Bericht der Arbeitsgruppe Sterbehilfe an das EJPD (März 1999), S. 22.

852 Breitenmoser, Privatsphäre, S. 135.

853 Dinstein, Right to Life, S. 121: «If a state is permitted to excuse euthanasia, it is indispensable to assure that the consent is authentic and to set the precise form in which waiver of the right to life must be expressed to be valid.»

854 BSK StGB-Schwarzenegger, Art. 115 N 11.

### III. Abbruch oder Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen

Nachfolgend wird zunächst auf die EMRK-Konformität der Strafbarkeit des Behandlungsabbruchs bzw. -verzichts im schweizerischen Recht eingegangen. Daran anschliessend wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen der Abbruch bzw. die Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen gegen den Willen der betroffenen Person, auf Wunsch der betroffenen Person sowie bei fehlender Information über den Patientenwillen zulässig ist. Abschliessend wird das Urteil des EGMR im Fall Lambert gegen Frankreich dargestellt und dessen Bedeutung für die Rechtslage in der Schweiz untersucht.

#### 1. EMRK-Konformität der StGB-Regelung

Die Europäische Kommission für Menschenrechte<sup>855</sup> hat im Jahr 1993 festgehalten, dass die Schweiz ihre Pflicht zum Schutz des Lebens mit den Bestimmungen des Strafgesetzbuches zur Strafbarkeit von Tötungsdelikten erfüllt<sup>856</sup>. Der Beschwerdeführer hatte argumentiert, dass das schweizerische Recht nicht erlaube, Fälle von passiver Sterbehilfe angemessen zu untersuchen. Es gäbe viele Fälle, in denen Menschen infolge passiver Sterbehilfe stürben, ohne dass der Tatbestand der fahrlässigen Tötung erfüllt sei. In diesen Fällen würde das Recht auf Leben der betroffenen Personen verletzt, ohne dass diese Verletzung strafrechtlich verfolgt würde<sup>857</sup>. Der Beschwerdeführer rügte darüber hinaus auch eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens und des Rechts auf wirksame Beschwerde<sup>858</sup>. Die EKMR hat in ihrem Entscheid festgehalten, dass das schweizerische Strafgesetzbuch dem von der EMRK verlangten gesetzlichen Schutz des Lebens entspricht. Dem schweizerischen Gesetzgeber könne daher nicht vorgeworfen werden, dass er keine Bestimmung zur Bestrafung der passi-

855 Die Europäische Kommission für Menschenrechte war ein Organ des Europarats und wurde mit dem Inkrafttreten des [Protokolls Nr. 11 zur EMRK über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus](#) per 1. November 1998 abgeschafft bzw. durch den ständigen Gerichtshof abgelöst.

856 Entscheid der EKMR [20527/92](#) vom 10. Februar 1993 (Widmer gegen Schweiz), E. 1: «La Commission note que le Code pénal suisse punit les atteintes à la vie, notamment dans les cas où le comportement d'une personne remplit les éléments constitutifs de l'homicide par négligence, soit le fait d'avoir causé la mort d'une personne par une imprévoyance coupable en n'usant pas des précautions commandées par les circonstances ou par la situation personnelle de l'auteur. La Commission estime que cette protection accordée par la loi est suffisante pour permettre de dire que l'Etat défendeur a satisfait à l'obligation de protéger la vie, que lui impose l'article 2 (art. 2) de la Convention. Le législateur suisse ne saurait donc être critiqué pour s'être abstenu d'édicter une disposition punissant l'euthanasie passive.».

857 Entscheid der EKMR [20527/92](#) vom 10. Februar 1993 (Widmer gegen Schweiz), Beschwerdepunkt 1: «Il y aurait de nombreux cas où par euthanasie passive, une personne sera décédée, alors que des soins normaux eussent pu la sauver sans que cela ne soit constitutif d'homicide par négligence.».

858 Entscheid der EKMR [20527/92](#) vom 10. Februar 1993 (Widmer gegen Schweiz), Beschwerdepunkte 2 und 3.

ven Sterbehilfe erlassen habe<sup>859</sup>. Aus dem Entscheid geht leider nicht hervor, ob beim Vater des Beschwerdeführers passive Sterbehilfe auf dessen Wunsch geleistet wurde und ob dies aus Sicht der EKMR für die Vereinbarkeit mit dem Recht auf Leben relevant war.

## 2. Abbruch oder Nichtaufnahme gegen den Willen der betroffenen Person

Der Abbruch und die Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen verstossen dann gegen das aus dem Recht auf Leben fliessende Tötungsverbot, wenn sie gegen den Willen der betroffenen Person erfolgen und kausal für den Todeseintritt sind<sup>860</sup>. Bei der Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen ist für eine Strafbarkeit darüber hinaus eine Garantenstellung der nicht handelnden Person erforderlich<sup>861</sup>. Je nachdem, ob die für den Abbruch oder die Nichtaufnahme verantwortliche Person mit Vorsatz oder fahrlässig handelt, erfüllt sie den Straftatbestand der vorsätzlichen (Art. 111 StGB) oder der fahrlässigen Tötung (Art. 117 StGB). In besonderen Fällen ist auch eine Strafbarkeit wegen Mordes (Art. 112 StGB) oder Totschlags (Art. 113 StGB) möglich.

Intensivmedizinische Massnahmen dürfen allerdings nur begonnen oder fortgesetzt werden, wenn Aussicht darauf besteht, dass ein Weiterleben mit angemessener Lebensqualität ausserhalb des akutmedizinischen Umfelds ermöglicht wird<sup>862</sup>. Wenn der Tod unabhängig von der Aufnahme oder Weiterführung lebenserhaltender Massnahmen unmittelbar bevorsteht, sind Abbruch oder Nichtaufnahme von intensivmedizinischen Massnahmen somit auch gegen den Willen der betroffenen Person zulässig<sup>863</sup>. Aufgrund ihrer Wirkungslosigkeit handelt es sich bei diesen Massnahmen nicht um lebenserhaltende Massnahmen<sup>864</sup>. Aus dem Recht auf Leben lässt sich m.a.W. kein Anspruch auf wirkungslose intensivmedizinische Massnahmen ableiten<sup>865</sup>.

Auf die Frage, wann eine medizinische Massnahme wirkungslos ist, gibt es keine eindeutige Antwort. In den Richtlinien der SAMW zum Umgang mit Sterben und Tod wird die Wirkungslosigkeit als Verschlechterung des Zustands der

859 Entscheid der EKMR 20527/92 vom 10. Februar 1993 (Widmer gegen Schweiz), E. 1: «Le législateur suisse ne saurait donc être critiqué pour s'être abstenu d'édicter une disposition punissant l'euthanasie passive.».

860 BSK StGB-Schwarzenegger/Stössel, Vor Art. 111, N 48 ff.

861 BSK StGB-Schwarzenegger/Stössel, Vor Art. 111, N 48; beim Abbruch einer lebenserhaltenden Massnahme ergibt sich die Garantenstellung aus Ingerenz.

862 SAMW-RL Sterben und Tod, Ziff. II.6.1.1. (Unterlassung und Abbruch lebenserhaltender Massnahmen).

863 Candrea/Scholl, Rahmenbedingungen, S. 252; Rehberg, Arzt und Strafrecht, S. 319.

864 Der Begriff «lebenserhaltende Massnahmen» wird jedoch häufig als Sammelbegriff u.a. für künstliche Beatmung oder Ernährung verwendet, unabhängig von der tatsächlichen Wirkung dieser Massnahmen.

865 Urteil des Bundesgerichts 2P.207/1997 vom 16. Januar 1998, E. 2b; Hangartner, Sterbehilfe, S. 82; Mathieu, Right to life, S. 77.

PatientIn unter voller Intensivtherapie definiert. Demgegenüber ist Aussichtslosigkeit dann gegeben, wenn keine Aussicht auf eine Rückkehr in ein angemessenes Lebensumfeld mehr besteht<sup>866</sup>.

Die Nichtaufnahme oder der Abbruch wirkungsloser medizinischer Massnahmen verstossen nicht gegen das Recht auf Leben, da sie keinen Einfluss auf den Todeszeitpunkt haben. Somit sind diese Handlungen oder Unterlassungen vor dem Hintergrund der Rechts auf Leben auch dann zulässig, wenn sie gegen den Willen des sterbenden Menschen vorgenommen werden. Die Menschenwürde gebietet es jedoch, dass vor dem Abbruch einer wirkungslosen Therapie das Gespräch mit dem sterbenden Menschen und ggf. mit den Angehörigen geführt wird. Der Abbruch einer wirkungslosen Massnahme ist anschliessend aber auch dann zulässig, wenn der sterbende Mensch oder die Angehörigen die Weiterführung verlangen. Die Weiterführung wirkungsloser medizinischer Massnahmen kann auch gegen das Recht auf Schutz vor unmenschlicher Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV) verstossen. Diese Thematik wird im entsprechenden Kapitel behandelt<sup>867</sup>.

Anders zu bewerten sind der Abbruch oder die Nichtaufnahme medizinischer Massnahmen, die nicht wirkungslos, sondern lediglich aussichtslos sind. Aussichtslosigkeit ist gemäss SAMW-Richtlinien dann gegeben, wenn keine Aussicht auf eine Rückkehr in ein angemessenes Lebensumfeld mehr besteht<sup>868</sup>. Bei dieser Definition fliessen im Unterschied zur klarer festgelegten Wirkungslosigkeit (Verschlechterung des Zustands unter voller Intensivtherapie) persönliche Wertungen mit ein. Menschen haben unterschiedliche Vorstellungen davon, was ein angemessenes Lebensumfeld ist. Der Abbruch oder die Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen sind bei Aussichtslosigkeit deshalb nur mit dem Einverständnis der betroffenen Person oder, wenn diese urteilsunfähig ist, ihrer Angehörigen zulässig. Die entsprechende Regelung im Erwachsenenschutzrecht ist unter dem Blickwinkel des Rechts auf Leben nicht zu beanstanden<sup>869</sup>. Der Abbruch oder die Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen verstösst m.a.W. trotz Aussichtslosigkeit gegen das Recht auf Leben, wenn die betroffene Person im Wissen um die Aussichtslosigkeit (d.h. die fehlende Aussicht auf eine Rückkehr in ein angemessenes Lebensumfeld) die Aufnahme oder Weiterführung dieser Massnahmen wünscht. Denn das künstlich verlängerte Leben darf auch bei Sterbenden nicht als sinnlos qualifiziert werden<sup>870</sup>. Es besteht immer die Möglichkeit, dass das Lebensumfeld nur aus Sicht des Behandlungsteams kein angemessenes

866 SAMW-RL Sterben und Tod, Ziff. III.1. (Glossar).

867 § 10, II (Verbot unmenschlicher Behandlung).

868 SAMW-RL Sterben und Tod, Ziff. III.1. (Glossar, S. 32).

869 Zoryan, Patientenverfügung, S. 83 und 101 f.

870 Donatsch, Ernähren, S. 1049.

mehr ist, während die betroffene Person dasselbe Lebensumfeld als angemessen empfindet.

Für zerebral schwerst geschädigte Menschen gilt nichts anderes. Weil diese in der Regel nicht (mehr) kommunizieren können<sup>871</sup>, ist es ihnen nicht möglich, einen allenfalls bestehenden Willen auf Weiterführung lebenserhaltender Massnahmen auszudrücken. Der Abbruch lebenserhaltender Massnahmen ist auch bei zerebral schwerst geschädigten Menschen nur zulässig, wenn dies ihrem mutmasslichen Willen entspricht.

### 3. Abbruch oder Nichtaufnahme auf Wunsch der betroffenen Person

Das Recht auf Leben ist nicht verletzt, wenn eine lebenserhaltende Massnahme auf Wunsch der betroffenen Person abgebrochen oder gar nicht erst aufgenommen wird<sup>872</sup>. Dieser Wunsch kann von einer urteilsfähigen Person direkt geäussert werden oder bei fehlender Urteilsfähigkeit zu einem früheren Zeitpunkt geäussert worden sein. Die Biomedizinkonvention sieht in Art. 9 explizit vor, dass früher geäusserte Wünsche im Hinblick auf eine medizinische Intervention zu berücksichtigen sind. Die parlamentarische Versammlung des Europarats hat in ihrer Empfehlung zum Schutz der Menschenrechte und der Würde von terminal Erkrankten und Sterbenden festgehalten, dass die Ablehnung spezifischer medizinischer Behandlungen in einer Patientenverfügung zu beachten ist<sup>873</sup>.

Der Entscheid, auf eine lebenserhaltende Behandlung zu verzichten, ist sowohl durch das Recht auf Leben als auch durch das Recht auf persönliche Freiheit und die Menschenwürde geschützt<sup>874</sup>. Die EMRK schützt diesen Entscheid im Rahmen des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens<sup>875</sup>. Dies gilt selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, dass die Person von der lebenserhaltenden Funktion des Massnahme weiss und dementsprechend den Tod als

871 In der Präambel der [SAMW-Richtlinien zur Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten](#) werden diese wie folgt definiert: «Zerebral schwerst geschädigte Langzeitpatienten sind Menschen, bei welchen krankheits- oder verletzungsbedingte Hirnschädigungen zu einem langdauernden Zustand persistierender Bewusstlosigkeit oder schwerster Beeinträchtigung des Bewusstseins mit höchstwahrscheinlich irreversiblen Verlust der Kommunikationsfähigkeit geführt haben. Ein Wiedererlangen des Bewusstseins oder selbstständiger Willensäusserungen ist kaum mehr zu erwarten.».

872 Hangartner, Sterbehilfe, S. 76; Jaag/Rüssli, Sterbehilfe, S. 119; Kiener, Suizidhilfe, S. 275; Mathieu, Right to life, S. 74 f.; Müller/Schefer, Grundrechte, S. 153.

873 Parlamentarische Versammlung des Europarates, [Recommendation 1418 \(1999\)](#), Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying, Ziff. 9.b.4: «to ensure that a currently incapacitated terminally ill or dying person's advance directive or living will refusing specific medical treatments is observed.».

874 Hangartner, Sterbehilfe, S. 79.

875 Urteil des EGMR [2346/02](#) vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 63; Wildhaber, Kommentar Art. 8 EMRK, N 270.

Folge des Abbruchs in Kauf nimmt<sup>876</sup>. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, liegt ein wirksamer Grundrechtsverzicht vor<sup>877</sup>. Der Staat muss sicherstellen, dass ein Entscheid über die Beendigung des Lebens tatsächlich dem freien Willen des Sterbewilligen entspricht<sup>878</sup>.

Die fehlende Einwilligung in die Fortführung oder Aufnahme einer lebenserhaltenden Massnahme ist unabhängig von der Nachvollziehbarkeit des Sterbewillens zwingend zu beachten. Dies gilt somit auch in Situationen, in denen ein Mensch bei Aufnahme oder Weiterführung der lebenserhaltenden Massnahme noch lange und ohne gesundheitliche Einschränkungen weiterleben würde. Die Auffassung, wonach der Wille zum Behandlungsabbruch nur beim Leiden an einer unheilbaren Krankheit verbindlich sein soll<sup>879</sup>, ist in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Meinung zu dieser Frage<sup>880</sup> abzulehnen.

Bei entsprechendem Wunsch der betroffenen Person sind der Abbruch oder die Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen nicht nur zulässig, es besteht vielmehr ein Anspruch darauf<sup>881</sup>. Das in Art. 10 Abs. 2 BV und in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf persönliche Freiheit geht dem Recht auf Leben vor und führt zu einem Anspruch auf Abbruch bzw. Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen. Die Aufnahme oder Weiterführung von lebenserhaltenden Massnahmen gegen den Willen der betroffene Person verletzen nicht nur deren Recht auf persönliche Freiheit, sondern infolge fehlender bzw. weggefallener Einwilligung auch das Recht auf körperliche Integrität. Aus dem Anspruch auf Abbruch oder Nichtaufnahme von lebenserhaltenden Massnahmen ergibt sich eine staatliche Schutzpflicht zur Gewährleistung, dass der entsprechende Wunsch respektiert wird<sup>882</sup>.

Es kommt vor, dass eine Person in der Vergangenheit festgelegt hat, dass sie unter gewissen Voraussetzungen die Aufnahme oder Weiterführung lebenserhaltender Massnahmen ablehnt und beim Eintritt dieser Voraussetzungen nicht mehr urteilsfähig ist. Wenn Anzeichen dafür bestehen, dass die Person in dieser Situation weiterleben möchte, gebietet es das Recht auf Leben, die lebenserhaltenden Massnahmen weiterzuführen bzw. aufzunehmen. Schwierig zu beurteilen sind jedoch Situationen, in denen keine konkreten Äusserungen mehr möglich

876 Hangartner, Sterbehilfe, S. 73: «Es ist aber darauf zu achten, dass der Wunsch eines Patienten, ihn sterben zu lassen, tatsächlich seinem Willen entspricht.»

877 BSK BV-Tschemtscher, Art. 10 N 24.

878 Hangartner, Sterbehilfe, S. 73; Jaag/Rüssli, Sterbehilfe, S. 119.

879 Schweizer, St.Galler Kommentar, Art. 10 N 22.

880 Arzt, Tod, S. 310 f.; Burkart, Würde, S. 126; Hangartner, Sterbehilfe, S. 79; Jaag/Rüssli, Sterbehilfe, S. 120; Kiener, Suizidhilfe, S. 275; Mathieu, Right to life, S. 75; Müller/Schefer, Grundrechte, S. 153; Wildhaber, Kommentar Art. 8 EMRK, N 270.

881 Urteil des EGMR [2346/02](#) vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 63; Candreia/Scholl, Rahmenbedingungen, S. 251; Hangartner, Sterbehilfe, S. 72; Wildhaber, Kommentar Art. 8 EMRK, N 272.

882 Hangartner, Sterbehilfe, S. 73.

sind, wie zum Beispiel bei einer fortgeschrittenen Demenz. Es ist umstritten, ob in solchen Fällen von einer allgemeinen Zufriedenheit auf einen Willen zum Weiterleben geschlossen werden muss, welcher den im Vorfeld geäußerten Willen umstößt. Während GETH in solchen Fällen das Sterbenlassen von Demenzen trotz sichtbarer Lebensfreude bei einem sogenannten «Identitätsbruch» befürwortet<sup>883</sup>, können gemäss AEBI-MÜLLER die Äusserungen von Urteilsunfähigen im Rahmen der Bestimmung des mutmasslichen Willens «durchaus von entscheidender Bedeutung sein»<sup>884</sup>.

#### 4. Abbruch oder Nichtaufnahme bei fehlender Information über den Patientenwillen

Häufig ist nicht bekannt, ob Menschen, deren Leben von der Aufnahme oder Weiterführung lebenserhaltenden Massnahmen abhängt, diese Massnahmen wünschen oder nicht. Aus dem Recht auf Leben fliesst eine staatliche Schutzpflicht zur Festlegung des Vorgehens bei unbekanntem Patientenwillen<sup>885</sup>. Bei Konstellationen, in denen der Abbruch oder die Nichtaufnahme selbst gegen den Willen der betroffenen Person zulässig sind (vgl. oben), ist dies auch bei fehlender Information über den Patientenwillen erlaubt. Der Abbruch oder die Nichtaufnahme von lebenserhaltenden Massnahmen ist auch bei urteilsunfähigen Menschen zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dies ihrem Willen entspricht. Solche Anhaltspunkte können sich aus einer Patientenverfügung oder aus früheren Gesprächen mit Angehörigen oder mit dem Behandlungspersonal ergeben<sup>886</sup>.

Der Begriff des mutmasslichen Willens ist jedoch breiter und lässt auch die Berücksichtigung von wenig konkreten Anhaltspunkten wie z.B. allgemeinen Präferenzen der betroffenen Person zu. Hinzu kommt die Möglichkeit, dass sich häufig nicht überprüfen lässt, was Angehörige oder Dritte von der betroffenen Person behaupten gehört zu haben<sup>887</sup>. Aus diesem Grund ist die Figur des mutmasslichen Willens als Grund für den Abbruch oder die Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen gemäss HANGARTNER grundrechtlich bedenklich<sup>888</sup>. Unter den Begriff des mutmasslichen Willens fällt sowohl der kurz vor Eintritt einer Bewusstlosigkeit klar geäußerte und auf umfassender Information basierende Wille als auch ein mutmasslicher Wille, der auf wenig konkreten und vor langer Zeit empfundenen Präferenzen basiert. Dies ist bei der Zulässigkeit des Ab-

883 Geth, Sterbehilfe, S. 80 ff.

884 Aebi-Müller et al., Arztrecht, S. 189.

885 Zoryan, Patientenverfügung, S. 83.

886 Mathieu, Right to life, S. 79.

887 Siehe dazu Rixen, Euthanasie, S. 697 («Der mutmaßliche Wille als Einfallstor der Fremdbestimmung»).

888 Hangartner, Sterbehilfe, S. 81.

bruchs oder der Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen und der dazu erforderlichen Abwägung zwischen dem Recht auf Leben und dem Recht auf persönliche Freiheit zu berücksichtigen. Es ist m.a.W. zulässig, lebenserhaltende Massnahmen gestützt auf einen hinreichend konkreten mutmasslichen Willen abzubrechen oder gar nicht erst aufzunehmen. Demgegenüber ist umstritten, ob das Recht auf Leben verletzt ist, wenn solche Massnahmen lediglich gestützt auf diffuse und/oder vor langer Zeit geäusserte Präferenzen der betroffenen Person eingestellt bzw. nicht aufgenommen werden. Nach Ansicht von SCHWEIZER ist fremdbestimmte passive Sterbehilfe «nur in einem eng begrenzten Kreis von Fällen rechtlich zulässig»<sup>889</sup>. Gemäss HANGARTNER «[trägt] die Berufung auf den mutmasslichen Willen [...] die Tendenz in sich, die Fälle passiver Sterbehilfe unangemessen auszudehnen und damit das Grundrecht auf Leben zu verletzen»<sup>890</sup>. JAAG/RÜSLI bejahen die Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs oder -verzichts gestützt auf den mutmasslichen Willen nach dem Einsetzen des Sterbeprozesses sowie bei zerebral schwerst Geschädigten und lassen offen, ob allenfalls sogar ein Anspruch darauf besteht<sup>891</sup>.

Der EGMR hat in einem Urteil aus dem Jahr 2015 eine Verletzung des Rechts auf Leben durch die Einstellung lebenserhaltender Massnahmen verneint und in der Begründung unter anderem einen Satz aus dem Urteil der Vorinstanz (Conseil d'État, Frankreich) zitiert. Der Conseil d'État hatte festgehalten, «dass dann, wenn die Wünsche eines Patienten unbekannt sind, nicht angenommen werden könne, er würde es ablehnen, am Leben erhalten zu werden»<sup>892</sup>. Aus dem Urteil des EGMR geht jedoch nicht hervor, ob er sich dieser Auffassung vollumfänglich anschliesst und ob das Recht auf Leben verletzt wäre, wenn die Wünsche einer PatientIn unbekannt sind. Er hält lediglich fest, dass das französische Gesetz und seine Interpretation durch den Conseil d'État den Anforderungen von Art. 2 EMRK genügen<sup>893</sup>. Das Urteil des EGMR wird im Folgenden ausführlich besprochen<sup>894</sup>.

In einem Fall aus dem Jahr 2004 hat der EGMR die Rechtmässigkeit eines Rea-Nein-Eintrags ohne Rücksprache mit dem Betroffenen bzw. dessen Mutter nicht geprüft, weil er aus anderen Gründen (Gabe von Morphium trotz Ablehnung durch die Mutter) eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt hat<sup>895</sup>.

889 Schweizer, St.Galler Kommentar, Art. 10 N 22, wobei der Autor kurz davor auch schreibt, dass der Wille des Kranken auf Verzicht lebenserhaltender Massnahmen klar erkennbar sein müsse, was die fremdbestimmte passive Sterbehilfe gänzlich ausschliessen würde.

890 Hangartner, Sterbehilfe, S. 82.

891 Jaag/Rüssli, Sterbehilfe, S. 121.

892 Zitiert aus der [deutschen Übersetzung des EGMR-Urteils \(NLMR 3/2015\)](#), Ziff. 159.

893 Urteil des EGMR [46043/14](#) vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 160.

894 § 6, III, 5 (Urteil des EGMR zum Behandlungsabbruch).

895 Urteil des EGMR [61827/00](#) vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 83: «In view of that conclusion, it does not consider it necessary to examine separately the applicants' com-

### 5. Urteil des EGMR zum Behandlungsabbruch

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Urteil Lambert et al. gegen Frankreich den Abbruch lebenserhaltender Massnahmen bei einer dauernd kommunikationsunfähigen PatientIn als EMRK-konform beurteilt und eine Verletzung des Rechts auf Leben verneint<sup>896</sup>.

Vincent Lambert erlitt bei einem Autounfall im Jahr 2008 schwere Kopfverletzungen, war seither Tetraplegiker (gleichzeitige Lähmung aller vier Gliedmassen) und befand sich in einem Zustand völliger Abhängigkeit<sup>897</sup>. Im Jahr 2011 wurde sein Status als minimal-bewusst und im Jahr 2014 als chronisch vegetativ beurteilt<sup>898</sup>. Gestützt auf das französische Gesetz zu Patientenrechten und Lebensende<sup>899</sup> entschied der zuständige Arzt im Jahr 2012 unter Einbezug der Ehefrau von Vincent Lambert, die Ernährung einzustellen und die Flüssigkeitszufuhr zu reduzieren<sup>900</sup>. Diese Entscheidung wurde u.a. von den Eltern des Betroffenen angefochten. Es folgten mehrere Gerichtsentscheide<sup>901</sup>, wobei der Conseil d'État als letzte innerstaatliche Instanz mit Urteil vom 24. Juni 2014 festhielt, dass die Entscheidung des Arztes zur Einstellung der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr rechtmässig sei<sup>902</sup>. Dieses Urteil wurde sodann an den EGMR weitergezogen, der zunächst das entsprechende Gesetz unter dem Blickwinkel des Rechts auf Leben überprüfte und dann sowohl das Gesetz als auch die Umsetzung im konkreten Fall als EMRK-konform beurteilte.

#### 5.1. Allgemeine Erwägungen des Gerichtshofs

Der Gerichtshof hält zunächst fest, dass die vom Conseil d'État erlaubte Einstellung der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr nicht gegen die (negative) staatliche Pflicht zur Unterlassung von Tötungen verstosse<sup>903</sup>. In der Folge wird untersucht, ob der Staat seine aus dem Recht auf Leben fliessenden (positiven) Schutzpflichten wahrgenommen hat. Art. 2 EMRK verpflichtet den Staat zum Treffen geeigneter Vorkehrungen zum Schutz des Lebens. Im Bereich Public Health verlangen diese Verpflichtungen von Staaten, dass sie Regulierungen er-

plaint regarding the inclusion of the DNR notice in the first applicant's case notes without the consent and knowledge of the second applicant.»

896 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 182.

897 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 11.

898 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 11 und 13.

899 *Loi no 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.*

900 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 14.

901 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 16-44.

902 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 45-51.

903 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 124.

lassen, die öffentliche und private Spitäler dazu zwingen, geeignete Massnahmen für den Schutz des Lebens ihrer PatientInnen zu ergreifen<sup>904</sup>.

Die Prüfung der Einhaltung staatlicher Schutzpflichten durch den EGMR erfolgt in drei Schritten: Zunächst wird untersucht, ob im inländischen Recht ein regulatorischer Rahmen besteht, der mit den Anforderungen von Art. 2 EMRK kompatibel ist. Sodann wird überprüft, ob zu einem früheren Zeitpunkt geäusserte Wünsche des Betroffenen und von ihm nahestehenden Personen sowie von weiterem medizinischem Personal berücksichtigt wurden. Schliesslich müssen Möglichkeiten zur Anrufung eines Gerichts gegeben sein, für den Fall, dass Zweifel hinsichtlich der für die PatientIn besten Entscheidung bestehen<sup>905</sup>.

Vor der Anwendung auf den konkreten Fall weist der Gerichtshof darauf hin, dass unter den Mitgliedstaaten des Europarats kein Konsens hinsichtlich der Zulässigkeit eines Verzichts auf künstliche lebensverlängernde Behandlung besteht, wengleich dies in der Mehrheit der Staaten erlaubt ist<sup>906</sup>. Dementsprechend muss den Mitgliedstaaten im Bereich des Lebensendes ein Beurteilungsspielraum («margin of appreciation») zugestanden werden, der sich nicht nur auf die Zulässigkeit des Abbruchs künstlicher lebenserhaltender Massnahmen und deren Regelung bezieht, sondern auch auf die Mittel zum Ausgleich zwischen dem Schutz des Rechts auf Leben und dem Schutz des Rechts auf Achtung des Privatlebens und der Selbstbestimmung. Nichtsdestotrotz ist der Beurteilungsspielraum nicht unbegrenzt, weshalb sich der Gerichtshof die Befugnis zur Überprüfung des Einhaltens von Pflichten aus Art. 2 EMRK durch die Staaten vorbehält<sup>907</sup>.

## 5.2. Gesetzlicher Rahmen in Frankreich

Zum gesetzlichen Rahmen hält der Gerichtshof fest, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes im Urteil des Conseil d'État festgelegt worden ist. Dieser hatte festgehalten, dass sowohl aus dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen als auch aus den parlamentarischen Beratungen klar hervorgehe, dass die Bestimmungen auf alle NutzerInnen des Gesundheitssystems anwendbar sind, unabhängig davon, ob diese sich am Lebensende befinden oder nicht. Auch der Berichterstatter des Gesetzes zu Patientenrechten und Lebensende bestätigte, dass dieses auf PatientInnen mit einer Hirnschädigung anwendbar sei, die sich in einem schlechten und unheilbaren Zustand befinden, ohne dass sie darüber hinaus am Lebensende stehen müssen<sup>908</sup>.

904 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 140.

905 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 143.

906 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 147.

907 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 148.

908 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 152 f.

Unter dem Titel «The concept of treatment» äussert sich der Gerichtshof zur Frage, ob die Einstellung der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr vom Gesetz erfasst wird. Dies hängt davon ab, ob die künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr als Behandlung qualifiziert wird, weil das Gesetz nur die Beschränkung oder den Abbruch einer *Behandlung* zulässt und die Beschwerdeführer argumentiert haben, bei der künstlichen Ernährung handle es sich um eine Form von *Pflege*. Der Gerichtshof zitiert zunächst den Conseil d'État, der gestützt auf den Gesetzestext und die parlamentarischen Beratungen festhielt, dass auch künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr als Form der Behandlung gelten<sup>909</sup>. Sodann verweist der Gerichtshof auf den Leitfaden des Europarats zum Prozess der Entscheidungsfindung zur medizinischen Behandlung am Lebensende. Dieser hält fest, dass nicht nur Eingriffe mit dem Ziel der Verbesserung des Gesundheitszustands als Behandlungen gelten, sondern auch Massnahmen, die sich einzig auf die Symptome auswirken oder Eingriffe als Reaktion auf Organ dysfunktionen<sup>910</sup>. Im Leitfaden wird auch darauf hingewiesen, dass die künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr in einzelnen Mitgliedstaaten als (unter gewissen Voraussetzungen einstellbare) Behandlung und in anderen als Pflege, die nur im Endstadium und auf Wunsch der PatientIn eingestellt werden darf, qualifiziert wird<sup>911</sup>.

Nach dem französischen Gesundheitsgesetz gilt eine Behandlung als therapeutischer Übereifer («obstination déraisonnable»), wenn sie nutzlos oder unverhältnismässig ist oder keinen anderen Effekt als eine künstliche Lebenserhaltung hat<sup>912</sup>. Im Fall von Vincent Lambert wurde das letzte dieser drei Kriterien angewendet und die BeschwerdeführerInnen machten geltend, dieses sei zu unpräzise. Im Verfahren vor dem Conseil d'État äusserte sich der Berichterstatter des Patientenrechte- und Lebensende-Gesetzes dahingehend, dass mit dieser Formulierung eine künstliche Lebenserhaltung «im rein biologischen Sinn, unter Umständen, wo erstens der Patient einen schweren irreversiblen Hirnschaden hat und zweitens sein Zustand keine Aussicht auf Wiedererlangen von Selbstwahrnehmung oder Beziehungen mit anderen erwarten lässt»<sup>913</sup>, gemeint sei. In die

909 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 154.

910 Europarat, *Leitfaden zum Prozess der Entscheidungsfindung zur medizinischen Behandlung am Lebensende*, S. 13.

911 Europarat, *Leitfaden zum Prozess der Entscheidungsfindung zur medizinischen Behandlung am Lebensende*, S. 14.

912 Art. L. 1110-5 Abs. 2 Code de la santé publique: «Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris.»

913 Originalzitat aus der *französischsprachigen Fassung des Urteils*, Ziff. 157: «M. Leonetti a précisé que cette formulation, plus stricte que celle initialement envisagée de traitement « qui prolonge artificiellement la vie », était plus restrictive et faisait référence au maintien artificiel de la vie « au sens purement biologique, avec la double caractéristique qu'il s'agit d'un patient présentant des lésions cérébrales majeures et irréversibles et que son état ne présente plus de possibilité de conscience de soi et de vie relationnelle ».

gleiche Richtung äusserte sich der Conseil national de l'ordre des médecins: Wenn ein pathologischer Zustand chronisch geworden sei und dies zu einer physiologischen Verschlechterung und dem Verlust der kognitiven und relationalen Fähigkeiten geführt habe, könne die Weiterbehandlung als therapeutischer Übereifer angesehen werden, sofern keine Anzeichen zur Verbesserung ersichtlich seien<sup>914</sup>.

In der Entscheidung des Conseil d'État äusserte sich dieser zu den Faktoren, welche die Ärzteschaft bei der Beurteilung des Vorliegens von therapeutischem Übereifer zu berücksichtigen hat: Dies sind einerseits medizinische Faktoren, die während einer ausreichend langen Zeitspanne gegeben sein, gemeinsam beurteilt werden und sich auf den aktuellen Zustand der PatientIn beziehen müssen, sowie die Änderungen dieses Zustands, das Ausmass des Leidens und die klinische Prognose. Andererseits sind auch nichtmedizinische Faktoren zu berücksichtigen, insbesondere die Wünsche der PatientIn, die durch die ÄrztIn besonders zu gewichten sind, und die Ansicht der Vertrauensperson, der Familie oder der PatientIn nahestehender Personen<sup>915</sup>.

Der Gerichtshof weist darauf hin, dass der Conseil d'État in seinem Urteil zwei wichtige Schutzmechanismen aufgestellt hat: Erstens hielt er fest, der alleinige Umstand, dass eine Person irreversibel bewusstlos ist oder, a fortiori, dass die Person ihre Autonomie unwiederbringlich verloren hat und demzufolge von Ernährung und Flüssigkeitszufuhr abhängig ist, führt für sich alleine nicht zu einer Situation, bei der die Fortführung der Behandlung als therapeutischer Übereifer ungerechtfertigt wäre. Zweitens hatte der Conseil d'État festgehalten, dass bei fehlendem Wissen über die Patientenwünsche nicht davon ausgegangen werden kann, dass diese die Ablehnung einer lebensverlängernden Behandlung umfassen<sup>916</sup>.

Gestützt auf diese Analyse erachtet der Gerichtshof das französische Gesetz zu Patientenrechten und Lebensende unter Berücksichtigung der Auslegung durch den Conseil d'État als genügend klaren gesetzlichen Rahmen mit Blick auf Art. 2 EMRK. Das Gesetz reguliert präzise die Entscheidungen der ÄrztInnen in Situationen wie jener von Vincent Lambert. Der Gerichtshof kommt daher zum Ergebnis, dass Frankreich mit diesem Gesetz einen angemessenen regulatorischen Rahmen zum Schutz des Lebens der Patientinnen und Patienten erlassen hat<sup>917</sup>.

914 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 157.

915 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 158.

916 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 159.

917 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 160.

### 5.3. Der Entscheidungsprozess

Der Gerichtshof hält fest, dass trotz der Bezeichnung des Entscheidungsprozesses im französischen Recht als «kollektiv» und des Ablaufs mit verschiedenen Konsultationsphasen es letztlich die ÄrztIn ist, die alleine entscheidet. Die Patientenwünsche müssen berücksichtigt werden und die Entscheidung muss begründet und im Patientendossier abgelegt werden<sup>918</sup>. In Ländern, die einen Behandlungsabbruch zulassen, ohne dass eine Patientenverfügung vorliegt, existiert eine grosse Bandbreite von Regelungen zur finalen Entscheidung betreffend den Behandlungsabbruch. Die Entscheidung kann durch die ÄrztIn gefällt werden (dies ist die häufigste Variante), gemeinsam durch ÄrztIn und Familie, durch die Familie, eine Rechtsvertretung oder durch Gerichte<sup>919</sup>.

Der Gerichtshof weist darauf hin, dass das kollektive Verfahren im vorliegenden Fall von September 2013 bis Januar 2014 gedauert hat und dass in jedem Stadium seiner Implementierung die gesetzlichen Anforderungen übertroffen wurden. Während das Verfahren die Konsultation einer zusätzlichen ÄrztIn und ggf. einer weiteren vorsieht, hat der zuständige Arzt vorliegend sechs weitere MedizinerInnen konsultiert, wobei eine davon durch die BeschwerdeführerInnen bestimmt wurde. Er hat zudem ein Treffen mit dem gesamten Pflegeteam sowie zwei Treffen mit der Familie (Ehefrau, Eltern und die acht Geschwister) durchgeführt. Nach diesen Besprechungen sprachen sich die Ehefrau des Betroffenen sowie sechs seiner Geschwister für einen Behandlungsabbruch aus, ebenso fünf der sechs hinzugezogenen ÄrztInnen, während sich die BeschwerdeführerInnen gegen diesen Schritt stellten. Der zuständige Arzt diskutierte die Situation auch mit dem Neffen von Vincent Lambert. Seine Entscheidung umfasste dreizehn Seiten (wobei eine gekürzte Version der Familie vorgelesen wurde) und enthielt eine sehr detaillierte Begründung. Der Conseil d'État hielt in seiner Entscheidung fest, dass die Begründung keine Unregelmässigkeit enthielt<sup>920</sup>.

Der Conseil d'État kam zum Schluss, dass der Arzt im Einklang mit dem Erfordernis zum Einbezug der Familie gehandelt hatte und dass es rechtmässig gewesen ist, die Entscheidung trotz fehlender Einstimmigkeit so zu treffen. Der Gerichtshof hält fest, dass das französische Gesetz die Anhörung der Familie vorsieht (d.h. keine Teilnahme beim Fällen der Entscheidung), ohne für den Fall von Uneinigkeit das Herbeiführen einer Einigung zu verlangen. Auch sieht es keine bestimmte Reihenfolge der Gewichtung der Ansichten von Angehörigen vor, wie dies in anderen Ländern der Fall ist<sup>921</sup>.

918 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 163.

919 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 165.

920 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 166.

921 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 167.

Der Gerichtshof weist auf das Fehlen einer Einigung zu diesem Thema hin und hält fest, dass die Organisation des Entscheidungsfindungsprozesses mitsamt der Bezeichnung der Person, welche die finale Entscheidung fällt, in den staatlichen Beurteilungsspielraum («margin of appreciation») fällt. Er weist darauf hin, dass das Verfahren im vorliegenden Fall lang und sorgfältig ausgefallen ist, wobei die gesetzlichen Anforderungen übertroffen worden sind und hält fest, dass das Verfahren trotz der fehlenden Zustimmung zum Ergebnis durch die Beschwerdeführer den Anforderungen von Art. 2 EMRK genügt<sup>922</sup>.

#### 5.4. Rechtsschutz

Schliesslich untersucht der Gerichtshof die Rechtsbehelfe, welche die Beschwerdeführer ergreifen konnten. Der Gerichtshof weist darauf hin, dass der Conseil d'État den Fall in Vollbesetzung (17 Mitglieder) behandelt habe, was bei Massnahmenverfahren höchst unüblich sei. In seinem Urteil habe der Conseil d'État festgestellt, dass die Untersuchung am Universitätsspital Liège bereits zweieinhalb Jahre zurücklag und befand es für notwendig, möglichst vollständige Informationen zu Vincent Lamberts Gesundheitszustand zu haben. Dazu habe er einen medizinischen Expertenbericht durch drei anerkannte Neurowissenschaftler angeordnet. Zudem habe er aufgrund des Ausmasses und der Schwierigkeit der aufgeworfenen Fragen die nationale Medizinakademie, die nationale Ethikkommission, den nationalen medizinischen Rat und Herrn Jean Leonetti (den Autor des Gesetzes) angefragt, allgemeine Beobachtungen als *Amici Curiae* einzureichen, um insbesondere die Konzepte von therapeutischem Übereifer und künstlicher Lebenserhaltung zu erläutern<sup>923</sup>. Der Gerichtshof weist weiter darauf hin, dass der Expertenbericht sehr fundiert erarbeitet worden sei. Der Conseil d'État habe in seinem Urteil zunächst die Vereinbarkeit der angewendeten Bestimmungen mit Art. 2, 8, 6 und 7 EMRK geprüft und anschliessend die Übereinstimmung der Entscheidung des zuständigen Arztes, Dr. Kariger, mit diesen Bestimmungen beurteilt. Dabei habe er insbesondere festgehalten, dass es aufgrund der Ergebnisse der Experten klar sei, dass Vincent Lamberts klinischer Zustand einem chronisch vegetativen Status entspreche, dass er ernsthafte und grosse Schädigungen erlitten habe, welche in Kombination mit der Zeitspanne von fünf einhalb Jahren seit dem Unfall zum Ergebnis führten, dass der Zustand irreversibel sei und dass eine schlechte klinische Prognose bestehe. Aus Sicht des Conseil d'État bestätigten diese Ergebnisse diejenigen von Dr. Kariger<sup>924</sup>.

922 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 168.

923 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 173.

924 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 175.

Der EGMR stellt fest, dass der Conseil d'État danach strebte, die Wünsche von Vincent Lambert festzustellen. Weil dieser weder eine Patientenverfügung erstellt noch eine Vertretungsperson bestimmt hatte, berücksichtigte der Conseil d'État die Aussagen seiner Frau. Er hielt fest, dass beide als Pflegefachpersonen tätig waren und dementsprechend Erfahrung mit PatientInnen mit lebenserhaltenden Massnahmen und mit Mehrfachbehinderungen hatten, häufig über ihre professionellen Erfahrungen diskutierten und Vincent Lambert den Wunsch geäussert habe, in einem Zustand hochgradiger Abhängigkeit nicht künstlich am Leben erhalten zu werden. Der Conseil d'État hielt fest, dass diese Aussagen, die im Kern von einem der Brüder von Vincent Lambert bestätigt wurden, von Lamberts Frau detailliert und mit den entsprechenden Daten geschildert worden seien. Er berücksichtigte auch, dass mehrere Geschwister von Vincent Lambert angaben, dass diese Schilderungen mit der Persönlichkeit, früheren Erfahrungen und Ansichten ihres Bruders übereinstimmten. Er stellte auch fest, dass die BeschwerdeführerInnen nicht geltend machten, dass Vincent Lambert sich in gegen teiliger Art geäussert hätte. Der Conseil d'État befolgte somit den vom Gesetz verlangten Einbezug der Familie<sup>925</sup>. Schliesslich hält der Gerichtshof fest, dass der Conseil d'État dazu berechtigt war, davon auszugehen, dass die eingereichten Aussagen genügend präzise waren, um festzustellen, welches die Wünsche von Vincent Lambert bezüglich des Abbruch oder der Weiterführung seiner Behandlung waren<sup>926</sup>.

### 5.5. Schlussbemerkungen

Abschliessend weist der Gerichtshof nochmals darauf hin, dass es primär Sache der innerstaatlichen Behörden sei, zu verifizieren, ob die Entscheidung zum Abbruch einer Behandlung mit der innerstaatlichen Gesetzgebung und der EMRK vereinbar sei, und die Wünsche der PatientIn entsprechend dem nationalen Recht festzustellen. Die Rolle des Gerichtshofs bestand darin, zu überprüfen, ob der Staat seine Schutzpflichten gemäss Art. 2 EMRK eingehalten habe. Auf dieser Grundlage kommt der Gerichtshof zum Ergebnis, dass sowohl der gesetzliche Rahmen des nationalen Rechts in seiner Auslegung durch den Conseil d'État als auch der Entscheidungsprozess mit Art. 2 EMRK vereinbar sind. Hinsichtlich der Rechtsbehelfe kommt der Gerichtshof zum Ergebnis, dass der Fall Gegenstand einer detaillierten Untersuchung war, in deren Verlauf alle Ansichten eingebracht und alle Aspekte ausgeglichen berücksichtigt wurden. Damit kommt der Gerichtshof zum Ergebnis, dass die innerstaatlichen Behörden unter Berücksich-

925 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 176.

926 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 180.

tigung des ihnen zustehenden Beurteilungsspielraum ihren aus Art. 2 EMRK fließenden Schutzpflichten entsprochen haben<sup>927</sup>.

### 5.6. Ergebnis

Als Ergebnis hält der Gerichtshof fest, dass Art. 2 EMRK durch die Umsetzung des Urteils des Conseil d'État nicht verletzt würde<sup>928</sup>.

### 5.7. Zusammenfassung

Der EGMR fasst zunächst unter dem Titel «Allgemeine Erwägungen» seine bisherige Rechtsprechung zu Lebensende-Entscheidungen zusammen<sup>929</sup>. Sodann hält er fest, dass unter den Mitgliedstaaten kein Konsens zur Zulässigkeit der Einstellung lebenserhaltender Massnahmen besteht, auch wenn die Mehrheit der Mitgliedstaaten die Einstellung zu erlauben scheine («the majority of States appear to allow it»)<sup>930</sup>. Daraus leitet er einen Beurteilungsspielraum («margin of appreciation») sowohl betreffend die Zulässigkeit der Einstellung lebenserhaltender Massnahmen als auch betreffend die konkrete Ausgestaltung entsprechende Bestimmungen ab. Dieser Beurteilungsspielraum sei jedoch nicht unlimitiert und der Gerichtshof behalte sich vor, zu überprüfen, ob Mitgliedstaaten ihren Verpflichtungen aus Art. 2 EMRK nachkämen<sup>931</sup>. Im Urteil finden sich jedoch keine Kriterien, die den Beurteilungsspielraum konkretisieren<sup>932</sup>.

Anschliessend beschreibt der Gerichtshof detailliert das Vorgehen der ÄrztInnen im konkreten Fall, wobei er immer wieder auf die Beurteilung desselben durch den Conseil d'État verweist. Nur an wenigen Stellen des 61 Seiten umfassenden Urteils finden sich Aussagen, die über den konkreten Fall hinausgehen und die dementsprechend als Richtschnur für die EMRK-Konformität des Behandlungsabbruchs herangezogen werden können.

Die Kernaussage des Urteils lautet somit, dass die französische Regelung des Behandlungsabbruch das Recht auf Leben nicht verletzt. Darüber hinaus lassen sich dem Urteil die folgenden Grundsätze entnehmen:

927 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 181.

928 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 182.

929 Der Abschnitt «General considerations» ist unterteilt in Unterabschnitte zu «Existing case-law» (Ziff. 136 ff.), «The context» (Ziff. 140 ff.) und «The margin of appreciation» (Ziff. 144 ff.). In allen drei Unterabschnitten wird jedoch im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zusammengefasst.

930 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 147.

931 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 148.

932 So auch Rixen, Euthanasie, S. 692: «Der EGMR meint zwar, der Ermessensspielraum sei nicht unbegrenzt und er überprüfe die Einhaltung der aus dem Lebensgrundrecht hergeleiteten Schutzpflicht. Nur benennt er keine Kriterien, anhand derer sich eine Überschreitung des Ermessensspielraums erkennen und überprüfen lässt.».

- Für das Einstellen einer lebenserhaltenden Behandlung ist keine Einigkeit unter den Angehörigen erforderlich<sup>933</sup>.
- Aus Art. 2 EMRK können keine Anforderungen an das Verfahren abgeleitet werden, das einzuhalten ist, um eine mögliche Einigung sicherzustellen<sup>934</sup>.
- Die Entscheidung zur Einstellung einer lebenserhaltenden Behandlung kann von einer ÄrztIn, von der Familie, von rechtlichen VertreterInnen oder von Gerichten getroffen werden<sup>935</sup>.
- Die Organisation des Entscheidungsfindungsprozesses fällt in den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten<sup>936</sup>.

### 5.8. Relevanz für die Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil Lambert et al. gegen Frankreich ist für Staaten von besonderem Interesse, die eine detaillierte gesetzliche Regelung des Behandlungsabbruchs erlassen wollen. In der Schweiz sind seit dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts per 1. Januar 2013 keine Bestrebungen in diese Richtung mehr zu beobachten.

Wenn die Schweiz den Behandlungsabbruch detaillierter regeln wollte, als dies derzeit durch das Erwachsenenschutzrecht der Fall ist, könnte sie sich am französischen Gesetz, dessen EMRK-Konformität der EGMR bejaht hat, orientieren. Das Urteil enthält jedoch kaum allgemeine Ausführungen zu den konkreten Anforderungen von Art. 2 EMRK an eine gesetzliche Regelung. Insofern bietet es keine Hilfestellung, um die Rechtslage in der Schweiz auf ihre Konformität mit Art. 2 EMRK hin zu überprüfen.

### 5.9. Entwicklungen nach dem Urteil des EGMR

Einen Monat nach dem Urteil des EGMR informierte der neu zuständige Arzt<sup>937</sup> die Familienmitglieder über seine Entscheidung, ein neues Konsultationsverfahren im Hinblick auf einen Entscheid zur Einstellung der Behandlung einzuleiten. Dagegen erhob ein Bruder von Vincent Lambert Beschwerde, welche das Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne mit Urteil vom 9. Oktober 2015 abwies<sup>938</sup>. Im März 2016 wurde die Ehefrau von Vincent Lambert durch das Vor-

933 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 167.

934 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 162.

935 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 165.

936 Urteil des EGMR 46043/14 vom 5. Juni 2015 (Lambert et al. gegen Frankreich), Ziff. 168.

937 Der Arzt, dessen Entscheidung zum Verfahren vor dem EGMR führte, arbeitete im Zeitpunkt des Urteils nicht mehr im betreffenden Spital; europe1.fr vom 29. August 2014 (*Le docteur de Vincent Lambert : «A un moment, j'ai franchi mes limites»*).

938 Urteil des Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne N°1501768 und 1501769 vom 9. Oktober 2015; vgl. auch Pressemitteilung des Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne vom 9. Oktober 2015.

mundschaftsgericht als sein Vormund («tutelle») eingesetzt<sup>939</sup>. Im April 2018 entschied der neu zuständige Arzt, dass die lebenserhaltende Behandlung eingestellt werden soll<sup>940</sup>. Auf Antrag seiner Eltern ordnete das Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne kurz darauf ein Gutachten über den klinischen Zustand von Vincent Lambert an. Gleichzeitig suspendierte es den Entscheid zur Einstellung der lebenserhaltenden Behandlung bis zum Zeitpunkt seines Urteils<sup>941</sup>. Mit Urteil vom 31. Januar 2019 hat das Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne entschieden, dass die Aufrechterhaltung der Pflege und Behandlung von Vincent Lambert als therapeutischer Übereifer («obstination déraisonnable») im Sinne des Gesetzes zu Patientenrechten und Lebensende zu qualifizieren wäre<sup>942</sup>. Der Wille von Vincent Lambert, in diesem Zustand keine Lebenserhaltung zu wünschen, sei erstellt. Dementsprechend hat das Gericht den Antrag auf Aussetzung des Beschlusses zur Einstellung der künstlichen Ernährung abgelehnt<sup>943</sup>. Gegen dieses Urteil haben die Eltern von Vincent Lambert Berufung beim Conseil d'État eingelegt. Der Conseil d'État hat am 24. April 2019 entschieden, dass die künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr eingestellt werden darf<sup>944</sup>. Sechs Tage später hat der EGMR ein dagegen gerichtetes Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen<sup>945</sup>. Der UNO-Behindertenrechte-Ausschuss hat am 3. Mai 2019 Frankreich dazu aufgefordert, die Behandlung von Vincent Lambert vorerst nicht einzustellen. Frankreichs Gesundheitsministerin hat eine Antwort auf diese Aufforderung in Aussicht gestellt und gleichzeitig festgehalten, dass Frankreich rechtlich nicht dazu verpflichtet sei, diese Aufforderung zu respektieren<sup>946</sup>. Am 20. Mai 2019 hat der EGMR ein weiteres Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen<sup>947</sup>. Gleichentags wurde die lebenserhaltende Behandlung eingestellt und nach einem ebenfalls an diesem Tag gefällten Urteil des

939 [lefigaro.fr](http://lefigaro.fr) vom 10. März 2016 ([La justice confie la tutelle de Vincent Lambert à sa femme](#)).

940 [Pressemitteilung des Tribunal administratif de Châlons-en Champagne vom 20. April 2018](#).

941 [Verfügung des Tribunal administratif de Châlons-en Champagne N° 1800820 vom 20. April 2018](#), S. 13.

942 [Pressemitteilung des Tribunal administratif de Châlons-en Champagne vom 31. Januar 2019](#).

943 [Urteil des Tribunal administratif de Châlons-en Champagne N°1800820 vom 31. Januar 2019](#), Ziff. 24: «Il résulte de tout ce qui précède, d'une part, que le maintien des soins et traitements constitue une obstination déraisonnable au sens des textes précités et d'autre part, que la volonté de M. P... K... de ne pas être maintenu en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans l'état qui est le sien depuis maintenant dix ans, est établie. Il suit de là que les conclusions de la requête tendant à la suspension de la décision du 9 avril 2018 doivent, et sans qu'il soit besoin d'ordonner une nouvelle expertise, être rejetées.».

944 [Conseil d'État, Ordonnance du 24 avril 2019, Interruption des traitements de V. Lambert](#).

945 [Pressemitteilung des EGMR vom 30. April 2019](#) : Withdrawal of Vincent Lambert's treatment: Court denies request for suspension.

946 Artikel in [Le Monde](#) vom 5. Mai 2019 ([Affaire Lambert : la France n'est «pas tenue» par l'avis du comité de l'ONU](#)).

947 [Pressemitteilung des EGMR vom 20. Mai 2019](#): Vincent Lambert: request for interim measures rejected.

Pariser Appellationsgerichts<sup>948</sup> wieder aufgenommen. Nachdem der Kassationshof dieses Urteil mit Entscheid vom 28. Juni 2019 aufgehoben hatte<sup>949</sup>, wurde die künstliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr am 2. Juli 2019 erneut eingestellt<sup>950</sup>. Am 11. Juli 2019 ist Vincent Lambert gestorben<sup>951</sup>.

#### IV. Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung

##### 1. Vorbemerkung

Weil die Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung grundsätzlich zulässig und gleichzeitig kaum kontrollierbar ist, birgt sie ein Missbrauchspotential. Es kommt vor, dass Medikamente zur Symptombekämpfung bewusst in einer Dosis verabreicht werden, die über das effektiv zur Symptombekämpfung Notwendige hinausgeht.

Studien zeigen, dass in der Schweiz bei fast zwei von drei erwarteten Todesfällen (63%) im Vorfeld intensiviert Symptombekämpfung eingesetzt<sup>952</sup> und dabei eine Lebensverkürzung in Kauf genommen wird<sup>953</sup>. Weil die intensiviert Symptombekämpfung häufig mit einem Behandlungsabbruch oder -verzicht kombiniert wird, kann man danach fragen, welches die «wichtigste» Entscheidung ist<sup>954</sup> und eine entsprechende Priorisierung vornehmen<sup>955</sup>. Der Sinn einer solchen Priorisierung wird allerdings von den AutorInnen entsprechender Studien selber hinterfragt<sup>956</sup>. Weil die intensiviert Symptombekämpfung häufig mit einem Behandlungsabbruch kombiniert wird, führt die Priorisierung bzw. die Zuordnung von Todesfällen zu einer einzigen Entscheidung am Lebensende zu deutlich tieferen

948 Pressemitteilung der cour d'appel de Paris vom 20. Mai 2019: La cour d'appel de Paris ordonne la reprise des soins de Vincent Lambert.

949 Urteil der Cour de cassation n°647 vom 28. Juni 2019.

950 Artikel in Le Monde vom 8. Juli 2019 (« Nous ne pouvons que nous résigner » : les parents de Vincent Lambert ne déposeront plus de recours).

951 Artikel in Le Monde vom 11. Juli 2019 (Vincent Lambert est mort, neuf jours après le début de l'arrêt des traitements).

952 Bosshard/Hurst/Puhan, Entscheidungen, S. 897.

953 Bosshard et al., Comparison, S. 555: Die Todesfälle wurden dann der Kategorie «Intensified alleviation of symptoms» zugewiesen, wenn die Frage «Did you or another physician intensify the alleviation of pain and/or symptoms while taking into account the possible hastening of death?» von den zuständigen Ärzten bejaht wurde.

954 Bosshard/Hurst/Puhan, Entscheidungen, S. 897: «Diese Zahlen beziehen sich auf die wichtigste medizinische Entscheidung am Lebensende im jeweiligen Fall.»

955 Bosshard/Hurst/Puhan, Entscheidungen, S. 897: «Dabei hatten [...] aktive Formen der Sterbehilfe Priorität vor passiven oder indirekten Formen; indirekte Sterbehilfe hatte Priorität vor passiver Sterbehilfe, ausser wenn bei letzterer vom Arzt eine ausdrückliche Absicht zur Beschleunigung des Todes eintritts angegeben wurde.»

956 Bosshard/Hurst/Puhan, Entscheidungen, S. 897: «Der Sinn einer solchen Priorisierung ist diskutabel, denn Kombinationen einzelner Sterbehilfeentscheidungen sind eher die Regel als die Ausnahme.»

Zahlen<sup>957</sup>. Zudem erwecken diese Zahlen den Eindruck, dass der Anteil von Todesfällen, bei denen im Vorfeld eine intensivierete Symptombekämpfung eingesetzt wurde, zwischen 2001 und 2013 abgenommen habe<sup>958</sup>. Tatsächlich haben sie aber zugenommen<sup>959</sup>.

## 2. Abgrenzung zur palliativen Sedierung

Auch die palliative Sedierung dient der Symptombekämpfung. Da für korrekt durchgeführte Sedierungen in verschiedenen Studien bisher kein lebensverkürzender Effekt nachgewiesen werden konnte<sup>960</sup>, gehören sie grundsätzlich nicht in die Kategorie der Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung<sup>961</sup>. Allerdings wurden diese Studien mit Daten aus Italien<sup>962</sup>, Japan<sup>963</sup> und anderen Ländern<sup>964</sup> durchgeführt, während Befragungen in der Schweiz zeigen, dass die meisten ÄrztInnen,

957 So sind in der Tabelle bei Bosshard et al., Comparison, S. 555, für das Jahr 2001 nur 22 Prozent und für das Jahr 2013 nur 21 Prozent der Todesfälle der Kategorie «Intensified alleviation of symptoms» zugewiesen. Dies liegt daran, dass diejenigen Todesfälle, in denen sowohl «Intensified alleviation of symptoms» als auch «Forgoing life-prolonging treatment» bejaht wurde, jeweils nur einer dieser Kategorien zugewiesen wurden.

958 Schmid et al., End-of-life decisions, S. 3: «In contrast to forgoing life-prolonging treatment, the percentage of deaths that were preceded by intensified alleviation of pain/symptoms as the most important end-of-life decision remained almost stable – 32.0% (30.0 – 33.9%) in 2001 and 29.8%.» (Hervorhebung hinzugefügt).

959 Schmid et al., End-of-life decisions, S. 4: «When cases in which this was not the most important end-of-life decision were also included, the prevalence of forgoing treatment rose from 41.1% to 59.9% in 2001 and from 49.3% to 70.0% in 2013. Similarly, the total prevalence of intensified alleviation of pain/symptoms rises from 32.0% to 51.8% in 2001 and from 29.8% to 63.4% in 2013.» (Hervorhebung hinzugefügt).

960 Beller et al., Sedation, S. 2: «There was evidence that palliative sedation did not hasten death, which has been a concern of physicians and families in prescribing this treatment. However, this evidence comes from low quality studies, so should be interpreted with caution.» Maeda et al., Sedation, S. 115: «[Continuous deep sedation] does not seem to be associated with a measurable shortening of life in patients with advanced cancer cared for by specialised palliative care services, and could be considered a viable option for palliative care in this setting.» Maltoni et al., Sedation, S. 1163: «[Palliative sedation therapy] does not shorten life when used to relieve refractory symptoms and does not need the doctrine of double effect to justify its use from an ethical point of view.» Maltoni et al., Survival, S. 1378: «Even if there is no direct evidence from randomized clinical trials, palliative sedation, when appropriately indicated and correctly used to relieve unbearable suffering, does not seem to have any detrimental effect on survival of patients with terminal cancer.» Schur et al., Sedation, S. 7: «In conformity with other studies, the median number of days between admission to a palliative care ward (mobile palliative care team) and death in our cohort did not differ significantly between sedated vs. non-sedated patients (10 vs. 9 days;  $p = 0.491$ ).»

961 Gemäss Bosshard/Hurst/Puhan, Entscheidungen, S. 897, ist die terminale Sedierung lediglich «nicht zwingend» mit einer Lebensverkürzung verbunden; dies gilt jedoch auch für die intensivierete Symptombekämpfung und kann somit nicht als Grund für die separate Behandlung (ausserhalb der fünf Lebensende-Entscheidungen) angeführt werden.

962 Maltoni et al., Sedation, S. 1163.

963 Maeda et al., Sedation, S. 115.

964 Beller et al., Sedation, S. 8, haben 14 Studien mit Daten aus Australien, Deutschland, Italien, Japan, den Niederlanden, Singapur, Spanien, Südafrika, Taiwan und dem Vereinigten Königreich berücksichtigt. Maltoni et al., Survival, S. 1380, haben Studien mit Daten aus Australien, Deutschland, Italien, Japan, den Niederlanden, Südafrika, Taiwan und dem Vereinigten Königreich berücksichtigt.

die Sedierungen durchführen, von einer Lebensverkürzung ausgehen. Dies gilt sowohl für AllgemeinmedizinerInnen<sup>965</sup> als auch für ÄrztInnen in Akutstationen<sup>966</sup> und Rehabilitationszentren<sup>967</sup> sowie für PalliativmedizinerInnen<sup>968</sup>. Letztere gehen mehrheitlich davon aus, dass das Risiko einer Lebensverkürzung mit guten klinischen Fähigkeiten verhindert werden könne<sup>969</sup>. Dass die Ärzteschaft in der Schweiz bei der Sedierung eine Lebensverkürzung für möglich hält, zeigt sich auch daran, dass sich der Abschnitt zur Sedierung in den Richtlinien der SAMW zum Umgang mit Sterben und Tod im Kapitel mit dem Titel «Handlungen, die – möglicherweise oder sicher – den Eintritt des Todes beschleunigen» befindet<sup>970</sup>.

Auch wenn die fachgerecht durchgeführte Sedierung keinen lebensverkürzenden Effekt hat, ist zu beachten, dass Sedierungen sehr häufig gleichzeitig mit Massnahmen der intensivierten Symptombekämpfung eingesetzt werden<sup>971</sup>.

Zur Bekämpfung von Schmerzen und Atemnot werden nicht dieselben Medikamente eingesetzt wie für die Sedierung. Schmerzen und Atemnot werden in der Palliative Care primär mit Opiaten<sup>972</sup> bekämpft<sup>973</sup>, für die Sedierung werden demgegenüber vor allem Benzodiazepine eingesetzt<sup>974</sup>.

Eine palliative Sedierung ist nur dann zulässig, wenn therapierefraktäre Symptome vorliegen, d.h. wenn der Einsatz aller verfügbaren Behandlungsmöglichkeiten durch ein in Palliative Care kompetentes Team keine befriedigende Leidensverminderung erzielt hat<sup>975</sup>. Da eine korrekt durchgeführte Sedierung keine Lebensverkürzung bewirkt, ist sie unter dem Blickwinkel des Rechts auf Leben unproblematisch. Demgegenüber ist das Recht auf Leben verletzt, wenn eine Sedierung zu einer Lebensverkürzung führt. Es handelt sich nicht um einen Anwendungsfall der zulässigen Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung, weil bei korrekter Durchführung der Sedierung keine Lebensverkürzung eintreten würde.

965 Foley et al., *Death Hastening*, S. 477.

966 Foley et al., *Death Hastening*, S. 477.

967 Foley et al., *Death Hastening*, S. 478.

968 Foley et al., *Death Hastening*, S. 478 (betreffend Home Palliative Care Consult Teams). Im Abschnitt zu den Inpatient Palliative Care Consult Teams fehlt eine Aussage zur Frage, ob auch ÄrztInnen aus diesem Bereich von einer Lebensverkürzung ausgehen. ÄrztInnen in Palliative Care Units sagten, dass sie Sedierung «nicht zwingend» lebensverkürzend sei, wiesen aber auf Risiken bei der Einstellung von Flüssigkeits- oder Nahrungszufuhr hin (Foley et al., *Death Hastening*, S. 479).

969 Foley et al., *Death Hastening*, S. 477: «On the one hand, most GPs, acute care, and rehabilitation centers' physicians saw the shortening of life by sedation as inevitable. On the other hand, a majority of physicians in palliative care spoke rather of the risk of shortening life in some situations that could be avoided with good clinical skills.»

970 SAMW-RL *Sterben und Tod*, Ziff. 6.1.3. (Sedierung).

971 Ziegler et al., *Sedation*: «Forgoing life-prolonging treatment with the explicit intention to hasten or not to postpone death combined with intensified alleviation of symptoms was very strongly associated with continuous deep sedation (OR 6.8, 95% CI 4.7 to 9.8).»

972 Zu den Begriffen «Opiat» und «Benzodiazepin»: § 2, V., 3. (Mittel zur Symptombekämpfung).

973 Kishner/Tran, *Opioid Medications*, S. 91; Ogden, *Palliative Care*, S. 198 f.

974 EAPC, *Sedierung*, S. 119.

975 SAMW-RL *Sterben und Tod*, Ziff. III.1. (Glossar).

### 3. Lebensverkürzender Effekt der Symptombekämpfung

Die Bekämpfung von Symptomen wie Schmerzen und Atemnot mit anderen Mitteln als der Sedierung kann (im Unterschied zur palliativen Sedierung) auch bei fachgerechter Durchführung einen lebensverkürzenden Effekt haben<sup>976</sup>. Bei korrekter Durchführung dieser Massnahmen ist eine Lebensverkürzung allerdings selten<sup>977</sup>, wobei auch unter ÄrztInnen diesbezüglich wenig Klarheit besteht<sup>978</sup>. Die Begründung der Zulässigkeit der Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung (meistens unter dem Begriff der indirekten aktiven Sterbehilfe) mit der Doktrin des Doppeleffekts ist somit nur noch für wenige Fälle relevant<sup>979</sup>.

Wie bei der Sedierung bergen auch andere Formen der Symptombekämpfung ein Missbrauchspotential. Es kommt vor, dass Medikamente zur Symptombekämpfung bewusst in einer zu hohen Dosis verabreicht werden, um damit den Todeseintritt zu beschleunigen<sup>980</sup>. Dabei handelt es sich um Tötungshandlungen, die das Recht auf Leben verletzen. Der hohe Anteil von Fällen, in denen ÄrztInnen angeben, bei der Symptombekämpfung eine Lebensverkürzung in Kauf genommen zu haben<sup>981</sup>, wirft Fragen auf.

### 4. Zulässigkeit aus Sicht des Rechts auf Leben

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines lebensverkürzenden Symptombekämpfung ist danach zu unterscheiden, ob die Lebensverkürzung trotz korrekter Dosierung auftritt oder ob die Dosierung bewusst zur Beschleunigung des Sterbeprozesses über das zur Symptombekämpfung Notwendige angehoben wird.

976 SAMW-RL *Sterben und Tod*, Ziff. II.6.1.2. (Linderung von Schmerzen und anderen Symptomen): «Primär muss eine effiziente Symptomlinderung angestrebt werden. Eine allfällige Verkürzung der Lebensdauer wird dabei in Kauf genommen.»

977 SAMW-RL *Sterben und Tod*, Ziff. III.2.2.2. (Behandlung von Schmerz, Atemnot und anderen belastenden Symptomen): «Die atemdepressive Wirkung der dafür verwendeten Medikamente kann grundsätzlich zu einer Verkürzung der Lebensdauer führen. Die Erfahrung zeigt aber, dass dies bei einer gut an die erhobenen Symptome angepassten Dosierung kaum eintritt und eine optimale Schmerztherapie nicht selten auch zu einer gewissen Lebensverlängerung beiträgt.» Pedrazzini, *L'euthanasie*, S. 173 (Fn. 42), hat bereits im Jahr 1982 geschrieben: «Il est indéniable que les progrès de la médecine ont diminué l'acuité du problème de l'euthanasie indirecte.»

978 Bosshard/de Stoutz/Bär, *Sedativa*, S. 124.

979 In der Literatur wird deshalb auch vom «Mythos» des Doppeleffekts geschrieben, siehe z.B. Fohr, *Double Effect*, S. 326, sowie Sykes/Thorns, *Opioids and sedatives*, S. 317.

980 BSK StGB-Schwarzenegger/Stössel, *Vor Art. 111, N 63*; Merkel, *Patientenautonomie*, S. 334; vgl. auch die Fallbeispiele bei Dettmeyer, *Verdeckte Tötungshandlungen*, S. 552 ff.

981 Gemäss Bosshard/Hurst/Puhan, *Entscheidungen*, S. 896, wurde im Jahr 2013 in der Schweiz in 63 Prozent der für eine Entscheidung am Lebensende in Frage kommenden Sterbefälle eine intensivierte Abgabe von Mitteln zur Schmerzlinderung dokumentiert, d.h. die zuständigen Ärzte haben die Frage «Did you or another physician intensify the alleviation of pain and/or symptoms while taking into account the possible hastening of death?» bejaht (Bosshard et al., *Comparison*, S. 555).

#### 4.1. Zulässigkeit bei korrekter Dosierung

Wenn als Folge einer fachgerecht vorgenommenen Symptombekämpfung eine Lebensverkürzung eintritt, handelt es sich um einen Eingriff in das Recht auf Leben. Die Nichtbehandlung von Schmerzen oder Atemnot kann ihrerseits gegen das Verbot unmenschlicher Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV bzw. Art. 3 EMRK) verstossen<sup>982</sup>. Der Eingriff in das Recht auf Leben durch die Gabe von symptom-bekämpfender Medikation mit lebensverkürzendem Effekt kann gerechtfertigt werden, weil das Verbot unmenschlicher Behandlung im Einzelfall überwiegt. Die Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung ist somit grundrechtlich zulässig<sup>983</sup>. Die Frage, ob darüber hinausgehend ein Anspruch auf Symptombekämpfung mit möglicher Lebensverkürzung besteht, wird im Abschnitt zum Recht auf Schutz vor unmenschlicher Behandlung behandelt<sup>984</sup>.

Die parlamentarische Versammlung des Europarats hat in ihrer Empfehlung zum Schutz der Menschenrechte und der Würde von terminal Erkrankten und Sterbenden festgehalten, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen sollen, dass Menschen am Lebensende angemessene Schmerzmedikation und Palliative Care erhalten, auch wenn entsprechende Behandlungen als Nebeneffekt eine Lebensverkürzung bewirken können<sup>985</sup>. Nachdem sich der EGMR im Fall *Pretty* gegen das Vereinigte Königreich an dieser Empfehlung orientiert hat, ist davon auszugehen, dass er die Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung (auch) gestützt auf diese Empfehlung als EMRK-konform beurteilen würde<sup>986</sup>.

Bei der Gabe entsprechender Medikamente muss jedoch auch das Selbstbestimmungsrecht berücksichtigt werden. Menschen mit Schmerzen und/oder Atemnot sind häufig urteilsfähig und müssen dementsprechend über die Möglichkeit der Lebensverkürzung aufgeklärt werden, um gestützt darauf ihre Einwilligung zu erteilen oder zu verweigern. Der EGMR hat in einem Fall aus dem

982 Breitenmoser, *Sterbehilfe*, S. 191; gemäss Zimmermann, *Euthanasia*, S. 45, lässt sich dem Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 57 ff., entnehmen, dass das Vorenthalten von Schmerzmedikation Art. 3 EMRK verletzen könnte. Der Gerichtshof hält im betreffenden Urteil jedoch nur fest, dass das von einer natürlich auftretenden Krankheit ausgehende Leiden dann von Art. 3 EMRK erfasst werden kann, wenn es durch eine Behandlung verschlimmert wird, die den Behörden zuzurechnen ist.

983 Hangartner, *Sterbehilfe*, S. 88; für Deutschland: Seibert, *Sterbehilfe*, S. 70.

984 § 10, II (Verbot unmenschlicher Behandlung).

985 Parlamentarische Versammlung des Europarates, [Recommendation 1418 \(1999\)](#), Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying, Ziff. 9: «The Assembly therefore recommends that the Committee of Ministers encourage the member states of the Council of Europe to respect and protect the dignity of terminally ill or dying persons in all respects: a. by recognising and protecting a terminally ill or dying person's right to comprehensive palliative care, while taking the necessary measures: [...] 7. to ensure that, unless the patient chooses otherwise, a terminally ill or dying person will receive adequate pain relief and palliative care, even if this treatment as a side-effect may contribute to the shortening of the individual's life;».

986 Korff, *Right to life*, S. 16.

Jahr 2004 die Gabe von Diamorphin (Heroin) gegen den Willen der Mutter eines 14-Jährigen als Verletzung von Art. 8 EMRK beurteilt<sup>987</sup>.

Die Verabreichung von Medikamenten gegen den Willen der betroffenen Person stellt einen schweren Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit dar<sup>988</sup> und ist daher im palliativmedizinischen Kontext immer unzulässig. Dies gilt auch für symptombekämpfende Substanzen, unabhängig davon, ob ein lebensverkürzender Effekt möglich ist oder nicht.

Bei urteilsunfähigen Menschen ist die Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung zulässig, wenn dies ihrem mutmasslichen Willen entspricht. Nach SCHEFER ist eine Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung nur mit Einwilligung der betroffenen Person zulässig<sup>989</sup>. Demgegenüber ist gemäss der Empfehlung der parlamentarischen Versammlung des Europarats zum Schutz der Menschenrechte und der Würde von terminal Erkrankten und Sterbenden auf eine Symptombekämpfung mit möglicher Lebensverkürzung nur dann zu verzichten, wenn die PatientIn dies explizit ablehnt<sup>990</sup>.

#### 4.2. Unzulässigkeit bei zu hoher Dosierung

Es gibt Fälle, in denen auf Wunsch der sterbenden Person die Dosis eines Mittels, das eigentlich der Symptombekämpfung dient, bewusst zur Beschleunigung des Todesintritts angehoben wird<sup>991</sup>. Dabei handelt es sich um eine Tötung auf Verlangen<sup>992</sup>. In diesen Fällen ist das Recht auf Leben nicht zwingend verletzt, weil dieses gemäss einem Teil der Lehre die Tötung auf Verlangen nicht verbietet. Aufgrund des absoluten Verbots der Tötung auf Verlangen im schweizerischen Strafgesetzbuch (Art. 114 StGB) machen sich ÄrztInnen, die mit der Gabe von zu hoch dosierten Mitteln das Leben verkürzen, dennoch strafbar.

987 Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 83: «The Court considers that, having regard to the circumstances of the case, the decision of the authorities to override the second applicant's objection to the proposed treatment in the absence of authorisation by a court resulted in a breach of Article 8 of the Convention.»

988 BGE 130 I 16 E. 3.

989 Schefer, Kerngehalte, S. 408: «Das Recht auf Leben steht einer aktiven Sterbehilfe dann absolut entgegen, wenn die Tötung gegen oder ohne die Einwilligung des Betroffenen erfolgt. [...] Dies muss sowohl für die direkte als auch die indirekte aktive Sterbehilfe gelten.»

990 Parlamentarische Versammlung des Europarates, Recommendation 1418 (1999), Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying, Ziff. 9.a.7: «to ensure that, *unless the patient chooses otherwise*, a terminally ill or dying person will receive adequate pain relief and palliative care, even if this treatment as a side-effect may contribute to the shortening of the individual's life;» (Hervorhebung hinzugefügt).

991 BSK StGB-Schwarzenegger/Stössel, Vor Art. 111, N 63; Merkel, Patientenautonomie, S. 334; vgl. auch die Fallbeispiele bei Dettmeyer, Verdeckte Tötungshandlungen, S. 552 ff.

992 SAMW-RL Sterben und Tod, Ziff. II.6.3. (Nicht zulässige Handlungen): «Neben der einmaligen Applikation eines oder mehrerer Medikamente in tödlicher Dosierung ist auch eine plötzliche oder graduelle Steigerung der Medikation zur Symptombekämpfung oder Sedierung in einen tödlichen Dosisbereich, ohne dass dies durch eine dokumentierte oder sicher voraussehbare Symptomatik gerechtfertigt werden kann, eine Tötung.»

Auf der anderen Seite gibt es Fälle, in denen die Dosis eines zur Symptombekämpfung eingesetzten Medikaments ohne entsprechenden Wunsch der betroffenen Person mit dem Ziel eines raschen Todesintritts angehoben wird<sup>993</sup>. In diesen Fällen liegt eine Tötung ohne entsprechendes Verlangen vor, die immer auch das Recht auf Leben verletzt. Es ist nicht bekannt, wie häufig unter dem Deckmantel der Symptombekämpfung bewusst eine zu hohe Dosierung der entsprechenden Medikamente eingesetzt wird und wie häufig dies auf Wunsch der betroffenen Personen geschieht.

Todesfälle im Nachgang zu einer intensivierten Symptombekämpfung werden nicht als aussergewöhnliche Todesfälle gemeldet und dementsprechend nicht strafrechtlich untersucht. Selbst wenn trotz fehlender Indikation starke Opioide eingesetzt werden, wird dem Argument, es sei symptomorientiert behandelt worden, meistens gefolgt<sup>994</sup>.

Angesichts des hohen Anteils von Fällen der Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung und der Erkenntnis, dass die Symptombekämpfung bei korrekter Dosierung nur noch selten einen lebensverkürzenden Effekt hat, braucht es in diesem Bereich weitere Untersuchungen. Sollte sich herausstellen, dass entsprechende Fälle mit einer gewissen Häufigkeit vorkommen, müsste der Einsatz von potentiell lebensverkürzenden Medikamenten aufgrund der Schutzpflicht zur Aufklärung der Todesumstände stärker kontrolliert werden.

### 5. Urteil des EGMR zur Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung

Die Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung spielte bis heute nur in einem einzigen Urteil des EGMR eine Rolle. Im Zentrum des Urteils *Glass gegen das Vereinigte Königreich* stand jedoch nicht die Zulässigkeit der Symptombekämpfung als solche, sondern die Verabreichung entsprechender Mittel gegen den Willen der Mutter eines 12-jährigen geistig und körperlich behinderten Kindes.

Aus Sicht der beteiligten ÄrztInnen lag David Glass im Juli 1998 nach einer Operation im Sterben, eine Weiterführung der intensivmedizinischen Behandlung wurde als unangemessen betrachtet<sup>995</sup>. Die Familie teilte diese Auffassung nicht. Nach der Entlassung aus dem Spital musste David Glass im September und Oktober 1998 mehrmals wieder hospitalisiert werden, wobei der Rea-Status und die Gabe von Morphin in mehreren Gesprächen zwischen den ÄrztInnen und der Mutter von David Glass thematisiert wurden<sup>996</sup>. Am 20. Oktober gingen mehrere

993 Bosshard/Hurst/Puhan, *Entscheidungen*, S. 896.

994 Dettmeyer, *Verdeckte Tötungshandlungen*, S. 554.

995 Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (*Glass gegen das Vereinigte Königreich*), Ziff. 10: «Among the views expressed was that, despite the best care, the first applicant was dying and that further intensive care would be inappropriate.»

996 Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (*Glass gegen das Vereinigte Königreich*), Ziff. 10–18.

ÄrztInnen davon aus, dass David Glass im Sterben liege<sup>997</sup> und empfahlen die Gabe von Diamorphin (Heroin), was die Familie aber ablehnte<sup>998</sup>. Das Spital informierte die Mutter und weitere anwesende Familienmitglieder, dass sie von der Polizei weggeschafft würden, sollten sie sich gegen die Gabe von Diamorphin wehren<sup>999</sup>. Nach Beginn der Zuführung von Diamorphin entbrannte ein Streit über die korrekte Dosierung, wobei die Familienmitglieder befürchteten, dass David Glass verdeckt getötet («covertly euthanased») würde<sup>1000</sup>. Am darauf folgenden Tag hatte sich der Zustand von David Glass aus Sicht seiner Mutter deutlich verschlechtert<sup>1001</sup>. Während einer handgreiflichen Auseinandersetzung zwischen der Familie und den ÄrztInnen, die dabei verletzt wurden, konnte die Mutter ihren Sohn erfolgreich wiederbeleben<sup>1002</sup>. Noch am gleichen Tag verbesserte sich sein Zustand und er konnte das Spital verlassen<sup>1003</sup>. Im Zeitpunkt des EGMR-Urteils, d.h. mehr als fünf Jahre nach diesen Vorfällen, lebte David Glass noch<sup>1004</sup>.

Der EGMR hat den Sachverhalt unter dem Blickwinkel des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) untersucht. Der im Jahr 2003 ergangenen Entscheidung über die Zulässigkeit lässt sich entnehmen, weshalb das Recht auf Leben aus Sicht des Gerichtshofs nicht betroffen war: Es sei nicht die Funktion des Gerichtshofes, im Rahmen von Art. 2 EMRK die Beurteilung des Zustands einer PatientIn durch die ÄrztInnen oder deren Entscheid zur Verabreichung von Diamorphin bzw. die angemessene Dosierung zu hinterfragen<sup>1005</sup>. Zwar sei nicht ausgeschlossen, dass Handlungen und Unterlassungen von Behörden im Bereich des Gesundheitswesens unter gewissen Umständen deren Verantwortlichkeit unter dem positiven Aspekt von Art. 2 EMRK begründen könne<sup>1006</sup>. Wo aber ein Vertragsstaat adäquate Vorgaben zur Sicherung hoher beruflicher Standards des medizinischen Personals und zum Schutz der Leben von PatientInnen gemacht habe, seien Einzelprobleme wie zum Beispiel allfällige Feh-

997 Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 20 f.

998 Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 22.

999 Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 24.

1000 Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 25–28.

1001 Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 29.

1002 Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 30 f.

1003 Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 32.

1004 Separate Opinion of Judge Casadevall zum Urteil des EGMR 61827/00 vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 2.

1005 Zulässigkeitsentscheid des EGMR 61827/00 vom 18. März 2003 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 1: «However, it is not its function under Article 2 to gainsay the doctors' assessment of the first applicant's condition at the time, nor their decision to forego suction treatment in favour of the administration of diamorphine nor their view on the appropriate dose of diamorphine to be administered.».

1006 Zulässigkeitsentscheid des EGMR 61827/00 vom 18. März 2003 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 1: «It cannot be excluded that the acts and omissions of the authorities in the field of health care may in certain circumstances engage their responsibility under the positive limb of Article 2.».

ler des Gesundheitspersonals bei der fachlichen Beurteilung einer bestimmten PatientIn nicht genügend, um den Staat gestützt auf die aus Art. 2 EMRK fließenden Schutzpflichten verantwortlich zu machen<sup>1007</sup>. Mit Blick auf die detaillierten Regeln und Standards im Recht des Vereinigten Königreichs konnte der Gerichtshof keine Defizite feststellen, die Anlass für eine Beanstandung einer Verletzung der Verpflichtung der Behörden zum Schutz des Lebens des Betroffenen geben hätten<sup>1008</sup>.

Im anschliessend ergangenen Urteil des EGMR über die Begründetheit der Beschwerde wurde der Fall dementsprechend nur unter dem Blickwinkel des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) untersucht. Der EGMR kam dabei zum Schluss, dass der Entscheid zur Gabe von Diamorphin in Missachtung des Widerspruchs durch die Mutter einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens und insbesondere das Recht auf physische Integrität von David Glass darstellte<sup>1009</sup>. Dieser Eingriff hätte nur durch Einholung einer gerichtlichen Genehmigung gerechtfertigt werden können<sup>1010</sup>. Aufgrund der bekannten Skepsis der Mutter gegenüber der Anwendung von Morphin konnten sich die Behörden nicht darauf berufen, dass in der letztlich eingetretenen Notsituation die Zeit für das Einholen einer gerichtlichen Genehmigung fehlte<sup>1011</sup>. Mit ihrem Entscheid, sich über den Widerstand der Mutter hinwegzusetzen, haben die Behörden Art. 8 EMRK verletzt<sup>1012</sup>.

---

1007 Zulässigkeitsentscheid des EGMR [61827/00](#) vom 18. März 2003 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 1: «However, the Court recalls that where a Contracting State has made adequate provision for securing high professional standards among health professionals and the protection of the lives of patients, matters such as error of professional judgment (even if established) on the part of a health professional in the treatment of a particular patient are not of themselves sufficient to call that State to account from the standpoint of its positive obligations under Article 2 of the Convention to protect life.».

1008 Zulässigkeitsentscheid des EGMR [61827/00](#) vom 18. März 2003 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 1: «Having regard to the detailed rules and standards laid down in the domestic law and practice of the respondent State in the area under consideration, it cannot be maintained that the relevant regulatory framework discloses any shortcomings which can lay the basis of an arguable claim of a breach of the domestic authorities' obligation to protect the first applicant's right to life.».

1009 Urteil des EGMR [61827/00](#) vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 70.

1010 Urteil des EGMR [61827/00](#) vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 79.

1011 Urteil des EGMR [61827/00](#) vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 81.

1012 Urteil des EGMR [61827/00](#) vom 9. März 2004 (Glass gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 83: «The Court considers that, having regard to the circumstances of the case, the decision of the authorities to override the second applicant's objection to the proposed treatment in the absence of authorisation by a court resulted in a breach of Article 8 of the Convention.».

## V. Suizid und Suizidhilfe

### 1. Vorbemerkungen

Das Recht auf Leben beinhaltet keine Pflicht zum Leben<sup>1013</sup>, deshalb muss der Suizid bzw. der gescheiterte Suizidversuch straffrei bleiben. Rechtsnormen, welche den Suizidversuch unter Strafe stellen wollten, würden gegen Art. 10 Abs. 2 BV<sup>1014</sup> und Art. 8 EMRK<sup>1015</sup> verstossen. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat in einem Urteil im März 2017 festgehalten: «Eine Pflicht zum Weiterleben gegen den eigenen Willen berührt den Kern eigenverantwortlicher Selbstbestimmung [...]. Eine solche Pflicht darf der Staat schwer und unheilbar kranken, aber zur Selbstbestimmung fähigen Menschen nicht – auch nicht mittelbar – auferlegen»<sup>1016</sup>.

Im Urteil *Pretty* gegen das Vereinigte Königreich hat der EGMR festgehalten, dass sich aus dem Recht auf Leben kein Anspruch auf Beendigung des Lebens ableiten lässt<sup>1017</sup>. Die Frage, ob sich ein solcher Anspruch aus anderen Menschenrechten ableiten lässt, wird im Kapitel zum Recht auf persönliche Freiheit behandelt<sup>1018</sup>. Dasselbe gilt für die Frage, ob zum Schutz des Rechts auf Leben der Zugang von Suizidhilfeorganisationen zu Heimen und Spitälern untersagt werden muss und ob es einen Anspruch auf Suizidhilfe gibt.

### 2. Schutzpflicht zur Verhinderung von Suiziden

Viele Suizide und Suizidversuche werden von Menschen unternommen, die sich in einer vorübergehenden Krisensituation befinden und die im Falle des Überlebens später froh darüber sind, dass der Suizidversuch gescheitert ist<sup>1019</sup>. Misslingen Suizidversuche, werden sie nur in einer kleinen Minderheit der Fälle umgehend wiederholt<sup>1020</sup>. Rund 80 Prozent der Personen, die einen Suizidversuch überlebt haben, würden die Tat nicht wiederholen<sup>1021</sup>. In der Psychiatrie überwiegt dementsprechend die Auffassung, dass bei Vorliegen eines Suizidwun-

1013 Baumgarten, *Right to Die*, S. 127; Hangartner, *Sterbehilfe*, S. 71; Kiener, *Suizidhilfe*, S. 276; Lagodny, *Kommentar Art. 2 EMRK*, N 55; Opsahl, *Right to Life*, S. 221; BSK BV-Tschentscher, Art. 10 N 42; Ethikrat, *Lebensende*, S. 59.

1014 Biaggini, *BV-Kommentar*, Art. 10 N 23.

1015 Wildhaber, *Kommentar Art. 8 EMRK*, N 269.

1016 *Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15* vom 2. März 2017, Rn. 3.

1017 *Urteil des EGMR 2346/02* vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 39: «Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life.»

1018 § 7, III (Suizid und Suizidhilfe).

1019 Bundesamt für Gesundheit, *Suizidprävention in der Schweiz*, Bern, 2016, S. 6.

1020 Hell, *Suizidforschung*, S. 87.

1021 Rippe/Schwarzenegger/Bosshard/Kiesewetter, *Urteilsfähigkeit*, S. 60.

sches bis zum Beweis des Gegenteils von einer psychischen Störung ausgegangen werden muss<sup>1022</sup>. Es ist auch erwiesen, dass die Anzahl von Suiziden abnimmt, wenn die Verfügbarkeit von einfachen Suizidmethoden eingeschränkt wird<sup>1023</sup>. Aus diesen Gründen fliesst aus dem Recht auf Leben zunächst eine Schutzpflicht zur Verhinderung von Suiziden<sup>1024</sup>.

Auch der General Comment zum Recht auf Leben (Art. 6 UNO-Pakt II) hält fest, dass Staaten Massnahmen treffen sollten, um Suizide insbesondere von vulnerablen Menschen zu verhindern<sup>1025</sup>.

Gleichzeitig muss der Staat aber den wohlüberlegten Entscheid einer urteilsfähigen Person zur Selbsttötung respektieren<sup>1026</sup>. Weil aus dem Recht auf Selbstbestimmung eine Pflicht zur Nichtverhinderung von wohlüberlegten Suiziden fliesst, kann die Schutzpflicht zur Verhinderung von Suiziden nicht uneingeschränkt gelten. Es ist nun aber nicht möglich, jeden Suizid eindeutig entweder der Kategorie von zu verhindernden oder der Kategorie von nicht zu verhindernden Suiziden zuzuweisen. Bei Suiziden, die weder der einen noch der anderen Kategorie eindeutig zugeordnet werden können, ist grundrechtlich sowohl die Verhinderung als auch die Nichtverhinderung zulässig. Die Auffassung des Justiz- und Polizeidepartements St.Gallen, wonach die Polizei bei einem bevorstehenden (unter Beizug einer Suizidhilfeorganisation geplanten) Suizid nur dann einschreiten muss, wenn sie Zweifel an der Selbsttötung oder an der Urteilsfähigkeit des Suizidenten nicht ausschliessen kann<sup>1027</sup>, ist somit nicht zu beanstanden.

Im Urteil Haas gegen die Schweiz hat der EGMR festgehalten, dass das Recht auf Leben die staatlichen Behörden dazu verpflichtet, Suizide zu verhindern, sofern der Entscheid dazu nicht frei und in voller Kenntnis der Umstände erfolgt ist<sup>1028</sup>. In früheren Urteilen wurde eine entsprechende Schutzpflicht verschiedentlich speziell für Inhaftierte festgestellt<sup>1029</sup>.

1022 Rippe/Schwarzenegger/Bosshard/Kiesewetter, Urteilsfähigkeit, S. 61.

1023 Barber/Miller, Reducing Access, S. S264; Reisch/Michel, Muenster, S. 464; Seiden, Golden Gate, S. 215.

1024 Baumgarten, Right to Die, S. 124; Schweizer, St.Galler Kommentar, Art. 10 N 20; Tschannen/Buchli, *Suizidprävention*, S. 9; EMRK-Meyer-Ladewig/Huber, Art. 2 N 13.

1025 UNO-Menschenrechtsausschuss, *General comment No. 36: Right to life*, Ziff. 9: «While acknowledging the central importance to human dignity of personal autonomy, States should take adequate measures, without violating their other Covenant obligations, to prevent suicides, especially among individuals in particularly vulnerable situations, [...]».

1026 Jaag/Rüssli, Sterbehilfe, S. 119; vgl. auch den Einschub «without violating their other Covenant obligations» im Zitat aus dem General comment in der vorangehenden Fussnote.

1027 Stellungnahme des Justiz- und Polizeidepartements St.Gallen an die Staatsanwaltschaft vom 5. August 1988: Einschreiten der Polizeibehörden bei Suizid durch EXIT-Mitglieder.

1028 Urteil des EGMR *31322/07* vom 20. Januar 2011 (Haas gegen die Schweiz), Ziff. 54: «For the Court, this latter Article [Article 2 of the Convention] obliges the national authorities to prevent an individual from taking his or her own life if the decision has not been taken freely and with full understanding of what is involved.».

1029 Urteil des EGMR *27229/95* vom 3. April 2001 (Keenan gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 91; Urteil des EGMR *49790/99* vom 5. Juli 2005 (Trubnikov gegen Russland), Ziff. 68 f.; Urteil des EGMR *5608/05* vom 16. Oktober 2008 (Renolde gegen Frankreich), Ziff. 83 f.

Häufig ist bei Situationen, in denen jemand Suizid begehen will, unklar, ob die Voraussetzung der Wohlüberlegtheit erfüllt ist oder nicht. Die Konsequenzen einer fälschlicherweise unterlassenen Suizidverhinderung sind offensichtlich gravierender als die Konsequenzen eines fälschlicherweise verhinderten Suizids. Die am Suizid Gehinderten haben im Nachhinein noch immer die Möglichkeit, ihr Leben zu beenden, «erfolgreiche» SuizidentInnen haben demgegenüber keine Möglichkeit mehr zur Umkehr. Aus diesem Grund muss in unklaren Situationen der Grundsatz «in dubio pro vita» bzw. «in dubio pro integritate corporis» gelten, d.h. Suizide müssen im Zweifelsfall verhindert werden<sup>1030</sup>. Steht jedoch fest, dass der Suizidwunsch wohlüberlegt ist, überwiegt das Recht auf Wahl von Art und Zeitpunkt des eigenen Todes gegenüber dem Recht auf Leben, d.h. der Staat darf wohlüberlegte Suizide nicht verhindern<sup>1031</sup>. Dieses Thema wird im Kapitel zum Recht auf persönliche Freiheit ausführlich behandelt<sup>1032</sup>.

### 3. Zulässigkeit der Suizidhilfe

Aus dem Recht auf Leben fließt keine Pflicht zur Bestrafung der Suizidhilfe, d.h. Staaten dürfen die Suizidhilfe zulassen. Dies gilt sowohl für die private Suizidhilfe als auch für die Suizidhilfe mit staatlicher Beteiligung<sup>1033</sup>.

Das Recht auf Leben verpflichtet den Staat allerdings, durch ein geeignetes Verfahren sicherzustellen, dass ein allfälliger Entscheid über die Beendigung des Lebens tatsächlich dem freien Willen des Betroffenen entspricht<sup>1034</sup>. Staatliche Schutzpflichten zugunsten des Lebens wandeln sich beim Grundrechtsverzicht zu einer Gewährleistung der Voraussetzungen einer freiverantwortlichen Einwilligung<sup>1035</sup>. In der Schweiz fehlt eine Regelung, welche die Wohlerwogenheit eines Suizidwunsches sicherstellt. Die Urteilsfähigkeit wird vermutet und die Verschreibung von Natrium-Pentobarbital ohne Abklärung der Urteilsfähigkeit hat höchstens standesrechtliche Konsequenzen. Damit besteht in der Schweiz kein Verfahren, das sicherstellt, dass ein allfälliger Entscheid über die Beendigung des Lebens tatsächlich dem freien Willen der Betroffenen entspricht. Ein Vorschlag zur Lösung dieser Problematik befindet sich im dritten Teil der vorliegenden Arbeit<sup>1036</sup>.

1030 Baumgarten, Right to Die, S. 124; Tschannen/Buchli, [Suizidprävention](#), S. 8; BSK BV-Tschentscher, Art. 10 N 26.

1031 Tschannen/Buchli, [Suizidprävention](#), S. 8.

1032 Siehe § 7, III, 2 (Anspruch auf Nichtverhinderung eines Suizids).

1033 Mathieu, Right to life, S. 78: «Equally, countries are not prohibited from organising systems for assisting suicide.»

1034 BGE 133 I 58 E. 6.2.1.

1035 BSK BV-Tschentscher, Art. 10 N 23.

1036 § 15 (Feststellung der Urteilsfähigkeit im Rahmen der Suizidhilfe).

Der UNO-Menschenrechtsausschuss hat im Jahr 2009 in seinen Concluding observations zum dritten Staatenbericht der Schweiz seinen Besorgnis über das Fehlen einer unabhängigen oder gerichtlichen Überprüfung der Freiwilligkeit und Informiertheit von Suizidwilligen Ausdruck verliehen<sup>1037</sup>. Deshalb hat er der Schweiz empfohlen, eine dahingehende Gesetzesänderung zu prüfen<sup>1038</sup>. In den Concluding observations zum vierten Staatenbericht wird die Suizidhilfe allerdings nicht mehr thematisiert<sup>1039</sup>, obwohl sich an der Rechtslage nichts geändert hat. Auch in der im Vorfeld des Staatenberichts zusammengestellten List of issues wurde die Suizidhilfe nicht thematisiert<sup>1040</sup>.

Der Umstand, dass die organisierte Suizidhilfe in der Schweiz auch bei Verlust von Lebensqualität und Lebenssinn zulässig ist, wurde von KIENER als Abwertung des Rechtsgutes Leben qualifiziert<sup>1041</sup>. KIENER fordert, dass der Gesetzgeber «die Krankheitsbilder und Lebenssituationen positiv [benennt], bei deren Vorliegen die organisierte Suizidhilfe zulässig sein soll»<sup>1042</sup>. Problematisch an dieser Argumentation ist, dass die Benennung von Krankheitsbildern und Lebenssituationen das Leben derjenigen, welche diese Voraussetzungen erfüllen, abwertet<sup>1043</sup>. Die Überlegungen von KIENER basierten auf einem später verworfenen Gesetzesentwurf, mit dem die organisierte Suizidhilfe entweder ganz verboten oder auf Menschen mit unheilbarer Krankheit und unmittelbar bevorstehender Todesfolge eingeschränkt worden wäre<sup>1044</sup>. Auch mit diesem Gesetzesentwurf wäre das Leben derjenigen, die diese Voraussetzungen erfüllen, abgewertet worden<sup>1045</sup>. Aus diesem Grund ist mit Blick auf das Recht auf Leben nicht zu beanstanden, dass dieses Gesetzesvorhaben aufgegeben worden ist<sup>1046</sup>.

1037 Human Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Switzerland, 3 November 2009 (CCPR/C/CHE/CO/3), Ziff. 13: «the Committee is concerned about the lack of independent or judicial oversight to determine that a person seeking assistance to commit suicide is operating with full free and informed consent (art. 6)».

1038 Human Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Switzerland, 3 November 2009 (CCPR/C/CHE/CO/3), Ziff. 13: «The State party should consider amending its legislation in order to ensure independent or judicial oversight to determine that a person who is seeking assistance for suicide is acting with full free and informed consent.».

1039 Human Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee: Switzerland, 22 August 2017 (CCPR/C/CHE/CO/4).

1040 Human Rights Committee, List of issues prior to submission of the fourth periodic report of Switzerland, 25 November 2014 (CCPR/C/CHE/QPR/4).

1041 Kiener, Suizidhilfe, S. 284.

1042 Kiener, Suizidhilfe, S. 284.

1043 So auch Kiener, Suizidhilfe, S. 285.

1044 **Vorentwurf vom 28. Oktober 2009** für eine Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes.

1045 So auch Kiener, Suizidhilfe, S. 285, wobei diese Lösung nichtsdestotrotz «respektvolles Nachdenken» verdient habe.

1046 Medienmitteilung des Bundesrates vom 29. Juni 2011 (**Suizidhilfe: Stärkung des Rechts auf Selbstbestimmung**): «Der Bundesrat hat am Mittwoch entschieden, auf eine ausdrückliche Regelung der organisierten Suizidhilfe im Strafrecht zu verzichten.».

#### 4. Zulässigkeit des Verbots von Suizidhilfe

Im Urteil *Pretty* gegen das Vereinigte Königreich hat der EGMR im Jahr 2002 festgehalten, dass das Recht auf Leben ein absolutes Verbot der Suizidhilfe zu rechtfertigen vermag. Das Verbot stelle zwar (möglicherweise<sup>1047</sup>) einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens dar, dieser sei aber mit Blick auf das Recht auf Leben und unter Berücksichtigung der britischen Rechtslage, wonach der Director of Public Prosecutions seine Zustimmung zur Strafverfolgung geben muss<sup>1048</sup>, gerechtfertigt<sup>1049</sup>. Im Vereinigten Königreich ist Suizidhilfe gemäss Section 2 des Suicide Acts mit bis zu 14 Jahren Freiheitsentzug strafbar<sup>1050</sup>.

Die Beschwerdeführerin, Diane Pretty, litt an einer nicht behandelbaren Erkrankung (Motoneuron-Erkrankung = motor neurone disease, MND), welche zu einer Schwächung der Arm-, Bein- und Atemmuskulatur und letztlich zum Tod infolge Ateminsuffizienz führt<sup>1051</sup>. Im Zeitpunkt des Urteils war sie vom Hals abwärts gelähmt, konnte kaum mehr verständlich reden und musste mittels einer Magensonde ernährt werden. Ihr Intellekt und ihre Urteilsfähigkeit waren davon nicht beeinträchtigt<sup>1052</sup>. Weil unklar ist, ob Frau Pretty noch in der Lage gewesen wäre, den letzten Schritt zur Beendigung ihres Lebens selber durchzuführen, wird der Fall teilweise auch im Kontext der Tötung auf Verlangen abgehandelt<sup>1053</sup>. Der Urteilstext bezieht sich jedoch ausschliesslich auf die Suizidhilfe<sup>1054</sup>.

- 1047 Urteil des EGMR [2346/02](#) vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 67: «The Court is *not prepared to exclude* that this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Article 8 § 1 of the Convention.» (Hervorhebung hinzugefügt).
- 1048 Urteil des EGMR [2346/02](#) vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 76: «It does not appear to be arbitrary to the Court for the law to reflect the importance of the right to life, by prohibiting assisted suicide while providing for a system of enforcement and adjudication which allows due regard to be given in each particular case to the public interest in bringing a prosecution, as well as to the fair and proper requirements of retribution and deterrence.»
- 1049 Urteil des EGMR [2346/02](#) vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 78: «The Court concludes that the interference in this case may be justified as «necessary in a democratic society» for the protection of the rights of others and, accordingly, that there has been no violation of Article 8 of the Convention.»
- 1050 Wortlaut von Section 2(1) des Suicide Acts im Urteilszeitpunkt (Urteil des EGMR [2346/02](#) vom 29. April 2002 [*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich], Ziff. 16): «A person who aids, abets, counsels or procures the suicide of another, or an attempt by another to commit suicide, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.» Wortlaut von [Section 2\(1\) des Suicide Acts](#) im September 2018: «A person («D») commits an offence if— (a) D does an act capable of encouraging or assisting the suicide or attempted suicide of another person, and (b) D's act was intended to encourage or assist suicide or an attempt at suicide. [...] An offence under this section is triable on indictment and a person convicted of such an offence is liable to imprisonment for a term not exceeding 14 years.»
- 1051 Urteil des EGMR [2346/02](#) vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 7.
- 1052 Urteil des EGMR [2346/02](#) vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 8.
- 1053 Puppinck/de La Hougue, *Assisted suicide*, S. 738.
- 1054 Der Begriff «euthanasia» findet sich zwar mehrfach im Urteilstext, allerdings nur in den Ausführungen der Vorinstanzen und der Regierung sowie in den Stellungnahmen von Dritten (Voluntary Euthanasia Society und Catholic Bishops' Conference of England and Wales).

Frau Pretty ersuchte zunächst den Director of Public Prosecutions erfolglos um eine Zusicherung, dass ihr Mann nicht strafrechtlich verfolgt würde, wenn er ihr dabei helfe, Suizid zu begehen<sup>1055</sup>. In der Folge gelangte Frau Pretty an den Divisional Court und anschliessend an das House of Lords<sup>1056</sup>. Im Verfahren vor dem EGMR hat die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK), des Folterverbots (Art. 3 EMRK), des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK), der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK) sowie des Diskriminierungsverbots (Art. 14 EMRK) geltend gemacht<sup>1057</sup>. Der EGMR hat sich zu jedem dieser Rechte und Freiheiten ausführlich geäussert und letztlich keine Verletzung der EMRK erkannt.

Zum Recht auf Leben hielt der EGMR fest, dass aus Art. 2 EMRK kein Recht auf den eigenen Tod abgeleitet werden kann<sup>1058</sup>. Bezüglich des Folterverbots entschied der EGMR, dass das Leiden an einer Krankheit nur dann von Art. 3 EMRK erfasst werde, wenn es durch staatliche Handlungen wie z.B. Haft oder Auslieferung verstärkt werde. Dies war im vorliegenden Fall nicht gegeben<sup>1059</sup>. Auch die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit war nicht verletzt, weil das verfolgte Anliegen nicht Ausdruck einer Religion oder eines Glaubens war<sup>1060</sup>. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots verneinte der Gerichtshof mit dem Argument, dass eine Sonderregelung für Menschen, die sich ihr Leben nicht ohne fremde Hilfe nehmen können, den Schutz des Lebens untergraben und das Missbrauchsrisiko erhöhen würde<sup>1061</sup>.

Betreffend des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens hat der EGMR einen Eingriff nicht ausgeschlossen, diesen aber in Anwendung von Art. 8 Abs. 2 EMRK als gerechtfertigt angesehen und damit eine Verletzung verneint<sup>1062</sup>. Gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK darf eine Behörde in die Ausübung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens eingreifen, «soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.»

Der Gerichtshof hat festgehalten, dass das Verbot der Suizidhilfe dem Schutz des Lebens diene, indem es schwache, vulnerable und urteilsunfähige Menschen

1055 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 10 f.

1056 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 12 ff.

1057 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 3.

1058 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 40.

1059 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 52 f.

1060 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 82 f.

1061 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 89 f.

1062 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 67 und 76 ff.

vor ungewollten Handlungen zur Beendigung ihres Lebens schütze. Es sei an den Mitgliedstaaten, das Risiko von Missbräuchen bei einer Lockerung des Verbots von Suizidhilfe oder der Gewährung von Ausnahmen abzuwägen. Ungeachtet der Möglichkeiten von Schutzmassnahmen und Schutzverfahren bestünden jedoch eindeutige Missbrauchsrisiken<sup>1063</sup>. Der Gerichtshof erachtete ein generelles Verbot der Suizidhilfe nicht als unverhältnismässig. Die Regierung habe erklärt, dass im Einzelfall eine flexible Handhabung möglich sei, weil für eine Strafverfolgung die Zustimmung des Director of Public Prosecutions notwendig sei und weil durch die Festlegung einer Maximalstrafe auch weniger hohe Strafen möglich seien. Im Zeitraum von 1981 bis 1992 seien 22 Fälle von Mitleidstötung angeklagt worden, wobei nur eine Verurteilung wegen Mordes mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe resultierte, während in den anderen Fällen geringere Strafen ausgesprochen worden seien und die meisten zu Bewährung oder aufgeschobenen Strafen geführt hätten. Dem Gerichtshof schien es nicht willkürlich, dass das Gesetz die Bedeutung des Rechts auf Leben widerspiegeln, indem es die Suizidhilfe verbiete und es gleichzeitig ermögliche, im Einzelfall dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung Rechnung zu tragen<sup>1064</sup>.

Auch die Weigerung des Director of Public Prosecutions, den Verzicht auf eine Strafverfolgung des Ehemanns zuzusichern, sei nicht unverhältnismässig gewesen. Gegen die Gewährung einer solchen Ausnahme von der Strafverfolgung spreche insbesondere die Rechtsstaatlichkeit («rule of law»). Der Entscheid des Director of Public Prosecutions erscheine aufgrund der Schwere der Tat, für welche Immunität beantragt wurde, nicht als willkürlich oder unverhältnismässig<sup>1065</sup>. Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass der Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens mit dem Schutz der Rechte Dritter gerechtfertigt werden könne und Art. 8 EMRK demzufolge nicht verletzt worden sei<sup>1066</sup>.

Da der Gerichtshof seinen Entscheid damit begründet hat, dass im System des Vereinigten Königreichs nicht jeder Fall von Suizidhilfe strafrechtliche Konsequenzen haben muss, könnte eine zwingende Strafbarkeit gegen Art. 8 EMRK verstossen<sup>1067</sup>.

1063 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 74.

1064 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 76: «It does not appear to be arbitrary to the Court for the law to reflect the importance of the right to life, by prohibiting assisted suicide while providing for a system of enforcement and adjudication which allows due regard to be given in each particular case to the public interest in bringing a prosecution, as well as to the fair and proper requirements of retribution and deterrence.»

1065 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 77.

1066 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 78.

1067 Korff, Right to life, S. 22: «It would appear that an inflexible law – say, a law imposing a mandatory life sentence for murder in a case similar to the one at hand, without discretion on the part of the prosecuting authorities or the courts – would have been disproportionate and thus contrary to Article 8.»

Nachdem der Gerichtshof im Urteil Haas ein Recht auf Bestimmung des Todeszeitpunkts anerkannt hat<sup>1068</sup>, wurde in der Lehre angezweifelt, ob der Gerichtshof an seiner Auffassung im Urteil Pretty, wonach die Strafbarkeit der Suizidhilfe EMRK-konform ist, festhalten würde<sup>1069</sup>. Im Jahr 2015 hat der EGMR jedoch die Auffassung des UK Supreme Court, wonach das Verbot der Suizidhilfe nach wie vor gerechtfertigt sei, mit einem ausführlich begründeten Nichteintretensentscheid gestützt. Im Entscheid Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich hat der EGMR festgehalten, dass sich die Mehrheit der RichterInnen der Vorinstanz (UK Supreme Court) mit dem Anliegen von Frau Nicklinson auseinandergesetzt habe. Die Beschwerdeführerin habe nicht aufzeigen können, dass das Verbot der Suizidhilfe infolge innerstaatlicher Entwicklungen zu einem unverhältnismässigen Eingriff in Art. 8 EMRK geworden sei. Die Tatsache, dass die RichterInnen des UK Supreme Court grosses Gewicht auf die Diskussionen im Parlament gelegt hätten, bedeute nicht, dass ihr Entscheid unausgewogen sei. Bei einem solch sensitiven Thema und fehlendem Konsens unter den Vertragsstaaten sei es zulässig, den Ansichten des Parlaments hohes Gewicht beizumessen<sup>1070</sup>. Aus diesen Gründen wurde die Beschwerde von Frau Nicklinson für unzulässig erklärt<sup>1071</sup>. In der Beschwerde von Herrn Lamb, welche der Gerichtshof mit dem gleichen Entscheid für unzulässig erklärt hat<sup>1072</sup>, wurde das Fehlen eines gerichtlichen Verfahrens für die Zulassung der Tötung auf Verlangen kritisiert<sup>1073</sup>. Die Ausführungen des Gerichtshofes zu diesem Thema werden im Kapitel zur Tötung auf Verlangen zusammengefasst.

##### 5. Zulässigkeit der Verschreibungspflicht für todbringende Substanzen

Aufgrund der Schutzpflicht zur Verhinderung von Suiziden dürfen und müssen Staaten den Zugang zu tödlichen Medikamenten einschränken. Sowohl das Bundesgericht als auch der EGMR haben eine Beschwerde, welche in der Rezeptpflicht für die Abgabe von Natrium-Pentobarbital (NaP) einen Verstoss gegen

1068 Urteil des EGMR [31322/07](#) vom 20. Januar 2011 (Haas gegen die Schweiz), Ziff. 51: «In the light of this case-law, the Court considers that an individual's right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided he or she is capable of freely reaching a decision on this question and acting in consequence, is one of the aspects of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention.».

1069 Rietiker, [Suicide](#), S. 126: «The issue was not ripe in 2002 for the Court to oblige the respondent State to allow unpunished assistance of suicide, not even in the circumstances of Pretty's compelling case.».

1070 [Entscheid des EGMR 2478/15 und 1787/15](#) vom 23. Juni 2015 (Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 85.

1071 [Entscheid des EGMR 2478/15 und 1787/15](#) vom 23. Juni 2015 (Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 86.

1072 [Entscheid des EGMR 2478/15 und 1787/15](#) vom 23. Juni 2015 (Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 95.

1073 [Entscheid des EGMR 2478/15 und 1787/15](#) vom 23. Juni 2015 (Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 87.

das Recht auf persönliche Freiheit sah, abgewiesen. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil festgehalten, dass das Recht auf Leben den Staat dazu verpflichtet, durch ein geeignetes Verfahren sicherzustellen, dass ein allfälliger Entscheid über die Beendigung des Lebens tatsächlich dem freien Willen des Betroffenen entspricht<sup>1074</sup>. Um dies zu gewährleisten, sei eine Rezeptpflicht geeignet und erforderlich<sup>1075</sup>. Sollte Art. 8 EMRK durch die Rezeptpflicht berührt sein, sei die mit der Rezeptpflicht für Natrium-Pentobarbital verbundene Beschränkung daher weder verfassungs- noch konventionswidrig<sup>1076</sup>. Der EGMR hat die dagegen gerichtete Beschwerde im Urteil Haas gegen die Schweiz abgewiesen und dabei bestätigt, dass die Rezeptpflicht dem Schutz des Rechts auf Leben dient<sup>1077</sup>.

Im April 2010 hat das Bundesgericht festgehalten, dass weder der Staat noch Dritte bzw. deren Fachorganisationen von Verfassung wegen gehalten sind, für lebensmüde Menschen Ausnahmeregelungen von den allgemeinen Bestimmungen zum Schutz der Bevölkerung und deren Gesundheit einzuführen<sup>1078</sup>. Der EGMR hat in der fehlenden Regelung der Suizidhilfe für Menschen, die nicht am Lebensende stehen, im Mai 2013 eine Verletzung von Art. 8 EMRK gesehen<sup>1079</sup>. Die Schweiz hat dieses Urteil innerhalb des EGMR an die Grosse Kammer weitergezogen und diese hat das Urteil vom Mai 2013 im September 2014 wieder aufgehoben<sup>1080</sup>. Zur Begründung wurde auf das Verschweigen des Ablebens der Beschwerdeführerin verwiesen. Weil die Beschwerdeführerin bereits vor dem ersten EGMR-Urteil tot war, habe sie das Beschwerderecht missbraucht<sup>1081</sup>.

## 6. Untersuchung von aussergewöhnlichen Todesfällen

Aus dem Recht auf Leben fliesst schliesslich auch eine Pflicht zur Aufklärung von Tötungsdelikten und Bestrafung der TäterInnen<sup>1082</sup>. Weil bei unnatürlichen Todesfällen auf den ersten Blick nicht immer klar ist, ob es sich um einen Suizid

1074 BGE 133 I 58 E. 6.2.1.

1075 BGE 133 I 58 E. 6.3.2.

1076 BGE 133 I 58 E. 6.3.

1077 Urteil des EGMR 31322/07 vom 20. Januar 2011 (Haas gegen die Schweiz), Ziff. 58: «In this respect, it shares the view of the Federal Court that the right to life guaranteed by Article 2 of the Convention obliges States to establish a procedure capable of ensuring that a decision to end one's life does indeed correspond to the free will of the individual concerned. It considers that the requirement for a medical prescription, issued on the basis of a full psychiatric assessment, is a means enabling this obligation to be met.»

1078 Urteil des Bundesgerichts 2C\_9/2010 vom 12. April 2010, E. 3.2.

1079 Urteil des EGMR 67810/10 vom 13. Mai 2013 (Gross gegen Schweiz), Ziff. 67.

1080 Urteil der Grossen Kammer des EGMR 67810/10 vom 30. September 2014 (Gross gegen Schweiz), Ziff. 35.

1081 Urteil der Grossen Kammer des EGMR 67810/10 vom 30. September 2014 (Gross gegen Schweiz), Ziff. 37.

1082 Biaggini, BV-Kommentar, Art. 10 N 8a; BSK BV-Tschentscher, Art. 10 N 22; Kiener/Kälin/Wytenbach, Grundrechte, S. 141.

oder um eine Tötung handelt, umfasst die Pflicht zur Verfolgung von Tötungsdelikten auch eine Pflicht zur Untersuchung von Suiziden.

## VI. Schutzpflichten gegenüber Pflegebedürftigen

Aus dem Recht auf Leben fließen auch Schutzpflichten gegenüber Pflegebedürftigen<sup>1083</sup>. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einem Entscheid aus Jahr 2000 festgehalten, dass Handlungen oder Unterlassungen eines Staates im Gebiet der Gesundheitspolitik unter Umständen dessen aus Art. 2 EMRK fließende Schutzpflichten verletzen können<sup>1084</sup>. Im Urteil *Arskaya* gegen die Ukraine aus dem Jahr 2013 hat der Gerichtshof festgehalten, dass aus Art. 2 EMRK eine Schutzpflicht fließt, die Staaten dazu verpflichtet, Regelungen zu erlassen, die private und öffentliche Spitäler dazu zwingen, angemessene Massnahmen zum Schutz des Lebens ihrer PatientInnen zu treffen<sup>1085</sup>.

Wenn der Staat mit seiner Gesundheitspolitik bewirkt, dass immer mehr Menschen lieber frühzeitig sterben als in ein Heim eintreten, verletzt er damit seine aus dem Recht auf Leben fließenden Schutzpflichten gegenüber Pflegebedürftigen<sup>1086</sup>.

## § 7 Recht auf persönliche Freiheit

Das Recht auf persönliche Freiheit wird in Art. 10 Abs. 2 BV garantiert und umfasst nach dem Wortlaut dieser Bestimmung insbesondere das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit. Auch die EMRK vermittelt diese Ansprüche, sie sind in den Bestimmungen zum Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK), zum Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK) und zum Folterverbot (Art. 3 EMRK) enthalten<sup>1087</sup>. Das Recht auf persönliche Freiheit umfasst insbesondere das Recht, über die Art und den Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu bestimmen<sup>1088</sup>.

1083 Kley/Segessemann, Langzeiteinrichtungen, S. 227 ff.

1084 Entscheid des EGMR 45305/99 vom 4. Mai 2000 (*Powell* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 1: «The Court accepts that it cannot be excluded that the acts and omissions of the authorities in the field of health care policy may in certain circumstances engage their responsibility under the positive limb of Article 2.»

1085 Entscheid des EGMR 45076/05 vom 5. Dezember 2013 (*Arskaya* gegen die Ukraine), Ziff. 63: «The aforementioned positive obligations therefore require States to make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives.»

1086 Kley, *Urteilsunfähigkeit*, S. 108.

1087 Kiener/Kälin/Wytenbach, Grundrechte, S. 144.

1088 BGE 133 I 58 E. 6.2.1; Kiener/Kälin/Wytenbach, Grundrechte, S. 147; Kley/Zaugg, *Selbstbestimmung*, S. 167; Schweizer, St.Galler Kommentar, Art. 10 N 6 und 38 ff.

## I. Vorbemerkungen

### 1. Selbstbestimmungsrecht

In Lehre und Rechtsprechung wird verschiedentlich ein Selbstbestimmungsrecht als Teilaspekt des Rechts auf persönliche Freiheit erkannt<sup>1089</sup>. Weder die Bundesverfassung noch die europäische Menschenrechtskonvention enthalten eine ausdrückliche Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts. Der EGMR hat das Selbstbestimmungsrecht indessen als Teilaspekt des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK anerkannt<sup>1090</sup>.

Einigkeit besteht dahingehend, dass das Recht auf persönliche Freiheit die Selbstbestimmung hinsichtlich verschiedener Lebensbereiche umfasst. Dies gilt insbesondere für die selbstbestimmte sexuelle Entfaltung<sup>1091</sup>, Fortpflanzung<sup>1092</sup> und Beendigung des eigenen Lebens<sup>1093</sup>. Das Recht auf persönliche Freiheit schützt m.a.W. lediglich die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung<sup>1094</sup>. Ein eigenständiges Recht auf Selbstbestimmung könnte jedoch als allgemeine Handlungsfreiheit verstanden werden, welche das Recht auf persönliche Freiheit unbestrittenermassen nicht umfasst<sup>1095</sup>. Um diesem Missverständnis vorzubeugen, wird nachfolgend nicht von einem eigenständigen Selbstbestimmungsrecht, sondern jeweils vom Recht auf Selbstbestimmung im Hinblick auf einen bestimmten Bereich, insbesondere die Beendigung des eigenen Lebens, ausgegangen.

### 2. Recht, über die Lebensbeendigung zu entscheiden

Das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid 2006 erstmals statuiert, dass das Recht, über die Art und den Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu bestimmen, von der EMRK geschützt wird. Bemerkenswert ist, dass das Gericht an der entscheidenden Stelle nur die EMRK und nicht die Bundesverfassung erwähnt, dann aber zahlreiche Schweizer AutorInnen zitiert, die sich ihrerseits

1089 BGE 136 V 117 E. 4.2.2.1 S. 126; BGE 133 I 58 E. 6.3.2 S. 72; BGE 130 I 16 E. 5.3 S. 21; Kiener/Kälin/Wytenbach, Grundrechte, S. 147; Schweizer, St.Galler Kommentar, Art. 10 N 6 und N 38 ff.; Vaerini, Fin de vie, S. 379.

1090 Urteil des EGMR 25358/12 vom 24. Januar 2017 (Paradiso und Campanelli gegen Italien), Ziff. 159; Urteil des EGMR 46470/11 vom 27. August 2015 (Parrillo gegen Italien), Ziff. 153; Urteil des EGMR 57813/00 vom 3. November 2011 (S.H. und andere gegen Österreich), Ziff. 80; Urteil des EGMR 43546/02 vom 22. Januar 2008 (E.B. gegen Frankreich), Ziff. 43; Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 61. Vgl. auch Müller/Schefer, Grundrechte, S. 138.

1091 BGE 126 II 425 E. 2b).

1092 BGE 132 III 359 E. 4.3.2.

1093 BGE 133 I 58 E. 6.2.1.

1094 BGE 138 IV 13 E. 7.1.

1095 BGE 130 I 369 E. 2; BGE 132 I 49 E. 5.1; BGE 133 I 58 E. 6.1; BGE 138 IV 13 E. 7.1.

nicht auf die EMRK beschränken<sup>1096</sup>. Aus der Lektüre der vom Bundesgericht zitierten Literatur geht eindeutig hervor, dass sich das Recht, über die Art und den Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu bestimmen, sowohl aus der BV als auch aus der EMRK ergibt<sup>1097</sup>.

Das Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2006 wurde vom Beschwerdeführer an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte weitergezogen. Dieser hat das Urteil des Bundesgerichts im Januar 2011 bestätigt und damit eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens verneint<sup>1098</sup>. Im Entscheid des EGMR (Haas gegen Schweiz) hat dieser erstmals festgehalten, dass aus der Menschenrechtskonvention das Recht eines Einzelnen auf Entscheidung über Mittel und Zeitpunkt der Lebensbeendigung, hervorgeht<sup>1099</sup>.

Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil, mit dem es § 217 des deutschen Strafgesetzbuches (Geschäftsmässige Förderung der Selbsttötung) aufgehoben hat, festgehalten, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben umfasst<sup>1100</sup>. Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben schliesst das Recht auf Selbsttötung ein<sup>1101</sup>. Der Grundrechtsschutz erstreckt sich auch auf die Freiheit,

1096 BGE 133 I 58 E. 6.1 S. 67: «Zum Selbstbestimmungsrecht im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK gehört auch das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden; dies zumindest, soweit der Betroffene in der Lage ist, seinen entsprechenden Willen frei zu bilden und danach zu handeln», mit Hinweisen auf Auer/Malinverni/Hottelier, Droits fondamentaux 2006, Rz. 304; Rouiller/Roussianos, Mourir, Rz. 18; Müller, Grundrechte 1999, S. 59 ff.; Schefer, Ergänzungsband, S. 45; Schweizer, St.Galler Kommentar zur BV (1. Aufl. 2002), Art. 10 N 14; Petermann, NaP-Rezeptierung, S. 456 ff., insbesondere Fn. 178; Petermann, Suizid-Präventions-Gesetz, S. 1126 ff.; Minelli, Suizidfreiheit, S. 492 f.; Jaag/Rüssli, Sterbehilfe, S. 118 f.; Hangartner, Rezept, S. 482; Wildhaber, Kommentar Art. 8 EMRK, Rz. 268.

1097 Bei Auer/Malinverni/Hottelier, Droits fondamentaux 2006, geht bereits aus dem Buchtitel hervor, dass sich die Ausführungen primär auf die schweizerische Bundesverfassung beziehen; bei Rouiller/Roussianos, Mourir, befindet sich die vom Bundesgericht zitierte Rz. 18 im Abschnitt «La protection constitutionnelle du droit à la vie, de la dignité humaine et du droit de mourir digne» (Hervorhebung hinzugefügt); bei Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, steht die vom Bundesgericht zitierte Stelle im Kapitel «Schutz der individuellen Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 2 nBV)»; auch bei Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Ergänzungsband, Bern 2005, befindet sich die vom Bundesgericht zitierte S. 45 im Abschnitt «Schutz der individuellen Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 und 13 BV)»; bei Schweizer ergibt sich schon aus dem Zitat des Bundesgerichts, dass sich der Kommentar auf die Bundesverfassung bezieht; Petermann stützt sich in beiden vom Bundesgericht zitierten Publikationen (NaP-Rezeptierung, S. 456; Entwurf Suizid-Präventions-Gesetz, S. 1126 ff.) explizit sowohl auf die EMRK als auch auf die Bundesverfassung; Jaag/Rüssli, Sterbehilfe, S. 118 f., nennen sowohl die Bundesverfassung als auch die EMRK als Rechtsquellen für das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung seines eigenen Lebens zu befinden. In den vom Bundesgericht zitierten Quellen zum Recht, seinem eigenen Leben ein selbstbestimmtes Ende zu bereiten, stützen sich einzig Minelli, Hangartner (in seinen ergänzenden Bemerkungen zu einem früheren Artikel von Minelli) und Wildhaber/Breitenmoser (im EMRK-Kommentar) ausschliesslich auf die EMRK.

1098 Urteil des EGMR 31322/07 vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz).

1099 Urteil des EGMR 31322/07 vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz), Rn. 51.

1100 Urteil des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 2347/15 vom 26. Februar 2020, Rn. 208.

1101 Urteil des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 2347/15 vom 26. Februar 2020, Rn. 209.

hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und sie, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen<sup>1102</sup>.

In Österreich hat der Verfassungsgerichtshof die Strafbarkeit der Hilfeleistung zur Selbsttötung (§ 78 zweiter Fall des österreichischen Strafgesetzbuches) im Dezember 2020 als verfassungswidrig erkannt und aufgehoben<sup>1103</sup>. Dabei hat er festgehalten, dass zur freien Selbstbestimmung auch die Entscheidung, ob und aus welchen Gründen ein Einzelner sein Leben in Würde beenden will, gehört<sup>1104</sup>. Das aus der österreichischen Bundesverfassung ableitbare Recht auf freie Selbstbestimmung «erfasst nicht nur die Entscheidung und das Handeln des Suizidwilligen selbst, sondern auch das Recht des Suizidwilligen auf Inanspruchnahme der Hilfe eines (dazu bereiten) Dritten.»<sup>1105</sup>

### 3. «Recht auf den eigenen Tod»

In BGE 133 I 58 hat das Bundesgericht das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, als «Recht auf den eigenen Tod» bezeichnet<sup>1106</sup>. Zehn Jahre nach diesem Urteil hat es in BGE 142 I 195 festgehalten, dass es sich nicht um ein Recht zum Sterben («droit de mourir»), sondern um eine Freiheit zum Sterben («liberté de mourir») handle<sup>1107</sup>. Die Unterscheidung zwischen Recht und Freiheit wird jedoch im übernächsten Satz desselben Urteils wieder fallen gelassen<sup>1108</sup>.

Weil das Bundesgericht das Recht auf den eigenen Tod nur in einem Urteil stipuliert und später wieder relativiert hat, wird die Formulierung «Recht auf den eigenen Tod» nachfolgend nicht mehr verwendet. Stattdessen werden die einzelnen Ansprüche, die sich im Hinblick auf Entscheidungen am Lebensende aus dem Recht auf persönliche Freiheit ergeben, herausgearbeitet.

1102 Urteil des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 2347/15 vom 26. Februar 2020, Rn. 212.

1103 Urteil des (österreichischen) Verfassungsgerichtshofs G 139/2019–71 vom 11. Dezember 2020 Rn. 104.

1104 Urteil des (österreichischen) Verfassungsgerichtshofs G 139/2019–71 vom 11. Dezember 2020 Rn. 73.

1105 Urteil des (österreichischen) Verfassungsgerichtshofs G 139/2019–71 vom 11. Dezember 2020 Rn. 74.

1106 BGE 133 I 58 E. 6.2.1.

1107 BGE 142 I 195, E. 3.4: «Les personnes capables de discernement qui sont en mesure de prendre elles-mêmes le produit létal bénéficient ainsi d'un droit protégeant leur décision. En ce sens, il ne s'agit pas d'un droit de mourir, mais bien plutôt d'une liberté de mourir, dans la mesure où un droit porte sur une prestation que l'on peut exiger de l'Etat alors qu'une liberté vise à respecter l'autonomie de la personne, c'est-à-dire un choix qui est garanti par l'Etat.»

1108 BGE 142 I 195, E. 3.4: «Par la suite, il sera indifféremment fait mention de 'liberté' ou de 'droit', l'art. 35 Cst., dont il est notamment question ci-dessous, concernant la réalisation des droits comme des libertés.»

## II. Behandlungsabbruch und Behandlungsverzicht

Das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, beinhaltet das Recht, lebenserhaltende Massnahmen abzulehnen<sup>1109</sup>. «Es muss [...] gewährleistet sein, dass der Wille eines Betroffenen, sein Leben nicht durch lebenserhaltende Massnahmen aufrechterhalten zu lassen, respektiert wird»<sup>1110</sup>. Der gegen lebenserhaltende Massnahmen gerichtete Abwehrensanspruch ergibt sich aus dem Recht auf persönliche Freiheit und aus der Achtung der Menschenwürde<sup>1111</sup>. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass sich der gegen lebenserhaltende Massnahmen gerichtete Abwehrensanspruch auch aus dem Recht auf Leben ergibt<sup>1112</sup>. Diese Auffassung wird jedoch nicht begründet und ist auch nach Lektüre der zitierten Quellen nicht nachvollziehbar. Der EGMR hat im Urteil *Pretty* explizit festgehalten, dass aus dem Recht auf Leben kein Recht auf den Tod abgeleitet werden kann<sup>1113</sup>.

Das Recht auf Ablehnung lebenserhaltender Massnahmen beinhaltet einen Abwehrensanspruch und zugleich einen Schutzanspruch. Jeder Mensch hat das Recht, medizinische Eingriffe abzulehnen (Abwehrensanspruch, Abwehr von Körperverletzungen)<sup>1114</sup>. Gleichzeitig muss der Staat sicherstellen, dass lebenserhaltende Massnahmen nur dann durchgeführt werden, wenn die betroffene Person einwilligt und dass sie in allen anderen Fällen nicht durchgeführt bzw. andernfalls eine Durchführung strafrechtliche Konsequenzen wegen Verletzung der körperlichen Unversehrtheit nach sich zieht (Schutzanspruch, Schutz der körperlichen Unversehrtheit)<sup>1115</sup>.

Wird eine Behandlung ohne entsprechende Äusserung der betroffenen Person eingestellt oder gar nicht erst aufgenommen, handelt es sich nicht um einen Fall von Ablehnung lebenserhaltender Massnahmen. Auf die Einstellung lebenserhaltender Massnahmen ohne entsprechende Willensäusserung der betroffenen Person wurde im Kapitel zum Recht auf Leben eingegangen<sup>1116</sup>.

Der gegen lebenserhaltende Massnahmen gerichtete Abwehrensanspruch lässt sich in erster Linie aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit als Teil der persönlichen Freiheit ableiten. Der so begründete Abwehrensanspruch richtet sich nicht nur gegen lebenserhaltende Massnahmen, sondern ganz allgemein gegen medizinische Eingriffe. Er besteht m.a.W. nicht nur in Situationen, in denen der

1109 Urteil des Bundesgerichtshofes VI ZR 13/18 vom 2. April 2019, Rn. 19; Haller, Menschenwürde, Rz. 58; Jaag/Rüssli, Sterbehilfe, S. 120; Kiener, Suizidhilfe, S. 275; Cherubini, EMS, S. 224; Bigler, in: Gonin/Bigler, Commentaire de la CEDH, Art. 2 N 61.

1110 Hangartner, Sterbehilfe, S. 73.

1111 Hangartner, Sterbehilfe, S. 79; Schweizer, St.Galler Kommentar, Art. 10 N 22.

1112 Hangartner, Sterbehilfe, S. 79; Schweizer, St.Galler Kommentar, Art. 10 N 22.

1113 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 39.

1114 Negri, Universal Human Rights, S. 8.

1115 Eicker/Fisch, Suizidhilfe, S. 106.

1116 § 6, III, 4 (Abbruch oder Nichtaufnahme bei fehlender Information über den Patientenwillen).

Tod voraussichtlich innert kurzer Zeit nach Nichtaufnahme oder Abbruch von medizinischen Massnahmen eintritt. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit wird durch den strafrechtlichen Tatbestand der Körperverletzung geschützt<sup>1117</sup>. Ein medizinischer Eingriff stellt grundsätzlich immer eine Körperverletzung dar, die jedoch durch Einwilligung gerechtfertigt werden kann<sup>1118</sup>. Fehlt es an dieser Einwilligung, ist die Körperverletzung nicht gerechtfertigt und damit strafbar<sup>1119</sup>. Zivilrechtlich ist der Anspruch auf Ablehnung lebenserhaltender Massnahmen durch das Auftragsrecht gewährleistet: die PatientIn kann den Behandlungsauftrag zurückziehen oder gar nicht erst erteilen<sup>1120</sup>.

Die Nichtaufnahme und der Abbruch von lebenserhaltenden Massnahmen werden meistens unter dem Begriff «passive Sterbehilfe» abgehandelt<sup>1121</sup>. Die Zulässigkeit der passiven Sterbehilfe auf Wunsch der betroffenen Person ist unbestritten<sup>1122</sup>, wobei die strafrechtliche Lehre verschiedene Theorien für die Begründung der Zulässigkeit hervorgebracht hat<sup>1123</sup>. Vereinzelt wird für die Begründung der Straflosigkeit auf die medizin-ethischen Richtlinien der schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften verwiesen<sup>1124</sup>. Eine andere Begründung stützt sich direkt auf das verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht<sup>1125</sup>. Strafrechtsdogmatisch lässt sich die Straflosigkeit der passiven Sterbehilfe durch eine Modifikation der Garantenpflicht der ÄrztIn dahingehend begründen, dass lebenserhaltende Massnahmen nicht mehr vorgenommen werden müssen<sup>1126</sup>.

### III. Suizid und Suizidhilfe

#### 1. Kein Anspruch auf Suizidhilfe

Die Freiheit zur Beendigung des eigenen Lebens ist weder im schweizerischen Bundesrecht noch in anderen Ländern gesetzlich garantiert<sup>1127</sup>. Einzig im Kanton

1117 Stratenwerth/Wohlers, Handkommentar StGB, Art. 123 N 1.

1118 BGE 124 IV 258 E. 2; BGE 99 IV 208 E. 3; Gächter/Rütsche, Gesundheitsrecht, S. 104; Andreas Donatsch, StGB Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 122 N 4; Trechsel/Fingerhuth, in: Trechsel/Pieth, Praxiskommentar StGB, Vorbemerkungen Art. 122–126 N 6; Stratenwerth/Wohlers, Handkommentar StGB, Art. 123 N 2; BSK StGB-Roth/Berkemeier, Vor Art. 122 N 26 ff.

1119 Lüthi, Lebensverkürzung, S. 156; Zimmermann et al., *Lebensende*, S. 150.

1120 Hangartner, Sterbehilfe, S. 79.

1121 Yvo Hangartner, Sterbehilfe, S. 69; Schweizer, St.Galler Kommentar, Art. 10 N 22.

1122 Günter Stratenwerth, Sterbehilfe, S. 69 f.

1123 Peterková, Sterbehilfe, äussert sich im Abschnitt «Die Begründung der Straflosigkeit eines Arztes bei Beendigung einer Behandlung», S. 103 ff., nicht zur Begründung der Straflosigkeit.

1124 BSK StGB-Schwarzenegger/Stössel, Vor Art. 111 N 49.

1125 Brunner/Thommen, Sterben und Tod, S. 71; Lüthi, Lebensverkürzung, S. 155; BSK StGB-Schwarzenegger/Stössel, Vor Art. 111 N 50.

1126 Geth, Passive Sterbehilfe, S. 14.

1127 Mathieu, Right to life, S. 15: «Although certain countries may have partly decriminalised euthanasia, there is no legislation enshrining the freedom to take one's life as a fundamental individual right.».

Neuenburg ist sie im Gesundheitsgesetz verankert: «Toute personne capable de discernement a le droit de choisir les modalités et le moment de sa mort.»<sup>1128</sup> Andere Kantone haben sich bei der Regelung der Suizidhilfe am Kanton Neuenburg orientiert, ohne jedoch das Recht auf Wahl von Art und Zeitpunkt des eigenen Todes gesetzlich zu verankern<sup>1129</sup>.

In seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2006 hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Recht auf den eigenen Tod von einem Anspruch auf Beihilfe zum Suizid seitens des Staates oder Dritter abzugrenzen sei. «[E]in Anspruch des Sterbewilligen, dass ihm Beihilfe bei der Selbsttötung oder aktive Sterbehilfe geleistet wird, wenn er sich ausserstande sieht, seinem Leben selber ein Ende zu setzen, besteht nicht»<sup>1130</sup>. Der EGMR hat im Rahmen der gegen dieses Urteil gerichteten Beschwerde bestätigt, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) ein Recht auf Wahl von Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens beinhaltet. Im konkreten Fall hat der Gerichtshof aber eine Verletzung von Art. 8 EMRK verneint. Dabei hat er offen gelassen, ob ein Anspruch auf Hilfe bei der Selbsttötung besteht. Selbst wenn die Mitgliedstaaten verpflichtet wären, Massnahmen zur Erleichterung eines würdevollen Suizids zu erlassen, hätten die Schweizer Behörden im konkreten Fall nicht dagegen verstossen<sup>1131</sup>.

Weil das Bundesgericht die vom EGMR offen gelassene Frage beantwortet hat, wird im Folgenden davon ausgegangen, dass kein umfassender Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines würdevollen Suizids durch den Staat oder Dritte (zum Beispiel in Form staatlicher oder staatlich beauftragter Suizidhilfeorganisationen) besteht. Davon abzugrenzen ist die Frage, ob unter Umständen ein Anspruch auf Verschreibung einer tödlichen Substanz besteht<sup>1132</sup>.

## 2. Anspruch auf Nichtverhinderung eines Suizids

Ein Mensch darf grundsätzlich nicht gegen seinen Willen am Suizid gehindert werden<sup>1133</sup>. Gleichzeitig besteht aber auch Einigkeit darüber, dass Suizide verhindert werden sollen, wenn sie Folge einer vorübergehenden Niedergeschlagenheit sind. Weil auch in diesen Fällen ein Suizidwille entstehen kann, braucht es für die Unzulässigkeit einer Hinderung mehr als nur den (möglicherweise vorüberge-

1128 Art. 35a Abs. 1 des [Gesundheitsgesetzes des Kantons Neuenburg](#).

1129 § 16, II, 1 (Regelungen auf kantonaler Ebene).

1130 [BGE 133 I 58 E. 6.2.1](#). Siehe auch Mathieu, *Right to life*, S. 78: «We can conclude, on the basis of such reasoning, that there exists no fundamental right to have oneself killed.»

1131 Urteil des EGMR [31322/07](#) vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz), Ziff. 61: «Having regard to the foregoing and to the margin of appreciation enjoyed by the national authorities in such a case, the Court considers that, even assuming that the States have a positive obligation to adopt measures to facilitate the act of suicide with dignity, the Swiss authorities have not failed to comply with this obligation in the instant case.» (Hervorhebung hinzugefügt).

1132 Dazu sogleich: § 7, III, 3.

1133 Baumann, *Persönliche Freiheit*, S. 316; Soland, *Suizidverhinderung*.

henden) Willen zum Suizid. Damit ein Suizid nicht verhindert werden darf, muss der Suizidwille mit anderen Worten qualifiziert sein, d.h. es müssen die drei Voraussetzungen der Eigenverantwortlichkeit (Zwangsfreiheit, Irrtumsfreiheit und Urteilsfähigkeit<sup>1134</sup>) gegeben sein.

Dem Staat kommt eine Schutzpflicht zur Verhinderung eines Suizids zu, wenn dieser bei einer Person in einem seelischen Ausnahmezustand zu vermuten ist<sup>1135</sup>. In Situationen, in denen die Voraussetzungen eines eigenverantwortlichen Suizids möglicherweise nicht erfüllt sind, muss der Suizid verhindert werden. Weil es kaum möglich ist, die Eigenverantwortlichkeit mit hundertprozentiger Sicherheit festzustellen, geht es jedoch zu weit, eine Pflicht zur Suizidverhinderung immer dann zu bejahen, wenn die Eigenverantwortlichkeit nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann<sup>1136</sup>.

Wird ein Mensch am Suizid gehindert, obwohl die Freiverantwortlichkeit mit hinreichender Klarheit feststeht, liegt eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts der suizidwilligen Person vor. Es besteht ein entsprechender Abwehranspruch gegen die Suizidverhinderung durch staatliche Organe und ein Schutzanspruch zum Schutz vor Suizidverhinderung durch nichtstaatliche Akteure<sup>1137</sup>. Dieser Schutzanspruch wird durch die Strafbarkeit der Suizidverhinderung umgesetzt. Wenn die betroffene Person bereits eine tödliche Substanz eingenommen hat und für die Verhinderung des Todesintritts ein entsprechender Eingriff notwendig ist, liegt eine ungerechtfertigte und damit strafbare Körperverletzung vor<sup>1138</sup>. Die physische Verhinderung eines Suizids und die Fixation einer suizidalen Person können den Straftatbestand der Nötigung erfüllen<sup>1139</sup>.

### 3. Anspruch auf Verschreibung einer tödlichen Substanz

#### 3.1. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid aus dem Jahr 2006 einen Anspruch auf Beihilfe zum Suizid abgelehnt<sup>1140</sup>, ohne sich dazu zu äussern, was es unter den Begriff der Beihilfe subsumiert. Im Urteil des Bundesgerichts ging es im Kern um die Frage, ob der Staat «sicherstellen muss, dass der Beschwerdeführer schmerz- und risikolos sterben kann, und deshalb dafür zu sorgen hat, dass

1134 Venetz, Suizidhilfeorganisationen, S. 149 ff.

1135 Schweizer, St.Galler Kommentar, Art. 10 N 22.

1136 So aber BSK BV-Tschentscher, Art. 10 N 43. Tschentscher verwendet den Begriff der Freiverantwortlichkeit als Oberbegriff und meint damit das, was Venetz als Eigenverantwortlichkeit bezeichnet. Diese setzt sich zusammen aus Zwangsfreiheit, Irrtumsfreiheit und Urteilsfähigkeit (Venetz, Suizidhilfeorganisationen, S. 149 ff.).

1137 Baumgarten, Right to Die, S. 124.

1138 Soland, Suizidverhinderung, S. 38.

1139 Soland, Suizidverhinderung, S. 39.

1140 BGE 133 I 58 E. 6.2.1.

er in Abweichung von der gesetzlichen Regelung ohne ärztliche Verschreibung Natrium-Pentobarbital erhält»<sup>1141</sup>. Das Bundesgericht hat in diesem Urteil das Bestehen eines Anspruchs auf Zugang zu Natrium-Pentobarbital ohne ärztliche Verschreibung verneint<sup>1142</sup>. Es hat sich jedoch nicht zur Frage geäußert, ob unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf die ärztliche Verschreibung besteht. In einem Urteil aus dem Jahr 2018 hat das Bundesgericht explizit festgehalten, dass «die materielle Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Beschwerdeführer Anspruch darauf haben, von einem Arzt Natrium-Pentobarbital zu erhalten, um damit aus dem Leben zu scheiden» nicht Streitgegenstand sei<sup>1143</sup>.

### 3.2. Rechtsprechung des EGMR

Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in mehreren Fällen mit der Suizidhilfe auseinandergesetzt. Im Entscheid *Pretty* gegen das Vereinigte Königreich aus dem Jahr 2002 war die Frage zu beurteilen, ob die im britischen Recht vorgesehene Strafbarkeit der Suizidhilfe gegen die Menschenrechtskonvention verstößt. Der Gerichtshof hat diese Frage unter dem Blickwinkel aller denkbaren Menschenrechte (Recht auf Leben<sup>1144</sup>, Verbot der Folter<sup>1145</sup>, Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens<sup>1146</sup>, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit<sup>1147</sup> sowie Diskriminierungsverbot<sup>1148</sup>) einstimmig verneint<sup>1149</sup>.

Im Entscheid *Haas* gegen die Schweiz aus dem Jahr 2011 hatte der europäische Gerichtshof das Grundsatzurteil des Bundesgerichts zur Frage der Verschreibung von Natrium-Pentobarbital (BGE 133 I 58) unter dem Blickwinkel von Art. 8 EMRK zu beurteilen. Dabei hat er bestätigt, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens ein Recht auf Wahl von Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens beinhaltet, sofern die betroffene Person fähig ist, den Entscheid frei zu fällen und umzusetzen<sup>1150</sup>. Die Frage, ob Staaten eine positive Verpflichtung zur Erleichterung des Suizids treffe, hat der Gerichtshof offen gelassen und gleichzeitig festgehalten, dass die Schweiz selbst bei Bestehen einer solchen Ver-

1141 BGE 133 I 58 E. 6.2.3.

1142 BGE 133 I 58 E. 6.2.3.

1143 Urteil des Bundesgerichts [2C\\_608/2017](#) vom 24. August 2018, E. 1.2.

1144 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 34 ff.

1145 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 43 ff.

1146 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 57 ff.

1147 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 79 ff.

1148 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 84 ff.

1149 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (*Pretty* gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 42, 56, 78, 83, 90; vgl. Breitenmoser, *Sterbehilfe*, S. 169 ff. sowie Schweizer, *Sterbehilfe*, S. 31 ff.

1150 Urteil des EGMR 31322/07 vom 20. Januar 2011 (*Haas* gegen Schweiz), Ziff. 51.

pflichtung diese nicht verletzt hätte<sup>1151</sup>. Dementsprechend wurde im Ergebnis eine Verletzung von Art. 8 EMRK verneint<sup>1152</sup>.

Im Entscheid Koch gegen Deutschland aus dem Jahr 2012 hatte der Gerichtshof über die Zulässigkeit des Nichteintretens auf ein Gesuch um Verschreibung einer tödlichen Substanz zu entscheiden. Dabei kam er zum Ergebnis, dass die deutschen Gerichte mit dem Nichteintreten auf das Gesuch der im Urteilszeitpunkt bereits verstorbenen Frau das Recht ihres Ehemannes auf Achtung des Privatlebens verletzt hatten<sup>1153</sup>. Der weitere (innerstaatliche) Verlauf dieses Verfahrens wird nachfolgend bei der Rechtsprechung des deutschen Bundesverwaltungsgerichts dargestellt<sup>1154</sup>.

Im Nichteintretensentscheid Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich aus dem Jahr 2015 hat der Gerichtshof erneut festgehalten, dass es dem nationalen Gesetzgeber überlassen ist, ob die Suizidbeihilfe strafbar sein soll oder nicht<sup>1155</sup>.

Im Entscheid Gross gegen die Schweiz aus dem Jahr 2013 hat der Gerichtshof infolge der fehlenden gesetzlichen Regulierung der Suizidhilfe eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens erkannt<sup>1156</sup>. Dieses Urteil wurde von der Schweiz an die Grosse Kammer des Gerichtshofs weitergezogen<sup>1157</sup>. Im Jahr 2014 hat die Grosse Kammer mit 9 zu 8 Stimmen die Beschwerde für unzulässig erklärt, weil die Beschwerdeführerin bereits im Jahr 2011 und damit vor dem ersten Urteil des Gerichtshofs verstorben war. Die Grosse Kammer hat dabei auch festgehalten, dass der Entscheid aus dem Jahr 2013 keine Rechtskraft erlangt habe<sup>1158</sup>. Da das Urteil aus dem Jahr 2013 mit 4 zu 3 Stimmen gefällt worden ist, kann nur darüber spekuliert werden, ob der Gerichtshof bei einem ähnlich gelagerten Fall gleich entscheiden würde.

Der europäische Gerichtshof hat in seinen Urteilen zur Suizidhilfe wiederholt festgehalten, dass den EMRK-Mitgliedstaaten aufgrund der unterschiedlichen Haltungen zu diesem Thema ein grosser Beurteilungsspielraum («margin of app-

1151 Urteil des EGMR 31322/07 vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz), Ziff. 61: «the Court considers that, even assuming that the States have a positive obligation to adopt measures to facilitate the act of suicide with dignity, the Swiss authorities have not failed to comply with this obligation in the instant case».

1152 Urteil des EGMR 31322/07 vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz), Ziff. 61.

1153 Urteil des EGMR 497/09 vom 19. Juli 2012 (Koch gegen Deutschland), Ziff. 72.

1154 § 4, III, 4.3.3. (Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts [Deutschland]).

1155 Entscheid des EGMR 2478/15 und 1787/15 vom 23. Juni 2015 (Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 84.

1156 Urteil des EGMR 67810/10 vom 13. Mai 2013 (Gross gegen Schweiz), Ziff. 67.

1157 Urteil der Grossen Kammer des EGMR 67810/10 vom 30. September 2014 (Gross gegen Schweiz), Ziff. 5.

1158 Urteil der Grossen Kammer des EGMR 67810/10 vom 30. September 2014 (Gross gegen Schweiz), Ziff. 35.

reciation») zustehe<sup>1159</sup>. Insgesamt lässt sich daher aus der Rechtsprechung des EGMR für die Regelung der Suizidhilfe in der Schweiz nicht viel ableiten.

### 3.3. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Deutschland)

Nach dem Entscheid Koch gegen Deutschland, mit dem der EGMR im Nichteintreten der deutschen Gerichte auf die Klage von Ulrich Koch eine Verletzung von Art. 8 EMRK erkannt hat<sup>1160</sup>, sind das Verwaltungsgericht Köln und das Obergerverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zwar auf die Klage eingetreten, haben diese jedoch abgewiesen<sup>1161</sup>. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat in der Folge die gegen das Urteil des Obergerverwaltungsgerichts NRW gerichtete Revision als teilweise begründet beurteilt. Es hat festgehalten, dass die entscheidende Bestimmung im deutschen Betäubungsmittelgesetz<sup>1162</sup> (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG<sup>1163</sup>) «grundrechtskonform dahin ausgelegt werden [muss], dass er der Erlaubniserteilung ausnahmsweise nicht entgegensteht, wenn sich der Suizidwillige wegen seiner Erkrankung in einer extremen Notlage befindet»<sup>1164</sup>.

Zwar schliesse § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG die Erteilung einer Erwerbserlaubnis zum Zweck der Selbsttötung grundsätzlich aus, weil eine solche Erlaubnis mit dem Ziel des Betäubungsmittelgesetzes, die menschliche Gesundheit und das Leben zu schützen, nicht vereinbar sei<sup>1165</sup>. Ein ausnahmsloses Verbot, Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung zu erwerben, greife jedoch in das grundrechtlich geschützte Recht schwer und unheilbar kranker Menschen ein, selbstbestimmt darüber zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt ihr Leben enden soll<sup>1166</sup>. Im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz des Selbstbestimmungsrechts sei das Betäubungsmittelgesetz dahin auszulegen, «dass der Erwerb eines Betäubungsmittels für eine Selbsttötung mit dem Zweck des Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, ausnahmswei-

1159 Urteil des EGMR 2346/02 vom 29. April 2002 (Pretty gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 70; Urteil des EGMR 31322/07 vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz), Ziff. 55; Urteil des EGMR 497/09 vom 19. Juli 2012 (Koch gegen Deutschland), Ziff. 70; **Entscheid des EGMR 2478/15 und 1787/15** vom 23. Juni 2015 (Nicklinson und Lamb gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 84.

1160 Urteil des EGMR 497/09 vom 19. Juli 2012 (Koch gegen Deutschland), Ziff. 72.

1161 Urteil des Verwaltungsgerichts Köln 7 K 254/13 vom 13. Mai 2014; Urteil des Obergerverwaltungsgerichts NRW 13 A 1299/14 vom 19. August 2015.

1162 Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz, BtMG).

1163 § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG: «Die Erlaubnis nach § 3 ist zu versagen, wenn die Art und der Zweck des beantragten Verkehrs nicht mit dem Zweck dieses Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, daneben aber den Mißbrauch von Betäubungsmitteln oder die mißbräuchliche Herstellung ausgenommener Zubereitungen sowie das Entstehen oder Erhalten einer Betäubungsmittelabhängigkeit soweit wie möglich auszuschließen, vereinbar ist [...]».

1164 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 17.

1165 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 21.

1166 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 22.

se vereinbar ist, wenn sich der suizidwillige Erwerber wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet»<sup>1167</sup>.

Eine extreme Notlage ist gegeben, wenn

1. die schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen verbunden ist, die bei den Betroffenen zu einem unerträglichen Leidensdruck führen und nicht ausreichend gelindert werden können,
2. die Betroffenen entscheidungsfähig sind und sich frei und ernsthaft entscheiden haben, ihr Leben beenden zu wollen und ihnen
3. eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht zur Verfügung steht<sup>1168</sup>.

Wenn jemand in einer solchen Weise seiner Krankheit ausgeliefert sei, komme seinem Selbstbestimmungsrecht ein besonderes Gewicht zu, hinter dem die staatliche Schutzpflicht für das Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes<sup>1169</sup>) zurücktrete<sup>1170</sup>.

Das dritte Kriterium – d.h. die anderweitige Möglichkeit, den Sterbewunsch in zumutbarer Weise zu verwirklichen – wird im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts noch genauer spezifiziert. «Von einer solchen Möglichkeit kann in der Regel ausgegangen werden, wenn der Betroffene sein Leben durch einen palliativ-medizinisch begleiteten Abbruch lebenserhaltender oder -verlängernder Behandlungsmaßnahmen beenden kann, zum Beispiel durch Abschalten des Beatmungsgeräts oder Einstellen der künstlichen Ernährung. [...] Eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches ist der Behandlungsabbruch aber nur, wenn er voraussichtlich in absehbarer Zeit zum Eintritt des Todes führen wird, also nicht lediglich zu einer weiteren Verschlechterung des gesundheitlichen Zustandes auf unbestimmte Dauer, möglicherweise verbunden mit einem Verlust der Entscheidungsfähigkeit. Zudem muss gesichert sein, dass der Betroffene nach Abbruch der Behandlung palliativ-medizinisch ausreichend betreut wird. Dazu gehört insbesondere, dass Schmerzen, Atemnot und Übelkeit gelindert werden»<sup>1171</sup>.

Weil nach deutschem Recht die Suizidhilfe mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden ist, dürfe die Rechtsordnung in einer solchen Situation die Betroffenen nicht darauf verweisen, eine ÄrztIn zu suchen, die bereit ist, diese Risiken einzugehen<sup>1172</sup>. Die staatliche Gemeinschaft dürfe die Betroffenen auch nicht auf die Möglichkeit, die angestrebte Selbsttötung mit dem gewünschten Betäubungs-

1167 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 28.

1168 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 31.

1169 Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland: «Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit».

1170 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 32.

1171 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 34.

1172 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 35.

mittel im Ausland vorzunehmen, verweisen. Art. 1 Abs. 3 des Grundgesetzes<sup>1173</sup> verpflichtet den Staat, den erforderlichen Grundrechtsschutz innerhalb der eigenen Rechtsordnung zu gewährleisten<sup>1174</sup>.

Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich das deutsche Betäubungsmittelgesetz grundrechtskonform auslegen: «In einer extremen Notlage der dargelegten Art kann die Anwendung eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung ausnahmsweise als therapeutischen Zwecken dienend angesehen werden; sie ist die einzige Möglichkeit, eine krankheitsbedingte, für den Betroffenen unerträgliche Leidenssituation zu beenden. Da die Annahme einer extremen Notlage verlangt, dass eine Linderung auf andere Weise nicht erreicht werden kann und eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht besteht, stellt sich die Versorgung mit dem Betäubungsmittel auch als notwendig dar. Entsprechend ist die Wortlautgrenze des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG nicht überschritten»<sup>1175</sup>. Es sei auch nicht erkennbar, dass die verfassungskonforme Interpretation dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufe<sup>1176</sup>.

Das Bundesministerium für Gesundheit hat das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte mit Schreiben vom 29. Juni 2018 angewiesen, alle Anträge auf Erlaubnis zum Erwerb von Natrium-Pentobarbital abzuweisen<sup>1177</sup>.

### 3.4. Würdigung der geltenden Regelung

#### 3.4.1. Geltende Regelung

Die geltende Regelung für die Verschreibung von Natrium-Pentobarbital in der Schweiz ist im Kapitel zur Rechtslage ausführlich dargestellt<sup>1178</sup>. Kurz zusammengefasst ist die Verschreibung von Natrium-Pentobarbital zulässig, sofern:

1. eine länger dauernde ärztliche Begleitung durch eine SpezialistIn vorliegt,
2. diese SpezialistIn die Beständigkeit des Todeswunsches und der diesbezüglichen Urteilsfähigkeit bestätigt,
3. eine eingehende, sorgfältige medizinische Untersuchung und Diagnosestellung vorgenommen wurde<sup>1179</sup>.

1173 Art. 1 Abs. 3 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland: «Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht».

1174 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 36.

1175 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 37.

1176 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts BVerwG 3 C 19.15 vom 2. März 2017, Rn. 38.

1177 Kleine Anfrage der Abgeordneten [...] betreffend den Umgang mit Anträgen von schwer und unheilbar Kranken in extremer Notlage auf Erlaubnis zum Erwerb von Natrium-Pentobarbital (Drucksache 19/8750), S. 2.

1178 § 4, VI, 5 (Verschreibung von Natrium-Pentobarbital).

1179 BGE 133 I 58 E. 6.3.6; Urteil des Bundesgerichts 2C\_9/2010 vom 12. April 2010, E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 2C\_410/2014 vom 22. Januar 2015, E. 6.5.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dürfen ÄrztInnen eine tödliche Dosis Natrium-Pentobarbital verschreiben, sie sind aber nicht dazu verpflichtet.

Werden diese Vorgaben nicht eingehalten, liegt ein Verstoss sowohl gegen das Heilmittelgesetz (Art. 26 Abs. 1 HMG) und das Betäubungsmittelgesetz (Art. 11 Abs. 1 BetMG)<sup>1180</sup> als auch gegen die im Medizinalberufegesetz festgehaltenen Berufspflichten (Art. 40 lit. a MedBG) vor<sup>1181</sup>. Dies gilt zumindest dann, wenn bei der suizidwilligen Person eine psychische Erkrankung vorliegt. Gerichtlich nicht geklärt ist, welche Voraussetzungen bei der Verschreibung von Natrium-Pentobarbital für Menschen ohne psychische Erkrankung einzuhalten sind<sup>1182</sup>.

### 3.4.2. Würdigung

Während der EGMR offen gelassen hat, ob der Staat verpflichtet ist, Massnahmen zur Vereinfachung eines würdevollen Suizids zu treffen<sup>1183</sup>, hat das deutsche Bundesverwaltungsgericht eine Schutzpflicht des Staates zur Erlaubniserteilung für den Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung in Fällen, in denen sich die suizidwillige ErwerberIn wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet, bejaht<sup>1184</sup>. Dies jedoch vor dem Hintergrund der Rechtslage in Deutschland, wo die Suizidhilfe mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden ist<sup>1185</sup>.

Im Verfahren Haas gegen die Schweiz hatte sich der Beschwerdeführer nach dem Urteil des Bundesgerichts schriftlich an 170 Psychiater in der Region Basel gewandt, um ein Rezept für das Sterbemittel verschrieben zu bekommen<sup>1186</sup>. Die Vertretung der Schweiz hat die Eignung dieses Vorgehens für das damit angeblich verfolgte Ziel in Frage gestellt<sup>1187</sup>. Der Gerichtshof hat diese Argumentation aufgenommen und war u.a. wegen der Formulierung des Schreibens nicht davon überzeugt, dass es für den Beschwerdeführer unmöglich gewesen sei, eine ÄrztIn zu finden, die Suizidhilfe leisten würde<sup>1188</sup>.

Indem die Richtlinien der SAMW<sup>1189</sup> und das Bundesgericht<sup>1190</sup> es der einzelnen ÄrztIn überlassen, ob sie Suizidhilfe in Form der Ausstellung eines Rezepts für NaP leisten will oder nicht, haftet dem Zugang zum Sterbemittel auf den

1180 Urteil des Bundesgerichts [2C\\_9/2010](#) vom 12. April 2010, E. 3.2 i.V.m. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich [VB.2009.00298](#) vom 22. Oktober 2009, E. 3.2.

1181 Urteil des Bundesgerichts [2C\\_410/2014](#) vom 22. Januar 2015, E. 4.1. und 7.4.

1182 § 4, VI, 5.4 (Rechtsprechung zur Verschreibung von Natrium-Pentobarbital) und 5.5 (Zwischenfazit).

1183 Urteil des EGMR [31322/07](#) vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz), Rn. 61.

1184 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts [BVerwG 3 C 19.15](#) vom 2. März 2017, Rn. 32.

1185 Urteil des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts [BVerwG 3 C 19.15](#) vom 2. März 2017, Rn. 35.

1186 Urteil des EGMR [31322/07](#) vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz), Ziff. 17.

1187 Urteil des EGMR [31322/07](#) vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz), Ziff. 44.

1188 Urteil des EGMR [31322/07](#) vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz), Ziff. 60.

1189 [SAMW-RL Sterben und Tod](#), Ziff. II.6.2.1. (Suizidhilfe).

1190 [BGE 133 I 58 E. 6.3.4](#); [BGE 142 I 195 E. 3.2](#).

ersten Blick etwas Willkürliches an. Diese Regelung hat zur Folge, dass in gleichgelagerten Fällen unterschiedlich entschieden werden kann, weil die Verschreibung von Natrium-Pentobarbital bei ansonsten gegebenen Voraussetzungen letztlich von der Haltung der ÄrztIn abhängt. Wenn das Bundesgericht das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, anerkennt, darf die Inanspruchnahme dieses Rechts aufgrund des verfassungsrechtlich garantierten Willkürverbots nicht von Zufälligkeiten abhängen.

Mit Blick auf die Tatsache, dass in der Schweiz verschiedene Suizidhilfeorganisationen aktiv sind und diese über ein Netzwerk von grundsätzlich verschreibungswilligen ÄrztInnen verfügen<sup>1191</sup>, scheint dieses Problem jedoch ein theoretisches zu sein. Das Bundesgericht und der EGMR haben wiederholt festgehalten, dass die EMRK nicht bloss theoretische oder illusorische Rechte, sondern Rechte, die konkret sind und Wirksamkeit entfalten, garantiert<sup>1192</sup>. Die Tätigkeit der Suizidhilfeorganisationen in der Schweiz zeigt deutlich, dass das Recht auf Wahl von Art und Zeitpunkt des eigenen Todes weit davon entfernt ist, bloss theoretisch oder illusorisch zu sein. Insofern erscheint es nicht erforderlich, die Verschreibung von Natrium-Pentobarbital bei gegebenen Voraussetzungen über staatliche Organe zu gewährleisten.

Wenn sich die Ausgangslage dahingehend verändern sollte, dass suizidwillige Personen auch mit Unterstützung einer Suizidhilfeorganisation keine ÄrztIn finden, die bei gegebenen Voraussetzungen das Sterbemittel verschreibt, würde das Recht auf Wahl von Art und Zeitpunkt den eigenen Todes jedoch zu einem theoretischen bzw. illusorischen Recht. Diesfalls wäre ein Anspruch auf staatliche Verschreibung und Abgabe des tödlichen Mittels zu bejahen<sup>1193</sup>.

#### 4. Anspruch auf Zugang zu Suizidhilfeorganisationen

Menschen, die in ihren eigenen vier Wänden wohnen, können selbst entscheiden, wen sie in ihrer Wohnung empfangen wollen. Wenn sie mit Unterstützung einer Suizidhilfeorganisation ihr Leben beenden wollen, können sie dies bei sich zuhause tun. Der Staat darf niemanden daran hindern, einen wohlüberlegten Suizid in der eigenen Wohnung zu begehen<sup>1194</sup>. Weniger eindeutig ist die Rechtslage jedoch dann, wenn sich eine suizidwillige Person in einem Spital bzw. einem Alter- oder Pflegeheim befindet und ihr Leben dort beenden will.

---

1191 Die Suizidhilfeorganisation Exit schreibt auf ihrer [Webseite](#), dass das Ausstellen des Rezeptes für das Sterbemittel «über den Hausarzt, einen anderen behandelnden Arzt oder nötigenfalls über einen durch EXIT vermittelten Konsiliararzt» geschieht.

1192 BGE 133 I 58 E. 6.2.3.

1193 Vgl. dazu Breitenmoser, Sterbehilfe, S. 198.

1194 Baumgarten, Right to Die, S. 124.

In der Schweiz haben mehrere Kantone und Gemeinden, teilweise auch einzelne Institutionen, unterschiedliche Regelungen zum Zugang von Suizidhilfeorganisationen erlassen<sup>1195</sup>. Auf Ebene der einzelnen Institutionen ist es häufig so, dass PatientInnen, die Suizidhilfe in Anspruch nehmen wollen, austreten müssen<sup>1196</sup>.

Das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, gehört gemäss Bundesgericht und EGMR zum verfassungs- und konventionsrechtlich garantierten Recht auf persönliche Freiheit<sup>1197</sup>. Wenn Institutionen den Zugang von Suizidhilfeorganisationen verbieten wollen, handelt es sich dementsprechend um eine rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseinschränkung. Die Frage ist, ob sie auch rechtfertigungsfähig ist. Zu dieser Frage bestehen sehr unterschiedliche Auffassungen. Während KIENER den Zugang von Suizidhilfeorganisationen zu staatlichen Institutionen als nicht mit der verfassungsrechtlichen Pflicht zum Schutz des Lebens vereinbar bezeichnet<sup>1198</sup>, erachten JAAG/RÜSSLI gerade umgekehrt die Verfassungsmässigkeit eines Zugangsverbots als zweifelhaft<sup>1199</sup>. Gemäss BAUMGARTEN ist es sogar selbstverständlich, dass der Staat den Suizidwillen einer PatientIn, die in einem öffentlich-rechtlichen Spital liegt, zu respektieren hat<sup>1200</sup>.

Die Frage, wie der Zugang von Suizidhilfeorganisationen zu Alters- und Pflegeheimen geregelt werden kann, wird im dritten der vorliegenden Arbeit ausführlich behandelt<sup>1201</sup>.

### 5. Verfassungsmässigkeit einer Pflicht zur Zugangsgewährung

Das Bundesgericht hat in BGE 142 I 195 entschieden, dass eine gesetzliche Verpflichtung der staatlich subventionierten gemeinnützigen Einrichtungen, den begleiteten Suizid bei sich zu dulden, sowohl mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit als auch mit der Rechtsgleichheit vereinbar ist<sup>1202</sup>. Die Heilsarmee wollte auf dem Beschwerdeweg eine entsprechende Änderung des Gesundheitsgesetzes des Kantons Neuenburg annullieren<sup>1203</sup>.

1195 § 16, II (Aktuelle Rechtslage).

1196 Graf/Stettler/Künzi, *Entscheidungen*, S. 39.

1197 BGE 133 I 58 E. 6.1; BGE 142 I 195 E. 3.2; Urteil des EGMR 31322/07 vom 20. Januar 2011 (Haas gegen Schweiz), Rn. 51.

1198 Kiener, Suizidhilfe, S. 281.

1199 Jaag/Rüssli, Sterbehilfe, S. 124.

1200 Baumgarten, Right to Die, S. 126 f.

1201 § 16 (Zugang von Suizidhilfeorganisationen zu Alters- und Pflegeheimen).

1202 BGE 142 I 195 E. 5.8 und 6.4.

1203 BGE 142 I 195, Sachverhalt lit. B.

### 5.1. Angefochtene Regelung

Streitgegenstand war Art. 35a des neuenburgischen Gesundheitsgesetzes<sup>1204</sup>, mit dem öffentlich mitfinanzierte Alters- und Pflegeheime dazu verpflichtet werden, die Wahl einer PatientIn oder BewohnerIn, mit Unterstützung einer externen Organisation Suizid zu begehen, zu respektieren. Das Gesetz nennt drei Voraussetzungen, die dazu erfüllt sein müssen<sup>1205</sup>:

- die Person leidet an einer schweren und unheilbaren Krankheit oder solchen Unfallfolgen;
- jede mögliche therapeutische Behandlung, insbesondere im Zusammenhang mit Palliative Care, wurde angeboten, und die Person hat ausdrücklich dazu Stellung genommen;
- die Person hat keine Wohnung mehr oder die Rückkehr der Person in ihre Wohnung ist unzumutbar.

In seinem Urteil hat das Bundesgericht nach der Zusammenfassung seiner eigenen sowie der Rechtsprechung des EGMR<sup>1206</sup> festgehalten, dass der kantonale Gesetzgeber mit dieser Regelung die Effektivität der Freiheit bzw. des Rechts<sup>1207</sup> auf Wahl von Art und Zeitpunkt der Lebensbeendigung garantiere und dass dieses Recht ohne entsprechende Regelung für die betroffenen Personen theoretisch bleiben würde. Die Freiheit bzw. das Recht auf den eigenen Tod involviere nur die Person, welche ihr Leben beenden wolle. Demgegenüber involviere die Suizidhilfe einen Dritten, der der betroffenen Person das zur Lebensbeendigung erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt. Es sei festzuhalten, dass das neue Gesetz selbst keine staatliche Verpflichtung in dem Sinne begründe, dass der Staat oder die Institution bei der Suizidhilfe mitwirken müsste. Es schreibe den öffentlich mitfinanzierten Institutionen lediglich vor, die Anwesenheit privater Suizidhilfeorganisationen zu dulden und verbiete, die Suizidhilfe zu behindern. Das Gesetz schaffe somit kein Recht auf Sterben mit staatlicher Hilfe. Stattdessen verwirkliche die Regelung das Recht auf Autonomie, das es dem Einzelnen ermöglicht, selbst zu entscheiden, wie er sterben will, z.B. durch einen begleiteten Suizid<sup>1208</sup>.

1204 *Loi de santé du 6 février 1995 du Canton de Neuchâtel.*

1205 Art. 35a Abs. 2 *Loi de santé du Canton de Neuchâtel*: «Les institutions reconnues d'utilité publique doivent respecter le choix d'une personne patiente ou résidente de bénéficier d'une assistance au suicide en leur sein, par une aide extérieure à l'institution, si les conditions suivantes sont remplies: a) la personne souffre d'une maladie ou de séquelles d'accident, graves et incurables; b) toute prise en charge thérapeutique envisageable en fonction de son état de santé, en particulier celle liée aux soins palliatifs, lui a été présentée et la personne a explicitement pris position à ce sujet; c) la personne n'a plus de domicile ou son retour dans son logement n'est pas raisonnablement exigible.».

1206 *BGE 142 I 195 E. 3.2 und 3.3.*

1207 Das Bundesgericht verwendet an dieser Stelle den Begriff «liberté» (Freiheit), hält aber weiter oben (in E. 3.4 am Ende) fest, dass es die Begriffe «liberté» und «droit» (Recht) als gleichwertig betrachtet.

1208 *BGE 142 I 195 E. 4.*

Der Gesetzestext schaffe für HeimbewohnerInnen, welche die strengen Bedingungen von Art. 35a LS-NE erfüllten und denen durch ein staatlich finanziertes Heim der Zugang zu einer Suizidhilfeorganisation verweigert werde, die Möglichkeit, diesen Sachverhalt bei der Aufsichtsbehörde zu melden (Art. 35b LS-NE). HeimbewohnerInnen können aber auch in einem solchen Fall nicht verlangen, dass der Staat selbst Hilfe beim Suizid leiste (Sterbemittel, Begleitung, etc.). Mit anderen Worten habe der Gesetzgeber lediglich das Recht zu Sterben für diejenigen Menschen konkretisiert, die in einer staatlich mitfinanzierten Institution leben. Das ergebe sich aus der neuen Gesetzesbestimmung (Art. 35a Abs. 2 LS-NE), wonach jede urteilsfähige Person das Recht hat, die Modalitäten und den Zeitpunkt ihres Todes zu wählen. Zusätzlich zur Voraussetzung der Urteilsfähigkeit, die auch in den Richtlinien der SAMW verlangt werde, übernehme Art. 35a Abs. 2 LS-NE auch die Anforderung, wonach den PatientInnen bzw. BewohnerInnen alternative Möglichkeiten der Hilfestellung angeboten worden sein müssen. Anstelle der in den Richtlinien enthaltenen Voraussetzung, gemäss welcher das Lebensende nahe sein muss, werde im Gesetz eine schwere und unheilbare Krankheit oder Unfallfolge verlangt. Das Gesetz enthalte zudem eine Voraussetzung, die in den Richtlinien nicht vorkommt: das Fehlen einer eigenen Wohnung der Person oder die Unzumutbarkeit einer Rückkehr in die Wohnung<sup>1209</sup>.

## 5.2. Vereinbarkeit mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit

Das Bundesgericht setzt sich ausführlich mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit im Allgemeinen und der Vereinbarkeit der neuenburgischen Regelung mit dieser im Besonderen auseinander. Es zitiert einen Entscheid aus dem Jahr 1889, wonach die Heilsarmee «zweifelloso eine religiöse Genossenschaft oder Sekte» sei<sup>1210</sup> und hält anschliessend fest, dass sie sich dementsprechend auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen könne<sup>1211</sup>. Als Inhaberin eines staatlich mitfinanzierten Alterswohnheims (Le Foyer) war die Heilsarmee von der Gesetzesänderung betroffen und musste Suizidhilfeorganisationen den Zugang gewähren, obwohl ihre religiöse Überzeugung es ihr untersagt, jemandem beim Suizid zu helfen. Mit dieser Verpflichtung tangiere der Gesetzgeber den äusseren Aspekt der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der die Möglichkeit garantiert, nach seinen religiösen Überzeugungen zu handeln und nicht zu Tätigkeiten gezwungen zu werden, die den Glauben verletzen. Entgegen der Ansicht der Heilsarmee sei der Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit jedoch nicht berührt<sup>1212</sup>.

1209 BGE 142 I 195 E. 4.

1210 BGE 15 682 E. 3.

1211 BGE 142 I 195 E. 5.4.

1212 BGE 142 I 195 E. 5.4.

Wenn die Ausübung eines Grundrechts durch eine Person (oder sogar die Konkretisierung eines solchen Rechts durch eine Behörde im Rahmen der Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses) die Ausübung eines oder mehrerer anderer Grundrechte durch eine andere Person beschränke, liege ein Konflikt der Freiheiten vor. Ein solcher Konflikt bestehe in diesem Fall zwischen der Glaubens- und Gewissensfreiheit auf der einen und der Freiheit zum Suizid auf der anderen Seite<sup>1213</sup>.

In der Folge prüft das Bundesgericht die Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten gemäss Art. 36 BV. Das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) war unbestritten. Der kantonale Gesetzgeber hat sich im Rahmen von Art. 36 Abs. 2 BV (Schutz von Grundrechten Dritter) für den Vorrang des Selbstbestimmungsrechts der HeimbewohnerInnen gegenüber der Glaubens- und Gewissensfreiheit staatlich mitfinanzierter Heime entschieden. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) stelle sich die Frage, ob die Verpflichtung zur Duldung von Suizidhilfeorganisationen für die Heilsarmee tragbar sei, auch wenn diese die Ansicht vertrete, dass Menschen nicht Suizid begehen dürfen.

Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit weist das Bundesgericht zunächst darauf hin, dass die Fälle von Suizidhilfe mit Blick auf die Entwicklung im Kanton Waadt (12 Fälle im Jahr 2013<sup>1214</sup>) selten bleiben dürften. Hinzu komme, dass der Kanton Neuenburg die Suizidhilfe in den öffentlich mitfinanzierten Institutionen nur unter strengen Voraussetzungen zulasse. Die Person müsse an einer schweren und unheilbaren Krankheit oder entsprechenden Unfallfolgen leiden und keine Wohnung mehr haben bzw. die Rückkehr in eine noch bestehende Wohnung müsse unzumutbar sein. Diese letzte Voraussetzung impliziere, dass nur HeimbewohnerInnen (die üblicherweise über keine Wohnung mehr verfügen) und nicht transportierbare PatientInnen (die in der Regel noch eine Wohnung hätten) betroffen seien. Wenn die PatientInnen noch ein Zuhause haben, sollten Fälle, in denen eine Rückkehr nicht möglich ist, nicht die Regel sein. Diese Elemente deuteten auf die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Heilsarmee hin. In den seltenen Fällen, in denen alle Voraussetzungen erfüllt wären, konfligiere die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Heilsarmee mit dem Grundrecht der BewohnerIn auf Wahl von Art und Zeitpunkt des eige-

1213 BGE 142 I 195 E. 5.5: «Lorsque l'exercice d'un droit fondamental par une personne (voire la concrétisation d'un tel droit par une autorité à travers la poursuite d'un intérêt public) se heurte à l'exercice d'un ou de plusieurs autres droits fondamentaux par une autre personne, il y a conflit de libertés (à distinguer de la notion de concours, cadre dans lequel il peut être question de subsidiarité invoquée par la recourante: cf. ATF 137 I 167 consid. 3.7 p. 176).

Un tel conflit existe en l'occurrence entre les deux libertés en cause, à savoir la liberté de conscience et de croyance et celle de se suicider.».

1214 Das Bundesgericht verweist diesbezüglich auf die *Réponse du Conseil d'Etat à l'interpellation Céline Ehrwein Nihan (Prévention du suicide : néglige-t-on nos aînés ?)*.

nen Todes. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass die Heilsarmee keine aktive Rolle bei der Suizidhilfe übernehmen und diese lediglich tolerieren müsse. Die Heilsarmee habe vorgebracht, dass bei der Interessenabwägung auch die Ansichten des Personals und der anderen BewohnerInnen berücksichtigt werden müssen. Abgesehen davon, dass dieser Standpunkt nicht erstellt sei, unterstreicht das Bundesgericht, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Heilsarmee und nicht jene von Dritten in Frage stehe. Darüber hinaus habe der Gesetzgeber durch die in Art. 35a LS-NE aufgestellten restriktiven Voraussetzungen dafür gesorgt, dass im kleinstmöglichen Umfang in die Grundrechte der Heilsarmee eingegriffen werde. Hinzu komme, dass sich die Heilsarmee der Duldungspflicht entziehen könne, indem sie auf die staatliche Anerkennung und Mitfinanzierung verzichte. Demgegenüber würde ein Vorrang der Glaubens- und Gewissensfreiheit gegenüber der Freiheit zum Suizid dazu führen, dass BewohnerInnen/PatientInnen (die nicht immer frei wählen können, in welches Heim sie kommen), welche die Voraussetzungen erfüllen (und somit keine Möglichkeit zum Verlassen des Heims mehr haben), ihres Rechts auf Selbstbestimmung beraubt würden, ohne eine Ausweichmöglichkeit zu haben<sup>1215</sup>. Dieser umständliche und zentrale Satz lautet im Original wie folgt: «A l'inverse, si la liberté de conscience et de croyance devait l'emporter sur la liberté de mettre fin à sa vie, cela signifierait que les résidents/patients (qui n'ont pas toujours le choix de l'établissement où séjourner) dans la position de réclamer l'aide en cause (qui ne peuvent donc plus physiquement rentrer chez eux) se verraient définitivement privés de leur droit à l'autodétermination, sans aucune alternative pour en bénéficier.»

Zusammenfassend überwiege in der Interessenabwägung die Freiheit der BewohnerInnen und PatientInnen des betroffenen Pflegeheims, den Zeitpunkt und die Form ihres Lebensendes selbst zu wählen, gegenüber der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Heilsarmee als Trägerin des Pflegeheims<sup>1216</sup>.

### 5.3. Vereinbarkeit mit der Rechtsgleichheit

Die ebenfalls gerügte Verletzung der Rechtsgleichheit handelt das Bundesgericht vergleichsweise kurz ab. Aus Sicht der Heilsarmee verstößt die Ungleichbehandlung von öffentlich mitfinanzierten gegenüber rein privat finanzierten Alters- und Pflegeheimen gegen die Rechtsgleichheit, weil das Gesundheitsgesetz nur Ersterer zur Zulassung der Suizidhilfe verpflichtet<sup>1217</sup>. Demgegenüber müssen Alter-

1215 BGE 142 I 195 E. 5.7.

1216 BGE 142 I 195 E. 5.8.

1217 BGE 142 I 195 E. 6.

und Pflegeheime ohne öffentliche Mitfinanzierung lediglich transparent über ihre Haltung zur Suizidhilfe informieren<sup>1218</sup>.

Bei der Beurteilung der Vereinbarkeit dieser Regelung mit der Rechtsgleichheit hält das Bundesgericht zunächst fest, dass Kantone grundsätzlich nicht dazu verpflichtet sind, Alters- und Pflegeheime zu subventionieren. Wenn sie es jedoch tun, kann die Gewährung von Subventionen an geeignete Bedingungen geknüpft werden. Eine durch den Kanton spezifisch für staatlich subventionierte Einrichtungen aufgestellte Regelung verstosse nicht per se gegen das Gleichbehandlungsgebot. Durch die Entgegennahme von Subventionen verzichteten die staatlich anerkannten Alters- und Pflegeheime auf die volle Ausübung ihrer wirtschaftlichen Freiheit und akzeptierten, sich den vom Kanton festgelegten Kontrollen und Verfahren zu unterwerfen, insbesondere der Tarife für HeimbewohnerInnen. Diese Rechtsprechung zeige, dass die Anerkennung von Gemeinnützigkeit und die Entgegennahme von Subventionen Auswirkungen auf diese Institutionen haben<sup>1219</sup>.

Im konkreten Fall handle es sich bei «Le Foyer» um eine anerkannte gemeinnützige Einrichtung. Der Gesetzgeber habe die finanzielle Unterstützung mit der Pflicht zur Duldung von Suizidhilfeorganisation verbunden. Dabei handle es sich um eine Bedingung, die der Durchsetzung eines Grundrechts der BewohnerInnen/PatientInnen diene und die der Gesetzgeber aufstellen durfte. Weil die nicht staatlich anerkannten Institutionen keine Subventionen erhalten, werde das Gleichheitsprinzip durch eine unterschiedliche Regelung der zwei Arten von Heimen nicht verletzt.

Es treffe zwar zu, dass durch die Beschränkung der Duldungspflicht auf anerkannte gemeinnützige Einrichtungen das Recht auf Wahl von Art und Zeitpunkt des Lebensendes in den nicht anerkannten Einrichtungen nicht respektiert werden müsse. Diese Rechtsfolge stelle jedoch keinen Verstoss gegen den Gleichheitsgrundsatz dar, da sich die beiden Arten von Institutionen nicht in der gleichen Situation befänden, weil nur die anerkannten gemeinnützigen Einrichtungen Subventionen erhalten. Hierbei handle es sich grundsätzlich um ein objektives und vernünftiges Unterscheidungskriterium. Demzufolge sei das Gebot der Rechtsgleichheit nicht verletzt, wenn nur die anerkannten gemeinnützigen Einrichtungen eine externe Unterstützung zum Zweck der begleiteten Suizidhilfe zulassen müssen<sup>1220</sup>.

Abschliessend weist das Bundesgericht noch einmal darauf hin, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung die Gleichheit zwischen Menschen, die bei sich zu-

1218 Art. 35a Abs. 3 *Loi de santé des Kantons Neuenburg*: «Les institutions non reconnues d'utilité publique doivent informer clairement les personnes patientes ou résidentes de leur politique interne en matière d'assistance au suicide.»

1219 BGE 142 I 195 E. 6.3.

1220 BGE 142 I 195 E. 6.4.

hause Zugang zu Suizidhilfe haben, und solchen, die den Vorgaben eines Alters- oder Pflegeheims unterworfen sind, sicherstellen wollte (hierzu wird auf einen Bericht der entsprechenden Kommission verwiesen<sup>1221</sup>). Dieser Punkt sei zentral, weil allgemein bekannt sei, dass zu wenige Plätze in Alters- und Pflegeheimen zur Verfügung stehen und betroffene Personen deshalb nicht immer die Wahl hätten, in welchem Heim sie sich aufhalten wollen<sup>1222</sup>.

#### 5.4. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Pflicht zur Zugangsgewährung für Suizidhilfeorganisationen die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Heilsarmee tangiert, ohne aber den Kerngehalt zu berühren. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit dieser Duldungspflicht gelangt das Bundesgericht zum Schluss, dass die Freiheit der HeimbewohnerInnen, den Zeitpunkt und die Form ihres Lebensendes selbst zu wählen, gegenüber der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Heilsarmee als Trägerin des Pflegeheims überwiegt.

Weil das Gesundheitsgesetz des Kantons Neuenburg nur die öffentlich mitfinanzierten, nicht aber die rein privat finanzierten Alters- und Pflegeheime zur Zulassung der Suizidhilfe verpflichtet, rügte die Heilsarmee auch eine Verletzung der Rechtsgleichheit. Hierzu hält das Bundesgericht fest, dass sich die beiden Arten von Institutionen wegen der unterschiedlichen Finanzierung nicht in der gleichen Situation befänden. Aus diesem Grund sei es zulässig, für die subventionierten Heime andere Regeln gelten zu lassen als für die nicht subventionierten. Das Rechtsgleichheitsgebot wird dementsprechend nicht verletzt, wenn nur die öffentlich mitfinanzierten Einrichtungen eine externe Unterstützung zum Zweck der begleiteten Suizidhilfe zulassen müssen.

Kantone, die den Zugang von Suizidhilfeorganisationen zu Alters- und Pflegeheimen regeln wollen, können sich somit an der gesetzlichen Regelung im Kanton Neuenburg orientieren.

#### IV. Wahl des Sterbeortes

Das Recht auf persönliche Freiheit umfasst auch die Bewegungsfreiheit. Wenn eine Person die letzte Zeit vor dem Tod gegen ihren Willen an einem bestimmten

1221 *Rapport du 27 mars 2014 de la commission Santé – assistance au suicide au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification à la loi de santé (assistance au suicide)*, Ziff. 4.1.: «Il faut rappeler que le projet de loi émane d'un groupe interpartis qui a planché sur la question et qui a décidé de soumettre ledit projet au Grand Conseil. Son objectif étant de légiférer pour garantir au citoyen un traitement comparable en institution que celui rencontré dans le cadre du domicile privé.»

1222 BGE 142 I 195 E. 6.5.

Ort verbringen muss, stellt sich die Frage, ob damit ihre Bewegungsfreiheit in unzulässiger Weise eingeschränkt wird.

Das vom Bundesgericht und dem EGMR anerkannte Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, ermöglicht zumindest dann die Wahl des Sterbeortes, wenn jemand mit oder ohne Unterstützung einer Organisation Suizid begeht. Es stellt sich aber die Frage, ob auch Menschen, die einen natürlichen Tod sterben wollen, bestimmen können, dass sie bei sich zuhause sterben. Gemäss BURKART erscheint das Recht, den Ort seines Sterbens selber zu bestimmen, unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde als besonders gewichtiges Anliegen<sup>1223</sup>. Der UNO-Sonderberichterstatter für das Recht auf Gesundheit hat in seiner Studie zum Recht auf Gesundheit von älteren Personen festgehalten, dass gewährleistet sein muss, dass PatientInnen den Sterbeort wählen können<sup>1224</sup>.

Ein uneingeschränkter Anspruch auf Wahl der Sterbeortes kann schon deshalb nicht bestehen, weil damit übermässig in Rechte von Dritten eingegriffen werden könnte. Wenn ein Mensch jedoch bei sich zuhause sterben möchte und bereit ist, auf die bessere medizinische Versorgung in einem Heim oder Spital zu verzichten, kann er eine entsprechende Verlegung ablehnen. In diesem Rahmen besteht somit ein Abwehranspruch gegen unerwünschte Verlegungen.

## § 8 Recht auf Hilfe in Notlagen

Unter dem Titel «Recht auf Hilfe in Notlagen» hält Art. 12 BV fest: «Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.» Das Recht auf Hilfe in Notlagen kann als Konkretisierung der Menschenwürde<sup>1225</sup> oder der persönlichen Freiheit<sup>1226</sup> verstanden werden. Weil der Anspruch auf ein Minimum beschränkt ist, fallen beim Recht auf Hilfe in Notlagen Schutzbereich und Kerngehalt zusammen<sup>1227</sup>.

1223 Burkart, Würde, S. 101.

1224 Thematic study on the realization of the right to health of older persons by the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Anand Grover (A/HRC/18/37), Ziff. 59: «While this report does not consider issues of patient autonomy in respect of deciding to end life, it is nonetheless necessary to ensure that patients be able to make autonomous, informed decisions regarding the quality of health during the process of dying. That includes choices about access to adequate pain relief and other necessary interventions, location of death, and the ability to refuse treatment designed to prolong life when it is not desired by the patient.» (Hervorhebung hinzugefügt).

1225 BSK BV-Gächter/Werder, Art. 12 N 7; BGE 142 I 1 E. 7.2.

1226 BSK BV-Tschentscher, Art. 10 N 17.

1227 BGE 130 I 71 E. 4.1; BGE 131 I 166 E. 3.1; BGE 138 V 310 E. 2.1.

Die EMRK enthält keine vergleichbare Bestimmung<sup>1228</sup>. Der UNO-Pakt I enthält verschiedene Garantien, welche sich teilweise mit dem Recht auf Hilfe in Notlagen überschneiden<sup>1229</sup>. Dazu gehören das Recht auf soziale Sicherheit (Art. 9 UNO-Pakt I) und das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard (Art. 11 UNO-Pakt I). Bei diesen Rechten geht es in erster Linie um die Zusage eines wirtschaftlichen Existenzminimums und nicht um medizinische Hilfe. Das in Art. 12 UNO-Pakt I garantierte Recht auf Gesundheit wird in der vorliegenden Arbeit separat abgehandelt<sup>1230</sup>, da es mit der Anerkennung des «Recht[s] eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit» über das Recht auf Hilfe in Notlagen hinausgeht<sup>1231</sup>. Aus Art. 12 BV fliesst kein umfassendes Recht auf Gesundheit<sup>1232</sup>.

## I. Von der Existenzsicherung zur Hilfe in Notlagen

Das Bundesgericht hat schon vor Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung ein Grundrecht auf Existenzsicherung als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannt<sup>1233</sup>. Das in der Botschaft zur Bundesverfassung vorgesehene «Recht auf Existenzsicherung»<sup>1234</sup> wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung zum «Recht auf Hilfe in Notlagen» geändert<sup>1235</sup>. Allerdings waren schon im vom Bundesrat vorgeschlagenen Wortlaut nebst den Mitteln, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind, auch die Hilfe und Betreuung enthalten<sup>1236</sup>. Dieser Aspekt wurde in der parlamentarischen Beratung jedoch nicht diskutiert<sup>1237</sup>.

Auch der Einschub «und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen» wurde erst in der parlamentarischen Beratung eingefügt<sup>1238</sup>. Es bestehen unterschiedliche Auffassungen zur Frage, ob mit diesen Änderungen der vom Bundesgericht ent-

1228 Müller, St.Galler Kommentar, Art. 12 N 12.

1229 BSK BV-Gächter/Werder, Art. 12 N 12; Kiener/Kälin/Wytenbach, Grundrechte, S. 484; Müller/Schefer, Grundrechte, S. 765; Müller, St.Galler Kommentar, Art. 12 N 11.

1230 § 9 (Recht auf Gesundheit).

1231 So auch Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 634; siehe aber Müller/Schefer, Grundrechte, S. 765, wonach die Garantien in Art. 9, 11 und 12 UNO-Pakt I in ihrer Funktion «in weitem Masse» Art. 12 BV entsprechen.

1232 Amstutz, Existenzsicherung, S. 237.

1233 BGE 121 I 367 E. 2c.

1234 Botschaft BV (BBl 1997 I 1), S. 149.

1235 AB 1998 S 40; AB 1998 N 691.

1236 Botschaft BV (BBl 1997 I 1), S. 591: «Art. 10 Recht auf Existenzsicherung: Wer in Not ist, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.».

1237 Amstutz, Existenzsicherung, S. 36.

1238 Reform der Bundesverfassung, Entwürfe der Verfassungskommissionen der eidgenössischen Räte (BBl 1998 I 364), S. 372 (Entwurf der Verfassungskommission des Nationalrates vom 21. November 1997) und S. 441 (Entwurf der Verfassungskommission des Ständerates vom 27. November 1997).

wickelte Anspruch umfangmässig verändert wurde oder nicht<sup>1239</sup>. In der parlamentarischen Debatte finden sich zwar Voten für beide Ansichten. Jedoch haben nur diejenigen Votanten, welche an der Formulierung gemäss Botschaft festhalten wollten, die Befürchtung geäußert, dass mit der Umformulierung von «Recht auf Existenzsicherung» zu «Recht auf Hilfe in Notlagen» eine Einschränkung des Anspruchs einhergehe<sup>1240</sup>. Demgegenüber haben die Berichterstatter in beiden Räten festgehalten, dass die Umformulierung die Verfassungswirklichkeit und damit das vom Bundesgericht anerkannte Recht besser wiedergebe<sup>1241</sup>. Vor der Abstimmung im Zweitrat hielt der damalige Justizminister abschliessend fest, für den Bundesrat sei «entscheidend, dass wir uns möglichst eng an den genannten Bundesgerichtsentscheid 121 I 367 anlehnen. Ich bin überzeugt, dass auch ein anderes Marginale daran nichts ändert, denn das Marginale, das Sie jetzt wählen, findet sich auch im Bundesgerichtsentscheid»<sup>1242</sup>.

In der Literatur wird mit überzeugenden Argumenten dafür gehalten, dass der Anspruch gemäss Art. 12 BV mit der Umbenennung zum Recht auf Hilfe in Notlagen ausgeweitet wurde: «Während das Recht auf Existenzsicherung auf den Kontext des Sozialhilfebereichs bezogen war, scheint Art. 12 BV in der heutigen Fassung auf jede Art von Notlage zugeschnitten»<sup>1243</sup>. So befindet sich beispielsweise auch ein in Berg- oder Seenot geratener Mensch in einer Notlage<sup>1244</sup>.

- 
- 1239 Nach Auffassung von Amstutz, Existenzsicherung, S. 34, war die politische Diskussion des bundesrätlichen Textvorschlags «durch den Versuch der Mehrheitskräfte gekennzeichnet, das vom Bundesgericht anerkannte Grundrecht möglichst eng zu fassen.» Die Lektüre der Wortprotokolle bestätigt diese Auffassung jedoch nicht.
- 1240 Votum Aebi (AB 1998 S 39): «C'est un signe qu'on veut une moindre garantie, une garantie plus faible pour les conditions minimales d'existence.» Votum Leuenberger (AB 1998 S 40): «Dieser Artikel steht im Kapitel 'Grundrechte', und wenn bei Artikel 10 allein schon der Titel – nachher aber auch der Text – relativiert wird, wird damit der Eindruck erweckt, dieses Menschenrecht auf Existenz würde ausgerechnet in diesem Bereich tatsächlich relativiert.» Votum Goll (AB 1998 N 689): «Ein Rückschritt, der nur schon mit dem Titel 'Recht auf Hilfe in Notlagen' sprachlich zum Ausdruck kommt.»
- 1241 Votum Inderkum (AB 1998 S 39): «Die von der Kommission vorgeschlagene Formulierung gibt die Verfassungswirklichkeit besser wieder und verdeutlicht – wie erwähnt –, dass es sich nicht um ein Recht auf ein Existenzminimum handelt.» Votum Inderkum (AB 1998 S 40): «Aus diesem Grunde haben wir auch den Titel geändert, damit – wie das Bundesgericht betont hat – nicht suggeriert wird, dass es sich hier um ein Recht auf ein Existenzminimum handelt.» Votum Pelli (AB 1998 N 690): «[...] une formulation moins définitive, qui puisse respecter mieux le sens de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral.»
- 1242 Votum Koller (AB 1998 N 690).
- 1243 Waldmann, Nothilfe, S. 349; siehe auch Uebersax, Notlagen, S. 56, Fn. 154: «Das bundesgerichtlich anerkannte Recht auf Existenzsicherung, das damals den zu beurteilenden Fallkonstellationen entsprechend auf das Sozialhilferecht zugeschnitten war, hat insofern möglicherweise mit der Neuformulierung durch den Verfassungsgeber, insb. mit der neuen Bezeichnung als Recht auf Hilfe in Notlagen, doch eine gewisse inhaltliche Erweiterung oder jedenfalls Konkretisierung erfahren.»
- 1244 Uebersax, Notlagen, S. 56.

## II. Medizinische Notlagen

Während der (im BV-Entwurf vorgesehene<sup>1245</sup>) Begriff der Existenzsicherung primär an eine Mindestgarantie in finanzieller Hinsicht denken lässt, kann mit dem Begriff der Notlage auch eine medizinische Notlage gemeint sein<sup>1246</sup>. Gemäss Botschaft zur Bundesverfassung wurde die medizinische Betreuung beim Recht auf Existenzsicherung «mit Absicht nicht aufgenommen, um der Rechtsprechung Raum zu lassen, sich dazu zu äussern»<sup>1247</sup>. Darauf, dass das Recht auf Hilfe in Notlagen nicht nur ein wirtschaftliches Existenzminimum garantiert, weist auch die Erwähnung des Anspruchs auf Betreuung in Art. 12 BV hin. Die Tragweite dieses Anspruchs ist jedoch unklar<sup>1248</sup>. In einem Urteil, das noch vor Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung ergangen ist, hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Recht auf Existenzsicherung nur eine zur Gewährleistung des Überlebens angebrachte Behandlung garantiere, ohne ein Recht auf eine bestimmte Behandlungsform zu gewähren<sup>1249</sup>.

Im Schrifttum wird das Recht auf Hilfe in Notlagen häufig im Kontext des Asyl- und des Sozialhilferechts behandelt<sup>1250</sup>. Insbesondere wird diskutiert, ob der Anspruch auf Betreuung auch die Pflege sozialer Kontakte ermöglichen soll, weil mit der Erwähnung von «Hilfe und Betreuung» an den Menschen als soziales Wesen angeknüpft werde<sup>1251</sup>. Gegen diese Auffassung wird eingewendet, dass sie zu einer Vermengung mit der Sozialhilfe führen würde und dass es nicht sinnvoll sei, soziale Integration dort zu fördern, wo sie rechtlich gar nicht gewollt sei<sup>1252</sup>.

Unabhängig von dieser Diskussion ist festzuhalten, dass in Notlagen auch medizinische Versorgung für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sein kann. Es ist denn auch unbestritten, dass das Recht auf Hilfe in Notlagen einen Anspruch auf medizinische Versorgung und damit einen Leistungsanspruch beinhaltet.

1245 Botschaft BV (BBl 1997 I 1), S. 591.

1246 BSK BV-Gächter/Werder, Art. 12 N 16; siehe auch Uebersax, Notlagen, S. 56, Fn. 154, wonach der Wortlaut von Art. 12 BV «deutlich [macht], dass auch die Nothilfe in nicht vorrangig finanziellen Belangen gemeint ist.».

1247 Botschaft BV (BBl 1997 I 1), S. 151.

1248 Biaggini, BV-Kommentar, Art. 12 N 7; BSK BV-Gächter/Werder, Art. 12 N 26; Hartmann, Nothilfe, S. 429; Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, S. 488.

1249 Urteil des Bundesgerichts 2P.207/1997 vom 16. Januar 1998, E. 3; Waldmann, Nothilfe, S. 356.

1250 Reusser/Obrist-Scheidegger, Asylbehörden; Schertenleib, Sozialhilfestopp im Asylbereich; Tecklenburg, SKOS-Richtlinien; Pärli, Sozialhilfemodelle; Tschudi, Sozialhilferechtliche Sanktionen.

1251 Müller, St.Galler Kommentar, Art. 12 N 30; BSK BV-Gächter/Werder, Art. 12 N 27; Gächter, Soziale Grundrechte, S. 143 f.

1252 Waldmann, Nothilfe, S. 356.

tet<sup>1253</sup>. Dieser fand in der Literatur und Rechtsprechung zu Art. 12 BV bisher allerdings wenig Beachtung<sup>1254</sup>.

Das Bundesgericht hat im ersten Entscheid zu Art. 12 BV nach Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung festgehalten, dass das Recht auf Hilfe in Notlagen auch die medizinische Grundversorgung umfasst<sup>1255</sup>. Im unter der alten Bundesverfassung ergangenen Urteil zum Recht auf Existenzsicherung wurde die medizinische Hilfe noch nicht erwähnt<sup>1256</sup>. Verschiedene Kantone und auch die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren haben den Umfang der medizinischen Grundversorgung für AusländerInnen mit rechtskräftigem Wegweisungsentscheid auf die ärztliche Notfallversorgung beschränkt<sup>1257</sup>.

### III. Anspruch auf medizinische Versorgung

Der Anspruch auf medizinische Versorgung wird nicht als Teil des in Art. 12 BV genannten Anspruchs auf persönliche Hilfe und Betreuung, sondern als eigenständiger Anspruch erkannt<sup>1258</sup>. Es ist offen, welche medizinischen Leistungen zum justiziablen Mindestbedarf gehören<sup>1259</sup> und es bestehen unterschiedliche Auffassungen. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die medizinische Notversorgung vom individuellen Gesundheitszustand abhängt und dass betagte Personen andere Ansprüche haben können als jüngere<sup>1260</sup>.

Gemäss AMSTUTZ umfasst der Anspruch auf medizinische Versorgung Massnahmen, «welche nach dem Stand der wissenschaftlichen Forschung das Leben eines erkrankten oder verunfallten Menschen mit hoher Wahrscheinlichkeit retten können und im konkreten Fall als dringend einzustufen sind»<sup>1261</sup>. Zusätzlich zu lebensrettenden Massnahmen umfasst der Anspruch auf medizinische Versorgung nach dieser Autorin auch Massnahmen zur Abwehr drohender ernsthafter Gesundheitsschäden und zur Vermeidung von unzumutbarem Leiden<sup>1262</sup>.

1253 Belser/Waldmann, Nothilfe, S. 49; Blum-Schneider, Kinder, S. 70; Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 633; Gächter/Rütsche, Gesundheitsrecht, S. 41; Müller/Schefer, Grundrechte, S. 775; Müller, Verwirklichung, S. 172; Rütsche/Wildi, Limitierung, S. 208; Pfiffner Rauber, Krankheitsbehandlung, S. 23; Schweizer, Sterbehilfe, S. 35; Steffen, Soins essentiels, S. 7.

1254 So auch Ubersax, Notlagen, S. 56, Fn. 154.

1255 BGE 130 I 71 E. 4.1.

1256 BGE 121 I 367.

1257 Belser/Waldmann, Nothilfe, S. 43.

1258 Amstutz, Existenzsicherung, S. 236 ff. und 256 ff.; Belser/Waldmann, Nothilfe, S. 55 und 56 ff.

1259 Belser/Waldmann, Nothilfe, S. 49.

1260 BGE 131 I 166 E. 8.2: «So ist offenkundig, dass die medizinische Notversorgung vom individuellen Gesundheitszustand des Leistungsansprechers abhängt oder dass ein Säugling nicht die gleichen Anforderungen an die Nahrung hat wie ein Jugendlicher im Wachstumsalter oder wiederum eine betagte Person.»

1261 Amstutz, Existenzsicherung, S. 248.

1262 Amstutz, Existenzsicherung, S. 244.

Nach Auffassung von COULLERY beschränkt dieser Ansatz den Schutzbereich des Rechts auf Hilfe in Notlagen auf eine Art Lazarett- und Kriegsmedizin<sup>1263</sup>. Die medizinische Versorgung ist nach diesem Autor immer dann verfassungsrechtlich geschützt, wenn eine Krankheit im Sinne des KVG vorliegt; eine Ausdifferenzierung medizinischer Versorgungsstufen sei dann aber nicht zulässig<sup>1264</sup>. Von Art. 12 BV nicht erfasst sei somit die Versorgung von einfachen Gesundheitsbeeinträchtigungen, die nicht unter den Rechtsbegriff der Krankheit fallen<sup>1265</sup>. Der Schutzbereich umfasse dementsprechend sowohl kurative als auch palliative, nicht aber präventive medizinische Leistungen<sup>1266</sup>.

Abgesehen von zwei Ausnahmen<sup>1267</sup>, hat sich in der Lehre die Auffassung durchgesetzt, dass der Anspruch auf medizinische Versorgung alle Leistungen der obligatorischen Krankenversicherung beinhaltet<sup>1268</sup>. Zusätzlich ist auch eine zahnmedizinische Minimalversorgung zu gewährleisten<sup>1269</sup>. Die Beschränkung auf medizinische Notfälle würde eine Duldung von vermeidbarem Leiden bedeuten und wäre daher mit der Menschenwürde unvereinbar<sup>1270</sup>.

Der Anspruch auf medizinische Versorgung lässt sich weiter in zwei Teilansprüche unterteilen: Einen Anspruch auf Zugang zu und einen Anspruch auf Finanzierung von grundlegenden medizinischen Leistungen<sup>1271</sup>. Da nur die medizinische Leistung als solche grundrechtlich geschützt ist, erstreckt sich der Zugangsanspruch nicht auf eine bestimmte LeistungserbringerIn<sup>1272</sup>. Art. 12 BV vermittelt insbesondere keinen Anspruch darauf, zuhause betreut zu werden. Die Pflege in einem Heim oder in einem Spital wird den Anforderungen des Rechts auf Hilfe in Notlagen ebenfalls gerecht<sup>1273</sup>.

Der Teilanspruch auf Finanzierung ist in denjenigen Fällen relevant, in denen nebst einer medizinischen auch eine wirtschaftliche Notlage vorliegt. Wenn die bundesrechtlichen Sozialversicherungssysteme die verfassungsrechtlich geschützte grundlegende medizinische Versorgung nicht übernehmen, steht zur Sicherung dieses Teilanspruchs die Sozialhilfe im Vordergrund<sup>1274</sup>.

1263 Coullery, Leistungskatalog, S. 385.

1264 Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 633.

1265 Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 633.

1266 Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 634.

1267 Amstutz, Existenzsicherung, S. 244; Steffen, Soins essentiels, S. 10.

1268 Achermann, [Schwarze Listen](#), S. 6; Belser/Waldmann, Nothilfe, S. 56; Blum-Schneider, Kinder, S. 73 f.; Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 633; Coullery, Leistungskatalog, S. 385 f.; Gächter, Grenzen, S. 483; Gächter/Filippo, [Grundversorgungsartikel](#), S. 87; Müller, St.Galler Kommentar, Art. 12 N 29.

1269 Amstutz, Existenzsicherung, S. 246 f.; Gächter, Grenzen, S. 486; Müller, St.Galler Kommentar, Art. 12 N 29.

1270 Belser/Waldmann, Nothilfe, S. 56.

1271 Achermann, [Schwarze Listen](#), S. 5; Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 634 f.

1272 Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 634.

1273 Urteil des Bundesgerichts [2P.73/2005](#) vom 17. Juni 2005, E. 5.

1274 Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 635.

Aus dem Recht auf Hilfe in Notlagen fliesst gemäss Bundesrat auch ein Anspruch auf Finanzierung von Pflegekosten durch die Sozialhilfe, sofern andere Leistungen der Sozialversicherungen und das eigene Vermögen nicht ausreichen<sup>1275</sup>.

## § 9 Recht auf Gesundheit

Das Recht auf Gesundheit ist in Art. 12 UNO-Pakt I verankert. Dessen erster Absatz lautet wie folgt: «Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit an.»

In Absatz 2 wird konkretisiert: «Die von den Vertragsstaaten zu unternehmen Schritte zur vollen Verwirklichung dieses Rechts umfassen die erforderlichen Massnahmen

- a) zur Senkung der Zahl der Totgeburten und der Kindersterblichkeit sowie zur gesunden Entwicklung des Kindes;
- b) zur Verbesserung aller Aspekte der Umwelt- und der Arbeitshygiene;
- c) zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer, endemischer, Berufs- und sonstiger Krankheiten;
- d) zur Schaffung der Voraussetzungen, die für jedermann im Krankheitsfall den Genuss medizinischer Einrichtungen und ärztlicher Betreuung sicherstellen.»

### I. Vorbemerkungen

Art. 12 UNO-Pakt I garantiert einen individuellen, gerichtlich durchsetzbaren Anspruch sowohl auf rechtsgleichen Zugang als auch auf rechtsgleiche medizinische Behandlung<sup>1276</sup>.

Die Bundesverfassung und die EMRK enthalten keine entsprechenden Bestimmungen<sup>1277</sup>. Auch aus Art. 117a BV (Medizinische Grundversorgung) lässt sich kein Recht auf Gesundheit ableiten. Es handelt sich vielmehr um eine Programmnorm, die nicht ein bestimmtes Ergebnis oder ein bestimmtes Vorgehen fordert<sup>1278</sup>.

Teilgehalte des Rechts auf Gesundheit sind jedoch im Recht auf Leben, im Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit sowie im Recht auf Hilfe in Notlagen enthalten<sup>1279</sup>. Die Auffassung von MÜLLER/SCHEFER, wonach das

1275 Botschaft Pflegefinanzierung (BBl 2005 2033), S. 2050.

1276 Künzli/Kälin, Bedeutung, S. 143 f.

1277 Gächter/Filippo, Grundversorgungsartikel, S. 86 f.; Kraus/Schmidt, Santé, S. 88.

1278 Gächter/Filippo, Grundversorgungsartikel, S. 89.

1279 Kraus/Schmidt, Santé, S. 90 f.

Recht auf Gesundheit «in weitem Masse» Art. 12 BV entspricht<sup>1280</sup>, wird überwiegend abgelehnt<sup>1281</sup>. Das «Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit» geht deutlich über die Wiederherstellung der Gesundheit, wie sie bei Art. 12 BV im Vordergrund steht, hinaus. Es umfasst insbesondere auch Massnahmen zur Gesundheitsprävention, die zum Beispiel in der Umwelt- oder Verkehrspolitik getroffen werden<sup>1282</sup>.

Das Recht auf Gesundheit wird auch in Art. 25 BRK garantiert<sup>1283</sup>. Die Botschaft erwähnt explizit ältere Menschen als Gruppe, der Leistungen zur Vermeidung weiterer Behinderungen angeboten werden sollen<sup>1284</sup>. Art. 12 UNO-Frauenrechtskonvention verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Treffen aller geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Bereich des Gesundheitswesens.

Das Recht auf Gesundheit ist kein Recht darauf, gesund zu sein<sup>1285</sup>. Es beinhaltet die vier Elemente Verfügbarkeit, Zugänglichkeit, Akzeptanz und Qualität der Gesundheitsversorgung<sup>1286</sup>. Die Zugänglichkeit besteht ihrerseits aus vier überlappenden Dimensionen: Nichtdiskriminierung, physische Zugänglichkeit, wirtschaftliche Zugänglichkeit (d.h. Bezahlbarkeit) und Informationszugänglichkeit<sup>1287</sup>.

## II. Justiziabilität des Rechts auf Gesundheit

Das Bundesgericht hält die im UNO-Pakt I festgehaltenen Garantien mehrheitlich für nicht justizabel, schliesst die Justiziabilität einzelner Bestimmungen aber nicht aus<sup>1288</sup>. Es stützt sich dabei einerseits auf die Botschaft<sup>1289</sup> und andererseits

1280 Müller/Schefer, Grundrechte, S. 765.

1281 Amstutz, Existenzsicherung, S. 237; Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 634; Gächter, Grenzen, S. 479; BSK BV-Gächter/Werder, Art. 12 N 12; Kraus/Schmidt, Santé, S. 91; Steffen, Droit aux soins, S. 86 f.

1282 Coullery, Grundrechtsanspruch, S. 634.

1283 Art. 25 BRK: «Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung. Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen Zugang zu geschlechtsspezifischen Gesundheitsdiensten, einschliesslich gesundheitlicher Rehabilitation, haben. Insbesondere: [...]».

1284 Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BBl 2013 661), S. 704: «Weiterhin bieten sie Gesundheitsleistungen an, die von Menschen mit Behinderungen speziell wegen ihrer Behinderung benötigt werden, einschliesslich Früherkennung und Frühintervention, sowie Leistungen, durch die, auch bei Kindern und älteren Menschen, weitere Behinderungen möglichst gering gehalten oder vermieden werden sollen.».

1285 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, General comment No. 14, Ziff. 8: «The right to health is not to be understood as a right to be *healthy*.».

1286 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, General comment No. 14, Ziff. 12.

1287 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, General comment No. 14, Ziff. 12 lit. b.

1288 BGE 139 I 257 E. 6; BGE 136 I 290 E. 2.3.1.

1289 Botschaft vom 30. Januar 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes (BBl 1991

auf Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I, wonach die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte «vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen» zu erreichen sind. Zur direkten Anwendbarkeit von Art. 12 UNO-Pakt I hat sich das Bundesgericht bisher nie explizit geäussert.

In der Lehre wird die zurückhaltende Praxis des Bundesgerichts zunehmend kritisiert<sup>1290</sup>. Auch der UNO-Ausschuss für WSK-Rechte hat die Schweiz in seinen abschliessenden Bemerkungen zu den Staatenberichten wiederholt dazu aufgefordert, die UNO-Pakt-I-Garantien durch Anerkennung der direkten Anwendbarkeit vollständig umzusetzen<sup>1291</sup>.

Gemäss KÜNZLI enthält das Recht auf Gesundheit mindestens einen justizialen Abwehrensanspruch. Als Beispiel nennt er die staatliche Hinderung von Gefangenen, sich auf eigene Kosten von einem Arzt ihrer Wahl behandeln zu lassen<sup>1292</sup>.

Der General Comment zum Recht auf Gesundheit, auf den sogleich ausführlich eingegangen wird, hält fest, dass Art. 12 UNO-Pakt I zumindest im Rahmen der Kernverpflichtungen justiziabel ist<sup>1293</sup>. Diese beinhalten Pflichten zur Gewährleistung des Zugangs zu Grundnahrungsmitteln, Unterkünften, sanitären Einrichtungen, sauberem Wasser, lebenswichtigen Medikamenten sowie einer gerechten Verteilung von Gesundheitsleistungen und zur Verabschiedung einer nationalen Public-Health-Strategie<sup>1294</sup>. Ebenfalls zu den Kernverpflichtungen gehört die Pflicht zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Rechts auf Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen, insbesondere für verletzte und marginalisierte Bevölkerungsgruppen<sup>1295</sup>.

### III. General Comment zum Recht auf Gesundheit

Der General Comment zu Art. 12 UNO-Pakt I hält mit Bezug auf ältere Menschen fest, dass Elemente der Prävention, der Heilung und der Behandlung kombiniert werden sollen (integrierter Ansatz). Empfohlen werden regelmässige Vorsorgeuntersuchungen für beide Geschlechter, physische und psychologische Re-

I 1189), S. 1202: «Daraus ergibt sich eindeutig, dass sich die Vorschriften des Paktes I nicht an Individuen, sondern an die Gesetzgeber der Vertragsparteien richten.».

1290 Hertig Randall/Chatton, *Droits sociaux fondamentaux*, S. 333; Hugi Yar, *Praxis*, Rz. 11; Künzli, *Soziale Menschenrechte*, S. 534; Kiener/Kälin/Wyttenbach, *Grundrechte*, S. 17; Schmid, *Bemerkungen*, S. 984; Weibel, *Justiciability*, S. 30 f.

1291 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, *Concluding observations on the fourth periodic report of Switzerland*, (E/C.12/CHE/CO/4), 18 November 2019, Ziff. 4 f.; UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland* (E/C.12/CHE/CO/2-3), 26 November 2010, Ziff. 5.

1292 Künzli, *Soziale Menschenrechte*, S. 535 (Fn. 85).

1293 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, *General comment No. 14*, Ziff. 60: «Incorporation enables courts to adjudicate violations of the right to health, or at least its core obligations, by direct reference to the Covenant.».

1294 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, *General comment No. 14*, Ziff. 43 lit. b-f.

1295 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, *General comment No. 14*, Ziff. 43 lit. a.

habilitationsmassnahmen zur Aufrechterhaltung der Funktionalität und Autonomie älterer Menschen sowie Aufmerksamkeit und Fürsorge für chronisch und unheilbar Kranke, um ihnen vermeidbare Schmerzen zu ersparen und sie in die Lage zu versetzen, in Würde zu sterben<sup>1296</sup>. Staaten sind verpflichtet, das Recht auf Gesundheit zu achten, indem sie u.a. darauf verzichten, Menschen den Zugang zu Palliative Care zu verweigern oder diesen einzuschränken<sup>1297</sup>. Das Recht auf Gesundheit schliesst somit die palliative Versorgung am Lebensende ein. Die Staaten sind dazu verpflichtet, «die entsprechende Versorgungsstruktur zügig auszubauen und einen diskriminierungsfreien Zugang zu ermöglichen»<sup>1298</sup>.

Aus dem Recht auf Gesundheit fliessen unter anderem die folgenden Schutzpflichten<sup>1299</sup>:

- Pflicht zur gesetzlichen Regelung des gleichberechtigten Zugangs zu Gesundheitsversorgung und gesundheitsbezogenen Dienstleistungen Dritter;
- Pflicht zur Sicherstellung, dass Privatisierungen im Gesundheitssektor keine Gefährdung der Verfügbarkeit, Zugänglichkeit, Akzeptanz oder Qualität von Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen zur Folge haben;
- Pflicht zur Kontrolle der Vermarktung von medizinischen Geräten und Arzneimitteln durch Dritte;
- Pflicht zur Sicherstellung, dass ÄrztInnen und andere Angehörige des Gesundheitswesens angemessene Bildungs- und Qualifikationsstandards sowie ethische Verhaltenskodexe erfüllen.

Staaten sollten auch sicherstellen, dass Dritte den Zugang zu gesundheitsbezogenen Informationen und Dienstleistungen nicht einschränken<sup>1300</sup>.

1296 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, [General comment No. 14](#), Ziff. 25: «With regard to the realization of the right to health of older persons, the Committee, in accordance with paragraphs 34 and 35 of General Comment No. 6 (1995), reaffirms the importance of an integrated approach, combining elements of preventive, curative and rehabilitative health treatment. Such measures should be based on periodical check-ups for both sexes; physical as well as psychological rehabilitative measures aimed at maintaining the functionality and autonomy of older persons; and attention and care for chronically and terminally ill persons, sparing them avoidable pain and enabling them to die with dignity.».

1297 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, [General comment No. 14](#), Ziff. 34: «In particular, States are under the obligation to respect the right to health by, *inter alia*, refraining from denying or limiting equal access for all persons, including prisoners or detainees, minorities, asylum seekers and illegal immigrants, to preventive, curative and palliative health services; [...]».

1298 Welsh, *Lebensende*, S. 11.

1299 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, [General comment No. 14](#), Ziff. 35: «Obligations to *protect* include, *inter alia*, the duties of States to adopt legislation or to take other measures ensuring equal access to health care and health-related services provided by third parties; to ensure that privatization of the health sector does not constitute a threat to the availability, accessibility, acceptability and quality of health facilities, goods and services; to control the marketing of medical equipment and medicines by third parties; and to ensure that medical practitioners and other health professionals meet appropriate standards of education, skill and ethical codes of conduct.».

1300 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, [General comment No. 14](#), Ziff. 35: «States should also ensure that third parties do not limit people's access to health-related information and services.».

Die Garantie ist vollständig erfüllt, wenn (1.) die Verfügbarkeit qualitativ und quantitativ genügender öffentlicher Gesundheitseinrichtungen sowie die Verfügbarkeit von Medikamenten und anderen notwendigen Produkten gewährleistet ist und (2.) die diskriminierungsfreie Zugänglichkeit zu Gesundheitsdiensten und Gesundheitsinformationen für alle Menschen auf dem Gebiet einer Vertragspartei möglich ist<sup>1301</sup>.

#### IV. Das Recht auf Gesundheit in den Staatenberichten der Schweiz

Im zweiten und dritten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Paktes I aus dem Jahr 2008 findet sich im Kapitel zum Recht auf Gesundheit ein Abschnitt über ältere Menschen. Darin wurde u.a. in Aussicht gestellt, dass das Bundesamt für Gesundheit bis Ende 2008 eine Nationale Strategie zur Förderung der Gesundheit und Autonomie im Alter erarbeiten werde<sup>1302</sup>. Die Strategie wurde jedoch nicht erarbeitet und die Motion aus dem Jahr 2005, welche die Erarbeitung der Strategie verlangte<sup>1303</sup>, wurde im Jahr 2017 abgeschrieben<sup>1304</sup>.

In seinen abschliessenden Bemerkungen zum zweiten und dritten Bericht der Schweiz hat der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Zusammenhang mit dem Recht auf Gesundheit zwei Empfehlungen an die Schweiz gerichtet: Der Ausschuss empfahl der Schweiz, wirksame Massnahmen zur Bekämpfung von Suizid zu ergreifen, unter anderem durch die Verabschiedung und die Umsetzung eines nationalen Aktionsplans zur Suizidverhütung. Des Weiteren empfahl er, systematische Erhebungen und wissenschaftliche Studien über die Ursachen von Suizid durchzuführen und Massnahmen zu ergreifen, um den Zugang zu Schusswaffen einzuschränken, die im Zusammenhang mit dem Militärdienst zu Hause aufbewahrt werden<sup>1305</sup>. Die zweite Empfehlung zum Recht auf Gesundheit betraf Unzulänglichkeiten des Sexualekundeunterrichts<sup>1306</sup>.

Im vierten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Paktes I hat der Bundesrat zum Recht auf Gesundheit unter dem Stichwort «Koordinierte Versorgung» u.a. festgehalten, dass insbesondere im Bereich der älteren und polymorbiden PatientInnen Handlungsfelder identifiziert worden seien. Ziel sei eine Verbesserung des «Advance Care Planning» sowie der Planung und Koordination nach

1301 Kälin/Künzli, Menschenrechtsschutz, S. 360.

1302 Zweiter und dritter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (UNO-Pakt I), April 2018, S. 112.

1303 Motion Heim (Geschäftsnr. 05.3436): Nationale Strategie zur Förderung der Gesundheit und Stärkung der Autonomie im Alter.

1304 Bericht des Bundesrates über Motionen und Postulate der gesetzgebenden Räte im Jahre 2016 vom 3. März 2017, Auszug: Kapitel I (BBl 2017 2865), S. 2873; AB 2017 S 441; AB 2017 N 1022.

1305 Abschliessende Bemerkungen des UNO-Ausschuss für WSK-Rechte zum zweiten und dritten Bericht der Schweiz über die Umsetzung des UNO-Paktes I, Ziff. 19.

1306 Abschliessende Bemerkungen des UNO-Ausschuss für WSK-Rechte zum zweiten und dritten Bericht der Schweiz über die Umsetzung des UNO-Paktes I, Ziff. 20.

dem Spitalaustritt<sup>1307</sup>. Auf die Empfehlung zur Einschränkung des Zugangs zu Schusswaffen reagierte der Bundesrat im vierten Bericht mit dem Hinweis, dass die Suizidrate seit Mitte der 1990er-Jahre rückläufig, im internationalen Vergleich jedoch noch immer hoch sei. Der Aktionsplan Suizidprävention Schweiz des Bundesrates werde seit 2017 umgesetzt<sup>1308</sup>.

In der «List of issues in relation to the fourth periodic report of Switzerland» finden sich drei Fragen zum Recht auf Gesundheit, wovon eine das Lebensende betrifft: Der Bundesrat wird gebeten, Informationen zur Umsetzung des Aktionsplans Suizidprävention Schweiz zu liefern<sup>1309</sup>.

## V. UNO-Sonderberichterstatter zum Recht auf Gesundheit

Der UNO-Sonderberichterstatter zum Recht auf Gesundheit hat im Jahr 2011 eine Studie zur Umsetzung des Rechts auf Gesundheit von älteren Personen verfasst. Nach allgemeinen Ausführungen zum Recht auf Gesundheit von älteren Personen, die im Wesentlichen Ausschnitte aus dem General Comment zu Art. 12 UNO-Pakt I wiederholen, werden vier spezifische Aspekte und Anliegen vertieft: Grundversorgung und chronische Krankheiten, Langzeitpflege, Palliative Care und Informed Consent<sup>1310</sup>.

Im Abschnitt «Grundversorgung und chronische Krankheiten» hält der Sonderberichterstatter fest, dass die Diskriminierung älterer Menschen aufgrund ihres Alters ein grosses Hindernis für den Zugang zur Grundversorgung und zur Prävention chronischer Krankheiten darstelle. Es bestehe eine schädliche und tief verwurzelte Vorstellung, dass ein Mensch, sobald er altert, unfähig wird, einen Beitrag zur Gesellschaft zu leisten. Solche Vorurteile führten oft zu dem Schluss, dass nicht viel getan werden könne, um ältere Menschen zu unterstützen<sup>1311</sup>.

Im Abschnitt zur Langzeitpflege empfiehlt der Sonderberichterstatter die Einrichtung von Beschwerdemechanismen, um Praktiken zu bekämpfen, die die

1307 [Vierter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte \(UNO-Pakt I\)](#), Februar 2018, S. 56.

1308 [Vierter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte \(UNO-Pakt I\)](#), Februar 2018, S. 57.

1309 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, [List of issues in relation to the fourth periodic report of Switzerland](#), Ziff. 28: «Please provide information on the implementation of the Suicide Prevention Action Plan referred to in paragraph 290 of the State party's fourth periodic report, and on the measures taken and the resources allocated to ensure its effective implementation.».

1310 Thematic study on the realization of the right to health of older persons by the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Anand Grover ([A/HRC/18/37](#)), 4 July 2011, S. 10 ff.

1311 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] ([A/HRC/18/37](#)), Ziff. 38: «Discrimination against older persons on the basis of their age is a major barrier to access primary care and prevention of chronic illness. There is a pernicious and deeply ingrained notion that once a person ages, he/she becomes incapable of contributing to society, chronically ill and/or frail. Such prejudices often lead to a conclusion that not much can be done to assist them.».

Freiheit und Autonomie älterer Menschen unnötig einschränken<sup>1312</sup>. Weiter zeigt er sich besonders besorgt über nicht gemeldete Gewalt gegen ältere Menschen in der Pflege. Wie bei anderen gefährdeten und marginalisierten Gruppen sei besondere Aufmerksamkeit erforderlich, um ältere Menschen vor Missbrauch zu schützen und sicherzustellen, dass ihre Rechte nicht in einem Umfeld verletzt würden, in dem sie besonders anfällig seien<sup>1313</sup>. Missbrauch könne auch in Form von voreingenommenen und diskriminierenden Einstellungen und Handlungen erfolgen, was sich durch Bevormundung älterer Menschen in der Pflege manifestiere, indem sie gedemütigt und infantilisiert und damit der Identität beraubt werden, die sie sonst als Menschen haben<sup>1314</sup>. In gewissen Fällen würden die MitarbeiterInnen des Gesundheitswesens selbst möglicherweise nicht einmal Fälle von Missbrauch erkennen. Daher sollte das Gesundheitspersonal geschult und bei der Ermittlung möglicher Missbrauchsfälle unterstützt werden<sup>1315</sup>. Der Berichterstatter verweist beispielhaft auf den 2006 in Südafrika erlassenen *Older Persons Act*, der unter anderem festhält, dass eine Person, die Zeuge des Missbrauchs einer älteren Person wird, dies melden muss<sup>1316</sup>.

Im Abschnitt zu Palliative Care weist der Sonderberichterstatter darauf hin, dass diese in gewissen Staaten in die nationalen Gesundheitsgesetze und Aktionspläne integriert wurde. Ander Länder hätten den Gesundheitseinrichtungen die Verpflichtung auferlegt, über qualifiziertes Personal in Palliative Care zu verfügen, oder eine Expertengruppe zu Palliative Care eingerichtet<sup>1317</sup>. Risiko-Nut-

- 
- 1312 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 49: «It is essential that complaints mechanisms are put in place to address practices that unnecessarily restrict liberty and autonomy of older persons and to enable them to reclaim their dignity.».
- 1313 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 50: «The Special Rapporteur is particularly concerned about unreported violence directed against older persons in care. As with other vulnerable and marginalized groups, special attention is needed to protect older persons from abuse and to ensure that their rights are not violated in settings where they might be especially prone to violations.».
- 1314 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 51: «Abuse may also take the form of prejudicial and discriminatory attitudes and acts, which manifests itself through paternalism towards older persons in care, leaving them feeling humiliated, infantilized, and robbing them of the identity they otherwise have as human beings.».
- 1315 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 52: «In some instances, health-care workers themselves may not even recognize instances of abuse. Health-care workers should therefore be trained and assisted in identifying possible cases of abuse.».
- 1316 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 53: «For example, the 2006 Older Persons Act of South Africa, inter alia, requires a person who may witness the abuse of an older person, not only physical but also psychological, sexual, and economic abuse, to report the violation.».
- 1317 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 55: «In some countries palliative care is recognized only in the context of certain chronic diseases such as cancer. Other States have integrated palliative care into their national health legislation and plans of action and created institutions which are devoted to palliative care. Some other countries have placed obligations on health institutions to have staff qualified in palliative care or have established group of experts on the issue.».

zen-Abwägungen seien dann besonders problematisch, wenn als Nutzen nur die Lebensverlängerung betrachtet werde, weil Palliative Care auf die Verbesserung der Lebensqualität und nicht auf eine maximale Lebensverlängerung abzielt. Solche Abwägungen seien im Bereich der Palliative Care altersdiskriminierend und dementsprechend ungeeignet<sup>1318</sup>. Weiter müsse sichergestellt werden, dass die PatientInnen in der Lage sind, autonome und informierte Entscheidungen über die Qualität der Gesundheit während des Sterbeprozesses zu treffen. Dazu gehörten Entscheidungen über den Zugang zu angemessener Schmerzlinderung und anderen notwendigen Eingriffen, über den Sterbeort und die Möglichkeit, eine Behandlung zur Verlängerung des Lebens abzulehnen, wenn sie von der PatientIn nicht gewünscht wird<sup>1319</sup>.

Im Abschnitt zum Informed Consent weist der Sonderberichtersteller darauf hin, dass die Gewährleistung des Informed Consent ein grundlegendes Merkmal für die Achtung der Autonomie, der Selbstbestimmung und der Menschenwürde des Einzelnen darstelle. Die Einwilligung nach erfolgter Aufklärung lasse sich auf verschiedene Menschenrechtselemente abstützen, die unteilbar, ineinandergreifend und miteinander verbunden seien. Dazu gehörten neben dem Recht auf Gesundheit das Recht auf Autonomie, die Freiheit von Diskriminierung, Freiheit von ohne Einwilligung vorgenommenen Experimenten, Sicherheit und Würde des Menschen, Anerkennung vor dem Gesetz, Gedanken- und Meinungsfreiheit und reproduktive Selbstbestimmung<sup>1320</sup>. Medizinische Aus- und Weiterbildungseinrichtungen müssten das Thema Informed Consent für gefährdete Bevölkerungsgruppen und ihre besonderen Bedürfnisse in die Lehrpläne aufnehmen<sup>1321</sup>. Innerstaatliche Rechtssysteme gelinge es häufig nicht, Gesetze oder andere Regelungen zu erlassen, um Probleme im Bereich des Informed Consent und älteren

- 
- 1318 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 57: «Age-based discrimination that is sanctioned on the basis of risk/benefit profiling cannot under any circumstances be considered appropriate in the context of palliative care, which aims to improve quality of life, rather than its length.»
- 1319 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 59: «While this report does not consider issues of patient autonomy in respect of deciding to end life, it is nonetheless necessary to ensure that patients be able to make autonomous, informed decisions regarding the quality of health during the process of dying. That includes choices about access to adequate pain relief and other necessary interventions, location of death, and the ability to refuse treatment designed to prolong life when it is not desired by the patient.»
- 1320 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 61: «Guaranteeing informed consent is a fundamental feature of respecting an individual's autonomy, self-determination and human dignity. Informed consent invokes several human rights elements that are indivisible, interdependent and interrelated. In addition to the right to health, these include the right to autonomy, freedom from discrimination, freedom from non-consensual experimentation, security and dignity of the human person, recognition before the law, freedom of thought and expression and reproductive self-determination.»
- 1321 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 65: «Medical education and training institutions must incorporate education regarding informed consent for vulnerable populations and their particular needs into curricula.»

Personen anzugehen und zu lösen<sup>1322</sup>. Es sei die Pflicht des Staates, neue und innovative Wege zu finden und umzusetzen, um ältere Menschen zu erreichen, altersgerechte Mittel zur Verbreitung gesundheitsbezogener Informationen zu finden und ihre Teilnahme zu fördern<sup>1323</sup>.

Die Studie des Sonderberichterstatters enthält abschliessend u.a. die folgenden Empfehlungen<sup>1324</sup>:

- Schaffung eines Systems des sozialen Schutzes, das älteren Menschen den Zugang zur Langzeitpflege, sei es in Institutionen oder zu Hause, ermöglicht und sicherstellt, dass kein Missbrauch und keine Rechtsverletzung stattfindet;
- Erlass von Richtlinien und Verfahren zur Meldung, Bekämpfung und Verhinderung von Missbrauch älterer Menschen;
- Einrichtung von Mechanismen zur Sensibilisierung und Schulung von medizinischem Fachpersonal, nichtmedizinischem Pflegepersonal und der breiten Öffentlichkeit für die Behandlung älterer Menschen sowie zur Vorbeugung und Bekämpfung ihres Missbrauchs;
- Entwicklung internationaler Leitlinien und nationaler Systeme zur Regulierung und Überwachung der Tätigkeit der Hospizpflege, um sicherzustellen, dass ältere Menschen bei der Entscheidungsfindung im Gesundheitswesen unterstützt werden und dass ihre Menschenwürde und Autonomie nicht aufgrund ihrer Verletzlichkeit vernachlässigt wird;
- Erarbeitung und Implementierung von Schutzmassnahmen, um sicherzustellen, dass für jede Behandlung und/oder andere medizinische Intervention eine freie und informierte Einwilligung erforderlich ist und dass dies für alle PatientInnen gewährleistet ist, unabhängig von ihrem Alter, ihrem Zustand und der vorgeschlagenen Behandlung;
- Entwicklung und Umsetzung von Mechanismen zum Schutz der Rechte älterer Menschen, wenn sie als unfähig erachtet werden, eine Einwilligung nach Aufklärung zu einer Behandlung und/oder anderen medizinischen Intervention aufgrund von Verletzungen, Krankheiten oder chronischen Erkrankungen wie Demenz zu erteilen.

1322 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 67: «Domestic jurisdictions often fail to enact legislation or design policies in order to address and resolve problems particular to informed consent and older persons.»

1323 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 69: «It is the duty of the State to find and implement new and innovative ways to reach out to older persons, identify age-friendly means to disseminate health-related information and encourage their participation.»

1324 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] (A/HRC/18/37 ), Ziff. 71 lit. e-j.

## VI. Palliative Care als Teil des Rechts auf Gesundheit

Palliative Care wird sowohl im General Comment zum Recht auf Gesundheit als auch in der Studie des Sonderberichterstatters zur Umsetzung des Rechts auf Gesundheit von älteren Personen explizit erwähnt. Im General Comment wird zunächst ausgeführt, dass Massnahmen ergriffen werden sollten, um chronisch und unheilbar Kranken die notwendige Zuwendung und Betreuung zu gewährleisten, ihnen vermeidbare Schmerzen zu ersparen und ihnen zu ermöglichen, in Würde zu sterben<sup>1325</sup>. Im Abschnitt «Specific legal obligations» hält der General Comment etwas verklausuliert fest, dass Staaten verpflichtet sind, das Recht auf Gesundheit zu achten, indem sie davon absehen, den gleichberechtigten Zugang aller Personen u.a. zu Palliative Care zu verweigern oder einschränken<sup>1326</sup>.

Obwohl Palliative Care bereits im Jahr 2000 im General Comment zum Recht auf Gesundheit erwähnt ist, wurde dieses Thema während fast zehn Jahren kaum beachtet<sup>1327</sup>. Erst nach entsprechenden Kampagnen durch Human Rights Watch und die Open Society Foundation begann sich das zu ändern<sup>1328</sup>.

Der Sonderberichtersteller zum Recht auf Gesundheit hat in seiner Studie zur Umsetzung des Rechts auf Gesundheit von älteren Personen Palliative Care als eines von vier spezifischen Themen bzw. Problemen («Specific issues and concerns») identifiziert<sup>1329</sup>. Dabei hat er unter anderem festgehalten, dass Palliative Care erhebliche finanzielle Unterstützung und die Mobilisierung zahlreicher Akteure und Interessengruppen im medizinischen Bereich erfordere. Palliative Care sei notwendig, um das Leben älterer Menschen, die von lebensbedrohlichen Krankheiten betroffen sind, zu verlängern und ihren Tod in Würde zu garantieren<sup>1330</sup>.

Der seit 2014 amtierende UNO-Sonderberichtersteller zum Recht auf Gesundheit, Dainius Pūras, hat in einer Presseerklärung zum internationalen Jah-

1325 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, [General comment No. 14](#), Ziff. 25: «Such measures should be based on periodical check-ups for both sexes; physical as well as psychological rehabilitative measures aimed at maintaining the functionality and autonomy of older persons; and attention and care for chronically and terminally ill persons, sparing them avoidable pain and enabling them to die with dignity.».

1326 UNO-Ausschuss für WSK-Rechte, [General comment No. 14](#), Ziff. 34: «In particular, States are under the obligation to *respect* the right to health by, *inter alia*, refraining from denying or limiting equal access for all persons, including prisoners or detainees, minorities, asylum seekers and illegal immigrants, to preventive, curative and palliative health services; [...]».

1327 Ezer/Lohman/de Luca, *Palliative Care*, S. S164.

1328 Ezer/Lohman/de Luca, *Palliative Care*, S. S164.

1329 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] ([A/HRC/18/37](#)), Ziff. 54 ff.

1330 Thematic study on the realization of the right to health of older persons [...] ([A/HRC/18/37](#)), Ziff. 60: «Palliative care requires important funding and mobilisation of numerous actors and stakeholders within the medical sector, and it is absolutely crucial in order to prolong the lives of older persons affected by life-threatening diseases and to ensure their death in dignity.».

restag der Hospizbewegung festgehalten, dass Palliative Care ein obligatorischer integraler Bestandteil des Rechts auf Gesundheit ist<sup>1331</sup>.

## § 10 Weitere Menschenrechte

### I. Menschenwürde

Die Menschenwürde (Art. 7 BV) ist ein Auffanggrundrecht<sup>1332</sup>, weil sich der justiziable Gehalt der Menschenwürde in der Regel über die besonderen Grundrechte verwirklicht<sup>1333</sup>. Die Menschenwürde wird auch als Präambel zum Grundrechtsteil der Verfassung bezeichnet<sup>1334</sup>. Bei der rechtlichen Diskussion über Entscheidungen am Lebensende stehen sich in erster Linie das Recht auf Leben und das Recht auf persönliche Freiheit gegenüber. Beide Rechte gehen der Menschenwürde vor, soweit sie deutlich umschriebene Schutzbereiche aufweisen<sup>1335</sup>. Dem Festhalten an der Menschenwürde als justiziablem Grundrecht kommt in erster Linie ein symbolischer Wert zu<sup>1336</sup>. Aus diesem Grund steht die Menschenwürde zwar bei der philosophischen<sup>1337</sup>, nicht aber bei der juristischen Diskussion zu Entscheidungen am Lebensende im Zentrum<sup>1338</sup>.

### II. Verbot unmenschlicher Behandlung

Art. 10 Abs. 3 BV verbietet nebst Folter und grausamer oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung auch die unmenschliche Behandlung. Gleichlautende Verbote sind auch in Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II und Art. 15 Abs. 1 BRK enthalten. Die unmenschliche Behandlung (oder Bestrafung) stellt innerhalb dieser Bestimmungen den Auffangtatbestand dar<sup>1339</sup>. Unter das Verbot unmenschlicher Behandlungen fallen auch Handlungen, die von Privaten ausgehen<sup>1340</sup>.

1331 UN rights experts, [Who cares about the suffering of older persons at the end of their lives? We do.](#)

1332 Botschaft BV (BBl 1997 I 1), S. 140; Biaggini, BV-Kommentar, Art. 7 N 7.

1333 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, S. 129.

1334 Kley, [Grundrechtskatalog](#), S. 326.

1335 Mastronardi, St.Galler Kommentar, Art. 7 N 16.

1336 BSK BV-Belser/Molinari, Art. 7 N 40.

1337 Schaber, [Menschenwürde](#), S. 22.

1338 So auch Negri, Universal Human Rights, S. 22: «In conclusion, the effective relevance of human dignity to the emergence of a ‘right to die with dignity’ is highly debated and often considered overstated.»

1339 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, S. 165 f.

1340 Schweizer, St.Galler Kommentar, Art. 10 N 45.

## 1. Rechtsprechung des EGMR

Ein Grossteil der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK betrifft die Themenbereiche Haft, Strafe, polizeiliche Massnahmen und Auslieferung von AusländerInnen in Staaten, in denen Folter oder eine unmenschliche Behandlung droht<sup>1341</sup>. Im Factsheet des EGMR zu EMRK-Urteilen betreffend ältere Menschen sind im Abschnitt zu Art. 3 EMRK ausschliesslich Fälle zur Höhe von Altersrenten, zur Ausschaffung, zum Freiheitsentzug und zur Dienstpflicht aufgelistet<sup>1342</sup>.

Im Urteil *Stanev* gegen Bulgarien hat der EGMR allerdings festgehalten, dass Art. 3 EMRK auch auf Fälle von unmenschlicher Behandlung in Gesundheitseinrichtungen anwendbar sei<sup>1343</sup>. In einer Joint Dissenting Opinion zu einem Urteil aus dem Jahr 2008 haben drei EGMR-RichterInnen festgehalten, dass die Auslieferung in einen Staat mit ungenügender palliativmedizinischer Versorgung eine eigenständige Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen könne<sup>1344</sup>.

## 2. UNO-Antifolterkonvention

Auch die von der Schweiz ratifizierte UNO-Antifolterkonvention<sup>1345</sup> verbietet unmenschliche Behandlung. In den Staatenberichten der Schweiz und den diesbezüglichen Schlussbemerkungen des UNO-Ausschusses gegen Folter werden Gesundheitsfragen ausschliesslich im Zusammenhang mit Menschen im Justizvollzug erörtert<sup>1346</sup>. Die Schweiz hat auch das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe ratifiziert<sup>1347</sup>. Dieses hat gemäss Art. 1 zum Ziel, ein System

1341 Siehe dazu die Fallgruppen bei EMRK-Meyer-Ladewig/Lehnert, Art. 3 N 26 ff.; Grabenwarter/Pabel, § 20 N 58 ff.

1342 EGMR, [Factsheet: Elderly people and the European Convention on Human Rights](#) (October 2018).

1343 Urteil des EGMR 36760/06 vom 17. Januar 2012 (*Stanev* gegen Bulgarien), Ziff. 206: «The Court would emphasise that the prohibition of ill-treatment in Article 3 applies equally to all forms of deprivation of liberty, and in particular makes no distinction according to the purpose of the measure in issue; it is immaterial whether the measure entails detention ordered in the context of criminal proceedings or admission to an institution with the aim of protecting the life or health of the person concerned.».

1344 Joint dissenting opinion der RichterInnen Tulkens, Bonello und Spielmann zum Urteil des EGMR (Grosse Kammer) 26565/05 vom 27. Mai 2008 (N. gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 21: «We understand, however, that the additional grounds advanced by the Court in *D. v. the United Kingdom* and related to a lack of medical and palliative care as well as a lack of psychological support, in the home country, might be equally relevant to the finding of a separate potential violation of Article 3 of the Convention».

1345 [Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe](#), in Kraft getreten für die Schweiz am 26. Juni 1987.

1346 [Siebter periodischer Bericht der Schweiz zuhanden des UNO-Komitees gegen Folter \(CAT\)](#), 28. Mai 2014; Committee against Torture, Concluding observations on the seventh periodic report of Switzerland (CAT/C/CHE/CO/7), 7 September 2015.

1347 [Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe](#), in Kraft getreten für die Schweiz am 24. Oktober 2009.

regelmässiger Besuche einzurichten, die von unabhängigen internationalen und nationalen Gremien an Orten, an denen Personen die Freiheit entzogen ist, durchgeführt werden, um Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe zu verhindern.

Aufgrund der in Art. 3 des Zusatzprotokolls enthaltenen Verpflichtung zur Einrichtung mindestens eines Gremiums, das zur Verhütung von Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe Besuche durchführt, wurde das Bundesgesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter<sup>1348</sup> erlassen und gestützt auf dessen Art. 1 die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) eingesetzt.

### 3. Nationale Kommission zur Verhütung von Folter

Zu den Aufgaben der Kommission gehört gemäss Art. 2 lit. a die regelmässige Überprüfung der Situation von Personen, denen die Freiheit entzogen ist, und der regelmässige Besuch aller Orte, an denen sich diese Personen befinden oder befinden könnten. Als Freiheitsentzug gilt gemäss Art. 3 jede Form des Festhaltens oder der Inhaftierung einer Person oder deren Unterbringung in einer öffentlichen oder privaten Einrichtung, die sie nicht nach Belieben verlassen darf, sofern dies auf Anordnung oder Veranlassung einer Behörde oder im Einverständnis mit einer Behörde geschieht. Unter diese Definition fällt insbesondere auch die fürsorgliche Unterbringung gemäss Art. 426 ff. ZGB. In der Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht hat der Bundesrat festgehalten, dass die Unterbringung einer urteilsunfähigen Person gegen ihren Willen in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung nur im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung zulässig ist<sup>1349</sup>.

Die NKVF hat in ihrem Tätigkeitsbericht für das Jahr 2016 festgehalten, dass sie mittelfristig beabsichtige, gemäss ihrem völkerrechtlichen Auftrag auch vermehrt Sozialeinrichtungen zu besuchen<sup>1350</sup>. Gleichzeitig wies sie darauf hin, dass im Zuge von Sparmassnahmen eine Stelle nicht erneuert wurde und dass dieser Verlust eine Verschiebung bzw. eine Annullation verschiedener Besuche in Einrichtungen des Freiheitsentzugs zur Folge hatte<sup>1351</sup>. Im Jahr 2017 überprüfte die NKVF ein Untersuchungsgefängnis, eine Strafvollzugseinrichtung, 2 Hochsicherheitsabteilungen, 5 Einrichtungen für den Vollzug der ausländerrechtlichen Administrativhaft, 5 Zentren des Bundes für die Unterbringung von Asylsuchenden, eine forensisch-psychiatrische Klinik sowie 4 Kliniken für Alters-

1348 Bundesgesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter vom 20. März 2009.

1349 Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht (BBl 2006 7001), S. 7039: «Absatz 3 gibt der vertretungsberechtigten Person nicht die Befugnis, die urteilsunfähige Person gegen ihren Willen oder Widerstand in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung unterzubringen. Vielmehr muss in einem solchen Fall nach den Artikeln 426 ff. eine fürsorgliche Unterbringung angeordnet werden.»

1350 NKVF, Tätigkeitsbericht 2016, S. 6.

1351 NKVF, Tätigkeitsbericht 2016, S. 9.

und Erwachsenenpsychiatrie<sup>1352</sup>. Alters- und Pflegeheime wurden nicht überprüft, obwohl auch in diesen Einrichtungen Menschen im Rahmen der fürsorglichen Unterbringung unfreiwillig festgehalten werden<sup>1353</sup>.

#### 4. UNO-Sonderberichterstatter über Folter

Das Verbot der unmenschlichen Behandlung kann u.a. durch fehlenden Zugang zu Schmerzmedikation verletzt sein. Der UNO-Sonderberichterstatter über Folter hat im Jahr 2009 festgehalten, dass die faktische Verweigerung des Zugangs zur Schmerzmedikation, wenn sie schwere Schmerzen und Leiden verursacht, eine grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe darstellt<sup>1354</sup>. Dabei ging es in erster Linie um die Problematik, dass der Zugang zu Schmerzmedikation in gewissen Staaten übermässig durch die Betäubungsmittelgesetzgebung eingeschränkt wird<sup>1355</sup>.

Im Jahr 2013 widmete sich der UNO-Sonderberichterstatter über Folter schwerpunktmässig der Misshandlung in Gesundheitsinstitutionen. Dabei hielt er fest, dass irreversible medizinische Behandlungen ohne therapeutischen Zweck Folter oder Misshandlung darstellen können, wenn sie ohne die freie und informierte Einwilligung der betroffenen Person durchgeführt werden<sup>1356</sup>. Auch die anhaltende Fixation von Menschen in psychiatrischen Einrichtungen ist eine

1352 NKVF, *Tätigkeitsbericht 2017*, S. 12.

1353 Siehe auch HelpAge, *Gaps*, S. 9: «The UN Subcommittee on Prevention of Torture which monitors the Optional Protocol to the Convention against Torture requires States, in Article 17, to create and maintain National Preventive Mechanisms to monitor places where people are deprived of their liberty. These places should include care homes, but from its eight published reports, not a single visit has been made yet to a care home for older people – evidence of a severe implementation gap at international level.»

1354 Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak (*A/HRC/10/44*), 14 January 2009, Ziff. 72: «Similarly, the Special Rapporteur is of the opinion that the de facto denial of access to pain relief, if it causes severe pain and suffering, constitutes cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.»

1355 Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak (*A/HRC/10/44*), 14 January 2009, Ziff. 73: «[...] the Special Rapporteur calls on the Human Rights Council to take up the question of drug policies in the light of international obligations in the area of human rights at one of its future sessions.» Siehe auch Francoise Girard, *Stop Torture in Health Care*, Open Society Foundations, 29. März 2011, sowie Amon/Lohman, *Denial*, S. 183. Vgl. auch Thematic study on the realization of the right to health of older persons by the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Anand Grover (*A/HRC/18/37*), 4 July 2011, Ziff.: «Despite this and the fact that oral morphine and other narcotic preparations are inexpensive and should not be difficult to obtain, the availability of such medications used in palliative care is often limited. That is due to a number of factors, such as restrictive drug regulations, failure to implement a properly functioning supply and distribution system, and inadequate health-care system capacity.»

1356 Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez (*A/HRC/22/53*), 1 February 2013, Ziff. 32: «The mandate has recognized that medical treatments of an intrusive and irreversible nature, when lacking a therapeutic purpose, may constitute torture or ill-treatment when enforced or administered without the free and informed consent of the person concerned».

Form von Folter und Misshandlung<sup>1357</sup>. Die medikamentöse Ruhigstellung von Menschen in Pflegeeinrichtungen stellt ebenfalls eine unmenschliche Behandlung dar<sup>1358</sup>. Aus dem Verbot der unmenschlichen Behandlung fliesst schliesslich eine Schutzpflicht, Palliativmedizin zur Verfügung zu halten<sup>1359</sup>.

Die Untersuchung zum Recht auf Leben hat gezeigt, dass die lebensverkürzende Symptombekämpfung bei entsprechender Einwilligung der betroffenen Person mit dem Recht auf Leben vereinbar ist<sup>1360</sup>. Aus dem Verbot der unmenschlichen Behandlung kann darüber hinaus ein Anspruch auf lebensverkürzende Symptombekämpfung abgeleitet werden<sup>1361</sup>. Dieser Anspruch besteht dann, wenn die lebensverkürzende Symptombekämpfung die einzige Möglichkeit zur Linderung starker Schmerzen oder nicht anderweitig behandelbarer Atemnot darstellt. Weil in diesen Fällen der Verzicht auf eine lebensverkürzende Symptombekämpfung eine unmenschliche Behandlung darstellen würde, fliesst aus dem Verbot derselben ein Anspruch auf die lebensverkürzende Symptombekämpfung.

## Ergebnisse 2. Teil

### I. Zusammenfassung

Die Untersuchung der Menschenrechte hat gezeigt, dass das Verbot der Altersdiskriminierung in der Lehre bisher vor allem im arbeitsrechtlichen Kontext beleuchtet worden ist<sup>1362</sup>. Noch weniger hat es die Rechtsprechung beschäftigt: Das Bundesgericht hat sich bis heute in 17 Fällen mit einer gerügten Altersdiskriminierung befasst und kein einziges Mal eine Diskriminierung von älteren Menschen bejaht<sup>1363</sup>. Auch der EGMR<sup>1364</sup> und der UNO-Menschenrechtsausschuss<sup>1365</sup> haben bis heute noch nie einen Verstoss gegen das Verbot der Altersdiskriminierung festgestellt. Eine Diskriminierung wegen des Alters wird vor diesen Instanzen nur selten gerügt, was wohl (auch) damit zu erklären ist, dass das

1357 Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez (*A/HRC/22/53*), 1 February 2013, Ziff. 63: «there can be no therapeutic justification for the use of solitary confinement and prolonged restraint of persons with disabilities in psychiatric institutions; both prolonged seclusion and restraint may constitute torture and ill-treatment».

1358 Human Rights Watch, «They Want Docile» – How Nursing Homes in the United States Overmedicate People with Dementia, USA 2018, S. 96 f.

1359 Kiener, Suizidhilfe, S. 287.

1360 § 3, III, 4. (Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung).

1361 Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak (*A/HRC/10/44*), 14 January 2009, Ziff. 72.

1362 § 5, I, 1 (Diskriminierungsschutz).

1363 § 5, I, 5 (Rechtsprechung des Bundesgerichts).

1364 § 5, I, 6 (Altersdiskriminierung in der Rechtsprechung des EGMR).

1365 § 5, I, 7.2 (UNO-Pakt II).

Alter in der EMRK und in den UNO-Pakten nicht explizit als verpöntes Anknüpfungsmerkmal für eine Diskriminierung genannt ist. Demgegenüber sehen die Behinderten-<sup>1366</sup> und die Frauenrechtskonvention<sup>1367</sup> einen expliziten Schutz von älteren Menschen mit Behinderung bzw. älteren Frauen vor.

Entscheidungen am Lebensende tangieren regelmässig das Recht auf Leben. Der Abbruch oder die Nichtaufnahme lebenserhaltender Massnahmen ist unter dem Blickwinkel des Rechts auf Leben dann unproblematisch, wenn die Entscheidung von der betroffenen Person gefällt wird und diese urteilsfähig ist<sup>1368</sup>. Eine gesetzliche Regelung, die den Abbruch lebenserhaltender Massnahmen gestützt auf den mutmasslichen Willen erlaubt, verstösst nicht gegen das Recht auf Leben<sup>1369</sup>. Die Symptombekämpfung mit Lebensverkürzung ist zulässig, sofern die Dosierung der Medikamente nicht über das hinausgeht, was der Symptombekämpfung dient<sup>1370</sup>. Vergleicht man die tatsächliche Häufigkeit dieser Praxis mit der kleinen Wahrscheinlichkeit einer Lebensverkürzung bei korrekter Dosierung, muss man vermuten, dass ÄrztInnen hier sehr häufig in einem strafrechtlich relevanten Bereich handeln<sup>1371</sup>. Weil es sich aus deren Perspektive nicht um Tötungen handelt, werden diese Fälle in der Regel als natürliche Todesfälle gemeldet und von den Strafverfolgungsbehörden nicht untersucht. Unter dem Blickwinkel des Rechts auf Leben wäre diese Praxis dann zu beanstanden, wenn die zum Tod führende Überdosierung ohne entsprechendes Verlangen der Betroffenen verabreicht wird. Denn das Recht auf Leben verlangt kein absolutes Verbot der Tötung auf Verlangen<sup>1372</sup>. Auch ein Verbot der Suizidhilfe verlangt das Recht auf Leben nicht, demgegenüber kann ein solches Verbot gemäss EGMR mit dem Schutz des Lebens gerechtfertigt werden<sup>1373</sup>. Staaten müssen unüberlegte Suizide nach Möglichkeit verhindern<sup>1374</sup> und bei der organisierten Suizidhilfe für eine unabhängige Beurteilung der Urteilsfähigkeit sorgen<sup>1375</sup>.

Aus dem Recht auf persönliche Freiheit fliesst das Recht, über die Art und den Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu bestimmen<sup>1376</sup>. Dieses Recht umfasst insbesondere die Ansprüche auf Ablehnung lebenserhaltender Massnahmen<sup>1377</sup> und auf Wahl der Sterbeortes<sup>1378</sup>. Das Recht auf persönliche Freiheit

1366 § 5, I, 7.3 (Behindertenrechtskonvention).

1367 § 5, I, 7.4 (Frauenrechtskonvention).

1368 § 6, III, 3 (Abbruch oder Nichtaufnahme auf Wunsch der betroffenen Person).

1369 § 6, III, 5 (Urteil des EGMR zum Behandlungsabbruch).

1370 § 6, IV, 4 (Zulässigkeit aus Sicht des Rechts auf Leben).

1371 § 6, IV, 4.2 (Unzulässigkeit bei zu hoher Dosierung).

1372 § 6, II, 1 (Muss der Staat die Tötung auf Verlangen verbieten?).

1373 § 6, V, 4 (Zulässigkeit des Verbots von Suizidhilfe).

1374 § 6, V, 2 (Schutzpflicht zur Verhinderung von Suiziden).

1375 § 6, V, 3 (Zulässigkeit der Suizidhilfe).

1376 § 7, I, 2 (Recht, über die Lebensbeendigung zu entscheiden).

1377 § 7, II (Behandlungsabbruch und Behandlungsverzicht).

1378 § 7, IV (Wahl des Sterbeortes).

verbietet es dem Staat, wohlüberlegte Suizide zu verhindern<sup>1379</sup>, beinhaltet aber keinen umfassenden Anspruch auf staatliche Suizidhilfe<sup>1380</sup>. Ein Anspruch auf Verschreibung einer tödlichen Substanz durch den Staat würde nur dann aufleben, wenn – wie in Deutschland – der Weg über die Verschreibung durch ÄrztInnen versperrt wäre<sup>1381</sup>. Aus dem Recht auf persönliche Freiheit fliesst auch ein Anspruch auf Zugang zu Suizidhilfeorganisationen<sup>1382</sup>. Zur Durchsetzung dieses Anspruchs dürfen Kantone öffentlich (mit)finanzierte Alters- und Pflegeheime dazu verpflichten, Suizidhilfe in ihren Räumlichkeiten zuzulassen<sup>1383</sup>.

Das Recht auf Hilfe in Notlagen wird vorwiegend im Kontext der Sozialhilfe thematisiert<sup>1384</sup>, beinhaltet aber auch einen Anspruch auf medizinische Versorgung. Dieser umfasst alle Leistungen der obligatorischen Krankenversicherung und auch (von der OKP nicht immer gedeckte, siehe § 14) Leistungen der Palliativmedizin<sup>1385</sup>.

Das Recht auf Gesundheit (Art. 12 UNO-Pakt I) enthält nebst einem programmatischen Teil auch justiziable Kernverpflichtungen<sup>1386</sup>. Zu diesen gehört die Pflicht zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Rechts auf Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, -gütern und -dienstleistungen, insbesondere für verletzte und marginalisierte Bevölkerungsgruppen. Der UNO-Sonderberichterstatter zum Recht auf Gesundheit empfiehlt zudem die Einführung von Beschwerdemechanismen zum Schutz von Menschen in Alters- und Pflegeheimen<sup>1387</sup>.

## II. Schlussfolgerungen

Aus den untersuchten Menschenrechten (§§ 5–10) lassen sich konkrete Anforderungen an den Umgang mit den im anschliessenden 3. Teil behandelten Problemkonstellationen (§§ 11–16) ableiten:

- Das Diskriminierungsverbot (§ 5) verlangt, dass Menschen in Alters- und Pflegeheimen der Zugang zu medizinischen Leistungen nicht erschwert werden darf. Weil in Alters- und Pflegeheimen in der Regel ältere Menschen wohnen, stellt der erschwerte Zugang dieser Gruppe zu medizinischen Leistungen (§ 13) eine indirekte Altersdiskriminierung dar.

1379 § 7, III, 2 (Anspruch auf Nichtverhinderung eines Suizids).

1380 § 7, III, 1 (Kein Anspruch auf Suizidhilfe).

1381 § 7, III, 3.4 (Würdigung der geltenden Regelung).

1382 § 7, III, 4 (Anspruch auf Zugang zu Suizidhilfeorganisationen).

1383 § 7, III, 5 (Verfassungsmässigkeit einer Pflicht zur Zugangsgewährung).

1384 § 8, II (Medizinische Notlagen).

1385 § 8, III (Anspruch auf medizinische Versorgung).

1386 § 9, II (Justiziabilität des Rechts auf Gesundheit).

1387 § 9, V (UNO-Sonderberichterstatter zum Recht auf Gesundheit).

- Das Recht auf Leben (§ 6) gebietet, dass Menschen festlegen können, ob in lebensbedrohlichen Situationen alles medizinisch Mögliche für die Lebenserhaltung oder nur bestimmte Behandlungen ergriffen werden sollen oder ob sie einen möglichst ruhigen und u.U. raschen Tod bevorzugen. Das Recht auf Leben ist verletzt, wenn im Unwissen über die Wünsche Behandlungen abgebrochen werden, die aus medizinischer Sicht nicht aussichtslos sind. Das Recht auf Leben wird auch dann verletzt, wenn ein Staat zulässt, dass die Urteilsfähigkeit bei der Suizidhilfe ausschliesslich durch Personen beurteilt wird, die dies im Auftrag einer Suizidhilfeorganisation regelmässig tun (§ 15).
- Aus dem Recht auf persönliche Freiheit (§ 7) fließt das Recht, über die Art und den Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu bestimmen. Dieses Recht wird verletzt, wenn trotz gegenteiliger Patientenwünsche lebenserhaltende Massnahmen aufgenommen oder weitergeführt werden (§ 12). Aus dem Recht auf persönliche Freiheit fließt sodann eine staatliche Pflicht zur Gewährleistung eines Systems, das die Dokumentation und Abrufbarkeit von Patientenwünschen sicherstellt (§ 11). Das Recht, über die Art und den Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu bestimmen, wird auch dann verletzt, wenn Menschen der Zugang zu Suizidhilfeorganisationen verunmöglicht wird. Problematisch sind insbesondere flächendeckende Zutrittsverbote für Suizidhilfeorganisationen zu Alters- und Pflegeheimen (§ 16).
- Das Recht auf Hilfe in Notlagen (§ 8) beinhaltet einen Anspruch auf Hilfe in medizinischen Notlagen und damit auch einen Anspruch auf Palliative Care (§ 14). Dieser Anspruch wird verletzt, wenn infolge fehlender Finanzierung kein Zugang zu Palliative Care gewährleistet ist.
- Das Recht auf Gesundheit (§ 9) umfasst nebst einem programmatischen Teil verschiedene Kernverpflichtungen und ist in diesem Rahmen auch justiziabel. Das Recht auf Gesundheit wird insbesondere dann verletzt, wenn beim Zugang zu Gesundheitseinrichtungen diskriminiert wird. Wenn Menschen in Alters- und Pflegeheimen daran gehindert werden, bei gesundheitlichen Problemen in ein Spital überzutreten (§ 13), ist somit nicht nur das Diskriminierungsverbot, sondern auch eine Kernverpflichtung des Rechts auf Gesundheit verletzt.
- Aus dem Verbot unmenschlicher Behandlung (§ 10, II) fließt ein Anspruch auf Symptombekämpfung, die auch eine Lebensverkürzung zur Folge haben kann. Dieser Anspruch besteht immer dann, wenn die (lebensverkürzende) Symptombekämpfung die einzige Möglichkeit zur Linderung starker Schmerzen oder nicht anderweitig behandelbarer Atemnot darstellt. Das Verbot unmenschlicher Behandlung wird auch dann verletzt, wenn medizinisch aussichtslose Behandlungen (§ 12) durchgeführt werden.