

Übersetzen im Gesundheitsbereich: Ansprüche und Kostentragung

Gutachten zuhanden des Bundesamts für Gesundheit, Direktionsbereich Gesundheitspolitik, Fachbereich Migration und Gesundheit

verfasst von

Alberto Achermann* und Jörg Künzli**

Bern, 30. Juni 2008

* Dr.iur., Rechtsanwalt und LL.M, Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg
** PD Dr.iur., Rechtsanwalt und LL.M, Assistenzprofessor an der Universität Bern

EXECUTIVE SUMMARY

Die Analyse des Verfassungsrechts und des die Schweiz bindenden Völkerrechts zeigt auf, dass der Staat verpflichtet ist, den Zugang zur Gesundheitsinfrastruktur diskriminierungsfrei auszugestalten und dass niemandem infolge mangelnder Sprachkenntnisse eine medizinisch indizierte Behandlung versagt werden darf. Daher muss der Staat sicherstellen, dass die Aufklärung im Vorfeld eines medizinischen Eingriffs in einer für den Patienten verständlichen Sprache erfolgt und dass die Einwilligung in den Eingriff auf der freien Willensentscheidung des aufgeklärten Patienten basiert. Verfassungs- und Völkerrecht, namentlich die neu die Schweiz bindende Biomedizinkonvention, verpflichten den Staat sicherzustellen, dass in den öffentlichen Spitälern nicht Sprachbarrieren die Aufklärung von Patienten und das Einholen ihrer Einwilligung zu medizinischen Eingriffen verunmöglichen. Diese Verpflichtung gilt bei fremdsprachigen Patienten unabhängig von Aufenthaltsrecht oder ausländerrechtlichem Status.

Die kantonale Gesetzgebung verpflichtet grundsätzlich die öffentlichen Spitäler, Patienten aufzunehmen und Behandlungen durchzuführen. Einzelne Kantone statuieren explizit ein Recht auf angemessene Behandlung. Ebenso regeln die Kantone ausführlich das Recht von Patientinnen und Patienten auf vollständige, angemessene und verständliche Aufklärung und die Verpflichtung der Gesundheitsfachpersonen, vor einem Eingriff aufgrund der hinreichenden Aufklärung die Einwilligung der zu Behandelnden einzuholen. Die kantonale Gesetzgebung enthält zwar keine Regelungen für den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers bei fremdsprachigen Patienten, eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich aber aus der Anforderung an die genügende Aufklärung selbst. Je schwerwiegender dabei der bevorstehende Eingriff ist, desto höhere Anforderungen sind an die Qualität der Übersetzung zu stellen. Bei folgenreichen Eingriffen oder im Fall, dass mehrere Behandlungsoptionen offen stehen, muss eine hochqualifizierte, gegebenenfalls interkulturelle Übersetzerin bzw. ein Übersetzer beigezogen werden, wenn die behandelnde Person nicht selbst Kenntnisse in der Sprache des Patienten hat. Aufgrund von professionellen Anforderungen, aber auch angesichts der Regelungen bezüglich des medizinischen Berufsgeheimnisses ist davon Abstand zu nehmen, Spitalpersonal ohne entsprechende Ausbildung und ohne geregelte Berufspflichten beizuziehen.

In Fällen notwendigen Beizugs von Dolmetscherdienstleistungen stellt sich die Frage nach der Kostentragung und Finanzierung. Da aufgrund der geltenden Rechtslage eine Übernahme von Dolmetscherkosten durch die Krankenpflegeversicherung nicht möglich und eine Revision dieser Regelung kurzfristig kaum zu erreichen ist, sind die Kosten heute entweder von der öffentlichen Hand, z.B. den Spitälern, oder den Patientinnen und Patienten zu tragen. Falls keine gesetzliche Regelung und kein Vertrag bestehen, hat bei Behandlung im Spital dieses die Kosten für eine notwendige Übersetzungsleistung zu übernehmen. Im Falle der Mittellosigkeit des Patienten sind die Kosten subsidiär von der Sozialhilfe zu tragen, bei Personen ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz gegebenenfalls als Nothilfeleistung.

Angesichts der unbefriedigenden Situation sind andere Optionen zu prüfen, wie eine genügende Übersetzungsinfrastruktur zur Verfügung gestellt werden kann, sei dies durch eine Mitfinanzierung von Vermittlungsstellen für interkulturelle DolmetscherInnen durch die öffentliche Hand, sei dies durch eine explizite Regelung der Übersetzungsfrage auf Ebene der Kantone, oder sei dies durch die Suche nach weiteren Finanzierungsmodellen. Auch auf Ebene der Fachorganisationen bestehen Möglichkeiten, zur Verbesserung der Situation beizutragen.

INHALTSVERZEICHNIS

I. AUFTRAG UND AUFBAU	6
A) Auftrag	6
B) Aufbau	6
II. ÜBERSETZUNG IM GESUNDHEITSBEREICH: RECHTE FREMDSPRACHIGER PATIENTEN UND VERPFLICHTUNGEN DES STAATES	7
A) Vorbemerkung: Das Rechtsverhältnis zwischen Patient und staatlichen Medizinalpersonen als Ausgangspunkt	7
B) Das Recht auf Aufklärung im Vorfeld medizinischer Interventionen: Völker- und verfassungsrechtliche Leitlinien	8
1. Die fehlende Existenz eines eigenständigen Grund- oder Menschenrechts auf Übersetzung ausserhalb standardisierter Verfahren	8
2. Die Herleitung eines Rechts auf verständliche Information und einer entsprechenden Verpflichtung des Staates aus Grund- und Menschenrechten	9
2.1. Das Recht auf Gesundheit: Völkerrechtliche Grundlagen	9
2.2. Das Recht auf Gesundheit: Verfassungsrechtliche Grundlagen	14
2.3. Die persönliche Freiheit und das Recht auf Privatleben	18
2.4. Spezifische Vorgaben aus der Biomedizinkonvention	19
2.5. Soft-law-Vorgaben	22
3. Hinweise aus bilateralen Sozialversicherungsabkommen	23
4. Hinweis: Europarechtliche Vorgaben	24
5. Fazit: Die Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts	26
C) Das Recht auf Aufklärung im Vorfeld medizinischer Interventionen: Vorgaben der Gesundheitsgesetzgebung	27
1. Behandlungs-, Informations- und Aufklärungspflichten gemäss der kantonalen Gesundheitsgesetzgebung	27
1.1. Behandlungs- resp. Aufnahmeverpflichtungen öffentlicher Spitäler	27
1.2. Aufklärungs- und Informationsverpflichtungen	30
2. Hinweise auf Informations- und Aufklärungspflichten in der neueren Gesundheitsgesetzgebung des Bundes	35
3. Fazit: Anwendbarer Standard im Bereich der Aufklärungspflichten und des Zustimmungserfordernisses	38
4. Bedeutung für den Anspruch auf interkulturelle Übersetzung im Umgang mit Fremdsprachigen	40

D)	Zur Form der Sicherstellung der Information in einer verständlichen Sprache	42
1.	Recht auf freiwilligen Beizug privater Dolmetscherinnen und Dolmetscher	42
2.	Sicherstellung der Aufklärung durch Familienangehörige, Spitalpersonal etc. mit entsprechenden Sprachkenntnissen?	42
3.	Sicherstellung der Aufklärung durch professionelle interkulturelle Übersetzung	47
4.	Sicherstellung der Information durch Medizinalpersonen mit spezifischen Sprachkenntnissen oder durch Aufklärungsformulare in den wichtigsten Migrantensprachen	48
E)	Besonderheiten bei anderen Verhältnissen zwischen Patient und Medizinalperson	50
1.	Privatrechtliches Behandlungsverhältnis	50
2.	Das Behandlungsverhältnis im besonderen Rechtsverhältnis	51
3.	Das Behandlungsverhältnis in Notfallsituationen	52
III.	KOSTENTRAGUNG UND FINANZIERUNG	53
A)	Vorbemerkung: Möglichkeiten zur Vermeidung einer Entstehung von Übersetzungskosten	53
B)	Kostentragung und Finanzierung von Dolmetscherdienstleistungen im Gesundheitsbereich	53
1.	Allgemeines	53
2.	Kostentragung durch die Sozialversicherungen?	53
2.1.	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG)	53
2.2.	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG)	60
2.3.	Invalidenversicherung (IV)	61
3.	Kostentragung durch den Patienten oder die Patientin oder den Leistungserbringer?	63
3.1.	Im Rahmen eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses	63
3.2.	Bei Behandlungen in öffentlichen Spitälern	64
3.3.	Fazit: Kostentragung durch den Patienten in öffentlichen Spitälern nur bei genügender rechtlicher Grundlage (Vertrag oder gesetzliche Basis)	66
4.	Subsidiäre Kostentragung durch den Staat bei Mittellosigkeit der Patientin oder des Patienten im Rahmen der Sozialhilfe oder der Nothilfe	66
4.1.	Subsidiäre Kostentragung durch die Sozialhilfe	66
4.2.	Subsidiäre Kostentragung durch die Nothilfe	67
IV.	FAZIT: MÖGLICHKEITEN DER FINANZIERUNG UND WEITERES VORGEHEN	68
A)	Grundsatz: Die Pflicht von Bund und Kantonen, Gesundheitsleistungen für Alle zugänglich zu gestalten	68
B)	Vorgehen auf Ebene Bund	68
1.	KVG-Revision	68
2.	Zulassungspolitik	69
3.	Allgemeine (Mit-)Finanzierung der regionalen Vermittlungsstellen?	69

C) Vorgehen auf Ebene Kanton	70
1. Gesundheitsgesetzgebung der Kantone	70
2. Berücksichtigung von „Good Practices“ auf Ebene Kanton	71
3. Finanzierung über kantonale (Spital-) Fonds?	72
4. Kantonale Sozialhilfegesetze	72
D) Auf Ebene der Fachorganisationen am Beispiel der FMH	73

I. AUFTRAG UND AUFBAU

A) AUFTRAG

Mit Vertrag vom 20. Dezember 2007 beauftragte das Bundesamt für Gesundheit (Direktionsbereich Gesundheitspolitik, Fachbereich Migration und Gesundheit) die Autoren dieses Gutachtens mit einer rechtlichen Studie zum Thema des Anspruchs auf interkulturelles Übersetzen im Gesundheitsbereich. Die Studie soll sich dabei primär auf die Kommunikation zwischen Medizinalpersonen und Patientinnen und Patienten in öffentlichen und privaten Spitälern und privaten Arztpraxen konzentrieren und andere Fragen wie die allgemeine Präventionspolitik, spezifische medizinische Präventionsmassnahmen, Umgang mit Medikamenten oder staatlich angeordnete Gesundheitsabklärungen, in welchen sich ebenfalls Übersetzungsprobleme ergeben können, ausklammern.

Das Gutachten soll bezüglich dieser Fragestellung eine *Analyse bestehender Rechtsnormen* vornehmen, gestützt auf welche sich allenfalls *Ansprüche auf interkulturelle Übersetzung* abstützen lassen, und es soll entsprechende Verpflichtungen des Staates untersuchen. Dabei sind sowohl das Verfassungsrecht des Bundes wie auch – umfassend – das öffentliche Recht der Kantone und schliesslich völkerrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen. Ebenfalls in die Überlegungen einzubeziehen sind das einschlägige Privatrecht und das Strafrecht. Gestützt auf diese Vorgaben sind allfällige Lücken der Gesetzgebung zu identifizieren.

Weiter ist die Frage der *Kostentragung für Übersetzungsdienstleistungen* im Gesundheitsbereich zu untersuchen. Dabei soll einerseits geklärt werden, ob sich aus bestehenden Rechtsnormen des Gesundheitsrechts (auf Bundes- und kantonaler Ebene sowie aus völkerrechtlichen Vorgaben) Hinweise auf die Übernahme der für Übersetzung/Vermittlung notwendigen Kosten ergeben, und andererseits spezifisch überprüft werden, ob sich der Gesetzgebung im Bereich der Krankenversicherungen Antworten auf diese Frage entnehmen lassen. Zudem sind – soweit sich juristische Fragestellungen ergeben – mögliche Modelle zur rechtlichen Verankerung genügender interkultureller Übersetzung mit einem angemessenen Finanzierungsmodell, wie sie von einer Expertengruppe unter Leitung von Dr. Peter Saladin im Rahmen des Projekts Migrant Friendly Hospitals erarbeitet wurden, unter rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.

B) AUFBAU

Die vorliegende Studie ist in drei Hauptabschnitte gegliedert. Ein erster Teil (Ziff. II) beantwortet die Frage nach dem Bestehen eines Rechts auf interkulturelles Übersetzen im Gesundheitsbereich und nach den entsprechenden Verpflichtungen des Staates. Als Ausgangspunkt wird diese Fragestellung für das öffentlich-rechtliche Behandlungsverhältnis eruiert. Zu diesem Zweck werden als erstes die völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie ausführlich die kantonal-rechtlichen Grundlagen zu Aufklärungs- und Informationspflichten gegenüber fremdsprachigen Migrantinnen und Migranten im Vorfeld einer medizinischen Intervention in einem weit verstandenen

Sinn untersucht, bevor in einem nächsten Schritt geprüft wird, ob bestehende Rechtsnormen Hinweise darauf geben, wie diese Pflichten gegenüber der einer Amtsprache nicht mächtigen Personen konkret umgesetzt werden sollen. Die Resultate dieser Untersuchung sind schliesslich für weitere medizinische Behandlungsverhältnisse (insbesondere für die private Arztpraxis) zu analysieren, bevor auf die Frage eines allfälligen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs in diesem Bereich eingegangen wird.

Der zweite Hauptteil (Ziff. III.) dieser Studie beschäftigt sich mit der Problematik der Kostentragung für interkulturelles Übersetzen im Gesundheitsbereich. Nach der Darstellung der rechtlich zulässigen Möglichkeiten zur Vermeidung derartiger Kosten wird im Einzelnen untersucht, ob die Sozialversicherung, der Leistungserbringer, die Patientin oder der Patient oder subsidiär der Staat im Rahmen der Sozialhilfe resp. der Nothilfe zur Tragung der Übersetzungskosten verpflichtet werden kann.

Abgeschlossen wird dieses Gutachten unter Ziff. IV schliesslich mit Schlussfolgerungen und Vorschlägen zum weiteren Vorgehen unter Berücksichtigung möglicher Modelle.

II. ÜBERSETZUNG IM GESUNDHEITSBEREICH: RECHTE FREMDSPRACHIGER PATIENTEN UND VERPFLICHTUNGEN DES STAATES

A) VORBEMERKUNG: DAS RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN PATIENT UND STAATLICHEN MEDIZINALPERSONEN ALS AUSGANGSPUNKT

In Bezug auf die Frage, in welchen Situationen es im Gesundheitsbereich interkulturellen Übersetzens bedarf, konzentriert sich die spärlich vorhandene Literatur¹ in erster Linie auf den chirurgischen Eingriff, die ärztliche Aufklärungspflicht und die zum Eingriff notwendige Zustimmung des Patienten.

Die Frage nach einem allfälligen Anspruch der einer Amtsprache nicht mächtigen Personen auf Übersetzung im Gesundheitsbereich ist indes aus juristischer Sicht weit aus vielfältiger und damit von grösserer Komplexität. So sind zum Zweck der rechtlichen Analyse die verschiedensten Konstellationen mit diversen Sonderfällen zu berücksichtigen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit und im Sinne einer groben Einteilung lassen sich etwa folgende Bereiche nennen, in welchen Übersetzung eine Rolle spielen kann: Präventionskampagnen, medizinische Präventionsmassnahmen, Prophylaxe, Anamnese und Diagnose, Eingriff bzw. Operation, Medikamentenabgabe, (Psycho-) Therapie, Sonderfall der Therapie von Folteropfern, Logopädie, medizinische Zwangsmassnahmen, Zwangsmedikation im Rahmen eines fürsorgerischen Freiheitsentzuges, staatlich oder von Privaten angeordnete Gesundheitsabklärungen (IV-Abklärung, gerichtlich angeordnete Begutachtungen usw. respektive vom Arbeitgeber

¹ Für die Schweiz vgl. vor allem die Studie von Ariane Ayer/Muriel Gilbert, *Droit du patient migrant: quelles sont les bases légales de la consultation médicale en présence d'un interprète*, Projet financé par la Commission fédérale des étrangers, Fribourg/Lausanne 2004.

verlangte Abklärung), Pflege oder Rehabilitation (insbesondere bei Hirnverletzungen).

Folgende Parameter – neben anderen² – müssen bei der rechtlichen Untersuchung der jeweiligen Leistung des Gesundheitsbereichs berücksichtigt werden: Handelt es sich um eine Notfallaufnahme (bei Krankheit oder Unfall)? Ist die jeweilige Massnahme vom Staat angeordnet oder „freiwillig“, d.h. vom Patienten gewünscht? Handelt es sich um eine staatliche, halbstaatliche oder private Institution, welche die Leistung anbietet? Handelt es sich um eine ambulante oder stationäre Behandlung? Befindet sich der Patient in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat, wie Haft oder Aufenthalt in einer Asyl-Empfangsstelle? Ist die freie Arztwahl eingeschränkt? Zu berücksichtigen sind ferner auch im Kontext der Migration allfällige *spezifische Bedürfnisse von Frauen* und generell Fragen rund um die Mutterschaft.

Vorliegendes Gutachten wird als Ausgangspunkt die Fragen inhaltlich beschränkt für das öffentlich-rechtliche Behandlungsverhältnis, d.h. konkret für das Verhältnis zwischen Patient und öffentlichem Spital, klären, bevor auf allfällige Abweichungen in rechtlich anders strukturierten Behandlungsverhältnissen eingegangen wird³. Zwei Gründe legen dieses Vorgehen nahe:

- Allfällig bestehende völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben zur hier relevanten Fragestellung begründen direkt einzig eine Verpflichtung des Staates oder konkreter seiner Organe. Zu diesen zählen zweifellos auch Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen öffentlicher Spitäler. Daher begründet, wie auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgehalten hat, das Verhalten des Personals öffentlicher Spitäler direkt eine Verantwortlichkeit des Staates⁴.
- Zudem akzentuiert sich die diesem Gutachten zugrundeliegende Fragestellung im öffentlichen-rechtlichen Gesundheitsverhältnis infolge der teilweisen Verankerung einer Behandlungspflicht weit stärker als in privatrechtlichen Verhältnissen⁵.

B) DAS RECHT AUF AUFKLÄRUNG IM VORFELD MEDIZINISCHER INTERVENTIONEN: VÖLKER- UND VERFASSUNGSRECHTLICHE LEITLINIEN

1. *Die fehlende Existenz eines eigenständigen Grund- oder Menschenrechts auf Übersetzung ausserhalb standardisierter Verfahren*

Völkerrechtlich verankerte Menschenrechte und insbesondere die Verfassung der mehrsprachigen Schweiz enthalten eine Vielzahl von Bestimmungen, die sich mit Sprachenfragen befassen⁶. Ihre Bedeutung für neue, d.h. migrationsbedingte Sprachminderheiten ist aber dadurch begrenzt, dass die zentrale Garantie der Sprachenfrei-

² So etwa die Frage, ob eine Massnahme medizinisch indiziert ist oder nur bspw. kosmetische Bedeutung hat.

³ Siehe dazu hinten Teil II, E.

⁴ Glass v. United Kingdom, 61827/00 (2004), Ziff. 71.

⁵ Siehe dazu hinten Teil II, C 1.1.

⁶ Zur schweizerischen Sprachenverfassung siehe etwa die Übersicht in Alberto Achermann/Jörg Künzli, Ein Recht auf Übersetzung? in Dahinden/ Bischoff (Hrsg.), Dolmetschen, Vermitteln, Schlichten – Integration der Diversität, erscheint 2008, Ziff. 2.

heit von Art. 18 BV keinen Anspruch verankert, sich in einer anderen als der territorial geltenden Amtssprache und damit in seiner Muttersprache an die Behörden und insbesondere an staatliche Gesundheitsbehörden zu wenden. Einzig Garantien der Verfassung, welche ein Recht auf ein faires Gerichts- oder Verwaltungsverfahren statuieren, und die sie konkretisierenden Bestimmungen des Gesetzesrechts anerkennen explizit – aber nur innerhalb gewisser formalisierter Rechtsverfahren – ein Recht auf Übersetzung resp. auf Beizug eines (unentgeltlichen) Dolmetschers oder einer Dolmetscherin⁷. Ausserhalb von Verfahren, die mit einer verbindlichen behördlichen Entscheidung abgeschlossen werden, fehlt im geltenden Recht aber ein solcher direkter Anspruch auf Übersetzungsleistungen des Staates. Dieser Schluss gilt auch für Bereiche, in welchen das Verhältnis zwischen einer Privatperson und staatlichen Stellen persönlichkeitsnahe Bereiche wie Arbeit, Wohnen, Sozialhilfe oder Gesundheit betrifft. Als besonders problematisch erweist sich ein fehlender klarer Anspruch auf Übersetzung im Gesundheitsbereich, in welchem ein dringendes Bedürfnis nicht nur nach blosser Übersetzung, sondern in einem weiteren Sinn nach interkulturellem Übersetzen anerkannt ist. Aus diesen Bedürfnissen wird teilweise direkt auf ein abstraktes Recht auf Übersetzung geschlossen. U.E. ist für die Beantwortung der Frage, wie die Rechtsordnung garantieren kann, dass auch Fremdsprachigen das Recht auf Gesundheit ohne Benachteiligung zuteil wird, das gewählte Vorgehen nicht nur rechtsdogmatisch korrekter, sondern auch den realen Bedürfnissen angemessener.

2. *Die Herleitung eines Rechts auf verständliche Information und einer entsprechenden Verpflichtung des Staates aus Grund- und Menschenrechten*

2.1. *Das Recht auf Gesundheit: Völkerrechtliche Grundlagen*

Ausgangspunkt zur Klärung der Gutachtensfrage ist Bestehen und Umfang eines Rechts auf Gesundheit. Dieses ist, wie anschliessend aufgezeigt werden soll, völkerrechtlich solide verankert. Auf verfassungsrechtlicher Ebene (Ziff. 2.2) hingegen ist die Normativität dieses Anspruchs aus verschiedenen Gründen wenig gesichert und umstritten.

Die zentrale völkerrechtliche Bestimmung zum Recht auf Gesundheit findet sich in Art. 12 *UNO-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (Pakt I).⁸ Art. 12 Abs. 1 Pakt I hält fest:

„Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit an“.

Diese Norm verankert nicht – wie häufig missverstanden wird – ein Recht, gesund zu sein. Vielmehr ist sie nach der Praxis des Überwachungsorgans des Pakts I, des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, vollständig erfüllt, wenn

- die Verfügbarkeit qualitativ und quantitativ genügender öffentlicher Gesundheitseinrichtungen und

⁷ Dazu detailliert Acher mann/Künzli (Anm. 6), Ziff. 3.

⁸ SR 0.103.1.

- der diskriminierungsfreie Zugang zu solchen Gesundheitsdiensten und gesundheitsrelevanter Information für alle Menschen und insbesondere auch für benachteiligte Menschen auf dem gesamten Staatsgebiet gewährleistet ist⁹.

Diskriminierungsfrei zugänglich kann eine qualitativ genügende Gesundheitsinfrastruktur bezogen auf die hier relevante Thematik nur sein, wenn gewährleistet wird, dass Sprachbarrieren die Benutzung dieser Infrastruktur nicht behindern oder gar verunmöglichen. Da, wie hinten illustriert wird¹⁰, eine medizinische Intervention gleich welcher Art nur basierend auf dem Einverständnis der betroffenen Person rechtlich zulässig erscheint, kann dieses Menschenrecht nur vollständig realisiert werden, wenn sichergestellt wird, dass auch einer Amtssprache nicht mächtige Migrantinnen und Migranten im Vorfeld eines medizinischen Eingriffs in einer für sie verständlichen Sprache informiert wurden.

Aus diesen Ausführungen darf jedoch keinesfalls geschlossen werden, diese Garantie verpflichte die Schweiz etwa automatisch, für unentgeltliche Dolmetscherdienste in allen Spitälern oder anderen Gesundheitseinrichtungen zu sorgen. Die Verpflichtungsstruktur dieser Garantie präsentiert sich nämlich komplexer: Wie alle anderen Menschenrechte hält das Recht auf Gesundheit *die Staaten zu einem dreifachen Verhalten* an:

- So haben sie im Sinne einer *Unterlassungspflicht* das Recht auf Gesundheit zu respektieren. Dies bedeutet in unserem Zusammenhang etwa, dass Staaten den Beizug von privaten Dolmetschern durch einen Patienten zu respektieren haben, an keinem staatlichen Spital medizinische Eingriffe ohne vorherigen Konsens der betroffenen Person vornehmen dürfen oder es ihnen untersagt ist, die Zugänglichkeit von Gesundheitseinrichtungen für fremdsprachige Personen oder für Menschen mit einem bestimmten ausländerrechtlichen Aufenthaltsstatus zu erschweren¹¹.
- Im Sinne einer *Schutzpflicht* müssen sie dafür besorgt sein, mit gesetzlichen oder anderen Massnahmen gegen Beeinträchtigungen des Rechts auf Gesundheit durch Private vorzugehen. Eine menschenrechtskonforme Gesundheitsgesetzgebung hat daher etwa dafür zu sorgen, dass Sprachbarrieren den Zugang zu Privatspitälern nicht erschweren und dass auch in solchen Einrichtungen die Information von Patientinnen und Patienten in einer für sie verständlichen Sprache gewährleistet wird¹².
- Schliesslich hält diese Bestimmung Vertragsstaaten im Sinne einer eigentlichen *Leistungspflicht* an, dass sie die rechtlichen, institutionellen und faktischen Voraussetzungen schaffen, damit das Recht auf Gesundheit von allen Menschen im

⁹ Art. 12 Abs. 2 lit. d Pakt I hält die Vertragsstaaten explizit dazu an, die Voraussetzungen zu schaffen, „die für jedermann im Krankheitsfall den Genuss medizinischer Einrichtungen und ärztlicher Betreuung sicherstellen“. Siehe dazu auch Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 14 (2000), Ziff. 12.

¹⁰ Siehe insb. hinten Ziff. 2.4. und lit. C Ziff. 1.2.

¹¹ So explizit Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 14 (2000), Ziff. 34.

¹² Siehe dazu hinten lit. E Ziff. 1.

oben umschriebenen Umfang vollständig realisiert wird. Eine menschenrechtskonforme Gesundheitspolitik hat daher etwa das Ziel zu verfolgen, mittels Einrichtung von Dolmetscherdiensten oder von Netzwerken von Medizinalpersonal mit besonderen Sprachkenntnissen oder auf andere Weise die integrale Zugänglichkeit zu allen staatlichen Gesundheitseinrichtungen auch für Personen mit fehlenden Kenntnissen der Amts- oder Landessprache unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus zu gewährleisten.

Im Rahmen all dieser Verpflichtungsebenen haben Staaten das *Diskriminierungsverbot* zu beachten, d.h. darauf bedacht zu sein, dass fremdsprachige Migrantinnen und Migranten auch durch an sich neutral formulierte Regelungen oder durch fehlende spezifische Regelungen¹³ nicht aufgrund des verpönten Unterscheidungsmerkmals der Sprache aus sachlich nicht nachvollziehbarem Grund besonders benachteiligt werden. Vielmehr verlangt eine diskriminierungsfreie Umsetzung des Rechts auf Gesundheit, dass für benachteiligte Gruppen – wie etwa fremdsprachige Migrantinnen und Migranten – aktiv besondere Massnahmen, wie beispielsweise die Etablierung von Dolmetscherdiensten, getroffen werden, damit sie an den Leistungen der Gesundheitsinfrastruktur gleichberechtigt teilhaben können¹⁴.

Während Unterlassungspflichten unmittelbar zu erfüllende Verpflichtungen für den Staat und damit korrespondierend subjektive und einklagbare Rechte von Privatpersonen begründen, gilt dies nur bedingt für die Schutz- und Gewährleistungspflichten, die, wie exemplarisch im Gesundheitsbereich, oft den Einsatz erheblicher Ressourcen bedingen. Hier unterliegen die Staaten grundsätzlich vielmehr einer progressiven Implementierungspflicht, d.h. einer Verhaltens- und keiner direkten Ergebnispflicht. Konkret bedeutet dies, dass die Vertragsstaaten des Pakts I unmittelbar nach Ratifizierung dieses Abkommens unter prioritärem Einsatz ihrer Mittel und unter Benutzung aller geeigneten Massnahmen auf die volle Verwirklichung des Rechts auf Gesundheit hinarbeiten haben¹⁵. Die Schweiz untersteht folglich im hier relevanten Bereich einer Verpflichtung, unter prioritärem Einsatz ihrer Ressourcen in ihrer Gesundheitsgesetzgebung und -politik darauf hinarbeiten, dass auch fremdsprachige Migrantinnen und Migranten möglichst bald in den vollen Genuss des Rechts auf Gesundheit kommen. Diese Verpflichtungsschichten können aber von Personen, die eine ungenügende Zugänglichkeit zur Gesundheitsinfrastruktur geltend machen, nicht gestützt auf ein subjektives Recht eingeklagt werden. Dies heisst, dass sich, gestützt auf diese Bestimmung, die Einrichtung eines Dolmetscherdienstes bei staatlicher Inaktivität auf gerichtlichem Weg nicht erzwingen lässt. Vielmehr richtet sich diese Verpflichtung

¹³ Falls eine rechtliche Norm Unterscheidungen trifft, welche zwar nicht an einem verpönten Unterscheidungsmerkmal, wie etwa Rasse, Religion, Geschlecht oder Sprache, anknüpfen, aber in ihrer Anwendung ausschliesslich oder klar überwiegend Menschen mit solchen Merkmalen treffen, handelt es sich um eine menschenrechtlich ebenfalls verpönte sog. indirekte Diskriminierung. Dies gilt auch, falls das Gesetz Differenzierungen unterlässt, wo tatsächliche faktische Unterschiede bestehen. Siehe dazu etwa Walter Kälin/Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., Basel/Baden-Baden, 2008, S. 401f.

¹⁴ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 14, Ziff. 18ff. Solche Massnahmen, die eine bestimmte Gruppe mit dem Ziel einer De-facto-Gleichstellung privilegieren, stellen ihrerseits keine Diskriminierung, sondern eine legitime Ungleichbehandlung dar, solange sie verhältnismässig ausgestaltet sind.

¹⁵ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 3 (1990).

an Gesetzgeber und Exekutive und lässt ihnen einen weiten Ermessensspielraum, auf welche Art und Weise sie die Zugänglichkeit zu Gesundheitsdienstleistungen für alle sicherstellen wollen.

Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ist jedoch der Ansicht, dass das Recht auf Gesundheit, wie die übrigen Paktrechte, einen harten Kern, den sog. *minimal core content*, enthält, dessen Nichterfüllung die eigentliche Substanz dieser Rechte aushöhlen und ihres Sinnes berauben würde. Folglich hat dieses Organ festgehalten, dass Vertragsstaaten einer Minimalverpflichtung unterstehen, unmittelbar die Verwirklichung eines Kernbereichs des Rechts auf Gesundheit zu erfüllen, und sie ansonsten diese Garantie verletzen¹⁶.

Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zählt zu diesen Kerngehalten etwa „the right to access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable and marginalized groups“. Folglich untersteht die Schweiz zumindest einer unmittelbaren Pflicht, mittels geeigneter Massnahmen – wie etwa der Einrichtung von Übersetzungsdiensten – die diskriminierungsfreie Zugänglichkeit zu bestehender medizinischer Grundversorgung sicherzustellen. Über diesen Bereich hinaus wirkt die Definition dieses Kernbereichs durch den Ausschuss bis heute seltsam unbestimmt.

Neben dem Pakt I finden sich in weiteren menschenrechtlichen Abkommen, welche die Schweiz ratifiziert hat, Verankerungen des Rechts auf Gesundheit. So bestimmt Art. 24 der *Konvention über die Rechte des Kindes* (KRK)¹⁷:

„(1) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit an sowie auf Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit. Die Vertragsstaaten bemühen sich sicherzustellen, dass keinem Kind das Recht auf Zugang zu derartigen Gesundheitsdiensten vorenthalten wird.

(2) Die Vertragsstaaten bemühen sich, die volle Verwirklichung dieses Rechts sicherzustellen, und treffen insbesondere geeignete Massnahmen, um (...)

b) sicherzustellen, dass alle Kinder die notwendige ärztliche Hilfe und Gesundheitsfürsorge erhalten, wobei besonderer Nachdruck auf den Ausbau der gesundheitlichen Grundversorgung gelegt wird; (...).“

Der Wortlaut dieser Bestimmungen orientiert sich offensichtlich an demjenigen von Art. 12 Pakt I. Die Aussagen zu Inhalt, Verpflichtungsschichten und Verpflichtungsarten gelten daher hier analog. Allerdings sind für die vorliegende Fragestellung doch auch relevante Unterschiede zwischen den beiden Garantien auszumachen. So stipuliert Art. 24 KRK bereits in seinem einleitenden Absatz ein explizites Recht des Kindes, d.h. aller Personen unter 18 Jahren, auf Inanspruchnahme von (vorhandener) Gesundheitsinfrastruktur. Dieser Gedanke wird im folgenden Satz durch die Statuierung einer korrespondierenden Leistungspflicht aufgenommen, welche die Staaten anhält, mittels gesetzlicher und anderer Massnahmen sicherzustellen, dass alle Kinder Zu-

¹⁶ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 3, Ziff. 10 und spezifisch für das Recht auf Gesundheit, General Comment 14, Ziff. 43. Eine Verletzung kann einzig dann abgewendet werden, falls ein betroffener Staat nachweisen kann, dass sich trotz prioritärem Einsatz aller vorhandenen Ressourcen selbst eine medizinische Grundversorgung nicht gewährleisten werden kann. Ein solcher Nachweis dürfte für Industriestaaten nicht zu erbringen sein.

¹⁷ SR 0.107.

gang zu solcher Infrastruktur haben. Für Personen unter 18 Jahren wird damit wohl ein subjektives Recht auf Zugang zu bestehender Gesundheitsinfrastruktur geschaffen. Dieses Recht kann indes nur gewährleistet werden, wenn der Staat dafür sorgt, dass Einrichtungen wie Kinderspitäler oder der Kinder- und Jugendpsychiatrie über Dolmetscherdienste verfügen. Diese stärkere Betonung des Elements der Zugänglichkeit in der KRK rechtfertigt sich nicht nur unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Kinder an sich und fremdsprachige Kinder von Migranten und Migrantinnen gar in doppelter Hinsicht zu einer verletzlichen Personenkategorie gehören und dass folglich der Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Gesundheitseinrichtungen für sie zentral ist. Vielmehr stellen sich insbesondere bei der medizinischen Behandlung fremdsprachiger Kleinkinder auch Übersetzungsprobleme auf verschiedenen Schichten, die besondere qualitative Anforderungen an einen genügenden Dolmetscherdienst stellen. Über diese Ausführungen hinaus bleibt jedoch vieles zum materiellem Inhalt des Art. 24 KRK und den aus dieser Bestimmung fließenden spezifischen Verpflichtungen unklar, hat doch das Überwachungsorgan dieses Abkommens, der Ausschuss für die Rechte der Kinder, diese Bestimmung bisher nicht mittels eines sog. General Comments spezifiziert und auch in seiner Berichtsprüfungspraxis kaum Aussagen zu dieser Thematik gemacht.

Einen anderen Aspekt des Rechts auf Gesundheit hält Art. 5 des *Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (RDK)*¹⁸ fest:

„Im Einklang mit den in Artikel 2 niedergelegten grundsätzlichen Verpflichtungen werden die Vertragsstaaten die Rassendiskriminierung in jeder Form verbieten und beseitigen und das Recht jedes einzelnen, ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums, auf Gleichheit vor dem Gesetz gewährleisten; dies gilt insbesondere für folgende Rechte: (...) e) (...) iv) das Recht auf öffentliche Gesundheitsfürsorge, ärztliche Betreuung, soziale Sicherheit und soziale Dienstleistungen, (...)“.

Diese Garantie verstärkt damit den bereits in Art. 12 Pakt I und Art. 24 KRK niedergelegten Grundsatz, wonach der Zugang zu Gesundheitsinfrastruktur diskriminierungsfrei zu gewährleisten ist, indem er jeder auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung etc.¹⁹ beruhenden Unterscheidung auch in dieser Hinsicht einen Riegel vorschreibt. Unterscheidungen zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen bleiben indes möglich, soweit solche Unterscheidungen legitime Zwecke verfolgen. Hingegen bleiben Differenzierungen zwischen verschiedenen Migrantengruppen oder Asylsuchenden allein wegen solcher Merkmale untersagt.

Schliesslich verankert auch die Konvention *zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW)*²⁰ in Art. 12 Aspekte eines Rechts auf Gesundheit. Er hält die Staaten an, Frauen gleichen Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen wie Männern zu gewähren, und zusätzlich „für angemessene und erforderlichenfalls unentgeltliche Betreuung der Frau während der Schwangerschaft sowie während und nach der Ent-

¹⁸ SR 0.104.

¹⁹ Art. 1 RDK.

²⁰ SR 0.108.

bindung“ zu sorgen. Diese Bestimmung, welche auch die Schweiz²¹ bindet, ist für vorliegende Fragestellung von einiger Relevanz. In einem Beschwerdeentscheid kam nämlich der Ausschuss für Frauenrechte zum Befund, Ungarn habe wegen ungenügender Information einer Patientin im Vorfeld eines gynäkologischen Eingriffs und damit wegen eines Eingriffs in die körperliche Integrität ohne Vorliegen eines informed consent gegen diese Bestimmung verstossen²². Deshalb sei der beklagte Staat zur Leistung von Wiedergutmachungsleistungen verpflichtet. Mit anderen Worten begründet diese Bestimmung laut dem Ausschuss ein subjektives und einklagbares Recht auf angemessene und verständliche Informationen im Vorfeld jeder medizinischen Intervention.

Endlich finden sich weitere Aspekte eines Rechts auf Gesundheit und Ansatzpunkte zu staatlichen Verpflichtungen im Übersetzungsbereich auch in zwei Verträgen, die der Schweiz an sich offen stehen würden, deren Ratifizierung sie aber in kurz- und mittelfristiger Perspektive ablehnt²³.

2.2. *Das Recht auf Gesundheit: Verfassungsrechtliche Grundlagen*

Wie werden diese völkerrechtlichen Vorgaben aus dem Recht auf Gesundheit durch die Schweiz umgesetzt? Diese Frage präsentiert sich aus verschiedenen Gründen komplex:

- Das Bundesgericht hält in konstanter Rechtsprechung gestützt auf die Botschaft des Bundesrats fest, die Garantien von Pakt I und mithin auch das Recht auf Gesundheit richteten sich nicht an Einzelpersonen, sondern primär an den Gesetzgeber. Es ist davon auszugehen, dass diese Schlussfolgerungen auch für das Recht auf Gesundheit gemäss Art. 24 KRK gelten. Folglich begründen nach dieser Ansicht des Gerichts – die von der herrschenden juristischen Doktrin nahezu unisono kritisiert²⁴ und auch explizit vom Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gegenüber der Schweiz als unzutreffend gerügt wurde²⁵ – die Garan-

²¹ Die eidgenössischen Räte genehmigten in der Frühjahrsession den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll zum CEDAW, mit welchem die Anerkennung der Individualbeschwerdemöglichkeit anerkannt wird. Der Bundesrat wird dieses Protokoll nach Ablauf der Referendumsfrist ratifizieren. Damit werden sich Frauen mit einer Beschwerde wegen der Verletzung dieses Abkommens an den Ausschuss für Frauenrechte wenden können

²² Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau, *Andrea Szijjarto v. Hungary*, Communication No. 4/2004, Ziff. 11.3.

²³ Die *revidierte Europäische Sozialcharta* aus dem Jahr 1996 (ESC) hält in Teil I Ziff. 11 den Grundsatz fest, wonach: „Everyone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable“. Ohne im Rahme dieser Studie auf die Praxis des Europäischen Ausschusses für Sozialrechte eingehen zu können, erscheint doch klar, dass zu diesen Massnahmen auch die Inanspruchnahme von Übersetzungsdiensten gehört. Spezifisch an Migranten und Migrantinnen richtet sich demgegenüber die *Konvention über die Rechte der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien* aus dem Jahr 1990. Auch für die Frage von Übersetzungsleistungen im Gesundheitsbereich relevante Aspekte werden in folgenden Bestimmungen angesprochen: Art. 28 verankert einen Anspruch aller Migranten auf gleiche medizinische Notfallbetreuung wie Staatsangehörige, während gemäss Art. 43 i.V.m. Art. 45 sich legal in einem Staat aufhaltende Wanderarbeitnehmer und ihre Familien ein Recht auf gleichen Zugang zu medizinischer Infrastruktur wie Staatangehörige besitzen.

²⁴ Siehe dazu etwa die Übersicht in Jörg Künzli/Walter Kälin, *Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht*, in Kälin/Malinverni/Nowak, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte*, 2. Aufl., Basel/Bruxelles 1997, S. 105ff.

²⁵ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, *Concluding Observations Switzerland*

tien dieses Vertrages und die Sozialrechte der KRK in der Schweiz keine subjektiven, einklagbaren Rechte²⁶. Dies gilt auch für jene Bereiche des Rechts auf Gesundheit, die unmittelbar verpflichtend sind und daher gemäss dem Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte am effizientesten durch die Zurverfügungstellung gerichtlichen Rechtsschutzes umgesetzt werden können²⁷. Da im Unterschied etwa zum Pakt II und der EMRK der Pakt I keine Möglichkeit vorsieht, gegen höchstgerichtliche nationale Entscheide mittels einer Individualbeschwerde an ein internationales Gericht oder einen gerichtsähnlichen Spruchkörper zu gelangen, kann gegen diese Praxis nicht vorgegangen werden. Immerhin scheint das Bundesgericht in seiner neuen Praxis²⁸ insofern eine Änderung vorgenommen zu haben, als es neu bereit ist, den Gehalt der Paktrechte im Rahmen der Auslegung des einschlägigen Verfassungsrechts mit zu berücksichtigen. In einem gewissen Kontrast zu dieser Gerichtspraxis stehen deshalb Äusserungen in gewissen Staatenberichten der Schweiz an die verschiedenen Menschenrechtsausschüsse, wonach in der Schweiz „das Recht auf die bestmögliche körperliche und geistige Gesundheit in der Bundesverfassung und in Art. 12 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte garantiert“ werde²⁹. Im Rahmen ihrer Berichterstattung an den Ausschuss für wirtschaftliche soziale und kulturelle Rechte hat die Schweiz im Jahr 2008 die Problematik des Zugangs fremdsprachiger Migranten und Migrantinnen zur Gesundheitsinfrastruktur aber erstmals spezifisch thematisiert. Zwar nicht unter ausdrücklicher Anerkennung einer Rechtspflicht führt der Bundesrat gegenüber dem Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zu Art. 12 Pakt I Folgendes an:

„Personen mit Migrationshintergrund gehören überproportional häufig sozial benachteiligten Schichten an, sind erhöhten Gesundheitsrisiken ausgesetzt und haben ein schlechteres Gesundheitsverhalten als die Schweizerische Bevölkerung. Um dieser Tatsache entgegenzuwirken hat der Bund 2002 eine nationale Strategie „Migration und Gesundheit“ lanciert, welche Massnahmen in folgenden Bereichen umsetzt:

- Gezielte Aus-, Fort- und Weiterbildung von Dolmetschern und Fachpersonen des Gesundheitswesens;
 - Information, Prävention und Gesundheitsförderung von Migrantinnen und Migranten;
 - Gesundheitsversorgung: z.B. „Migrant-Friendly Hospital“; (...)“³⁰.
- Die Praxis des Bundesgerichts ist von umso grösserer Brisanz, als die Schweizer Bundesverfassung in ihrem Grundrechtskatalog kein Recht auf Gesundheit enthält, sondern diese Materie unter der Überschrift ‚Sozialziele‘ vollständig einzig in Art. 41 Abs. 1 BV regelt. Gemäss dieser Bestimmung setzen sich „Bund und Kantone (...) in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative

(1998).

²⁶ Siehe dazu die Ausführungen der Schweiz im Zweiten und Dritten Bericht an den Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom April 2008, Ziff. 35ff.

²⁷ Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment 3 (1990).

²⁸ BGE 130 I 113. Siehe dazu Walter Kälin, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2004 und 2005, ZbJV 2005, S. 685, und die Besprechung des Entscheides durch Yvo Hangartner, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2004, S. 1250ff.

²⁹ Bericht der Schweiz an den Ausschuss für die Rechte des Kindes vom 1. November 2000, Ziff. 404.

³⁰ Ausführungen der Schweiz im Zweiten und Dritten Bericht an den Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom April 2008, Ziff. 450.

dafür ein, dass: (...) b. jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält³¹. Art. 41 BV gewährt dem Einzelnen aber als Sozialziel explizit kein subjektives Recht auf Zugang zu genügender medizinischer Versorgung, sondern richtet sich einzig an den Gesetzgeber, der diese Verpflichtungen progressiv zu erfüllen hat³². Zudem hält bereits der Wortlaut des Sozialziels fest, dass das durch diese Bestimmung geforderte Engagement des Bundes und der Kantone „in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative“ erfolgen soll und daher subsidiären Charakter aufweist. Wie in der Literatur u.E. zu Recht betont wird, macht diese Subsidiaritätsklausel indes nur in denjenigen Bereichen Sinn, in welchen Private ihre sozialen Anliegen auch effektiv selbständig durchführen können. Dies dürfte im Gesundheitswesen – abgesehen vom Bereich der Gesundheitsprävention oder einer Selbstbehandlung harmloser Krankheiten – kaum der Fall sein. Daher gehört der Schutz der Gesundheit der gesamten Bevölkerung zu den zentralen Aufgaben des Staates. Zur eigentlichen Verpflichtungsstruktur der Sozialziele findet sich bis heute jedoch kaum Praxis.

Die folgende Aussage in einem Staatenbericht der Schweiz zeigt indes, dass der Bund seine Verpflichtung in diesem Bereich nicht bloss als schwammigen Auftrag an den Gesetzgeber auf Bundes- und kantonaler Ebene, sondern als eigentliche Verpflichtung auffasst: „Aus Art. 41 Kap. 1 lit. b BV geht hervor, dass Bund und Kantone sich (...) verpflichten, dass jedem die notwendige Gesundheitsversorgung zuteil wird“³³. In der Rechtsprechung und Lehre wird denn auch die Meinung vertreten, dass sich gestützt auf eine Auslegung des Rechts auf Schutz der körperlichen Integrität von Art. 10 Abs. 2 BV unter Beizug von Art. 41 BV ein „eigentliches soziales Individualrecht auf ärztliche Betreuung“ herleiten lasse³⁴. Auch wenn das Bundesgericht, wie eben erwähnt, mittlerweile bereit ist, auch Art. 12 Pakt I im Rahmen der Verfassungsklausel zu berücksichtigen, ist u.E. kaum anzunehmen, dass es in nächster Zeit die Existenz eines derartigen subjektiven Rechts über den Schutzbereich des Rechts auf Hilfe in Notlagen³⁵ hinaus akzeptieren wird.

Der Bund hat diese Staatsaufgabe durch die Statuierung eines Versicherungsobligatoriums im Krankenversicherungsgesetz und die Definition des Leistungs-

³¹ Siehe zu dieser Bestimmung Margrith Bigler-Eggenberger, Art. 41, in St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Auflage, Zürich 2008, S. 785ff, insb. Rz. 37ff.

³² Siehe dazu etwa Zweiter und Dritter Bericht der Schweiz an den Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom April 2008, Ziff. 23: „Im Vergleich zu den Grundrechts- und Aufgabennormen der Verfassung bleibt seine normative Tragweite jedoch begrenzt. Artikel 41 BV setzt dem Bund und den Kantonen die Verwirklichung bestimmter sozialpolitischer Anliegen zum Ziel, ohne sich allerdings konkret zur Frage des einzuschlagenden Wegs beziehungsweise der einzusetzenden Mittel zu äussern. Es ist Sache des Gesetzgebers, die Mittel zu bestimmen, die ihm zur Verwirklichung des Ziels geeignet erscheinen. Sache des Gesetzgebers ist es auch, auf Gesetzesstufe allenfalls Leistungsansprüche des Einzelnen vorzusehen“.

³³ Bericht der Schweiz an den Ausschuss für die Rechte des Kindes vom 1. November 2000, Ziff. 404.

³⁴ BGE 130 I 20, E 5.2: „[D]em Gemeinwesen [kann] das Schicksal von kranken Personen nicht gleichgültig sein (...). Die persönliche Freiheit, die die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung sichern soll, kann für eine minimale Sorgepflicht ebenso herangezogen werden wie der Anspruch auf minimale Hilfe und Betreuung nach Art. 12 BV oder die Verpflichtung des Gemeinwesens zur Leistung der für die Gesundheit notwendigen Pflege gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. b BV. Diesen Ansatzpunkten liegt letztlich das Gebot der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde im Sinne von Art. 7 BV zugrunde“. So auch Bigler-Eggenberger (Anm. 31) Rz. 42.

³⁵ Siehe dazu gleich anschliessend.

katalogs in der Grundversicherung im Rahmen seiner verfassungsmässigen Kompetenzen weitgehend wahrgenommen und damit auch festgehalten, was gegenwärtig unter dem Begriff der „notwendigen Pflege“ zu verstehen ist. In diesem Sinn wird auch in der juristischen Doktrin festgehalten, dass es sich dabei um genügende Pflege handelt, die auch die Übernahme von ärztlichen Kosten und Spitalkosten und die Schaffung der notwendigen Gesundheitsinfrastruktur mit einschliesst³⁶. Wie verschiedentlich erwähnt, umfasst der Begriff der genügenden Pflege aber auch den Zugang zu Gesundheitseinrichtung auf diskriminierungsfreier Basis und die Ermöglichung qualitativ genügender Pflege für die gesamte Bevölkerung. Dieses verfassungsrechtliche Ziel fordert daher auch die Errichtung qualifizierter Übersetzungsdienste oder anderer Massnahmen, mit welchen die Zugänglichkeit zu Gesundheitsinfrastruktur auch für fremdsprachige Personen gewährleistet werden kann. Insofern weist die Umsetzung auf Bundesebene Lücken auf: Eine derartige Gesundheitspflege ist nur gegenüber demjenigen Teil der Bevölkerung, der tatsächlich im Rahmen des KVG versichert ist, gewährleistet. Durch die fehlende Aufnahme von Übersetzungsleistungen in den Leistungskatalog der Grundversicherung auf Bundesebene bleibt die Frage nach der Kostentragung und mittelbar auch nach der Verpflichtung zur Einrichtung von Dolmetscherdiensten weitgehend ungelöst.

Dabei gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass nicht der Bund allein Adressat dieses Sozialziels ist, sondern durch Art. 41 BV *auch die Kantone* in die Pflicht genommen werden. Eine abschliessende Klärung des Umsetzungsstandes von Art. 41 BV bedingt daher eine vertiefte Analyse des kantonalen Verfassungsrechts und der kantonalen Gesundheitsgesetzgebungen³⁷.

- Einzig zentrale Aspekte eines Rechts auf Gesundheit schützt in normativ gesicherter Weise schliesslich das Recht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV³⁸. Diese Garantie gelangt subsidiär zur Anwendung falls eine Person Ansprüche im Subsistenzbereich nicht auf andere rechtliche Grundlagen stützen kann. Aktuell betrifft dies vor allem Asylsuchende, auf deren Gesuch nicht eingetreten wurde oder deren Gesuch abgelehnt wurde, die sich aber weiterhin in der Schweiz aufhalten. Dieses Recht begründet zwar nicht explizit einen Anspruch auf Gesundheitspflege. Doch ist unbestritten, dass zu einem menschenwürdigen Leben zumindest auch eine grundlegende medizinische Versorgung gehört. Der Umfang des aus dieser Garantie fliessenden Anspruchs im Gesundheitsbereich ist gegenwärtig mangels entsprechender Praxis noch nicht völlig geklärt. Es erscheint aber unbestritten, diesen zumindest mit dem harten Kern des Rechts auf Gesundheit gemäss Art. 12 Pakt I gleichzusetzen. Der Zweck von Art. 12 BV, die Behebung einer Notlage und damit auch die Heilung einer Verletzung oder einer Krankheit,

³⁶ Bigler-Eggenberger (Anm. 31) Rz. 41.

³⁷ Siehe dazu hinten lit. C.

³⁸ „Art. 12 Recht auf Hilfe in Notlagen: 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.“ Auch das kantonale Verfassungsrecht kennt entsprechende Garantien: Der Kanton Bern räumt in seiner Verfassung vom 6. Juni 1993 bei Notlagen einen Anspruch auf „grundlegende medizinische Betreuung“ (Art. 29 Abs. 1) ein; ähnlich Art. 68 der Freiburger Kantonsverfassung vom 16. Mai 2004 (Anspruch auf medizinische Grundversorgung).

spricht u.E. gar dafür, alle medizinischen Leistungen gemäss dem Katalog des Krankenversicherungsrechts dazu zu zählen³⁹. Entscheidend zur inhaltlichen Konkretisierung dieser verfassungsrechtlichen Minimalgarantie muss zudem die Frage sein, ob eine Massnahme für die Erhaltung des Lebens und die Abwehr drohender ernsthafter Gesundheitsschäden sowie zur Vermeidung von übermässigen Leiden aus medizinischer Sicht geboten erscheint. Weitere Konturen gewinnt dieser Kerngehaltsanspruch aus dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 BV, untersagen doch etwa die verpönten Unterscheidungsmerkmale des sozialen Status und der Sprache Differenzierungen in der Gesundheitsbehandlung basierend auf diesen Merkmalen einer Person⁴⁰. In all diesen Bereichen hat der Staat auch die für Diagnose und Therapie unerlässlichen Übersetzungsdienste bereitzustellen und die dafür notwendigen Mittel – bei begrifflich gegebener Mittellosigkeit der Grundrechtsträger⁴¹ – zumindest vorzuschliessen, faktisch aber wohl meist definitiv zu übernehmen.

2.3. Die persönliche Freiheit und das Recht auf Privatleben

Das in Art. 10 BV verankerte Recht auf persönliche Freiheit und das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK verankern, bei teilweise überschneidenden materiellen Geltungsbereichen, auch für das Gesundheitswesen wichtige Ansprüche.

Der explizit in Art. 10 Abs. 2 BV festgeschriebene Anspruch auf *Schutz der körperlichen Unversehrtheit* schützt vor jeglichem Eingriff in die körperliche Integrität, sei er schmerzhaft oder schmerzlos, ernsthaft oder harmlos, gesundheitsgefährdend oder gar heilend⁴². Darunter fallen nicht nur operative Eingriffe, sondern auch Blutentnahmen, Impfungen oder Schirmbilduntersuchungen⁴³. Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts schützt dieser Anspruch damit ein Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper. Daher darf an öffentlichen Spitälern ein solcher medizinischer Eingriff nur durchgeführt werden, falls die betroffene Person in Kenntnis aller relevanten Umstände, d.h. nach eingehender Aufklärung über Nutzen und Gefahren der medizinischen Intervention, ihr Einverständnis erteilt hat⁴⁴. Sollen medizinische Eingriffe keine Verletzung dieses Gehalts der persönlichen Freiheit darstellen, sind sie folglich gegenüber fremdsprachigen Personen nur dann grundrechtskonform, falls Gewähr dafür besteht, dass der Patient im Vorfeld über alle relevanten Faktoren des Eingriffs aufgeklärt wurde, er diese Information verstanden hat und gestützt darauf seine Einwilligung gab. Folglich gewährt dieser Anspruch ein subjektives Recht auf Information in einer für den Patienten verständlichen Sprache. Diese Verpflichtung kann häufig wohl

³⁹ So Thomas Gächter/Irene Vollenweider, *Gesundheitsrecht – Ein Kurzlehrbuch*, Basel 2008, S. 38; Pascal Coullery, *Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationalisierungsdebatte im Gesundheitswesen*, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2001, S. 634.

⁴⁰ Kathrin Amstutz, *Das Grundrecht auf Existenzsicherung*, Bern 2002, S. 236ff, insb. 244f. So wohl auch Ariane Ayer/Muriel Gilbert, a.a.O. (Anm. 1), S. 82ff.

⁴¹ Auf diese Bestimmung kann sich nur berufen, wer sich in Not befindet, d.h. auch finanziell über keine ausreichenden Mittel verfügt.

⁴² Besonders deutlich BGE 118 Ia 434. Siehe aus der Literatur etwa Jörg-Paul Müller, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1999, S. 25, und Regina Kiener/Walter Kälin, *Grundrechte*, Bern 2007, S. 130.

⁴³ Siehe für eine Zusammenstellung der diesbezüglichen Praxis Kiener/Kälin (Anm. 42) S. 131.

⁴⁴ Siehe etwa BGE 126 I 115f.

nur unter Beizug eines Dolmetschers erfüllt werden. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkennt, dass jeder medizinische Eingriff ohne Vorliegen eines informed consent der betroffenen Person oder deren gesetzlichen Vertreters einen Eingriff in das Recht auf Privatleben und konkret in den Teilgehalt des Rechts auf physische Integrität darstellt⁴⁵.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung schützt die persönliche Freiheit überdies das Recht auf freie Arztwahl⁴⁶. Damit würde ein Modell, welches – als Alternative zur Einrichtung von Übersetzungsdiensten – die (durch die Grundversicherung bezahlte) Inanspruchnahme medizinischer Leistungen durch Migrantinnen und Migranten auf Ärzte mit entsprechenden Sprachkenntnissen beschränken würde, einen Eingriff in die persönliche Freiheit darstellen. Da diese Garantie jedoch nicht absolut gilt, sondern gemäss Art. 36 BV eingeschränkt werden darf, müssten derartige Modelle (falls sie gesetzlich vorgesehen wären, auf einem öffentlichen Interesse beruhen würden und verhältnismässig ausgestaltet wären und das Diskriminierungsverbot beachten würden) nicht eo ipso eine Grundrechtsverletzung darstellen.

2.4. Spezifische Vorgaben aus der Biomedizinkonvention

Das *Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin* aus dem Jahr 1997 enthält zahlreiche spezifische Verpflichtungen der Staaten, welche die Menschenrechte von Patienten und Patientinnen erstmals auf internationaler Ebene in expliziter Form konkretisieren⁴⁷. Für vorliegendes Gutachten von Relevanz präsentieren sich insbesondere folgende Regelungen⁴⁸:

- Art. 3 der Konvention⁴⁹ stipuliert als allgemeine Regel den Grundsatz, dass Staaten „unter Berücksichtigung der Gesundheitsbedürfnisse und der verfügbaren Mittel“ Massnahmen zu ergreifen haben, um „gleichen Zugang zu einer Gesundheitsversorgung von angemessener Qualität zu schaffen“. Diese Bestimmung verankert zwar gemäss dem erläuternden Bericht zu diesem Vertrag⁵⁰ kein Individualrecht auf Zugang zu Gesundheitsinfrastruktur⁵¹, verpflichtet aber die Vertragsstaaten

⁴⁵ EGMR, *Glass v. The United Kingdom*, 61827/00 (2004), Ziff. 70. Dieses Recht wird hingegen nicht absolut geschützt; vielmehr sind Beschränkungen dieses Anspruchs zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen, die das Verhältnismässigkeitsgebot beachten, rechtmässig. So könnten etwa medizinische Eingriffe, die sich in einer Notfallsituation zum Schutz des Lebens eines Kindes als absolut notwendig erweisen, in Ausnahmefällen trotz fehlender Zustimmung der Eltern rechtmässig sein (a.a.O., Ziff. 73ff).

⁴⁶ Dazu etwa Paul Richli, *Hoheitliche Leistungspflichten und Leistungsbeschränkungen im Gesundheitswesen als Grundrechtsproblem*, Schweizerische Versicherungszeitschrift (SVZ) 1998, S. 246.

⁴⁷ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin / Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin; im Folgenden als Biomedizinkonvention bezeichnet.

⁴⁸ Siehe dazu auch Empfehlung 18 des Berichts der Expertengruppe im Auftrag des BAG und H+ über die Finanzierung von Dolmetscherleistungen zugunsten der Bevölkerung, welche die jeweiligen Amtssprachen nicht verstehen, in den schweizerischen Gesundheitsinstitutionen vom 31. Januar 2008 (abrufbar auf der Webseite des Bundesamtes für Gesundheit, www.bag.admin.ch), S. 25.

⁴⁹ Siehe zu dieser Bestimmung Rolf de Groot, *Right to Health Care and Scarcity of Resources*, in: Gevers et al. (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention, Essays in Honour of Henriette Roscam Abbot Abbing*, Leiden/Boston 2005, S. 49ff.

⁵⁰ Erläuternder Bericht zur Biomedizinkonvention der Rechtsabteilung des Europarats vom Mai 1997, DIR/JUR (97) 5, Ziff. 26.

⁵¹ A.a.O., Ziff. 26. So auch Botschaft des Bundesrats betreffend die Biomedizinkonvention und das Zusatzprotokoll vom 12. Januar 1998 über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen vom

„alles in ihren Kräften stehende zu unternehmen“, um einen diskriminierungsfreien Zugang zur Gesundheitsversorgung zu gewährleisten. Gemäss gewissen Stimmen der Literatur begründet es damit über die Vorgaben der EMRK hinaus⁵², ein durchsetzbares Diskriminierungsverbot im Gesundheitsbereich⁵³. Zur Gesundheitsversorgung im Sinn dieser Bestimmung gehören „Anbieter von diagnostischen, präventiven, therapeutischen und Rehabilitations-Leistungen, die auf die Aufrechterhaltung oder Verbesserung des Gesundheitszustandes einer Person oder auf die Linderung ihres Leidens abzielen⁵⁴. Wenn auch nicht explizit statuiert, ergibt sich damit, dass der Zugang zu Gesundheitsinfrastruktur im umschriebenen Sinn gestützt auf das verpönte Unterscheidungsmerkmal der Sprache nur bei Vorliegen überzeugender sachlicher Gründe eingeschränkt werden kann.

- Dieser Konnex wird durch den Bezug der folgenden zwei Bestimmungen verdeutlicht:

Gemäss dem deklaratorischen Art. 4 der Biomedizinkonvention hat jede Intervention im Gesundheitsbereich „nach den einschlägigen Rechtsvorschriften, Berufspflichten und Verhaltensregeln“ zu erfolgen⁵⁵. Damit sind neben kantonalrechtlichen Vorgaben, auf welche hinten detailliert eingegangen werden wird, auch die medizinischen Standesregeln angesprochen. Nach dem erläuternden Bericht zur Biomedizinkonvention verlangen diese Regeln einheitlich, dass medizinische Massnahmen „im Lichte der besonderen Gesundheitsprobleme eines jeden Patienten beurteilt werden“. Zudem sei „das Vertrauen des Patienten zu seinem Arzt oder seiner Ärztin“ ein „wichtiger Faktor für die erfolgreiche medizinische Behandlung“, welches „auch die Pflichten, die der Arzt gegenüber dem Patienten zu erfüllen hat“, und namentlich „die Achtung der Rechte des Patienten“ bestimmt⁵⁶. Dieses hier angesprochene Vertrauensverhältnis und der ebenfalls verankerte Grundsatz einer zielgerichteten ärztlichen Betreuung „zur Förderung der Gesundheit und zur Linderung von Schmerzen unter Berücksichtigung des psychischen Wohlbefindens des Patienten“⁵⁷ lassen sich einzig basierend auf einer funktionierenden Kommunikation zwischen Arzt und Patient erreichen, und setzen daher gegebenenfalls vorhandene Übersetzungsleistungen voraus. Auch die schweizerischen Standesregeln der Ärzteschaft⁵⁸ betonen in Art. 4 den Grundsatz, dass jede medizinische Behandlung „unter Wahrung der Menschenwürde und Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patienten und Patientinnen zu erfolgen“ hat und verlangen, dass Ärzte und Ärztinnen „ihre Patienten und Patien-

12. September 2001, BBl 2002 289.

⁵² Da das Diskriminierungsverbot von Art. 14 ein akzessorisches ist, und nur zusammen mit den materiellen Garantien der EMRK angerufen werden kann.

⁵³ Siehe z.B. Henriette D.C. Roscam Abbing, *The Convention on Human Rights and Biomedicine – An Appraisal of the Council of Europe Convention*, *European Journal of Health Law*, 1998, S. 381.

⁵⁴ A.a.O., Ziff. 23-25. Dazu auch Botschaft Biomedizinkonvention (Anm. 51) BBl 2002 289.

⁵⁵ So auch Gerrit van der Waal, *Quality of Care, Patient Safety, and the Role of the Patient*, in Gevers (Anm. 49), S. 89ff.

⁵⁶ Erläuternder Bericht (Anm. 50), Ziff. 33. Dazu auch Botschaft Biomedizinkonvention (Anm. 51) BBl 2002 291.

⁵⁷ Erläuternder Bericht (Anm. 50), Ziff. 32.

⁵⁸ Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) vom 12. Dez. 1996 (Stand 3. Mai 2007).

tinnen in verständlicher Form über den Befund, die beabsichtigten diagnostischen und therapeutischen Massnahmen, deren Erfolgsaussichten und Risiken sowie über allfällige Behandlungsalternativen“ aufklären (Art. 10 Abs. 1). Damit wird nicht nur eine standesrechtliche Pflicht statuiert, Patientinnen und Patienten ihrem Alter und Vorverständnis entsprechend aufzuklären, sondern auch sicherzustellen, dass Sprachbarrieren diese Vorgaben nicht illusorisch werden lassen.

Art. 5 der Konvention hält fest, „eine Intervention im Gesundheitsbereich“ dürfe „erst dann erfolgen, nachdem die betroffene Person über sie aufgeklärt worden ist und frei eingewilligt hat“, d.h. nachdem diese „zuvor angemessen über Zweck und Art der Intervention sowie über deren Folgen und Risiken aufgeklärt wurde“. Der erläuternde Bericht verdeutlicht nicht nur, dass der Begriff „Intervention“ in „seinem weitesten Sinn zu verstehen“ ist und „alle Handlungen, die an einem Menschen aus Gesundheitsgründen vorgenommen werden“ umfasst⁵⁹, sondern klärt auch, dass die geforderte Aufklärung in „einer verständlichen Sprache“ vorgenommen werden muss. Die betroffene Person soll „durch die Verwendung von Begriffen, die er bzw. sie verstehen kann, in die Lage versetzt werden, die Notwendigkeit oder den Nutzen von Zweck und Methode der Intervention gegen die damit verbundenen Risiken, die Unbill oder die Schmerzen, die sie verursacht, abzuwägen“⁶⁰. Der Bundesrat leitet aus dieser Norm „ein subjektives, gerichtlich durchsetzbares Recht, in einer verständlichen Sprache (...) aufgeklärt zu werden“ ab⁶¹. Erstaunlicherweise stützt sich auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, selbst gegenüber einem Staat, der nicht Vertragspartei der Bioethikkonvention ist, zur Auslegung des Rechts auf physische Integrität auf diese Vorgabe und unterstreicht damit den subjektiv-rechtlichen Charakter dieser Norm⁶². Für den Migrationskontext ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 3 und 5 dieses Vertrages somit eine Verpflichtung der Schweiz als Vertragsstaat⁶³ sicherzustellen, dass der Zugang zu medizinischen Leistungen für die einer Amtssprache nicht mächtigen Personen durch die Möglichkeit einer Information in einer für sie verständlichen Sprache möglichst vollständig gewährleistet werden kann.

Ebenfalls durch den Europarat wurde die *Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen*⁶⁴ erarbeitet. Diese verpflichtet ihre Vertragsstaaten, darunter die Schweiz, „im Rahmen des Zumutbaren“ unter anderem sicherzustellen, „dass soziale Einrichtungen wie Krankenhäuser, Altersheime und Heime die Möglichkeit bieten, Sprecher einer Regional- oder Minderheitensprache, die aufgrund von Krankheit, Alter oder aus anderen Gründen der Betreuung bedürfen, in deren eigener Sprache

⁵⁹ A.a.O. Ziff. 34 erwähnt explizit „Interventionen zwecks Prophylaxe, Diagnose, Therapie, Rehabilitation und Forschung“.

⁶⁰ A.a.O., Ziff. 36.

⁶¹ Botschaft Biomedizinkonvention (Anm. 51), BBl 2002 292. So auch Judith Wytenbach/Walter Kälin, Grund- und Menschenrechte im transkulturellen Kontext, in Domenig (Hrsg.), *Transkulturelle Kompetenz, Lehrbuch für Pflege-, Gesundheits- und Sozialberufe*, 2. Aufl., Bern 2007, S. 92.

⁶² EGMR, *Glass v. United Kingdom*, 61827/00 (2004), Ziff. 75. Siehe dazu auch Elaine Gadd, *The Global Significance of the Convention on Human Rights and Biomedicine*, in Gevers et al. (Anm. 49), S. 44.

⁶³ Der Räte genehmigten diesen Vertrag am 20. März 2008. Die Ratifizierung durch die Schweiz kann nach Ablauf der Referendumsfrist, d.h. ab dem 10. Juli 2008 erfolgen; BBl 2008 2339.

⁶⁴ SR 0.441.2.

aufzunehmen und zu behandeln“⁶⁵. Obwohl diese Verpflichtung, wie Art. 1 lit. a (iii) verdeutlicht, nicht gegenüber fremdsprachigen Zuwanderern zu erfüllen ist, stellt sie eine weitere Anerkennung der Notwendigkeit sprachspezifischer Angebote im Gesundheitsbereich dar.

2.5. *Soft-law-Vorgaben*

Internationale Texte sind auf den ersten Blick entweder als Verträge rechtverbindlich oder ihnen fehlt infolge ihres rein politischen Charakters jegliche Normativität. Mittlerweile unbestritten, existieren aber zwischen diesen Polen von Recht und Nichtrecht auch Graustufen, d.h. Empfehlungen oder Verlautbarungen mit begrenzter Normativität. Ohne an dieser Stelle in die Details zu gehen, ist daher etwa anerkannt, dass einstimmig verabschiedete Resolutionen oder Empfehlungen einer internationalen Organisation zwar keine eigenständigen völkerrechtlichen Verpflichtungen begründen, aber trotzdem eine gewisse Rechtskraft als autoritative Auslegung bestehender vertraglicher völkerrechtlicher Verpflichtungen darstellen können. Dieser Schluss gilt umso gesicherter, wenn die fragliche Empfehlung explizit Bezug auf eine vertragliche Verpflichtung nimmt. In diesem Sinn erscheint für vorliegende Studie die Empfehlung des Ministerrats des Europarats über Gesundheitsleistungen in einer multikulturellen Gesellschaft aus dem Jahr 2006 hoch bedeutsam⁶⁶. Diese fordert unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 3 der Biomedizinkonvention die Mitgliedstaaten des Europarats in allgemeiner Weise auf, Strategien zu entwickeln, um praktische inkl. sprachliche und kulturelle Hürden eines rechtsgleichen Zugang zu Gesundheitsinfrastruktur für multikulturelle Bevölkerungsgruppen zu beseitigen⁶⁷. Konkretisiert wird diese Empfehlung in der folgenden Ziffer:

„3. Improving quality of communication – Language barriers

3.1. Removing barriers to communication is one of the most urgent, evident and straightforward areas in which interventions are needed; a general policy that facilitates the learning of the language of the host country for ethnic minority members and immigrants should also be developed.

(...)

3.3. Linguistic diversity should be taken into account, including appropriate legal measures.

3.4. Health care professionals should be made aware that linguistic barriers have negative effects on the quality of health care. They should be trained to work together with interpreters in an effective way”.

Der erläuternde Bericht⁶⁸ begründet diese Empfehlungen mit empirischen Gesundheitsstudien, welche belegen, dass Sprachschwierigkeiten die bedeutsamste Barriere für den Erstkontakt mit Gesundheitseinrichtungen darstellen. Dadurch erhöhe sich nicht nur das Risiko für die Verschlechterung des Gesundheitszustandes fremdspra-

⁶⁵ Art. 13 Ziff. 2. lit. c.

⁶⁶ Empfehlung Rec(2006)18 of the Committee of Ministers to member States on health services in a multicultural society vom 8. November 2006, in französischer Sprache auch abgedruckt in Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007, S. 283ff.

⁶⁷ A.a.O. lit. B, Ziff. 2.1.

⁶⁸ Committee of Experts on Health Services (SP-SSM), Adapting health care services to cultural diversity in multicultural Europe, Explanatory Memorandum, publiziert auf der Website des Europarats; www.coe.int.

chiger Personen, solche Hindernisse führten auch dazu, dass Medizinalpersonen ihre ethischen Standards missachteten, dass der Schutz persönlicher Daten verletzt werde und dass die Anforderungen des informed consent vor einer Intervention oft nicht vorliege. Sprachbarrieren führten zudem auch zu einem negativen Effekt auf die Zufriedenheit der Patienten, hätten nachteilige Auswirkungen auf die Effektivität von Anbietern von Gesundheitsdienstleistungen und erhöhten ihr Risiko, rechtliche Standards zu missachten⁶⁹.

Ähnliche, wenn auch weniger deutlich formulierte Soft-law-Vorgaben finden sich in der *Deklaration über die Förderung der Patientenrechte* des Regionalbüros für Europa der Weltgesundheitsorganisation (WHO)⁷⁰ und auch auf universeller Ebene: So verankert die *Universelle Deklaration der UNESCO über Bioethik und Menschenrechte*⁷¹ unter explizitem Verweis auf die Biomedizinkonvention, den Grundsatz der „adequate information“ im Vorfeld aller medizinischer Eingriffe (Art. 6)⁷², verlangt die Respektierung der Privatsphäre im Gesundheitsbereich (Art. 9), verbietet in genereller Weise Diskriminierungen in diesem Feld (Art. 11), betont die Bedeutung kultureller Vielfalt und von Pluralismus (Art. 12) und bezeichnet das Recht auf Gesundheit als eines der fundamentalen Menschenrechte, welches allen Personen diskriminierungsfrei gewährleistet werden muss (Art. 14 Abs. 2).

3. *Hinweise aus bilateralen Sozialversicherungsabkommen*

Neben dem Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und den damit verbundenen sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 4) hat die Schweiz eine Vielzahl von *bilateralen Abkommen über soziale Sicherheit* abgeschlossen. In diesen Abkommen wird regelmässig festgeschrieben, dass Behörden, Gerichte und die Sozialversicherungseinrichtungen Gesuche, Beschwerden und Schriftstücke bearbeiten müssen, auch wenn sie in einer Sprache der anderen Vertragspartei eingereicht werden, z.B. in serbischer, englischer oder hebräischer Sprache. Die Übersetzung muss in diesen Fällen von den Behörden angeordnet werden, ohne dass deren Kosten den Privaten auferlegt werden dürfen. Dies gilt regelmässig auch für alle Beschwerdeverfahren bis hin vor Bundesgericht. Der genaue Umfang

⁶⁹ A.a.O. S. 13f. Weitere Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats rufen die Europaratsstaaten ferner zu Massnahmen zur Sicherstellung eines rechtsgleichen Zugangs zu staatlichen Gesundheitsleistungen für besonders verletzliche Gruppierung und konkret für Sinti und Roma auf; Empfehlung Rec(2001)12 vom 10. Oktober 2001, The adaption of health care services to demand for health care and health care services of peoples in marginal situations.

⁷⁰ World Health Organization, WHO Regional Office for Europe, Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe (1994), insbesondere Ziff. 2ff, 3ff und 5.1.

⁷¹ UNESCO, Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, 19. Oktober 2005. Siehe zu diesem Dokument auch Herman Nys, Towards an International Treaty on Human Rights and Biomedicine? Some Reflections Inspired by UNESCO's Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, European Journal of Health Law 2006, 5ff.

⁷² Das Explanatory Memorandum on the Elaboration of the preliminary draft declaration on Universal Norms on Bioethics des First Intergovernmental Meeting of Experts Aimed at Finalizing a Draft Declaration on Universal Norms on Bioethics vom 21. Februar 2005, Doc. SHS/EST/05/CONF:203/4, hält fest, Art. 6 statuiere, dass „an affected individual has to receive relevant structured and individually tailored information that makes it possible for that individual to make a decision on whether or not to accept medical treatment, as well as to understand and cope with the diagnosis“.

der staatlichen Verpflichtungen und der Geltungsbereich (welche Sozialversicherungseinrichtungen) werden durch das jeweilige Abkommen geregelt.⁷³ So findet z.B. das Abkommen vom 8. Juni 1962 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über Sozialversicherung (mit Schlussprotokoll)⁷⁴ Anwendung auf die Bundesgesetzgebung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, über die Invalidenversicherung und über „die Versicherung gegen Betriebs- und Nichtbetriebsunfälle sowie gegen Berufskrankheiten“ und darüber hinaus gemäss Art. 1 Abs. 2 auf „Gesetze und Verordnungen, die einen neuen Zweig der Sozialversicherung einführen oder die bestehenden Versicherungszweige auf neue Kategorien von Personen ausdehnen“. Laut Art. 20bis dürfen die „zuständigen Behörden, Gerichte und Träger eines Vertragsstaates [...] die Bearbeitung von Gesuchen und die Berücksichtigung von anderen Schriftstücken nicht deshalb verweigern, weil diese in einer Sprache der Völkerschaften der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien oder in einer Amtssprache der Schweiz abgefasst sind.“

Für die vorliegende Fragestellung ergeben sich aus diesen Abkommen indessen zwar nur Ansprüche für Verfahren in Sozialversicherungsangelegenheiten, damit aber immerhin auch für Verfahren um Ansprüche aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, aus der Unfallversicherung oder der Invalidenversicherung. Für den direkten Kontakt zwischen Patienten und Ärzten oder etwa für einen Spitalaufenthalt lassen sich indessen keine Ansprüche auf Übersetzungsleistungen aus den Abkommen ableiten.

4. Hinweis: Europarechtliche Vorgaben

Ein von *Edgar Imhof* verfasstes Gutachten⁷⁵ zur Frage, ob ein Recht auf sprachliche und kulturelle Übersetzung für Migranten und Migrantinnen im Rahmen von medizinischen Behandlungen nach dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union existiert, und ob es in der Europäischen Union – nach dem sozialpolitischen EU-Recht – ähnliche Ansprüche gibt, kommt zu folgenden Resultaten:

⁷³ Eine ausführliche Darstellung würde den Rahmen dieser Studie sprengen. Vgl. im Weiteren auch folgende Übereinkommen: Abkommen mit der Türkei über soziale Sicherheit vom 1. Mai 1969, SR 0.831.109.763.1, Art. 27; Abkommen mit Chile über soziale Sicherheit vom 20. Juni 1996, SR 0.831.109.245.1, Art. 19. Gemäss Anhang II zum Abkommen zwischen der EG und der Schweiz sind auch die EG-Verordnung Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit und die EG-Verordnung Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung Nr. 1408/71 für die Staatsangehörigen von EU-Staaten in der Schweiz anwendbar (SR 0.831.109.268.1 und 0.831.109.268.11). Danach dürfen Anträge und Schriftstücke in der Amtssprache des EU-Staates eingereicht werden, dessen Staatsangehörigkeit die antragstellende Person besitzt (Art. 84 Abs. 4 Verordnung Nr. 1408/71). Mitteilungen der betreffenden Sozialversicherungsinstitution sind dem Antragsteller in einer „in dessen Sprache abgefassten zusammenfassenden Mitteilung“ zuzustellen (Art. 48 Verordnung Nr. 574/72).

⁷⁴ SR 0.831.109.818.1.

⁷⁵ *Edgar Imhof*, Existiert ein Recht auf sprachliche und kulturelle Übersetzung für Migrant/innen im Rahmen von medizinischen Behandlungen? – Die Rechtslage nach dem Freizügigkeitsabkommen CH-EU und dem sozialpolitischen EU-Recht, Gutachten vom 24. Juni 2008, Institut für Wirtschaftsrecht, School of Management and Law, Winterthur, diesem Gutachten beiliegend.

- Das Freizügigkeitsrecht kennt keine expliziten sekundärrechtlichen Normen, welche unmittelbar die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Übersetzungsdienstleistungen anlässlich einer ärztlichen Behandlung regeln.
- Aus dem (primärrechtlichen) Diskriminierungs- und Beeinträchtigungsverbot hat aber der Europäische Gerichtshof (EuGH) Regeln für den Sprachgebrauch im Verkehr zwischen Arbeitsmigrant/innen und Behörden oder Gerichten des Gastlandes abgeleitet. So räumt diesen das Verbot der direkten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit das Recht ein, vor Gericht eine bestimmte andere Sprache als die vor Ort übliche Amtssprache zu benutzen, wenn das nationale Recht für Inländer/innen ebenfalls das Recht auf Gebrauch dieser anderen Sprache anstelle der Amtssprache vorsieht. Diese Rechtsprechung auf der Grundlage des Verbots der direkten Diskriminierung muss gemäss *Imhof* ebenso im Bereich des Erhalts von Gesundheitsleistungen oder der Übersetzung medizinischer Gutachten Geltung beanspruchen. Wenn beispielsweise laut BGE 127 V 219 ein französischsprachiger Versicherter in einem französischsprachigen Bezirk eines schweizerischen Kantons das Recht auf Übersetzung eines in der deutschen Sprache verfassten Gutachtens ins Französische habe, so gelte dies ebenso für einen französischsprachigen Versicherten französischer Nationalität. Da aber die Anwendung des Verbots der direkten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit eine entsprechende Sprachregelung zugunsten von Inländer/innen voraussetzt, sind seine Auswirkungen auf die Frage nach der Inanspruchnahme von Übersetzungsdienstleistungen – angesichts in der Schweiz weitgehend fehlender Regelungen⁷⁶ – von begrenzter Reichweite.
- Dagegen haben laut *Imhof* das Verbot der indirekten Diskriminierung und das Behinderungsverbot grössere Auswirkungen auf die Frage nach einem Anspruch auf Übersetzungsleistungen. Ausgangspunkt bilde hier das EuGH-Urteil *Farrauto*.⁷⁷ Dort führte der Gerichtshof aus, zwecks Vermeidung von Beeinträchtigungen des Freizügigkeitsrechts hätten die von Arbeitsmigrant/innen angerufenen Gerichte des Aufnahmestaates trotz fehlender sekundärrechtlicher Regelung darüber zu wachen, dass Migrant/innen nicht aufgrund fehlender Sprachkenntnisse ihrer Rechte verlustig gehen, wenn die ans sie gerichtete Mitteilung des Gerichts in der Landessprache abgefasst sei. Eine solche Massnahme des nationalen Gerichts kann tatsächlich in nichts anderem bestehen, als dass es in irgendeiner Weise dafür sorgt oder sich vergewissert, dass dem Arbeitsmigranten eine Übersetzungsmöglichkeit zur Verfügung steht. Gemäss Gerichtshof haben die mitgliedstaatlichen Gerichte trotz Fehlens entsprechender sekundärrechtlicher Normen im Falle eines Arbeitsmigranten, der die Amtssprache des Gaststaates nicht beherrscht, darüber zu

⁷⁶ Lediglich im Kanton Freiburg statuiert das Gesetz vom 27. Juni 2006 über das Freiburger Spitalnetz bezüglich Organisation der Spitaltätigkeit in Art. 25 Abs. 3, die Zweisprachigkeit des Kantons müsse berücksichtigt werden, insbesondere für die Organisation der Dienste, die aufgrund der Spitalplanung einen kantonalen Auftrag haben.

⁷⁷ EuGH-Urteil vom 18. Februar 1975, RS. 66-74, *Farrauto*.

wachen, dass dieser Migrant nicht aufgrund der fehlenden Sprachkenntnisse seiner prozessualen Rechte verlustig geht und damit eine Beeinträchtigung seines Freizügigkeitsrechts erleidet. Diese Argumentation lässt sich gemäss *Imhof* „zwanglos auf die Frage nach den Bedingungen der Möglichkeit der Kommunikation im Rahmen des Erhalts von medizinischen Leistungen durch den Arbeitnehmer übertragen. Denn bei der Möglichkeit, im Aufnahmestaat Gesundheitsleistungen in Anspruch nehmen zu können, geht es um einen für die Ausübung der Personenfreizügigkeit ebenso fundamentalen Anspruch, wie bei der Möglichkeit, gerichtliche Verfahren zwecks Durchsetzung materieller Rechte in Anspruch nehmen zu können“. Allerdings weist der Autor darauf hin, dass im Rahmen der Personenfreizügigkeit nicht jede indirekte Diskriminierung oder Beeinträchtigung per se verboten ist, sondern dass eine solche allenfalls gerechtfertigt werden kann. Hier werde ein Abwägungsprozess stattfinden müssen. Im Ergebnis werde daraus aber ähnlich wie im EuGH-Urteil *Farrauto* jedenfalls in bestimmten Fallkonstellationen die Notwendigkeit eines positiven Tuns des Aufnahmestaates resultieren.

- Im Rahmen des sozialpolitischen Gemeinschaftsrechts, das für die Schweiz keine Verbindlichkeit hat, stellt die Garantie des gleichen Zugangs zur Gesundheitsvorsorge eines der vier Grundprinzipien der Gestaltung der Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten dar. Dieses Prinzip soll namentlich zugunsten von sozioökonomisch benachteiligten Gruppen und von Arbeitsmigrant/innen wirken. Die Mitgliedstaaten werden ausdrücklich und wiederholt aufgefordert, positive Massnahmen zum Abbau von sprachlichen, kulturellen und sozialen Hürden für die Inanspruchnahme medizinischer Dienste zu ergreifen. Die Kommission bezeichnet die tatsächliche Benachteiligung von Arbeitsmigrant/innen und von sozioökonomisch schwächeren Gruppen bei der Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen als problematisch angesichts des Rechts einer jeden Person auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und ärztlichen Versorgung in Art. 34 der EU-Grundrechtscharta.
- Zusammenfassend kommt *Imhof* in seinem Gutachten zum Schluss, dass im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und dem Verbot der Beeinträchtigung grundsätzlich Ansprüche auf sprachliche und kulturelle Übersetzung beim Erhalt medizinischer Massnahmen abgeleitet werden könnten.

5. *Fazit: Die Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts*

1. Der Zugang zur Gesundheitsinfrastruktur ist diskriminierungsfrei auszugestalten. Insbesondere darf niemandem infolge mangelnder Sprachkenntnisse eine medizinisch indizierte Behandlung versagt werden.
2. Der Staat muss im Vorfeld eines jeden medizinischen Eingriffs in einem weit verstandenen Sinn sicherstellen, dass die Aufklärung in einer für die Patientin oder

den Patienten verständlichen Weise erfolgt und damit eine Einwilligung in diesen Eingriff basierend auf einer freien Willensentscheidung erfolgen kann.

3. Diese Verpflichtung gilt auch gegenüber fremdsprachigen Migrantinnen und Migranten unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status. Der Staat hat deshalb sicherzustellen, dass an öffentlichen Spitälern nicht in Folge bestehender Sprachbarrieren die Behandlung fremdsprachiger Patientinnen und Patienten verunmöglicht wird.

C) DAS RECHT AUF AUFKLÄRUNG IM VORFELD MEDIZINISCHER INTERVENTIONEN:
VORGABEN DER GESUNDHEITSGESETZGEBUNG

Der Bund besitzt im Gesundheitsbereich nur sektoriell begrenzte Kompetenzen⁷⁸. Insbesondere die vorliegend relevante Regelung der Patientenrechte und die Tätigkeit der Personen und Institutionen der Gesundheitsversorgung verbleibt grundsätzlich in der Kompetenz der Kantone⁷⁹. In diesem Sinn handelt es sich bei Art. 40 lit. c des Medizinalberufegesetzes⁸⁰, welches unter der Überschrift „Berufspflichten“ auch die Wahrung der „Rechte der Patientinnen und Patienten“ erwähnt, nur um einen deklaratorischen Verweis auf die massgebende kantonale Gesetzgebung⁸¹.

1. *Behandlungs-, Informations- und Aufklärungspflichten gemäss der kantonalen Gesundheitsgesetzgebung*

1.1. *Behandlungs- resp. Aufnahmeverpflichtungen öffentlicher Spitäler*

Die kantonale Gesetzgebung statuiert in den Gesundheits- und Spitalgesetzen vereinzelt explizit *Ansprüche von Patientinnen und Patienten auf Behandlung und Pflege*. So hält etwa das Gesundheitsgesetz des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 25. November 2007 in Art. 22 Abs. 1 fest, dass Patientinnen und Patienten einen „Anspruch auf Beratung und Untersuchung, Behandlung und Pflege nach medizinischen Grundsätzen und, wenn möglich, in ihrer gewohnten Umgebung haben“ und dass ihre persönliche Freiheit und Privatsphäre zu respektieren sei. Der Kanton Genf führt in seinem Gesundheitsgesetz (Loi sur la santé) vom 7. April 2004 in Art. 42 Folgendes aus: « Toute personne a droit aux soins qu'exige son état de santé à toutes les étapes de la vie, dans le respect de sa dignité et, dans la mesure du possible, dans son cadre de vie habituel. » Der Kanton Wallis regelt in seinem Gesundheitsgesetz vom 9. Februar 1996, dass jeder ein Recht auf Behandlung hat: „Jeder hat, ungeachtet seiner wirtschaftlichen und sozialen Situation, Anspruch auf die seinem Gesundheitszustand

⁷⁸ Art. 118ff BV. Vgl. dazu Thomas Poledna, Art. 118, in St. Galler Kommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2008, S. 1823, und Coullery, Gesundheits- und Sozialhilferecht, in Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 630ff.

⁷⁹ Siehe dazu auch anschliessend Ziff. 1.

⁸⁰ Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG) vom 23. Juni 2006, SR 811.11.

⁸¹ Diese Bestimmung wurde von den Räten in Art. 40 dieses Gesetzes eingefügt. Während den parlamentarischen Beratungen wurde deutlich, dass mit dieser Bestimmung nicht in die bestehende Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen eingegriffen werden sollte. Siehe Amtliches Bulletin Nationalrat 2005, S. 1360ff.

entsprechende Behandlung. Dabei ist die Würde des Einzelnen zu achten“ (Art. 16 Abs. 1). Teilweise finden sich entsprechende Garantien auch in kantonalen Verfassungen.⁸²

Um diesen Ansprüchen gerecht werden zu können, haben die Kantone ihr Gesundheitssystem entsprechend zu organisieren, sei dies im Rahmen der Spitalplanung, sei dies z.B. im Rahmen der Notfallplanung. In diesem Sinne regeln die Kantone auch nicht nur das Spitalwesen, sondern verpflichten regelmässig die Medizinalpersonen, eine zweckmässige Organisation der Notfalldienste sicherzustellen.⁸³

Andererseits enthält die kantonale Gesetzgebung praktisch lückenlos Bestimmungen bezüglich *Aufnahme- und Behandlungspflichten der öffentlichen Spitäler*.⁸⁴ So sind z.B. Gemäss § 41 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Zürich vom 4. November 1962 die Krankenhäuser verpflichtet, „Personen aufzunehmen, die dringend eine Krankenhausbehandlung benötigen“. Gemäss Art. 17 des Berner Spitalversorgungsgesetzes vom 5. Juni 2005 sind die Leistungserbringer verpflichtet, „Personen mit Wohnsitz im Kanton Bern unabhängig von Alter, Geschlecht, Herkunft oder Versicherungsstatus aufzunehmen“⁸⁵. Der Kanton Luzern verpflichtet die Spitäler gemäss kantonalem Spitalgesetz vom 11. September 2006, Patientinnen und Patienten mit Wohnsitz im Kanton Luzern aufzunehmen; für Patientinnen und Patienten mit Wohnsitz in einem anderen Kanton gilt die Aufnahmepflicht nur, wenn ein entsprechendes Abkommen dies vorsieht (§ 6). Notfallpatienten sind gemäss § 6 des Reglements über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten des Luzerner Kantonsspitals vom 20. November 2007 ungeachtet des Wohnsitzes aufzunehmen.

Der Kanton Schaffhausen präzisiert in Art. 30a Abs. 3 seines Gesundheitsgesetzes vom 19. Oktober 1970, dass jede zu behandelnde Person unabhängig von ihrer wirt-

⁸² So haben sich z.B. gemäss Art. 22 der Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 Kanton und Gemeinden in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür einzusetzen, dass „jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält“ (Abs. 1 lit. b). Laut Art. 65 der Verfassung der Waadt vom 14. April 2003 stellen der Kanton und die Gemeinden für jede Person sicher „un accès équitable à des soins de qualité, ainsi qu’aux informations nécessaires à la protection de sa santé“ (Abs. 2 lit. b). Art. 68 der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 hält fest, der Staat habe dafür zu sorgen, dass „jeder Person die gleichen Pflegeleistungen zugänglich sind“. Nach § 26 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 gewährleistet der Staat eine „allen zugängliche medizinische Versorgung“.

⁸³ Vgl. etwa § 15 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Basel-Landschaft, vom 10. Dezember 1973: Danach sind Medizinalpersonen innerhalb ihres Fachgebietes verpflichtet, in Notfällen Hilfe zu leisten und sie haben für eine zweckmässige Organisation der Notfalldienste zu sorgen.

⁸⁴ Vgl. auch etwa Art. 22 der Verordnung über die Organisation des Kantonsspitals, erlassen vom Landrat des Kantons Glarus, vom 25. September 1996 (Verpflichtung der Aufnahme von Notfällen unabhängig von Wohnort, Alter, Geschlecht oder Nationalität des Patienten); § 7 der Spitalverordnung des Kantonsrates des Kantons Schwyz vom 22. Oktober 2003 (Spitäler mit Leistungsvereinbarung sind verpflichtet, Notfälle aufzunehmen); Gesetz über das Zentralspital des Kantons Zug vom 25. März 1999 (Aufnahmepflicht gegenüber Kantonsbewohnern); Kanton Genf, Loi sur les établissements publics médicaux, vom 19. September 1980, Art. 15; Art. 33 des Gesundheitsgesetzes des Kantons St. Gallen vom 28. Juni 1979 (Pflicht zur Aufnahme von Personen, deren Behandlung unaufschiebbar ist) und Spitalorganisationsverordnung des Kantons St. Gallen vom 17. Juni 1980, Art. 45 und 46; § 10 des Spitalgesetzes des Kantons Basel-Stadt, vom 26. März 1981 (die Spitäler sind im Rahmen ihrer medizinischen Zielsetzung und ihrer vorhandenen Kapazitäten zur Aufnahme aller Personen verpflichtet, die einer Spitalbehandlung bedürfen. In erster Linie sind Kantonseinwohner aufzunehmen).

⁸⁵ Siehe dazu Pascal Coullery (Anm. 78) S. 638, der aus dieser Bestimmung unter dem Titel Patientenrechte ein Recht auf Behandlung ableitet.

schaftlichen und sozialen Lage in den Institutionen des Gesundheitswesens mit öffentlicher Trägerschaft im Rahmen des dort verfügbaren Behandlungsangebots und der betrieblichen Möglichkeiten Anspruch auf eine Behandlung hat, die aufgrund des Gesundheitszustandes nach den anerkannten medizinischen Grundsätzen angezeigt, verhältnismässig und ethisch vertretbar ist; auf angemessene, die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht achtende Information, Beratung, Betreuung und Fürsorge; auf Rücksichtnahme und Schutz der Persönlichkeit. Laut Abs. 4 dieser Bestimmung ist *die zu behandelnde Person in eine geeignete Behandlungsinstitution zu verlegen*, falls eine medizinisch indizierte Leistung mit dem verfügbaren Behandlungsangebot nicht erbracht werden kann.

Dieser Anspruch lässt sich als Ausfluss der staatlichen Behandlungspflicht und der Aufnahmepflicht der Spitäler verallgemeinern: Ist ein Spital aufgrund von Sprachschwierigkeiten nicht in der Lage, einen Patienten angemessen zu behandeln, ist aber aufgrund der vorhandenen Informationen erwiesen, dass ein anderes Spital über entsprechende Möglichkeiten verfügt, ist der Patient – falls medizinisch möglich und zumutbar – dorthin zu verlegen.

Die kantonale Gesetzgebung kennt zwar im Bereich der Spitalversorgung detaillierte Vorschriften in Bezug auf das Angebot der Spitäler. So stellen gemäss Art. 23 der Spitalversorgungsverordnung des Kantons Bern vom 30. November 2005 Erbringer von Spitalleistungen grundsätzlich folgende Leistungen bereit: medizinische, pflegerische, therapeutische und medizinisch-technische Leistungen für Patientinnen und Patienten des stationären Bereichs, Unterkunft und Verpflegung, die Dienst- und Aufnahmebereitschaft während 24 Stunden am Tag, die Spitalseelsorge, den Sozialdienst des Spitals und die praktische Ausbildung in den Gesundheitsberufen gemäss Anhang. Zusätzliche Leistungen können im Leistungsvertrag vereinbart werden, *insbesondere* auch medizinische, pflegerische, therapeutische oder medizinisch-technische Leistungen für Patientinnen und Patienten des teilstationären und ambulanten Bereichs, pädagogische Leistungen, Weiterbildung in den Gesundheitsberufen oder Schwangerschaftsberatung. In verschiedenen Kantonen finden sich z.B. ausdrückliche Ansprüche auf seelsorgerische Betreuung⁸⁶ und auf Beratung durch Sozialdienste⁸⁷ in den Spitälern. Regelungen zur Sprache fehlen indes vollständig.

⁸⁶ So kann beispielsweise gemäss Vollzugsverordnung zum Gesundheitsgesetz des Kantons Solothurn vom 28. Juni 1999 jeder Patient und jede Patientin im Rahmen der Hausordnung seelsorgerische Betreuung beanspruchen; laut § 49 Abs. 3 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Aargau vom 10. November 1987 „ist die seelsorgerische Betreuung der Patienten zu gewährleisten“; gemäss Art. 26 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Wallis vom 9. Februar 1996 haben Patienten Anspruch auf einen geistlichen Beistand; Art. 64 der Spitalorganisationsverordnung des Kantons St. Gallen vom 17. Juni 1980 sieht vor, dass „eine katholische und eine evangelische Patientenseelsorge bestellt“ wird.

⁸⁷ So haben laut Art. 63 der Spitalorganisationsverordnung des Kantons St. Gallen vom 17. Juni 1980 Patienten Anspruch auf Beratung und Hilfe durch den Sozialdienst; „dieser nimmt sich insbesondere Patienten an, denen wegen des Klinikaufenthaltes familiäre, berufliche oder finanzielle Probleme erwachsen“; nach Art. 26 Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Wallis vom 9. Februar 1996 hat der Patient „das Recht auf Unterstützung und Beratung durch die Sozialdienste“.

1.2. Aufklärungs- und Informationsverpflichtungen⁸⁸

Sämtliche kantonalen Gesetzgebungen⁸⁹ konkretisieren weiter die Vorgaben des Grundrechts auf persönliche Freiheit und enthalten Regelungen zur notwendigen Aufklärung, Information und Einwilligung der Patientinnen und Patienten, in der Regel unter dem Titel der Rechte und Pflichten von Patienten⁹⁰. Daneben erfordern verschiedene andere Vorschriften mindestens ein gewisses Minimalmass an Kommunikation zwischen Gesundheitsfachpersonen und der Patientin oder dem Patienten. Die Aufklärungspflicht und die Pflicht, die Einwilligung des Patienten oder der Patientin einzuholen, richtet sich in den meisten Kantonen an alle Berufe des Gesundheitswe-

⁸⁸ Vgl. dazu auch ausführlich Ayer/Gilbert (Anm. 1), S. 52ff.

⁸⁹ Neben den nachfolgend dargestellten Gesetzgebungen vgl. etwa auch Art. 59b des Gesetzes über das Gesundheitswesen des Kantons Uri vom 27. September 1970; § 39 und § 42 der Gesundheitsverordnung des Kantonsrates des Kantons Schwyz vom 18. Oktober 2002 (situationsgerechte Aufklärung über Gesundheitszustand, Behandlungsmöglichkeiten, Vor- und Nachteile, Risiken und Kostenfolgen in geeigneter und verständlicher Weise); Art. 6 und 28 der Verordnung über Patientenrechte des Kantonsrates des Kantons Obwalden vom 24. Oktober 1991; Art. 49 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Nidwalden vom 30. Mai 2007 (Aufklärung über die diagnostischen Untersuchungen und die Diagnosen, die vorgeschlagenen sowie andere mögliche Therapien, die Risiken und Nebenwirkungen, die voraussichtliche Entwicklung des Gesundheitszustandes und die Kostenfolgen und die Deckung durch die Krankenversicherung) und Art. 50 (Einwilligung der aufgeklärten Patienten); § 36 des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug vom 21. Mai 1970; Art. 41, 42 und 45 des Gesetzes über das Gesundheitswesen des Kantons Glarus vom 6. Mai 2007 (Aufklärung über den Gesundheitszustand rechtzeitig sowie in verständlicher und geeigneter Form; Patienteninformation bezüglich: Befund; Art, Zweck und Risiken der diagnostischen oder therapeutischen Massnahme; Folgen der Unterlassung; Übernahme der Kosten durch die Versicherung; Zustimmung zur Behandlung, d.h. betr. medizinischen und pflegerischen Massnahmen, durch Patienten); auch Art. 26 und 27 der Verordnung über die Organisation des Kantonsspitals, erlassen durch den Landrat des Kantons Glarus, vom 25. September 1996; § 30 und 31 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Solothurn, vom 27. Januar 1989 und § 83 der Vollzugsverordnung zum Gesundheitsgesetz, vom 28. Juni 1999 (Information der in ein Spital eintretenden Patienten über Betrieb, Hausordnung, Rechte und Pflichten); § 11 Abs. 3 des Spitalgesetzes des Kantons Basel-Stadt, vom 26. März 1981, und § 12 und 13 der Verordnung zum Spitalgesetz, vom 4. Mai 1982 (Aufklärung durch den Arzt und Zustimmung durch den Patienten); Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patienten in den kantonalen Krankenanstalten, vom 1. November 1988, § 3 Abs. 2 Recht auf Information; § 4 Aufklärung; Art. 28 Gesundheitsgesetz vom 26. April 1998 des Kantons Appenzell I.Rh.; Art. 23 und 24 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Appenzell Ausserrhoden (Anspruch auf Information über den Gesundheitszustand in „geeigneter, verständlicher und der Situation angepasster Weise“; Einwilligungserfordernis); § 33a des Gesundheitsgesetzes des Kantons Thurgau vom 5. Juni 1985 (Aufklärungspflicht in Einrichtungen des Kantons und Zustimmungserfordernis zu medizinischen und pflegerischen Massnahmen), ebenso § 3 und 10 der Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung der Patienten und Patientinnen vom 3. Dezember 1996 (Information über Rechte und Pflichten; Information und Zustimmung über Eingriffe); Art. 56 bis 59 der Spitalorganisationsverordnung des Kantons St. Gallen, vom 17. Juni 1980 (Anspruch auf Aufklärung über Diagnose, Behandlungsplan und Risiken; Operationen nur mit ausdrücklicher Einwilligung); Gesundheitsgesetz des Kantons Graubünden vom 2. Dezember 1984, Art. 20 Abs. 2 (Information in geeigneter und angemessener Form über Krankheitszustand, Therapie und Heilungsaussichten); Art. 30b und 30c des Gesundheitsgesetzes des Kantons Schaffhausen, vom 19. Oktober 1970 (Information in geeigneter und verständlicher Weise über Diagnose, geplante Behandlungen, Risiken und Folgen, Alternativen und Ergebnisse von Behandlungen; Zustimmung zu Behandlungen); § 49 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Aargau vom 10. November 1987 und Dekret über die Rechte und Pflichten der Krankenhauspatienten vom 21. August 1990, § 11, 12 und 15; Art. 6 und 7 der Legge Sanitaria des Kantons Tessin vom 18. April 1989; Art. 21 und 23 der « Loi sur la santé publique » des Kantons Waadt vom 29. Mai 1985 (information de « manière claire et appropriée »); Art. 23 bis 25 der « Loi de la santé » des Kantons Neuenburg vom 6. Februar 1995; Art. 26 und 26a der « Loi sanitaire » des Kantons Jura vom 14. Dezember 1990 (information „de façon simple et compréhensible“); Art. 45 und 46 der „Loi sur la santé“ des Kantons Genf vom 7. April 2006.

⁹⁰ Siehe dazu auch Walter Fellmann, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in Kuhn/Polledna, *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 164.

sens und findet sich daher meist in den kantonalen Gesundheitsgesetzen⁹¹, vereinzelt zusätzlich auch in den Spitalgesetzen. Die Spitalgesetzgebung enthält indessen oft detailliertere Anforderungen an die Aufklärungspflicht oder ausführlichere Regelungen der Rechte und Pflichten von Patienten und Patientinnen.

Bezüglich Information der Patienten, Aufklärungspflicht und Zustimmungserfordernis finden sich zwar teils unterschiedliche Formulierungen, in den Grundzügen sind die Gesetzgebungen jedoch sehr ähnlich. Einige exemplarische Regelungen sollen im Folgenden dargestellt werden:

Gemäss § 13 des Patienten- und Patientinnengesetzes des Kantons Zürich vom 5. April 2004 klären die behandelnden Personen im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit Patientinnen und Patienten „rechtzeitig, angemessen und in verständlicher Form über die Vor- und Nachteile sowie die Risiken der Behandlung und mögliche Alternativen auf. Sie beantworten Fragen zum Gesundheitszustand und dessen voraussichtlicher Entwicklung“. Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn ein Patient sich dagegen ausspricht, was mit Unterschrift zu bestätigen ist (§ 14). Schliesslich legt das Gesetz fest, dass urteilsfähige Patienten und Patientinnen nur mit deren *Einwilligung* behandelt werden dürfen (§ 20). In Notfällen darf die Einwilligung vermutet werden (§ 21).

Das Gesundheitsgesetz des Kantons Bern verlangt in Art. 39 „vollständige, angemessene und verständliche“ Aufklärung durch die Fachperson, die sich auf den Gesundheitszustand der Patienten und – im Rahmen der Zuständigkeit der Fachperson – auf die entsprechende Diagnose zu erstrecken hat, im Weiteren auf den Gegenstand, den Zweck, die Risiken, die Vor- und Nachteile und die Kosten der beabsichtigten vorbeugenden, diagnostischen oder therapeutischen Massnahmen und auf Behandlungsalternativen. Eine Massnahme darf nur durchgeführt werden, wenn der Patient oder die Patientin nach vorgängiger Aufklärung eingewilligt hat (Art. 40)⁹². Ebenfalls ein gewisses Mass an Kommunikation verlangt Art. 39a, indem statuiert wird, dass auf Verlangen des Patienten oder der Patientin die Fachperson „Einsicht in alle sie betreffenden Behandlungsunterlagen zu gewähren“ hat und sie diese *erläutern* muss. Laut Art. 14 der Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten und der Gesundheitsfachpersonen vom 22. Oktober 2002 sind in öffentlich-rechtlichen Institutionen des Gesundheitswesens des Kantons Patienten „bei Eintritt in

⁹¹ Vgl. etwa exemplarisch Art. 40 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Glarus vom 6. Mai 2007, wonach die im Gesetz aufgeführten Patientenrechte für die Untersuchung und Behandlung von Patienten in bewilligungspflichtigen Einrichtungen der Gesundheitspflege, durch Personen mit einer Berufsausübungsbewilligung im Sinne des Gesetzes sowie in Heimen im Sinne des Sozialhilfegesetzes gelten. Zu den Patientenrechten zählt namentlich die Aufklärungs- und Informationspflicht gegenüber den Patienten und deren Zustimmung zur Behandlung im Allgemeinen. Die Verordnung über die Organisation des Kantonsspitals des Landrates des Kantons Glarus vom 24. September 1996 enthält detailliertere Anforderungen im Bereich der Patientenrechte, namentlich bezüglich der Aufklärung. Der Kanton Solothurn regelt in seinem Gesundheitsgesetz vom 27. Januar 1999 in § 30ff allgemeine Patientenrechte, in § 49 sodann - unter der entsprechenden Marginale - „besondere Patientenrechte und -pflichten für Spitäler und andere stationäre und teilstationäre Einrichtungen“; Ausführungsbestimmungen dazu finden sich in § 81ff der Vollzugsverordnung zum Gesundheitsgesetz vom 28. Juni 1999.

⁹² Siehe zu dieser Bestimmung auch Coullery (Anm. 78), S. 639.

die Institution über ihre Rechte und Pflichten ... durch eine schriftliche, allgemein verständliche Wegleitung zu informieren“.

Der Kanton Freiburg führt in seinem Gesundheitsgesetz vom 16. November 1999 in Art. 47 („Recht auf Information“) aus, dass alle Patientinnen und Patienten Anspruch darauf haben, „in klarer und geeigneter Weise über ihren Gesundheitszustand, die Art, den Zweck, die Modalitäten, die Risiken und die voraussichtlichen Kosten der in Frage kommenden diagnostischen, prophylaktischen oder therapeutischen Massnahmen sowie über die Übernahme der Kosten durch die Versicherung informiert zu werden, damit sie den Massnahmen frei und aufgeklärt zustimmen und vernünftig von der angebotenen Pflege Gebrauch machen können.“ Zudem können sie eine schriftliche Zusammenfassung dieser Information verlangen. Gemäss Abs. 2 von Art. 47 müssen alle Patientinnen und Patienten bei ihrem Eintritt in eine Institution des Gesundheitswesens eine schriftliche Information über ihre Rechte und Pflichten sowie über die Bedingungen ihres Aufenthalts bekommen. Im Weiteren hat sich jede Gesundheitsfachperson im Rahmen ihrer Zuständigkeit zu vergewissern, „ob die von ihr betreuten Patientinnen und Patienten die Informationen erhalten haben, die für ihre gültige Einwilligung erforderlich sind“ (Abs. 3). Das Gesundheitsgesetz regelt in Art. 48 sodann die „freie und aufgeklärte Einwilligung“: Bezüglich urteilsfähiger Personen statuiert Abs. 1, dass keine Pflege ohne die freie und aufgeklärte Einwilligung der urteilsfähigen Patientin oder des urteilsfähigen Patienten erteilt werden kann, egal ob die Person mündig ist oder nicht. Sofern mit der Pflege kein Eingriff in den Körper der Person verbunden sei, kann die Einwilligung stillschweigend erfolgen (Abs. 2).

Der Kanton Wallis räumt in seinem Gesundheitsgesetz vom 9. Februar 1996 dem Patienten ein Anrecht darauf ein, durch die ihn betreuende Gesundheitsfachperson, im Rahmen ihrer Kompetenzen, „auf einfache, für ihn verständliche und annehmbare Weise informiert zu werden“, über Gesundheitszustand und Diagnose; Gegenstand, Modalitäten, Zweck, Risiken und Kosten der in Auge gefassten prophylaktischen, diagnostischen oder therapeutischen Massnahmen; die Mittel zur Erhaltung der Gesundheit und zur Vorsorge vor Krankheiten (Art. 18 Abs. 1). Art. 19 des Gesetzes regelt die Einwilligung durch den Patienten oder die Patientin. Art. 32 enthält eine Pflicht zur Einholung der Einwilligung des Patienten durch die Gesundheitsfachperson, die gemäss Abs. 1 nur dann gültig ist, wenn der Patient frei entscheiden kann und zuvor aufgeklärt wurde. Falls mit der Diagnose oder mit der Behandlung kein Eingriff in den Körper des Patienten verbunden ist, kann die Einwilligung auch stillschweigend erfolgen (Abs. 2). Im Fall der Verweigerung einer Behandlung kann eine schriftliche Bestätigung verlangt werden (Abs. 3).

Der Kanton Genf sieht in seinem Gesundheitsgesetz („Loi sur la santé“) vom 7. April 2006 bezüglich Informationspflicht gegenüber dem Patienten vor, dass dieser „de manière claire et appropriée“ informiert werden muss über den Gesundheitszustand, über die Wirkungen und allfälligen Risiken von Behandlungen und allfälligen Eingriffen, und über Präventionsmassnahmen; im Weiteren kann der Patient eine schriftliche Zusammenfassung dieser Informationen verlangen (Art. 45 Abs. 1 und 2). Jede Gesundheitsfachperson muss sich im Übrigen im Rahmen ihrer Kompetenzen vergewis-

sern, dass der Patient, der sich an sie richtet, die notwendigen Informationen erhalten hat, damit dieser in Kenntnis aller Tatsachen entscheiden kann (Art. 45 Abs. 4).

Der Kanton Luzern regelt im Gesundheitsgesetz vom 13. September 2005 lapidar, bei der Berufsausübung seien die Rechte der Patientinnen und Patienten, wie „die Aufklärungspflicht, das Selbstbestimmungsrecht und das Einsichtsrecht in die eigene Krankengeschichte“ zu beachten (§ 25 Abs. 1). Das Reglement über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten des Luzerner Kantonsspitals“ vom 20. November 2007 (Patientenreglement), welches sich auf das Spitalgesetz stützt, enthält detaillierte Ausführungen *zum Inhalt der Aufklärung* (§ 25): Danach klärt die zuständige ärztliche Person den Patienten oder die Patientin unaufgefordert, rechtzeitig, wahrheitsgetreu und bei Bedarf auf über: die Diagnose; die Behandlungsmöglichkeiten mit den damit verbundenen Vorteilen, Nachteilen und Risiken; den vorgeschlagenen Behandlungsplan (Untersuchungen, Eingriffe und Behandlungen) und die damit verbundenen Vorteile, Nachteile und Risiken; die Folgen und Risiken bei Ablehnung einer Behandlung; das Vorgehen bei Feststellung neuer Befunde oder Komplikationen während eines Eingriffes; die fortlaufenden Ergebnisse aus den durchgeführten Massnahmen; die Kostenfolge, wenn die Behandlung nicht Teil der Grundversicherung ist. Das *Pflegepersonal* hat die Patienten „in geeigneter Form über die Pflege“ zu informieren. § 26 des Patientenreglements hält bezüglich *Form und Umfang der Aufklärung* präzisierend fest, der Patient oder die Patientin sei „in geeigneter und verständlicher Form sowie mit der gebotenen Sorgfalt aufzuklären“. Würden Arzt oder Ärztin mündlich aufklären, sei darüber ein entsprechender Eintrag in der Krankengeschichte zu machen. Bezüglich des Umfangs der Aufklärung verweist das Reglement auf die Umstände des Einzelfalls, wobei die Dringlichkeit der Massnahme sowie die Schwere des Eingriffes und das damit verbundene Risiko zu berücksichtigen seien. Eine Unterlassung der Aufklärung kann dabei nur unterbleiben, wenn sich der Patient dagegen ausspricht, was allerdings mit Unterschrift zu bestätigen ist (§ 27). Schliesslich statuiert § 28 des Reglements, dass eine *Untersuchung, Behandlung und Pflege* nur bei ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des aufgeklärten Patienten oder der aufgeklärten Patientin durchgeführt werden darf. Gemäss § 10 des Patientenreglements werden Patienten in der Regel schriftlich aufgeboten und erhalten Informationsunterlagen, die für den Eintritt und Aufenthalt wichtig sind (sog. Patientenorientierung). Abs. 3 von § 10 hält explizit fest, dass *fremdsprachigen Patientinnen und Patienten* die Patientenorientierung „wenn möglich *in einer Übersetzung* zur Verfügung gestellt“ wird.⁹³

Ebenfalls eine Pflicht, Informationen in Fremdsprachen zugänglich zu machen, beinhaltet die Verordnung des Regierungsrates des Kantons Tessin vom 27. März 2007 betreffend den Schwangerschaftsabbruch. Danach hat der Kantonsarzt eine Informati-

⁹³ Die meisten gesetzlichen Regelungen im Spitalbereich enthalten die Pflicht, Patienteninformationen oder Wegleitungen abzugeben; vgl. statt vieler die Spitalorganisationsverordnung des Kantons St. Gallen vom 17. Juni 1980, Art. 70, oder die „Loi sanitaire“ des Kantons Jura vom 14. Dezember 1990, Art. 26 Abs. 3 („Chaque patient reçoit, lors de son admission dans un établissement hospitalier ou médico-social, une information écrite sur ses droits et ses devoirs, ainsi que sur les conditions de son séjour“). Nur der Kanton Luzern sieht aber explizit vor, dass diese wenn möglich in einer Übersetzung abgegeben wird.

onsbroschüre für Schwangere zu erarbeiten, und zwar in einer Sprache, welche für die hauptsächlichen Sprachgruppen im Gebiet des Kantons verständlich ist.⁹⁴

Gemäss der Patientenrechtsverordnung des Kantons Schaffhausen vom 8. Mai 2001, welche für die Rechtsstellung von Patienten und Patientinnen in den Institutionen des Gesundheitswesens mit öffentlicher Trägerschaft gilt (§ 1), erhalten die Patientinnen und Patienten bei Eintritt in eine Institution eine Eintrittsorientierung „in verständlicher Weise“. Die Information, in Anwendung der bereits detaillierten Regelung von Art. 30b des Gesundheitsgesetzes⁹⁵, ist gemäss § 15 Abs. 2 in „geeigneter, verständlicher und schonender Weise“ vorzunehmen. Im Weiteren kann der Patient oder die Patientin „diesbezügliche Besprechungen *ausserhalb der Hörweite Dritter* verlangen“. Laut § 16 betreffend die Zustimmung zu Behandlungen kann der behandelnde Arzt oder die behandelnde Ärztin „insbesondere vor grösseren oder mit erheblichen Risiken verbundenen Behandlungen verlangen, dass die Zustimmung nach Art. 30c des Gesundheitsgesetzes schriftlich erteilt wird“. Falls die Zustimmung nach erfolgter Information und entgegen dem ärztlichen Rat verweigert wird, ist dies unterschriftlich zu bestätigen (Abs. 2).

Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über die Patientenrechte des Kantons Obwalden vom 24. Oktober 1991 verlangt zusätzlich zur Aufklärung über Diagnose und Behandlungsplan auch *Aufklärung über die Heilmittel und deren Wirkung*.

Die kantonalen Gesetzgebungen in Bezug auf Patientenrechte enthalten regelmässig Bestimmungen zur Einwilligung bei unmündigen oder entmündigten⁹⁶ und bei urteilsunfähigen⁹⁷ Patientinnen und Patienten. Dieser besondere Aspekt der Aufklä-

⁹⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 3 des Regolamento sull'interruzione della gravidanza (del 27 marzo 2007): „L'opuscolo informativo deve essere redatto in una lingua comprensibile per le gestanti die principali gruppi linguistici presenti sul territorio cantonale.“

⁹⁵ Gesundheitsgesetz des Kantons Schaffhausen, vom 19. Oktober 1970, Art. 30b Abs. 1: „Der Patient ist in geeigneter und verständlicher Weise über die Diagnose und die geplanten Behandlungen mit den jeweiligen Vor- und Nachteilen, den normalerweise damit verbunden Risiken und Folgen, über mögliche Alternativen und über das Ergebnis der durchgeführten Beratungen zu informieren. Die Information darf nur in Notfällen unterbleiben und ist baldmöglichst nachzuholen. Der Patient hat im Rahmen seiner Möglichkeiten den behandelnden Personen die für die Diagnose und Behandlung notwendigen und nützlichen Auskünfte zu erteilen.“ Gemäss Abs. 2 desselben Artikels kann die Information eingeschränkt werden, wenn vorauszusehen ist, dass sie den Patienten übermässig belastet oder den Krankheitsverlauf ungünstig beeinflusst. Werde dagegen ausdrücklich auf einer umfassenden Information bestanden, sei diese zu erteilen.

⁹⁶ Vgl. beispielsweise § 32 (Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Patientinnen und Patienten) des Patientenreglements des Kantons Luzern vom 20. November 2007: „1. Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Patientinnen und Patienten entscheiden selbst über die Durchführung von Untersuchung, Behandlung und Pflege. 2. Sie haben vor grösseren oder mit erheblichen Risiken verbundenen Eingriffen dem Spital die notwendigen Sicherheiten besonders in Bezug auf die selbst zu tragenden Kosten zu erbringen. Das Spital kann mit der gesetzlichen Vertretung Rücksprache nehmen. 3. Die Rücksprache unterbleibt, wenn dies der urteilsfähige Patient oder die urteilsfähige Patientin vorgängig verbietet.“

⁹⁷ Vgl. statt vieler Art. 40a (Urteilsunfähige) des Gesundheitsgesetzes des Kantons Bern vom 2. Dezember 1984: „1. Ist die Patientin oder der Patient urteilsunfähig, eine gesetzliche Vertretung vorhanden und im konkreten Fall zulässig, so hat die Fachperson die Einwilligung der gesetzlichen Vertretung einzuholen. Liegt eine schwere, nicht anders abwendbare Gefahr für Leben und Gesundheit der Patientin oder des Patienten vor, so kann die Fachperson die erforderliche Massnahme auch ohne oder gegen den Willen der gesetzlichen Vertretung durchführen. Die Vormundschaftsbehörde ist in diesem Fall unverzüglich zu benachrichtigen. 2. Ist die Patientin oder der Patient urteilsunfähig und nicht gesetzlich vertreten, so hört die Fachperson die nächsten Angehörigen oder eine nahe stehende Person an und handelt gemäss den objektiven Interessen, dem mutmasslichen

rungspflicht und des Zustimmungserfordernisses soll hier aber nicht weiter vertieft werden.

Die kantonale Gesetzgebung enthält schliesslich je nach Kanton mehr oder weniger ausführliche Bestimmungen im Bereich der *medizinischen Zwangsmassnahmen* (wie etwa medikamentöse Behandlung, Isolierung oder Beschränkung der Aussenkontakte), namentlich bei Einweisungen in Institutionen gestützt auf die Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung. Der Kanton Bern z.B. bestimmt in seinem Gesundheitsgesetz vom 2. Dezember 1984, dass die allgemeinen Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten auch bei Anordnung von medizinischen Zwangsmassnahmen gelten, sofern das Gesetz keine abweichenden Regeln enthält (Art. 41 Abs. 3). Betreffend Aufklärung bestimmt Art. 41c Abs. 1, dass die betroffene Person „über die angeordneten medizinischen Zwangsmassnahmen sowie über ihr Rekursrecht aufzuklären“ ist, und dass die Angehörigen oder eine von ihr bezeichnete nahe stehende Person in geeigneter Weise zu informieren sind. Laut Art. 9 der Patientenrechtsverordnung des Kantons Bern⁹⁸, die sich auf das Gesundheitsgesetz stützt, ist die Patientin oder der Patient *schriftlich* über die Anordnung von medizinischen Zwangsmassnahmen und das Rekursrecht aufzuklären. Die Aufklärung hat vor der Durchführung der medizinischen Zwangsmassnahme zu erfolgen; ausnahmsweise ist dies auch nach der Anordnung zulässig, „wenn der Zustand der Patientin oder des Patienten eine vorgängige Information nicht zulässt“.

2. *Hinweise auf Informations- und Aufklärungspflichten in der neueren Gesundheitsgesetzgebung des Bundes*

In den letzten Jahren hat der Bund eine Reihe von Gesetzen im Gesundheitsbereich erlassen, die teilweise Aufklärungs- und Informationspflichten enthalten⁹⁹. Auch wenn es sich dabei um besondere Behandlungen oder Verfahren handelt, rechtfertigt sich dennoch ein Blick auf diese Regelungen, da sie Hinweise auf den Umfang der Informations- und Aufklärungspflicht enthalten könnten und den heute geltenden Standard in diesem Bereich wiedergeben dürften:

- Das Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (*Fortpflanzungsmedizinengesetz*) vom 18. Dezember 1998¹⁰⁰ sieht vor der Durchführung eines Fortpflanzungsverfahrens vor, dass der Arzt oder die Ärztin das betroffene Paar *sorgfältig aufklärt* über die verschiedenen Ursachen der Unfruchtbarkeit, das medizinische Verfahren sowie dessen Erfolgsaussichten und Gefahren, das Risiko einer Mehrlingsschwangerschaft, die möglichen psychischen und physischen Belastungen und die rechtlichen und finanziellen Aspekte (Art. 6 Abs. 1). Es sieht explizit ein Beratungsgespräch vor (Art. 6 Abs. 2). Das Gesetz schreibt im Weiteren vor, dass Fortpflanzungsverfahren nur mit schriftlicher Einwilligung des betroffenen Paares angewendet werden dürfen (Art. 7 Abs. 1). Laut Botschaft des Bundes-

Willen sowie allfälligen im Zustand der Urteilsfähigkeit getroffenen Anordnungen der Patientin oder des Patienten. Grosse oder risikoreiche Eingriffe dürfen nur durchgeführt werden, wenn eine schwere, nicht anders abwendbare Gefahr für Leben und Gesundheit vorliegt“.

⁹⁸ Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten und der Gesundheitsfachpersonen, vom 23. Oktober 2002.

⁹⁹ Vgl. dazu auch Fellmann (Anm. 90), S. 213ff.

¹⁰⁰ SR 810.11.

rates¹⁰¹ rechtfertigt es sich im Hinblick auf die weitreichenden Implikationen und gesundheitlichen Belastungen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, die wichtigsten Elemente der ärztlichen Aufklärungspflicht im Gesetz ausdrücklich festzuhalten. Die Aufklärung habe aus allgemein arztrechtlicher Sicht die Funktion, die Entscheidungsfreiheit des zu behandelnden Paares zu sichern.

- Das *Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen* vom 8. Oktober 2004¹⁰² verlangt in Art. 5 bei genetischen und pränatalen Untersuchungen, einschliesslich Reihenuntersuchungen, dass diese nur durchgeführt werden dürfen, „sofern die betroffene Person *frei und nach hinreichender Aufklärung* zugestimmt hat.“ Die Zustimmung darf gemäss Abs. 3 von Art. 5 jederzeit widerrufen werden. Laut Botschaft des Bundesrates¹⁰³ gelte das Zustimmungserfordernis *bereits heute im ganzen medizinischen Bereich*:

„Es wird aus der persönlichen Freiheit des öffentlichen Rechts und aus dem Persönlichkeitsrecht des Privatrechts abgeleitet. Die Zustimmung muss frei und aufgrund hinreichender Aufklärung erteilt werden. Frei ist sie, wenn sie nicht auf Täuschung oder auf unerlaubtem Druck beruht. Die Ärztin oder der Arzt muss die medizinischen Verhältnisse objektiv, wahr und unparteiisch erläutern, ohne eine bestimmte Lösung aufzudrängen, und zwar selbst im Fall bedeutender Risiken. Hinreichend ist die Aufklärung, wenn die betroffene Person die Zustimmung in voller Kenntnis der Sachlage erteilt, also nachdem sie alle erheblichen Informationen erhalten hat.“

Art. 14 des Gesetzes schreibt, im Sinne einer „nichtdirektiven, fachkundigen genetischen Beratung“, ein *Beratungsgespräch* vor, und zwar vor und nach der Durchführung der genetischen Untersuchungen und der Untersuchungen zur Familienplanung. Dieses Beratungsgespräch ist zu dokumentieren. Gemäss Botschaft des Bundesrates¹⁰⁴ bestehe – in Hinblick auf die weitreichenden Implikationen und die gesundheitlichen Belastungen, die mit präsymptomatischen und pränatalen genetischen Untersuchungen sowie mit Untersuchungen zur Familienplanung verbunden sein können – ein *weltweiter Konsens* darüber, dass

„solche Untersuchungen nur nach umfassender genetischer Beratung durchgeführt werden dürfen. (...) Die genetische Beratung geht über die gewöhnliche ärztliche Aufklärungspflicht hinaus, die jeder medizinische Eingriff voraussetzt. Nach einem Arbeitsausschuss der Weltgesundheitsorganisation (WHO) ist die genetische Beratung «ein Kommunikationsprozess, der sich mit den menschlichen Problemen befasst, die mit dem Auftreten oder dem Risiko des Auftretens einer genetischen Erkrankung in einer Familie verknüpft sind». In diesem Prozess, der den Menschen in einen biologischen, psychologischen, sozialen und gesellschaftlichen Gesamtzusammenhang stellen muss, wird versucht, dem Individuum oder der Familie zu helfen,

¹⁰¹ Botschaft über die „Volksinitiative zum Schutz des Menschen vor Manipulation in der Fortpflanzungstechnologie“ und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, vom 26. Juni 1996, BB1 1996 III 205ff, Ziffer. 322.141.

¹⁰² SR 810.12.

¹⁰³ Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, vom 11. September 2002, BB1 2002 7361ff, Ziff. 2.2.2.

¹⁰⁴ A.a.O. (Anm. 103), Ziff. 2.3.6.

- die medizinischen Fakten, d.h. Diagnosen, die Unsicherheit bei der Interpretation gewisser Ergebnisse, den mutmasslichen Verlauf einer Krankheit und die zur Verfügung stehende Behandlung zu verstehen,
- den erblichen Anteil an der Erkrankungsursache und das Wiederholungsrisiko für bestimmte Verwandte zu begreifen,
- verschiedene Möglichkeiten zu erkennen, um dem Wiederholungsrisiko zu begegnen,
- eine Entscheidung zu treffen, die ihrem Risiko, ihren familiären Zielen, ihren ethischen und religiösen Wertvorstellungen entspricht, und in Übereinstimmung mit diesen Entscheidungen zu handeln (...).

Ziel der genetischen Beratung sei es, eine auf den Einzelfall abgestimmte Hilfe zu geben und die betroffene Person zu befähigen, autonom zu entscheiden, ob die Untersuchung durchgeführt werden soll oder nicht. Dazu müsse die betroffene Person über genügend Information verfügen, um eine Entscheidung rational, selbständig und ohne äusseren Druck zu treffen. Häufig sei die genetische Beratung ein Prozess, der einige Zeit in Anspruch nehme, vor allem wenn es darum gehe, Strategien zur Bewältigung der Zukunft zu entwickeln. Im Hinblick auf ihren ganzheitlichen Ansatz erfordere die genetische Beratung je nach Situation die Zusammenarbeit in einem interdisziplinären Team. Verantwortlich dafür, dass eine fachkundige genetische Beratung durchgeführt werde, seien die Ärztinnen und Ärzte, welche die Untersuchung veranlassten.

Im Weiteren regelt das Gesetz den Inhalt der Information an die betroffenen Personen (Art. 14 Abs. 3). Spezifisch für die genetische Beratung bei pränatalen genetischen Untersuchungen fordert das Gesetz, dass die schwangere Frau „ausdrücklich über ihr Selbstbestimmungsrecht zu informieren“ ist (Art. 15). Das Gesetz schreibt den Kantonen vor, dafür zu sorgen, dass unabhängige Informations- und Beratungsstellen bestehen, die über das erforderliche fachkundige Personal verfügen (Art. 17). Unter dem Titel Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person enthält Art. 18 den Grundsatz, dass die betroffene Person nach hinreichender Aufklärung frei entscheidet, ob die Untersuchung durchgeführt werden soll, ob sie das Untersuchungsergebnis zur Kenntnis nehmen will und welche Folgerungen sie aus dem Ergebnis ziehen will.

- Das Bundesgesetz über die Transplantationen von Organen, Geweben und Zellen (*Transplantationsgesetz*)¹⁰⁵ vom 8. Oktober 2004 verlangt bezüglich der Spende embryonaler oder fötaler menschlicher Gewebe oder Zellen zu Transplantationszwecken eine *umfassende Information* und eine *freie und schriftliche Zustimmung* der Spenderin zur vorgesehenen Verwendung der Gewebe oder Zellen (Art. 39). Dasselbe gilt für die Verwendung von Geweben oder Zellen aus einem überzähligen Embryo zu Transplantationszwecken; in diesem Fall ist die Zustimmung durch das betroffene Paar zu erteilen (Art. 40). Die Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen vom 16. März 2007¹⁰⁶ präzisiert in Art. 35, dass die Spenderin embryonaler oder fötaler Gewebe oder Zellen von einer ärztlichen Fachperson *umfassend und verständlich* infor-

¹⁰⁵ SR 810.21.

¹⁰⁶ SR 810.211.

miert werden muss. Im Weiteren statuiert Art. 9 der Transplantationsverordnung betreffend *Information der Lebendspenderin* oder des Lebendspenders, dass „Ärztinnen oder Ärzte, die Organe, Gewebe oder Zellen entnehmen, (...) die für eine Spende in Frage kommende Person vor der Entnahme in *mündlicher und schriftlicher Form umfassend und verständlich* informieren“ müssen.

- Das Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen (*Stammzellenforschungsgesetz*) vom 19. Dezember 2003¹⁰⁷ verlangt in Art. 5 für die Verwendung überzähliger Embryos zur Gewinnung embryonaler Stammzellen, dass das betroffene Paar *frei und schriftlich* einzuwilligen hat. Bevor das Paar seine Einwilligung erteilt, „ist es mündlich und schriftlich in verständlicher Form über die Verwendung der Embryos hinreichend aufzuklären“. Die Botschaft des Bundesrates¹⁰⁸ führt zur Einwilligung aus, diese sei nur gültig, wenn sie frei gegeben werde, d.h. wenn sie nicht aufgrund von Täuschung, Drohung oder Druck zustande komme. Weiter müsse die Einwilligung in *schriftlicher Form* abgegeben werden. Schliesslich setze eine gültige Einwilligung voraus, „dass das Paar vorgängig *mündlich und schriftlich hinreichend und in verständlicher Form* aufgeklärt wird“. Das Recht des betroffenen Paares auf Einwilligung nach erfolgter Aufklärung ergebe sich direkt aus der persönlichen Freiheit. Die Verordnung über die Forschung an embryonalen Stammzellen vom 2. Februar 2005¹⁰⁹ enthält eine Ausführungsbestimmung betreffend die Aufklärung des Paares vor der Einwilligung. Gemäss Art. 2 ist das betroffene Paar mündlich in verständlicher Form aufzuklären u.a. über Art, Zweck und voraussichtlichen Beginn des vorgesehenen Forschungsprojekts und über den Inhalt der schriftlichen Einwilligung nach Art. 3 der Verordnung, mit welcher ein Paar bestätigt, dass es aufgeklärt worden ist, und einwilligt, dass der überzählige Embryo zur Stammzellengewinnung oder für ein Forschungsprojekt zur Verbesserung der Gewinnungsverfahren verwendet wird.

3. *Fazit: Anwendbarer Standard im Bereich der Aufklärungspflichten und des Zustimmungserfordernisses*

Der kantonalen Gesundheits- und Spitalgesetzgebung und der einschlägigen Bundesgesetzgebung lässt sich ein gewisser einheitlicher Standard der Patientenrechte im Bereich der Anforderungen an Information, Aufklärung und Einwilligung entnehmen. Dieser lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Sämtliche Kantone und der Bund, im Rahmen seiner spezifischen Kompetenzen, verpflichten die Gesundheitsfachpersonen, Patienten und Patientinnen zu *informieren* und *aufzuklären*, namentlich über

- Gesundheitszustand

¹⁰⁷ SR 810.31.

¹⁰⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über die Forschung an überzähligen Embryonen und embryonalen Stammzellen, vom 20. November 2002, BBl 2003 1163ff, Ziff. 2.2.3.1.

¹⁰⁹ SR 810.311.

- Diagnose
- Untersuchungen, Behandlungsplan, geplante vorbeugende Massnahmen
- Behandlungsmöglichkeiten
- Vor- und Nachteile einer Behandlung/Therapie, Nebenwirkungen, alternative Behandlungen oder Alternativen zu einer Behandlung, Aufklärung über die Heilmittel
- Risiken
- Ergebnisse der Behandlung
- Kostenfolgen, insbesondere Deckung durch die Krankenkasse

Bezüglich *Form und Umfang der Aufklärung* verlangt die kantonale Gesetzgebung, dass diese in geeigneter und verständlicher Weise, situationsgerecht, rechtzeitig, vollständig, angemessen, verständlich und klar zu erfolgen hat, unaufgefordert oder auch auf eine für den Patienten verständliche und annehmbare Weise. Gewisse Kantone regeln zusätzlich, dass auf Verlangen des Patienten eine schriftliche Zusammenfassung der Informationen verlangt werden darf. Mitunter wird auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Information vertraulich, ausserhalb der Hörweite Dritter erfolgen soll.

Im Notfall kann, gemäss kantonaler Gesetzgebung, die Information zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

Eine von den Gesundheitsämtern der Kantone Bern, Freiburg, Jura, Neuenburg, Waadt und Wallis herausgegebene Schrift zu den Patientenrechten fasst die Gesetzgebung wie folgt zusammen¹¹⁰: „Die Fachperson ist verpflichtet, Patientinnen und Patienten von sich aus aufzuklären. Sie muss auf sachliche und vollständige Weise alle nötigen Informationen geben, damit die Patientin oder der Patient in Kenntnis aller Tatsachen der Behandlung zustimmen kann. Die Patientin oder der Patient hat das Recht Fragen zu stellen, Erklärungen zu verlangen und gegebenenfalls darauf hinzuweisen, dass sie oder er die Information nicht verstanden hat“. Einzelne Kantone weisen zudem ausdrücklich darauf hin, dass Patienten ein Recht auf Einsicht in die Behandlungsunterlagen und auf *Erläuterung* derselben haben.

Nach einer prägnanten Formulierung in einer Botschaft des Bundesrates ist die Aufklärung dann hinreichend, wenn die betroffene Person die Zustimmung in voller Kenntnis der Sachlage erteilt, also nachdem sie alle erheblichen Informationen erhalten hat.

Sämtliche Kantone verlangen eine *Einwilligung* der Patientinnen und Patienten zur Behandlung nach erfolgter Aufklärung (sei es in Bezug auf Eingriffe, sei es in Bezug auf andere medizinische oder pflegerische Massnahmen). Einzelne Kantone (wie etwa

¹¹⁰ Die Patientenrechte im Überblick. Eine gemeinsame Broschüre der Kantone Bern, Freiburg, Jura, Neuenburg, Waadt und Wallis, hrsg. von den Gesundheitsämtern, 2006, www.sanimedia.ch.

Freiburg oder Genf) verlangen explizit, die *Gesundheitsfachperson habe sich zu vergewissern*, dass die von ihr betreuten Patientinnen und Patienten die Informationen erhalten haben, die für eine gültige Einwilligung erforderlich sind.

Die *Form der Einwilligung* kann unterschiedlich sein und hängt vom jeweiligen Eingriff ab. Einzelne Kantone regeln ausdrücklich, dass

- gegen den ausdrücklichen Willen der Patienten keine Eingriffe am Körper (diagnostische Untersuchungen und therapeutische Massnahmen) vorgenommen werden dürfen;
- die Zustimmung des Patienten zur Vornahme einfacher Eingriffe (z.B. nicht invasive Behandlungen oder Routinebehandlungen wie Blutentnahmen oder Blutdruckmessungen) vermutet wird;
- es für grössere oder mit erhöhten Risiken verbundene Eingriffe der ausdrücklichen Einwilligung des Patienten, in der Regel durch Unterzeichnung einer Vollmacht, bedarf;
- im Falle der Verweigerung der Zustimmung zu einer Behandlung dies vom Patienten schriftlich zu bestätigen ist. Dies gilt auch für den Fall, dass eine Person auf Informationen und Aufklärung ausdrücklich verzichtet.
- In Notfällen wird die Einwilligung – unter Berücksichtigung allfälliger Patientenverfügungen – vermutet¹¹¹.

Die einschlägige Bundesgesetzgebung, die sehr sensible Bereich betrifft (Fortpflanzungsmedizin, genetische Untersuchungen, Transplantationen, Forschung an embryonalen Stammzellen) verlangt neben Beratungsgesprächen und sorgfältiger Aufklärung regelmässig eine schriftliche Einwilligung. Besonders betont diese Gesetzgebung die *Freiwilligkeit* der Zustimmung, die keinen Druck auf die Entscheidung der Patienten erlaubt.

Im Zusammenhang mit der Kommunikation zwischen Gesundheitsfachpersonen und Patientinnen und Patienten ist die Tatsache zu erwähnen, dass die meisten kantonalen Spitalgesetzgebungen die Abgabe von schriftlichen Informationen an Patienten beim Spitaleintritt (sog. Patientenorientierung) vorsehen, welche Hinweise zum Betrieb, zur Hausordnung und zu Rechten und Pflichten enthalten.

4. *Bedeutung für den Anspruch auf interkulturelle Übersetzung im Umgang mit Fremdsprachigen*

Die kantonale Gesetzgebung enthält keine ausdrücklichen Regelungen für den Umgang mit Fremdsprachigen. Nur der Kanton Luzern (für die Patientenorientierung beim Spitaleintritt) und der Kanton Tessin (Information betreffend Schwangerschafts-

¹¹¹ Dazu auch hinten lit. E Ziff. 3.

abbruch) sehen die Übersetzung von Informationsbroschüren vor, damit Fremdsprachige erreicht werden können.

Indessen ist aufgrund der klaren Regelungen, wonach die Information der Patienten geeignet und verständlich zu sein hat, wonach sich die Gesundheitsfachpersonen sicher zu sein haben, dass ihre Information verstanden worden ist, und wonach die Zustimmung nur dann gültig ist, wenn die Aufklärung hinreichend war und die Person sich in voller Kenntnis der Sachlage entsprechend äussert, kein anderer Schluss möglich, als dass vor Behandlungen und Eingriffen notwendigerweise ein Übersetzer oder eine Übersetzerin beigezogen werden muss. Analog der Differenzierung bei der Form der Einwilligung hat auch hier die Regel zu gelten, dass je schwerwiegender der Eingriff ist, desto höhere Anforderungen an die Qualität der Übersetzung zu stellen sind, und dass es bei folgenreichen Eingriffen oder auch etwa in Situationen, in welchen verschiedene Alternativen offen stehen, einer hochqualifizierten, gegebenenfalls interkulturellen Übersetzung bedarf.

Der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte in Deutschland lassen sich sehr differenzierte Aufklärungsanforderungen entnehmen:¹¹² Wie das schweizerische Recht geht auch das deutsche Recht vom Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Grundlage der Aufklärungspflicht aus. Als Fälle mit besonderen Anforderungen lassen sich der Gerichtspraxis folgende Konstellationen entnehmen: Mehrere Behandlungsalternativen oder Sterilisationseingriffe; sehr hohe Anforderungen gelten bei nicht indizierten Eingriffen (z.B. kosmetische Eingriffe), abgestufte Anforderungen bei erhöhter Dringlichkeit und verminderter Schwere der Folgen. Besondere Situationen bilden die Aufklärung bei alten oder psychisch kranken Patienten und bei Kindern und Jugendlichen.

Daraus ergeben sich auch gewisse Anforderungen an die Ausbildung und Professionalität der Übersetzenden, welche entsprechende Standards erfüllen und im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten geeignet sein müssen, eine umfassende Aufklärung zu garantieren. Dies gilt aufgrund der qualifizierten Anforderungen an Aufklärung durch die Gesundheitsfachperson und an die Zustimmung der Patientin bzw. des Patienten besonders auch in den von der Bundesgesetzgebung geregelten Bereichen mit ausdrücklich vorgesehenen Beratungsgesprächen, namentlich der Fortpflanzungsmedizin, für genetische Untersuchungen, Transplantationen und Stammzellenforschung.

Auf die Aufklärung fremdsprachiger Patienten kann nur verzichtet werden, falls die Patientin oder der Patient dies ausdrücklich so wünscht. Aber auch in Bezug auf diese geforderte ausdrückliche Willensäusserung bedarf es zwingend einer hinreichenden Übersetzungsleistung, da nur so rechtsgültig auf die Aufklärung verzichtet werden und nur so die fehlende Einwilligung als rechtlich zulässig gelten kann. Da nach einer Vielzahl kantonaler Regelungen für diesen Fall eine schriftliche Bestätigung vorgese-

¹¹² Vgl. für die folgenden Angaben die sehr nützliche Zusammenstellung bei Klaus Ulsenheimer/Uwe Schlüter/Michael H. Böcker/Michael Bayer, *Rechtliche Probleme in Geburtshilfe und Gynäkologie. Eine Fallsammlung zu den Themen Haftung, Aufklärung, Behandlungsfehler und Schweigepflicht*, Stuttgart 1990, S. 44ff.

hen ist, lässt sich eine rechtsgültige Unterschrift auch nur nach genügender Übersetzung einholen. Das gleiche gilt, wenn der Patient oder die Patientin eine Untersuchung oder Behandlung bzw. einen Eingriff verweigern möchte.

Darüber hinaus ist der Verzicht auf eine genügende Information des Patienten nach der Patientenrechtsgesetzgebung der Kantone¹¹³ – neben dem ausdrücklichen Verzicht – nur aus objektiven Gründen möglich, namentlich bei Notfällen, bei übermässiger Belastung des Patienten oder der Patientin oder bei einer vorhersehbaren ungünstigen Beeinflussung des Krankheitsverlaufes. Sprachliche Verständigungsschwierigkeiten sind kein solcher Grund. Allenfalls kann in einem Notfall, mangels Verfügbarkeit einer genügenden Übersetzung, die Information und Aufklärung nach den allgemeinen Regeln für Notfälle in einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden.

D) ZUR FORM DER SICHERSTELLUNG DER INFORMATION IN EINER VERSTÄNDLICHEN SPRACHE

Wie ist diese gemäss völker- und landesrechtlichen Vorgaben verlangte Informationspflicht im Vorfeld eines medizinischen Eingriffs konkret umzusetzen? Normativ verbindliche grund- und menschenrechtliche Vorgaben nehmen zu dieser Frage, wie oben dargestellt, nicht ausdrücklich Stellung. Trotzdem lassen sich basierend auf diesen rechtlichen Grundlagen folgende Vorgaben ableiten:

1. *Recht auf freiwilligen Beizug privater Dolmetscherinnen und Dolmetscher*

Gestützt auf die aus dem Recht auf Gesundheit fliessende Unterlassungspflicht sind Personen, welche von einer Patientin oder einem Patienten mit Übersetzungsleistungen beauftragt werden, auch im öffentlich-rechtlichen Behandlungsverhältnis zuzulassen.

2. *Sicherstellung der Aufklärung durch Familienangehörige, Spitalpersonal etc. mit entsprechenden Sprachkenntnissen?*

Umgekehrt erscheint bei fehlendem Bestehen von professionellen Übersetzungsdiensten eine Sicherstellung des informed consent fremdsprachiger Patientinnen und Patienten basierend auf Dolmetscherleistungen durch Familienangehörige, Bekannte oder Spitalpersonal mit entsprechenden Sprachkenntnissen aus folgenden Erwägungen zumindest ausserhalb des Bereichs einfacher Routineeingriffen rechtlich problematisch:

Zwar haben Patientinnen und Patienten auf Grund der kantonalen Gesetzgebung nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. So bestimmt etwa Art. 16 der Patientenrechtsverordnung des Kantons Bern¹¹⁴, dass Patienten die Pflicht haben, nach Möglichkeit zu

¹¹³ Vgl. etwa § 12 des aargauischen Dekrets über die Rechte und Pflichten der Krankenhauspatienten vom 21. August 1990, wonach die Information bei übermässiger Belastung unterbleiben kann.

¹¹⁴ Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten und der Gesundheitsfachpersonen vom 23. Oktober 2002.

einem erfolgreichen Verlauf der Behandlung beizutragen, insbesondere Auskünfte zu erteilen, Hausregeln zu befolgen, Rücksicht zu nehmen und zu einer *klaren Verständigung mit dem Personal* beizutragen. Laut § 15 des luzernischen Patientenreglements vom 20. November 2007 haben Patienten in „zumutbarer Weise zum guten Verlauf der Untersuchung und der Behandlung beizutragen“, und im Rahmen „[ihrer] Möglichkeiten selbständig zutreffende Informationen namentlich über Person, Gesundheitszustand und familiäre Verhältnisse anzugeben, die für die Untersuchung und Pflege von Bedeutung sind“. Nach Art. 27 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Valais vom 9. Februar 1996 informiert der Patient „soweit als möglich“ die Gesundheitsfachperson „in umfassender und wahrheitsgetreuer Weise“. Eine Vielzahl anderer Kantone regelt ähnliche Mitwirkungspflichten der Patientinnen und Patienten.¹¹⁵

Für den Umgang mit fremdsprachigen Patientinnen und Patienten folgt aus der Rechtslage, dass diese – wie explizit festgehalten – im Rahmen ihrer sprachlichen Möglichkeiten und Fähigkeiten zu einer möglichst guten und klaren Verständigung mit den Gesundheitsfachpersonen beizutragen haben. Aus den gesetzlich verankerten Mitwirkungspflichten von Patientinnen und Patienten lässt sich indessen keine Pflicht ableiten, dass sich diese beispielsweise selbst um den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers bemühen müssten oder gar verpflichtet wären, Verwandte und Bekannte beizuziehen. Unter dem Titel „Mitwirkungspflichten“ wäre es zwar a priori nicht ausgeschlossen, solche Vorgaben festzuschreiben; aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes und des Anspruches auf Vertraulichkeit (siehe nachfolgend) wäre dies allerdings rechtlich unzulässig, mit Ausnahme des Austausches gewisser Informationen, welche die Privatsphäre wenig tangieren (z.B. Angaben zu Personalien, Arbeitgeber etc.).

Es sind nicht nur fehlende Mitwirkungsverpflichtungen und mögliche straf- und haftungsrechtliche Risiken¹¹⁶, denen der Arzt oder die Ärztin unterliegen, wenn sie sich im Vorfeld einer medizinischen Behandlung nicht mit Sicherheit Gewissheit über das informierte Einverständnis der betroffenen Person verschaffen können, sondern es sind auch verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben, die diesen Schluss belegen: So verankert das Recht auf Privatleben gemäss Art. 13 BV resp. Art. 8 EMRK auch einen Anspruch *auf informelle Selbstbestimmung*. Diese Garantie gewährleistet allen Personen einen Anspruch, selber darüber zu befinden, ob, wem und wann sie persönliche Lebenssachverhalte offenbaren wollen¹¹⁷ und regelt damit Elemente des *Daten-*

¹¹⁵ Vgl. etwa Art. 30 der Verordnung über die Patientenrechte des Kantons Obwalden vom 24. Oktober 1991; Art. 44 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Nidwalden vom 30. Mai 2007; Art. 29 der Verordnung über die Organisation des Kantonsspitals, erlassen durch den Landrat des Kantons Glarus, vom 25. September 1996 (Verpflichtung der Patienten, das für Untersuchung, Pflege und Behandlung zuständige Personal im Rahmen seiner Möglichkeiten zu unterstützen und sich der Hausordnung zu unterziehen); § 82 der Vollzugsverordnung zum Gesundheitsgesetz des Kantons Solothurn vom 28. Juni 1999; Art. 60 der Spitalorganisationsverordnung des Kantons St. Gallen vom 17. Juni 1980 (Verpflichtung, das für Untersuchung, Behandlung, Pflege und Betreuung zuständige Personal zu unterstützen); § 7 und 9 der Verordnung des Regierungsrates des Kantons Thurgau über die Rechtsstellung der Patienten und Patientinnen vom 3. Dezember 1996 (Pflicht, vollständig und wahrheitsgemäss die für die Untersuchung, Behandlung und Pflege notwendigen Angaben über ihre Person, ihre Familie und ihre Umgebung zu machen).

¹¹⁶ Siehe dazu hinten lit. E Ziff. 1.

¹¹⁷ Müller (Anm. 42) S. 45; Kiener/Kälin (Anm. 42) S. 158 und Rainer J. Schweizer, Art. 13 Abs. 2, in St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, S. 324ff.

schutzes. Der grundrechtliche Schutz bezieht sich dabei auf alle Daten, die einen Bezug zur Privat- oder gar Intimsphäre einer Person haben. Wie vom Datenschutzgesetz bestätigt¹¹⁸, gehören gesundheitsrelevante Informationen über eine Person unbestritten zum zentralen Bereich persönlicher Daten¹¹⁹. Der Staat steht daher zweifellos unter einer Verpflichtung sicherzustellen, dass auch von ihm beigezogene Dolmetscher in die ärztliche Schweigepflicht miteinbezogen werden. Als Ausfluss seiner Schutzpflichten hat er überdies mittels gesetzlicher Mittel dafür zu sorgen, dass diese Schweigepflicht auch für Übersetzer gilt, die von privaten Medizinalpersonen beauftragt werden. Diese Verpflichtung hat die Schweiz durch die Bestimmungen von Art. 320 des schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB)¹²⁰, welcher Verletzungen des Amtsgeheimnisses pönalisiert, und von 321 StGB¹²¹, der das Arztgeheimnis schützt, umgesetzt.

Weitere Hinweise zum Inhalt des Anspruchs auf Information in einer verständlichen Sprache gibt Art. 10 der Biomedizinkonvention. Diese Norm konkretisiert in Abs. 1 die Vorgaben von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV für den Medizinalbereich und verankert ein ausdrückliches Recht auf „Wahrung der Privatsphäre in Bezug auf Angaben über [die] Gesundheit“. Mit anderen Worten bezweckt diese Norm, den Schutz von Gesundheitsdaten „als hochsensible und intime Daten einer Person“¹²² zu verstärken.

Patientinnen und Patienten haben somit ohne Zweifel einen Anspruch darauf, dass Angaben über ihren Gesundheitszustand vertraulich behandelt werden. Die Patientenrechtsbestimmungen der kantonalen Gesundheitsgesetzgebungen enthalten daher regelmässig Vorschriften zur Vertraulichkeit der von Gesundheitsfachpersonen gewonnenen Informationen und zum Berufsgeheimnis.¹²³ Dieses bildet denn auch die Grundlage für das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Fachperson und Patient oder Patientin. Es gilt auch gegenüber anderen Gesundheitsfachpersonen, die nicht an der Behandlung beteiligt sind. Selbst Angehörige dürfen nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Patienten informiert werden.¹²⁴

In diesem Sinn ist z.B. laut Art. 89 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Freiburg vom 16. November 1999 jeder, der einen Beruf des Gesundheitswesens ausübt, an das Berufsgeheimnis gebunden ist. Dies gilt auch für das Hilfspersonal (Abs. 1). Nach

¹¹⁸ Art. 3 lit. c Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1, zählt Daten über die Gesundheit einer Person zur Kategorie der besonders schützenswerten Daten.

¹¹⁹ Vgl. auch Gächter/Vollenweider (Anm. 39) S. 38.

¹²⁰ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0. Dieser Bestimmung unterliegen Ärzte und Ärztinnen, die in amtlicher Funktion tätig sind, d.h. etwa Kantonsärzte etc.

¹²¹ Siehe zu dieser Bestimmung, der auch das medizinische Hilfspersonal unterliegt, etwa Nicklaus Oberholzer, Art. 321, in Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, S. 2053ff.

¹²² Botschaft Biomedizinkonvention (Anm. 51), BBl 2002 305.

¹²³ Vgl. etwa auch § 42 Abs. 2 und 3 der Gesundheitsverordnung des Kantonsrates des Kantons Schwyz vom 18. Oktober 2002 (danach darf u.a. Dritten nur mit Einverständnis der Patientin oder des Patienten Auskunft erteilt werden); § 18 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Solothurn vom 27. Januar 1989; § 15 Spitalgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 26. März 1981 (Geheimhaltungs- und Schweigepflicht mit Verweis auf Art. 320 und 321 StGB); Art. 41 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Appenzell A.Rh. vom 25. November 2007; Art. 80 Loi sur la santé publique, Kanton Waadt, vom 29. Mai 1985.

¹²⁴ Vgl. auch Die Patientenrechte im Überblick. Eine gemeinsame Broschüre der Kantone Bern, Freiburg, Jura, Neuenburg, Waadt und Wallis, hrsg. von den Gesundheitsämtern, 2006, S. 14; www.sanimedia.ch.

Abs. 2 dient das Berufsgeheimnis dem Schutz der Privatsphäre der Patienten und ist es den daran gebundenen Personen untersagt, Informationen weiterzugeben, zu deren Kenntnis sie in Ausübung ihres Berufes gelangen. Ausdrücklich führt das Gesetz aus, das Berufsgeheimnis gelte auch zwischen Gesundheitsfachpersonen (Abs. 2). Wenn es die Interessen der Patienten erfordert oder diese einwilligen, können Gesundheitsfachleute Informationen über diese Person untereinander weitergeben (Abs. 3). Eine Entbindung vom Berufsgeheimnis ist durch die Patientin oder den Patienten selbst möglich oder, wenn es gerechtfertigt ist, durch Verfügung der Direktion nach Stellungnahme der Kantonsärztin oder des Kantonsarztes (Art. 90). Ähnliche Bestimmungen finden sich im Gesundheitsrecht des Bundes. So dürfen gemäss Art. 19 des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen, vom 8. Oktober 2004¹²⁵, genetische Daten nur der betroffenen Person, oder falls diese urteilsunfähig ist, ihrem gesetzlichen Vertreter mitgeteilt werden. Nur mit ausdrücklicher Zustimmung der betroffenen Person darf die Ärztin oder der Arzt das Untersuchungsergebnis den Verwandten, der Ehegattin oder dem Ehegatten, der Partnerin oder dem Partner mitteilen.¹²⁶

Die kantonale Gesetzgebung bindet regelmässig alle Personen, die einen Beruf des Gesundheitswesens ausüben, *inklusive des sog. Hilfspersonals*, an das Berufsgeheimnis, wobei mitunter auch Art. 321 des StGB in Erinnerung gerufen wird. Danach wird das Offenbaren von Geheimnissen, das u.a. „Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen sowie ihre Hilfspersonen“ infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, als Verletzung des Berufsgeheimnisses unter Strafe gestellt (Abs. 1). Die medizinischen Hilfspersonen unterstehen der gleichen Schweige- und Sorgfaltspflicht wie Medizinalpersonen, was sich regelmässig auch der kantonalen Gesetzgebung entnehmen lässt. Was als Hilfspersonal oder wer als Hilfsperson gilt, oder wer Gesundheitsfachperson ist, wird in der Regel durch die kantonale Gesundheitsgesetzgebung geregelt. So gelten beispielsweise gemäss § 27 des Gesetzes über das Gesundheitswesen des Kantons Zug vom 21. Mai 1970 als medizinische Hilfspersonen: Physiotherapeuten, Masseur und Heilgymnasten, Augenoptiker, Zahntechniker, Krankenschwestern und Krankenpfleger, Ergotherapeuten, Kosmetiker, Fusspfleger und Akupunkteure. Der Regierungsrat kann sodann weitere Hilfspersonen bezeichnen. Das Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 10. Dezember 1973 zählt in § 33 Akustiker, Diätassistenten, Fusspfleger, Gesundheitsschwestern, Heilgymnasten, Krankenpfleger, Krankenschwestern, Masseur, medizinische Laboranten, Optiker, Orthopädisten, Physiotherapeuten, Wochen- und Säuglingspflegerinnen, Sprachtherapeuten, Zahntechniker „und andere“ zu den medizinischen Hilfsberufen, für welche der Regierungsrat Reglemente erlässt und denen

¹²⁵ SR 810.12.

¹²⁶ Gemäss Botschaft des Bundesrates vom 11. September 2002, BBl 2002 7361ff, Ziff. 2.3.11., legt Artikel 19 für den Bereich der genetischen Untersuchungen die wichtigsten Grundsätze fest, wie sie sich zurzeit aus dem ärztlichen Berufsgeheimnis und aus dem Datenschutz bei der Mitteilung medizinischer Daten ergeben. Nach Absatz 1 dürfe das Ergebnis einer genetischen Untersuchung nur der betroffenen Person oder, falls sie urteilsunfähig ist, ihrem gesetzlichen Vertreter mitgeteilt werden. Selbstverständlich bleibe das Recht der betroffenen Person auf Nichtwissen (Art. 18 Abs. 1 Bst. b) vorbehalten. Der Ärztin oder dem Arzt sei es *grundsätzlich untersagt, das Ergebnis einer Untersuchung Drittpersonen mitzuteilen*, gleichgültig ob es sich um Verwandte, den Ehegatten, die Partnerin oder den Partner der betroffenen Person handle.

jede Betätigung am Patienten, die über den Rahmen der Berufsbewilligung hinausgehen, untersagt wird.

Die geschilderte Rechtslage mit dem Anspruch von Patientinnen und Patienten auf Vertraulichkeit und der Pflicht der Gesundheitsfachpersonen und der medizinischen Hilfspersonen, welche den gleichen Schweigepflichten unterstehen, auf Wahrung des Berufsgeheimnisses hat folgende Konsequenzen¹²⁷:

- Die Gesundheitsgesetzgebung enthält keine expliziten Regeln zum Berufsgeheimnis und zur Schweigepflicht von Übersetzerinnen und Übersetzern. Andererseits dürften Personen, die als Übersetzer beigezogen werden, aufgrund der Kenntnisse, die sie erhalten, im Sinne des Strafgesetzbuches als Geheimnisträger betrachtet werden. U.E. müssten daher angesichts der Position der Übersetzenden, der Vertrauensstellung und der hohen Verantwortung, die sie übernehmen, Schweige- und Sorgfaltspflichten ausdrücklich geregelt werden.
- Der Beizug von Verwandten oder gar von technischem oder Reinigungspersonal etc. in einem Spital als Übersetzungshilfe erscheint unter mehreren Gesichtspunkten rechtlich äusserst fragwürdig. Einerseits dürfte den zu diesem Zweck Beigezogenen die notwendige Professionalität zum Übersetzen oft sehr komplexer Vorgänge (Diagnose, Behandlungsplan etc.) abgehen, so dass der rechtlich gebotenen Aufklärungspflicht nicht genüge getan ist und damit kein informed consent vorliegt. Andererseits wären diese Personen ausdrücklich auf ihre Schweigepflicht aufmerksam zu machen, da sie beim Übersetzen Kenntnis von Geheimnissen erlangen, die sie nicht an Dritte weiterleiten dürfen. Auf jeden Fall müsste vor dem Übersetzen die Gesundheitsfachperson die beigezogene Übersetzungshilfe auf ihre Schweigepflicht und allfällige Straffolgen aufmerksam machen.

Im Lichte dieser Vorgabe erscheint klar, dass dem Anspruch auf Information – abgesehen von Routineeingriffen, bei welchen eine Einwilligung vermutet werden darf – nicht generell dadurch Genüge getan werden kann, dass die Informationen von Spitalpersonal gegenüber einer medizinischen Intervention betroffenen fremdsprachigen Person oder von Angehörigen mit genügenden Kenntnissen der Amtssprache übersetzt werden. Dieser Schluss ergibt sich aus den rechtlichen Regeln über das Berufsgeheimnis der Gesundheitsfachpersonen und des medizinischen Hilfspersonals und aufgrund der Sorgfaltspflicht der Übersetzenden, welche die von der Gesundheitsgesetzgebung geforderte umfassende Aufklärung ermöglichen müssen¹²⁸.

¹²⁷ Vgl. dazu auch Ayer/Gilbert (Anm. 1), S. 83ff.

¹²⁸ In diesem Sinn erscheint folgende Aussage der Kommissionssprecherin anlässlich der parlamentarischen Behandlung der Parlamentarischen Initiative Menétrey (06.428) vom 5. Juni 2008 zumindest in ihrer Allgemeinheit rechtlich fragwürdig: „Man kann fremdsprachigen Patientinnen und Patienten zudem auch zumuten, dass sie sich jemanden organisieren, der ihnen bei der Übersetzung hilft. Häufig sind Fremdsprachige in Ausländervereinen organisiert, und da gibt es immer Leute, welche die Landessprache beherrschen. Wo es nicht um wirklich wichtige oder intime Fragen geht, kann auch jemand aus dem Bekannten- oder Familienkreis hinzugezogen werden. Wir glauben, dass das zumutbar ist“.

3. Sicherstellung der Aufklärung durch professionelle interkulturelle Übersetzung

Aufgrund der eben geschilderten rechtlichen Problematik einer Sicherstellung der Aufklärung fremdsprachiger Patientinnen und Patienten mit Hilfe von Übersetzungsleistungen durch Familienangehörige oder durch für diese Arbeit nicht qualifiziertes Spitalpersonal erstaunt es kaum, dass auch die wenigen Stimmen der juristischen Doktrin, die sich überhaupt mit dieser Frage auseinandersetzen, zum Schluss gelangen, eine rechtsgenügende Aufklärung verlange den Beizug qualifizierter Dolmetscherinnen oder Dolmetscher¹²⁹.

Sind diese Erwägungen aber in positiver Weise auch in Rechtstexte eingeflossen? Auf klassischer völker- und verfassungsrechtlicher Ebene finden sich keine ausdrücklichen Hinweise darauf, dass Sprachbarrieren im Gesundheitswesen mit Hilfe von professioneller interkultureller Übersetzung beseitigt werden sollen. Einzig die bereits oben erwähnte Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats aus dem Jahr 2006¹³⁰, d.h. ein Text mit Soft-law-Charakter, beschließt diese Frage in folgender Weise:

„3.2. Professional interpreters should be made available and used on a regular basis for ethnic minority patients who need them, whenever appropriate”.¹³¹

Begründet wird die Empfehlung, auch im Gesundheitsbereich, wenn notwendig, auf professionelle Dolmetscherleistungen Rückgriff zu nehmen und von Übersetzungsdienstleistungen durch Familienangehörige oder andere dafür nicht qualifizierte Personen Abstand zu nehmen, im Erläuternden Bericht zur Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats mit folgenden aus empirischen Studien fließenden Argumenten:

„Using untrained interpreters, especially family members, is the most frequently used method of trying to solve the problem of language barriers. A growing body of evidence suggests that the use of informal, untrained interpreters can lead to serious miscommunication, and so to inadequate care. Untrained interpreters may be proficient in both languages but may lack interpreting skills. Poor interpreting leads to misunderstandings, wrong diagnoses and low adherence. Untrained interpreters who are insufficiently familiar with both cultures are unable to provide the necessary intercultural mediation. Relatives, especially children, are also at a high risk of stress disorders themselves, if they have to translate emotionally charged interviews (...)“¹³².

¹²⁹ Siehe etwa Walter Fellmann (Anm. 90) S. 196 („Spezielle Probleme stellen sich bei fremdsprachigen Patienten. Bestehen ernsthafte Zweifel an ihrer Sprachkompetenz, muss der Arzt zum Aufklärungsgespräch einen Dolmetscher beiziehen“); Antoine Roggo, Aufklärung des Patienten: eine ärztliche Informationspflicht, Diss. Bern 2002, S. 182; Ayer/Gilbert (Anm. 1) S. 52ff.

¹³⁰ Empfehlung Rec(2006)18 of the Committee of Minister (Anm. 66).

¹³¹ Ähnlich bereits Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe (Anm. 70): „Patients have the right to be fully informed about their health status, including the medical facts about their condition; about the proposed medical procedures, together with the potential risks and benefits of each procedure; about alternatives to the proposed procedures, including the effect of non-treatment; and about the diagnosis, prognosis and progress of treatment. (...). Information must be communicated to the patient in a way appropriate to the latter's capacity for understanding, minimizing the use of unfamiliar technical terminology. *If the patient does not speak the common language, some form of interpreting should be available*“ (a.a.O, Ziff. 2.2 und 2.4).

¹³² Erläuternder Bericht (Anm. 68), S. 15.

Vor diesem Hintergrund erstaunt, dass sich in den kantonalen Gesetzgebungen keinerlei Hinweise auf die Etablierung professioneller Übersetzungsangebote im Gesundheitsbereich finden. Lediglich einige Merkblätter von Spitälern machen auf ein allfälliges Angebot oder auf die Möglichkeit eines Beizuges von Übersetzenden aufmerksam¹³³.

In Bezug auf Fremdsprachige im Allgemeinen bedeutet die Aufnahmepflicht¹³⁴ verbunden mit dem Anspruch der Patienten auf angemessene Behandlung und damit zusammenhängend insbesondere auch auf eine rechtsgenügende Aufklärung, dass in den Spitälern eine adäquate Übersetzungsinfrastruktur zur Verfügung stehen müsste, wobei es den Kantonen bzw. den Spitälern überlassen bliebe, wie sie dies organisieren würden (z.B. eigener Dienst in grösseren Spitälern oder Beizug einer anerkannten Vermittlungsstelle für interkulturelle Übersetzung). Verzichtet ein öffentlicher medizinischer Leistungserbringer auf die Schaffung einer solchen Infrastruktur, steht er bei tatsächlich bestehenden Sprachbarrieren vor dem Dilemma, eine medizinisch indizierte Behandlung auch ohne Vorliegen eines informed consent vorzunehmen und damit gegen die aus den Persönlichkeitsrechten der Patienten fliessenden Aufklärungs- und Informationspflichten zu verstossen sowie das Risiko einer allfälligen Haftung für aus der Behandlung resultierende Schäden und allfällige strafrechtliche Konsequenzen¹³⁵ einzugehen oder aber aus diesen Gründen eine Behandlung abzulehnen und damit gegen die aus verschiedenen rechtlichen Vorgaben fliessende Behandlungspflicht, das Diskriminierungsverbot und in Ausnahmefällen allenfalls gar gegen strafrechtliche Vorgaben¹³⁶ zu verstossen.

Insofern wäre die Gesetzgebung bezüglich Spitalversorgung zu ergänzen, die bis heute keinerlei Regelungen in Bezug auf den Umgang mit fremdsprachigen Patienten kennt¹³⁷.

4. *Sicherstellung der Information durch Medizinalpersonen mit spezifischen Sprachkenntnissen und/oder durch Aufklärungsformulare in den wichtigsten Migrantensprachen*

Dolmetscherdienstleistungen erweisen sich freilich auch im Gesundheitsbereich nur bei tatsächlich bestehenden Kommunikationsbarrieren zwischen Patient oder Patientin einerseits und den medizinischen Leistungserbringern andererseits als notwendig. Derartige Hindernisse liessen sich etwa wenn auch nicht generell beseitigen, so doch möglicherweise verringern, durch den Aufbau spezifischer Sprachkompetenzen an

¹³³ Vgl. vorne lit. C.

¹³⁴ Siehe dazu vorne lit. C Ziff. 1.1.

¹³⁵ Siehe dazu auch hinten lit. E Ziff. 1 zum Risiko der Begehung einer fahrlässigen Körperverletzung bei Vornahme einer medizinischen Intervention ohne Vorliegen einer rechtsgenügenden Einwilligung der betroffenen Person.

¹³⁶ Siehe etwa Art. 127 StGB.

¹³⁷ Mit Ausnahme des Kantons Luzern, der wie erwähnt die Übersetzung der Patienteninformation vorsieht. In Bezug auf die Zweisprachigkeit des Kantons Freiburg statuiert das Gesetz vom 27. Juni 2006 über das Freiburger Spitalnetz bezüglich Organisation der Spitaltätigkeit in Art. 25 Abs. 3, diese Zweisprachigkeit des Kantons müsse berücksichtigt werden, insbesondere für die Organisation der Dienste, die aufgrund der Spitalplanung einen kantonalen Auftrag haben.

bestimmten – meist grösseren – Spitälern, von Netzwerken oder durch die Schaffung von Listen von selbständig praktizierenden Ärztinnen und Ärzten mit spezifischen Sprachkenntnissen, die sich auf diese Weise gar einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnten.

Diese Massnahmen bestechen nicht nur durch ihre (weitgehende) Kostenneutralität, sie weisen im Vergleich zu Dolmetscherdienstleistungen auch den Vorteil auf, dass eine direkte Kommunikation stets weniger fehleranfällig ist, als selbst eine professionelle interkulturelle Übersetzung. Zudem kann sich auf diese Weise die Ärztin oder der Arzt selbständig vom Vorliegen der Einwilligung eines Patienten zu einer medizinischen Intervention überzeugen. Daher überzeugt dieses Modell auch unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten.

Bei spezifischen Therapieformen, die wesentlich auf dem Element der Kommunikation beruhen, treten die Vorteile dieses Modells noch stärker zu Tage. Dazu zählen etwa die Psychotherapie oder die Logopädie. Hier dürften bei Inanspruchnahme einer interkulturellen Übersetzung nicht nur die dafür notwendigen Kosten weit stärker als üblich ins Gewicht fallen, sondern eine direkte Kommunikation neben einer Kürzung der Therapiedauer mutmasslich auch zu einer Steigerung der Therapiequalität beitragen (Möglichkeit von spontanen Äusserungen, Stärkung des Vertrauensverhältnisses durch die fehlende Anwesenheit einer Drittperson etc.).

Ist im konkreten Fall keine Medizinalperson mit den geforderten Sprachkenntnissen verfügbar, können Sprachbarrieren zumindest partiell durch eingriffsspezifische Aufklärungsformulare in den wichtigsten Migrantensprachen abgebaut werden. Aufklärungsformulare vermögen zwar die mündliche Aufklärung im Vorfeld einer medizinischen Intervention keinesfalls zu ersetzen, da sich der Arzt, die Ärztin nur im persönlichen Gespräch vergewissern kann, dass eine betroffene Person tatsächlich in Kenntnis aller Umstände in eine medizinische Behandlung einwilligt¹³⁸. Mit Hilfe dieser schriftlichen Information lässt sich mit anderen Worten – stehen nicht einfache Routineeingriffe zur Diskussion – die Notwendigkeit einer Abstützung auf Dolmetscherdienstleistungen nicht vermeiden, sie können aber der Patientin oder dem Patienten wichtige Vorinformationen verschaffen und so beitragen, dass das eigentliche Aufklärungsgespräch qualitativ verbessert und zeitlich gestrafft werden kann.

U.E. wäre es daher angebracht, innerhalb von Spitalverbänden und Fachorganisationen der Ärzteschaft vermehrt Bemühungen zu unternehmen, damit fremdsprachige Migrantinnen und Migranten direkt durch Medizinalpersonen mit spezifischen Sprachkenntnissen behandelt werden können und dass Aufklärungsformulare für die häufigsten Eingriffe zumindest in die wichtigsten Migrantensprachen übersetzt werden (und auf dem Internet erhältlich sind).

¹³⁸ Fellmann (Anm. 90) S. 198f m.w.H. Dieser Autor weist überdies auf die Gefahr der Benutzung dieser Formular im Sinne einer „Desinformation durch Überinformation“ hin (a.a.O., S. 199). Dieses Risiko dürfte bei einer Behandlung von Migrantinnen und Migranten aus anderen Kulturkreisen besonders virulent sein.

E) BESONDERHEITEN BEI ANDEREN VERHÄLTNISSEN ZWISCHEN PATIENT UND MEDIZINALPERSON

1. *Privatrechtliches Behandlungsverhältnis*

Lässt sich ein Patient oder eine Patientin durch eine Privatärztin oder in einem Privatspital medizinisch behandeln, erfolgt die Behandlung nicht wie im öffentlichen Spital gestützt auf einen öffentlich-rechtlichen¹³⁹, sondern auf einen dem Privatrecht unterliegenden Vertrag. Dieser gilt nach Lehre und Rechtsprechung als einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 OR.

In welchem Sinn gelten die grund- und menschenrechtlichen Verpflichtungen zur rechtsgenügenden Aufklärung von Patientinnen und Patienten vor einer medizinischen Intervention angesichts der Tatsache, dass diese Pflichten einzig staatliche Organe binden, auch in diesem privatrechtlich determinierten Verhältnis?

Sowohl auf internationaler wie auch auf verfassungsrechtlicher Ebene¹⁴⁰ ist anerkannt, dass der Staat verpflichtet ist, angemessene, und insbesondere gesetzgeberische Massnahmen zu ergreifen, damit die Vorgaben der Menschen- und Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen. Diese als Schutzpflicht bezeichneten Verpflichtungen aus der Persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 BV und dem Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK hat die Schweiz mit dem privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28ff ZGB umgesetzt. Diese privatrechtlichen Vorgaben sichern das Selbstbestimmungsrecht von Patientinnen und Patienten und ihre körperliche Integrität, indem jede Verletzung der Persönlichkeit als widerrechtlich gilt, „wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist“¹⁴¹. Gestützt auf diese Grundlagen unterliegen Medizinalpersonen im Rahmen eines privaten Behandlungsvertrages denselben Aufklärungs- und Informationspflichten wie Beschäftigte an öffentlich-rechtlich organisierten Spitälern¹⁴². Werden diese Verpflichtungen verletzt, und beruht eine medizinische Interventionen nicht auf dem informed consent der betroffenen Personen, haftet eine Ärztin oder ein Arzt gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts nicht nur für eigentliche Behandlungsfehler, sondern auch für Schäden, die aus einer medizinisch korrekt durchgeführten Intervention resultieren, d.h. auch wenn kein Kunstfehler vorliegt. Das normalerweise vom Patienten getragene

¹³⁹ Welcher primär durch das oben umschriebene kantonale öffentliche Gesundheitsrecht bestimmt wird.

¹⁴⁰ Siehe prägnant Art. 35 BV. Für die internationale Ebene siehe statt etwa Kälin/Künzli (Anm. 13) S. S. 118ff.

¹⁴¹ Art. 28 Abs. 2 ZGB.

¹⁴² BGE 117 Ib 200f: „Die Aufklärungspflicht gehört (...) zu den allgemeinen Berufspflichten des Arztes, und zwar unabhängig davon, ob er im Rahmen eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses oder als Beamter oder Angestellter des Staates handelt. (...) Dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz - sei er privat- oder öffentlichrechtlich (...) - liegt das Prinzip zugrunde, fremdbestimmte Eingriffe in die geschützten Rechtsgüter zu verbieten und die Verfügung darüber allein ihrem Inhaber vorzubehalten. Der Zweck eines Eingriffs in die körperliche Integrität ändert deshalb nichts an dessen Widerrechtlichkeit, solange er nicht vom Rechtsträger selbst, sondern von einem Dritten, zum Beispiel dem operierenden Chirurgen, bestimmt wird“. Vgl. dazu auch Fellmann (Anm. 90) S. 168f und Gächter/Vollenweider (Anm. 39) S. 134ff.

Risiko eines medizinischen Eingriffs geht daher bei fehlender Aufklärung und Information – wie auch im öffentlich-rechtlichen Behandlungsverhältnis – auf die behandelnde Medizinalperson über¹⁴³.

Unterstützt werden diese Vorgaben des öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes durch das Strafrecht. So erfüllt, trotz Kritik der Lehre¹⁴⁴, gemäss bundesgerichtlicher Praxis¹⁴⁵ jeder medizinische Eingriff, selbst wenn er medizinisch indiziert und lege artis ausgeführt worden ist, soweit er in die Körpersubstanz eingreift oder auch nur vorübergehend das physische Wohlbefinden oder die körperliche Leistungsfähigkeit beeinträchtigt, den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung im Sinne von Art. 122ff StGB. Eine Strafbarkeit entfällt allerdings, wenn der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung der betroffenen Person vorliegt. Fehlt hingegen ihr Einverständnis, macht sich der behandelnde Arzt je nachdem, ob die mangelnde Aufklärung auf Fahrlässigkeit beruhte oder gar vorsätzlich erfolgte, der fahrlässigen (Art. 125 StGB) oder der vorsätzlichen schweren oder einfachen Körperverletzung (Art. 122 und 123 StGB) schuldig. Will sich damit ein Arzt oder eine Ärztin nicht strafbar machen, hat sie oder er die Patientin oder den Patienten eingehend und umfassend, d.h. unter anderem mit Hinweisen auf mögliche Risiken und Komplikationen, aufzuklären¹⁴⁶.

Diese privat- und strafrechtlichen Schlussfolgerungen gelten auch bei einer medizinischen Behandlung fremdsprachiger Patientinnen und Patienten. Soll daher bei effektiv bestehenden Sprachbarrieren eine zivilrechtliche Haftung oder gar eine strafrechtliche Verantwortlichkeit vermieden werden, hat sich die Medizinalperson zu vergewissern, dass die betroffenen Person gestützt auf ihren freien Willen und in Kenntnis aller relevanten Fakten in den medizinischen Eingriff eingewilligt hat. Diese Gewissheit kann – abgesehen von Fällen einfachster Interventionen – in aller Regel nur gestützt auf eine professionelle Übersetzung erlangt werden. Fehlt diese Möglichkeit und liegt keine Notfallsituation vor, steht aber selbständig tätigen Ärztinnen und Ärzten stets die Möglichkeit offen, von einer Behandlung oder anders formuliert vom Abschluss eines Behandlungsvertrages abzusehen¹⁴⁷.

2. *Das Behandlungsverhältnis im besonderen Rechtsverhältnis*

Weitergehenden, unmittelbaren Verpflichtungen unterliegen Staaten gegenüber Personen, die ihre Subsistenzbedürfnisse nicht mehr selbständig befriedigen können, weil sie sich in staatlichem Gewahrsam oder sonst unter mehr oder weniger vollständiger staatlicher Kontrolle befinden oder anderen staatlichen Einschränkungen unterliegen¹⁴⁸. Solche Personen haben einen subjektiven Anspruch auf medizinisch gebotene

¹⁴³ BGE 117 Ib 197ff. Vgl. dazu auch Fellmann (Anm. 90) S. 221f und Wolfgang Wiegand, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 187.

¹⁴⁴ Siehe dazu die Hinweise in Andreas Roth, Vor Art. 122, in Niggli/Wiprächtiger (Anm. 121), S.121.

¹⁴⁵ Vgl. etwa BGE 124 IV 258.

¹⁴⁶ Roth (Anm. 144) S. 122.

¹⁴⁷ Dazu auch Art. 5 Standesordnung FMH (Anm. 58).

¹⁴⁸ D.h. primär Straf- und Untersuchungsgefangene, aber auch Personen, die gegen ihren Willen in

Leistungen, welche über das Minimum des harten Kerns hinausgehen. Dies gilt im vollem Umfang etwa für Menschen, die sich in *Untersuchungshaft* oder *Strafgefängenschaft* befinden, oder welchen gestützt auf strafrechtlich angeordnete Massnahmen oder einen fürsorgerischen Freiheitsentzug ihre Bewegungsfreiheit und damit auch die Möglichkeit entzogen wurde, frei über die benötigten Gesundheitsleistungen zu befinden. Ebenfalls zu dieser Kategorie gehören Personen, denen der Staat die selbständige Befriedigung ihrer Subsistenzbedürfnisse, und damit auch die entgeltliche Inanspruchnahme medizinischer Dienstleistungen, etwa durch Arbeitsverbote oder ähnliche Massnahmen, untersagt. Einer Amtssprache nicht mächtige Personen, die von einer der umschriebenen Einschränkungen betroffen sind, haben folglich – zumindest bei finanzieller Mittellosigkeit – ein subjektives und durchsetzbares Recht auf Inanspruchnahme von staatlichen Übersetzungsleistungen, die eine Nutzung qualitativ genügender ärztlicher und zahnärztlicher Leistungen im Bereiche von Diagnose und Therapie ermöglichen und Gewähr dafür bieten, dass medizinische Eingriffe einzig gestützt auf den informed consent der betroffenen Person erfolgen. Die Kosten hat dabei in vollem Umfang der Staat zu übernehmen, sind seine Massnahmen doch oft nicht nur für die Bedürftigkeit kausal, sondern sie verunmöglichen den betroffenen Personen häufig auch die Auswahl von Medizinalpersonen mit spezifischen Sprachkenntnissen und, zumindest in Haftsituationen, den Beizug von privaten Dolmetschern.

3. *Das Behandlungsverhältnis in Notfallsituationen*

In Notfallsituationen unterstehen Ärzte und Ärztinnen, unabhängig davon ob sie selbständig praktizieren¹⁴⁹ oder unselbständig tätig sind, einer Behandlungspflicht. Diese Tatsache akzentuiert damit auf den ersten Blick die Notwendigkeit einer funktionierenden Kommunikation zwischen Ärztin und Patient. Ist die Patientin oder der Patient in einer Notfallsituation aber vorübergehend urteilsunfähig¹⁵⁰, darf seine oder ihre mutmassliche Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung vermutet werden¹⁵¹. Mit anderen Worten kann hier auf den hypothetischen Willen abgestellt werden¹⁵², der möglicherweise zusätzlich durch die Befragung naher Angehöriger¹⁵³ oder durch eine Patientenverfügung verifiziert werden kann.

einer psychiatrischen Institution festgehalten werden, sowie etwa Asylbewerber und Asylbewerberinnen.

¹⁴⁹ Siehe dazu Art. 5 der Standesordnung der FMH (Anm. 58).

¹⁵⁰ Sog. kasuelle Urteilsunfähigkeit; siehe dazu etwa Fellmann (Anm. 90) S. 192.

¹⁵¹ Siehe dazu vorne lit. C zu den entsprechenden Vorgaben der kantonalen Gesundheitsgesetzgebung.

¹⁵² So auch Wiegand (Anm. 143) S. 164.

¹⁵³ Stützt sich ein Arzt oder eine Ärztin auf die Angaben von Angehörigen ab, sind diese Angehörigen aber über die Diagnose, die mögliche Therapie, die Prognose und mögliche Alternativen aufzuklären; Fellmann (Anm. 90) S. 192.

III. KOSTENTRAGUNG UND FINANZIERUNG

A) VORBEMERKUNG: MÖGLICHKEITEN ZUR VERMEIDUNG EINER ENTSTEHUNG VON ÜBERSETZUNGSKOSTEN

Wie vorne dargestellt, sind Massnahmen zur Vermeidung der Notwendigkeit des Einsatzes von Dolmetscherleistungen nicht nur ökonomisch sinnvoll, sie erhöhen auch die Qualität der Diagnose und der Therapie. Die Frage einer Kostentragung stellt sich daher einzig in denjenigen Konstellationen, in welchen für eine notwendige medizinische Behandlung keine Medizinalperson mit spezifischen Sprachkenntnissen zur Verfügung steht.

B) KOSTENTRAGUNG UND FINANZIERUNG VON DOLMETSCHERDIENSTLEISTUNGEN IM GESUNDHEITSBEREICH

1. *Allgemeines*

Im Folgenden ist primär zu untersuchen, ob die Aufwendungen für Dolmetscherleistungen im Gesundheitswesen von den Sozialversicherungen (Ziff. 2), den Leistungserbringern (Spitäler, Ärzte) oder den Patientinnen und Patienten (Ziff. 3) zu tragen sind, und ob gegebenenfalls die öffentliche Hand im Rahmen der Sozialhilfe (Ziff. 4) einspringen muss. Denkbar sind auch andere Kostentragungsmodelle, die allerdings zunächst auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden müssten (z.B. öffentliche Finanzierung von Dolmetschervermittlungsstellen). Eine Expertengruppe hat im Rahmen des „Migrant Friendly Hospitals Spitalnetzwerk für die Migrationbevölkerung“ im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit und von „H+ Die Spitäler der Schweiz“ im Januar 2008 einen „Bericht über die Finanzierung von Dolmetscherleistungen zugunsten der Angehörigen der Bevölkerung, welche die jeweilige Amtssprache nicht verstehen, in den schweizerischen Gesundheitsinstitutionen“¹⁵⁴ verfasst. Dieser untersucht insbesondere die Situation in den verschiedenen Bereichen der Sozialversicherung und die Möglichkeiten der Finanzierung im Rahmen der allgemeinen Gesundheitsversorgung. Im Folgenden wird auf verschiedene Schlussfolgerungen dieses Berichts abgestellt, namentlich was die Ausführungen zur Regelung der Finanzierung in Spitälern oder der Tarifregelung betrifft.

2. *Kostentragung durch die Sozialversicherungen?*

2.1. *Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG)*

a) *Versicherungspflicht*

Gemäss Art. 3 des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) vom 18. März 1994¹⁵⁵ gilt in der Schweiz eine Versicherungspflicht. Nach Abs. 1 ist jede Person mit Wohnsitz

¹⁵⁴ Bericht vom 31. Januar 2008, publiziert auf www.bag.admin.ch.

¹⁵⁵ SR 832.10.

in der Schweiz verpflichtet, sich innert drei Monaten nach Wohnsitznahme oder Geburt in der Schweiz für Krankenpflege versichern zu lassen. Die Versicherungspflicht kann in gewissen Fällen auch auf Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz ausgedehnt werden, namentlich auf solche, die in der Schweiz tätig sind (vgl. Abs. 3 Abs. 3 lit. a KVG)¹⁵⁶.

Die Tatsache, dass für die Versicherungspflicht auf den *Wohnsitz* in der Schweiz abgestellt wird und nicht etwa auf die Anmeldung bei einer Gemeinde oder auf die Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung, macht deutlich, dass alle Personen, die sich mit der Absicht dauernden Verbleibens¹⁵⁷ in der Schweiz aufhalten, der Versicherungspflicht unterstehen. Dies betrifft namentlich auch abgelehnte Asylsuchende¹⁵⁸ oder andere Personen, die sich illegal in der Schweiz mit der Absicht des Verbleibens aufhalten. Faktisch geniessen diese sog. „sans papiers“ aber oft keinen Versicherungsschutz.

b) *Leistungsbereich*

Laut Art. 24 KVG übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung nur die Kosten für die Leistungen nach Art. 25-31 KVG und zwar nach den Voraussetzungen der Art. 32-34 KVG. Dabei handelt es sich um eine abschliessende Aufzählung¹⁵⁹ namentlich folgender Leistungen:

- Allgemeine Leistungen bei Krankheit (Art. 25 KVG): Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt die Kosten für *Leistungen*, die der *Diagnose oder Behandlung einer Krankheit oder ihrer Folgen dienen* (Abs. 1). Das Gesetz enthält eine abschliessende Liste, welche Leistungen welcher Leistungserbringer davon betroffen sind, namentlich laut Abs. 2 von Art. 25 KVG
 - „a. *Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen*, die ambulant, bei Hausbesuchen, stationär, teilstationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt werden von: 1. Ärzten oder Ärztinnen, 2. Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen, 3. Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen;

¹⁵⁶ Für Familienangehörige von Personen, die auf Grund der Erwerbstätigkeit in der Schweiz versicherungspflichtig sind, die aber ihren Wohnsitz in einem EU-Staat oder in Island oder Norwegen haben, regelt das Gesetz, dass die Familienangehörigen beim selben Versicherer zu versichern sind. Dies gilt auch für den Fall, dass die Person zwar nicht in der Schweiz erwerbstätig ist, aber eine schweizerische Rente oder Leistungen der schweizerischen Arbeitslosenversicherung bezieht.

¹⁵⁷ Gemäss Art. 1 Abs. 1 KVV unterstehen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz nach den Artikeln 23 bis 26 des Zivilgesetzbuches (ZGB) der Versicherungspflicht. Der Wohnsitz einer Person befindet sich nach Art. 23 ZGB an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält; Art. 24 Abs. 2 ZGB präzisiert, dass, wenn ein früher begründeter Wohnsitz nicht nachweisbar ist oder ist ein im Ausland begründeter Wohnsitz aufgegeben und in der Schweiz kein neuer begründet worden ist, der Aufenthaltsort als Wohnsitz gilt.

¹⁵⁸ Nach Art. 7 Abs. 5 KVV sind Asylsuchende sowie Schutzbedürftige verpflichtet, sich unmittelbar nach Zuweisung an die Kantone zu versichern, wobei die Versicherung im Zeitpunkt der Einreichung des Asylgesuches beginnt. Sie „endet am Tag, an dem diese Personen die Schweiz nachgewiesenermassen verlassen haben oder mit ihrem Tod“. Damit erscheint klar, dass die Versicherungspflicht erst mit dem (physischen) Verlassen der Schweiz endet und nicht schon mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid.

¹⁵⁹ Vgl. Botschaft über die Revision der Krankenversicherung, vom 6. November 1991, BBl 1992 I 151 und 161 (wonach der gesetzliche Leistungskatalog „verbindlich und erschöpfend“ ist).

- b. die ärztlich oder unter den vom Bundesrat bestimmten Voraussetzungen von Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen verordneten Analysen, Arzneimittel und der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände;
 - c. einen Beitrag an die Kosten von ärztlich angeordneten Badekuren;
 - d. die ärztlich durchgeführten oder angeordneten Massnahmen der medizinischen Rehabilitation;
 - e. den Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung eines Spitals;
 - f. den Aufenthalt in einer teilstationären Einrichtung;
 - g. einen Beitrag an die medizinisch notwendigen Transportkosten sowie an die Rettungskosten
 - h. die Leistung der Apotheker und Apothekerinnen bei der Abgabe von nach Buchstabe b verordneten Arzneimitteln“.
- Medizinische Prävention (Art. 26 KVG): Übernahme der Kosten für bestimmte Untersuchungen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten sowie für vorsorgliche Massnahmen zugunsten von Personen, die in erhöhtem Masse gefährdet sind; die Untersuchungen/Massnahmen sind von einem Arzt/einer Ärztin durchzuführen.
 - Übernahme der Kosten bei *Geburtsgebrechen*, die nicht von der Invalidenversicherung gedeckt sind (Art. 27 KVG), bei *Unfällen* (Art. 28 KVG), bei *Mutterschaft* (Art. 29 KVG) und beim *straflosen Schwangerschaftsabbruch* (Art. 30 KVG), jeweils im Umfang der Leistungen wie bei Krankheit.
 - Übernahme der Kosten für *zahnärztliche Behandlungen* nur in gewissen Fällen (schwere Erkrankung des Kausystems usw.; Art. 31 KVG).

Sind damit Übersetzungsleistungen vom Leistungskatalog des KVG umfasst? Es liesse sich argumentieren, es handle sich bei der Übersetzungsleistung im Gesundheitsbereich (z.B. im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vor einer Operation oder des Gespräches zur Erstellung der Diagnose, und in gleichem Masse auch für medizinische Präventionsmassnahmen i.S. von Art. 26 KVG) um Leistungen, die gemäss Art. 25 Abs. 1 KVG *der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit* oder ihrer Folgen dienen. Als Leistung gemäss Abs. 2 von Art. 25 KVG käme dabei eine Subsumtion unter Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziffer 3 KVG in Frage, als diejenige einer Person, „die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringt“.

Allerdings muss es sich nach klarem Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 lit. a KVG um Untersuchungen, Behandlungen oder Pflegemassnahmen handeln. In diesem Sinne hat das Bundesgericht in einem Urteil vom 31. Dezember 2002¹⁶⁰ festgehalten, *die obligatorische Krankenversicherung müsse die Kosten des Übersetzers*, der vom den Beschwerdeführer behandelnden Psychiater zugezogen worden war, *nicht übernehmen*. Gemäss Bundesgericht sind nur Kosten für Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen erfasst. Zur Krankheitsbekämpfung gehörten nur Massnahmen, die

¹⁶⁰ Urteil vom 31. Dezember 2002 i.S. K, K 138/01.

diagnostischen, therapeutischen oder pflegerischen Charakter hätten¹⁶¹ und damit Massnahmen zur gezielten Bekämpfung einer Krankheit und ihrer Folgen. Daher lehnt das Bundesgericht bereits wegen der Tatsache, dass *Übersetzungskosten nicht in den Leistungsbereich des KVG fallen*, eine Übernahme der Übersetzungskosten durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung ab.

c) *Voraussetzungen und Umfang der Kostenübernahme nach KVG*

Laut Art. 32 Abs. 1 KVG müssen die Leistungen nach Art. 25 bis 31 KVG im Weiteren „wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein“, wobei die Wirksamkeit nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein muss. Nach Art. 33 KVG hat der Bundesrat die Kompetenz, Leistungen von Ärzten und Ärztinnen bzw. von Chiropraktorinnen und Chiropraktoren zu bezeichnen, deren Kosten von der Krankenpflegeversicherung nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen übernommen werden. Der Bundesrat bestimmt u.a. auch, in welchem Umfang die obligatorische Krankenpflegeversicherung neue oder umstrittene Leistungen übernimmt (Art. 33 Abs. 2 KVG). Nach Art. 34 Abs. 1 KVG dürfen die Versicherer im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung keine anderen Kosten als diejenigen für Leistungen nach den Art. 25-33 übernehmen. Mit dieser Bestimmung wird noch einmal daran erinnert, dass der *Leistungskatalog verbindlich und erschöpfend* geregelt ist.¹⁶²

Abs. 2 von Art. 34 Abs. 1 KVG ermächtigt schliesslich den Bundesrat zu bestimmen, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten von Leistungen nach den Artikeln 25 Abs. 2 (Allgemeine Leistungen bei Krankheit) oder 29 (Mutterschaft) übernimmt, „die aus *medizinischen Gründen im Ausland* erbracht werden“. Gemäss Botschaft des Bundesrates¹⁶³ kommen dafür einerseits Notfälle in Frage, andererseits Leistungen, die in der Schweiz nicht gleichwertig angeboten werden können.

d) *Leistungserbringer*

Art. 35 bis 40 KVG regeln in abschliessender Weise¹⁶⁴ die *Leistungserbringer*, die zu Tätigkeiten zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sind. Dabei handelt es sich nach der Aufzählung in Art. 35 KVG namentlich um a) Ärztinnen und Ärzte; b) Apothekerinnen und Apotheker; c) Chiropraktorinnen und Chiropraktoren; d) Hebammen; e) *Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen, und Organisationen, welche solche beschäftigen*; f) Laboratorien; g) Abgabestellen für Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder Behandlung dienen; h) Spitäler; i) Einrichtungen, die der teilstationären Krankenpflege dienen; k) Pflegeheime; l) Heilbäder; m) Transport- und Rettungsunternehmen; n) Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte oder Ärztinnen dienen.

¹⁶¹ Anzumerken ist, dass das Gesetz nicht vom Charakter der Massnahmen spricht, sondern davon, welchem Zweck die Leistungen *dienen*, namentlich der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit.

¹⁶² So die Botschaft zum KVG (Anm. 159), BBl 1992 I 161.

¹⁶³ A.a.O. (Anm. 159), S. 162.

¹⁶⁴ Vgl. dazu BGE 125 V 284.

Ob Übersetzerinnen und Übersetzer unter lit. e) fallen könnten, als Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen¹⁶⁵, oder als Angestellte einer Organisation, die solche Leistungen erbringt, ist aufgrund des Gesetzeswortlautes nicht klar. Art. 46 Verordnung über die Krankenversicherung (KVV)¹⁶⁶ führt dazu aus, als Personen, die auf ärztliche Anordnung hin Leistungen erbringen, würden Personen zugelassen, die einen der folgenden Berufe selbständig und auf eigene Rechnung ausüben würden: a. Physiotherapeut oder Physiotherapeutin; b. Ergotherapeut oder Ergotherapeutin; c. Pflegefachfrau oder Pflegefachmann; d. Logopäde oder Logopädin; e. Ernährungsberater oder Ernährungsberaterin. Diese Personen müssen gemäss Abs. 2 von Art. 46 KVV zudem nach kantonalem Recht zugelassen sein und weitere Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, wie z.B. den Nachweis von anerkannten Diplomen und eine praktische Tätigkeit bestimmter Dauer (vgl. Art. 47ff KVV).

Damit erscheint klar, dass *unter der aktuellen Regelung Kosten für Dolmetscherinnen und Dolmetscher nicht unter diese Kategorie der sog. „medizinischen Hilfspersonen“* oder des „ärztlichen Hilfspersonals“ subsumiert werden können. Dieser Schluss drängt sich auch aufgrund der Systematik des Gesetzes auf, das ausschliesslich Medizinalpersonen (nichtärztliche Therapeuten und nichtärztliche Heilberufe) im Auge hat. Als *nichtmedizinische Leistungserbringer* finden sich einzig die Transport- und Rettungsunternehmen auf Stufe Gesetz als eigenständige Leistungserbringer geregelt (Art. 35 Abs. 2 lit. m KVG)¹⁶⁷. Zudem werden die medizinisch notwendigen Transport- und Rettungskosten im Gesetz als Leistung statuiert (Art. 25 Abs. 2 lit. g KVG).

In seinem oben erwähnten Urteil vom 31. Dezember 2002¹⁶⁸ hat das Bundesgericht mit Hinweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen festgehalten, dass Übersetzer nicht zu den im KVG anerkannten Leistungserbringern zählen. Daran ändere der Umstand nichts, dass die Tätigkeit im Zusammenhang mit medizinischen Pflichtleistungen eines Arztes erbracht würde; sie habe nur unterstützenden, nicht aber medizinischen Charakter und zwar auch dann nicht, wenn sie zur korrekten ärztlichen Leistungserbringung nötig sei. Schliesslich fehle es an einer gesetzlichen Grundlage, die Kosten für die Übersetzung dem Krankenversicherer zu überbinden.

e) Zulassungsstopp

Nach Art. 55a KVG kann der Bundesrat die Zulassung von selbständig und unselbständig tätigen Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach den Artikeln 36-38 KVG für eine befristete Zeit von ei-

¹⁶⁵ Zur sogenannten „delegierten Tätigkeit“ vgl. auch Thomas Poledna, *Arzt und Krankenversicherung*, in: Kuhn/Poledna (Anm. 90) S. 404.

¹⁶⁶ Vom 27. Juni 1995, SR 831.102.

¹⁶⁷ Gemäss Botschaft betreffend den Bundesbeschluss über die Bundesbeiträge in der Krankenversicherung und die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 21. September 1998 (BB1 1999 I 838) wurden diese Leistungserbringer nachträglich explizit aufgeführt, da es notwendig sei, eine gesetzliche Grundlage für die Zulassung vorzusehen, „dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Transport- und Rettungsunternehmen nicht als Organisationen, die auf ärztliche Anordnung oder im ärztlichen Auftrag Leistungen erbringen“ bezeichnet werden könnten.

¹⁶⁸ A.a.O. (Anm. 160), E. 2.1.

nem Bedürfnis abhängig machen¹⁶⁹. Der Bundesrat legt die entsprechenden Kriterien fest, nachdem er Kantone und Verbände der Leistungserbringer angehört hat, und die Kantone haben die Leistungserbringer zu bestimmen. Der Bundesrat hat mit der Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung¹⁷⁰ gestützt darauf Höchstzahlen für jeden Kanton und für jede Kategorie von Leistungserbringern erlassen. Aufgeführt sind neben den ärztlichen Leistungserbringern auch etwa Physiotherapeuten und -therapeutinnen, Pflegefachpersonen, Hebammen, Logopäden oder Ernährungsberaterinnen etc. Die Kantone können vorsehen, dass die festgelegte Höchstzahl für eine oder mehrere Kategorien von Leistungserbringern nicht gilt.¹⁷¹ Würden Dolmetscherinnen und Dolmetscher oder interkulturelle Übersetzerinnen und Übersetzer als Leistungserbringer aufgenommen, könnten auch für sie entsprechende Höchstzahlen festgelegt werden.

f) *Schlussfolgerungen und Optionen*

Die geltende Rechtslage und die Rechtsprechung des Bundesgerichts erlauben es nicht, die Kosten von Übersetzungsleistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu überbinden. Aufgrund der Rechtslage und insbesondere der Tatsache, dass Übersetzungsleistungen weder als medizinische Behandlung angesehen werden, noch Dolmetscherinnen und Dolmetscher als Leistungserbringer oder, in delegierter Tätigkeit, Leistungen Erbringende taxiert werden können, besteht auch keine Möglichkeit, im Rahmen einer Verordnungsänderung im Sinne einer Kostenübernahme der Übersetzungsleistungen durch die Krankenversicherung einzugreifen. Ebenso wenig wäre es möglich, den Tarif gestützt auf Art. 43 KVG anzupassen, indem Dolmetscherkosten als Tarmed-Taxpunkt in Rechnung gestellt würde¹⁷². Insofern hilft auch die Heranziehung von Art. 32 KVG nicht, wonach die Leistungen nach Art. 25-31 des Gesetzes „wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich“ (sog. WZW-Kriterien) sein müssen. Wohl ist es richtig, dass eine Behandlung ohne genügende Kommunikation kaum diesen Kriterien genügen kann; trotzdem vermag diese Erkenntnis nicht die gesetzlichen Voraussetzungen zu derogieren.

Folgende Optionen verbleiben:

- Aufgrund des Wortlautes des KVG wäre allenfalls die Übernahme von Kosten im Rahmen eines Spitalaufenthaltes möglich, da gemäss Art. 25 KVG die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für Leistungen übernimmt, die der Diagnose oder der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen, wobei die Leistungen „den Aufenthalt in der allgemeinen Abteilung eines Spitals“ umfassen (Abs. 2 lit. e). Ob in der Praxis darunter tatsächlich auch Übersetzungsleis-

¹⁶⁹ Zuletzt verlängert mit Änderung des KVG vom 13. Juni 2008 und mittels Dringlicherklärung auf den 14. Juni 2008 in Kraft gesetzt, BBl 2008 **.

¹⁷⁰ SR 832.103.

¹⁷¹ Laut Poledna (Anm. 165), S. 398, haben die meisten Kantone die Höchstzahlbeschränkung allein für die Kategorie der Ärztinnen und Ärzte eingeführt; nur wenige Kantone schliessen alle ambulanten Leistungserbringer von den Neuzulassungen aus.

¹⁷² Auch für dieses Vorgehen fehlt im KVG die gesetzliche Grundlage, insbesondere die Qualifizierung als Leistungserbringer und als medizinische Handlung.

tungen subsumiert werden, ist den Verfassern nicht bekannt. Aufgrund des erwähnten Entscheides vom 31. Dezember 2002 würde dies allerdings der Haltung des Bundesgerichts widersprechen.

- Damit bleibt als Option für die Übernahme von Übersetzungsleistungen durch die Krankenpflegeversicherung nur der Weg über eine Revision des KVG, wobei mehrere Bestimmungen anzupassen wären (Leistungsbereich, Leistungserbringer, Festlegung selbständiger oder unselbständiger Tätigkeit, Tarife, allfällige Ausnahmen vom Zulassungsstopp).

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Nationalrat am 5. Juni 2008 eine *parlamentarische Initiative Menétrey*¹⁷³ vom 11. Mai 2006 abgelehnt hat, mit welcher die Übernahme der Kosten von Dolmetscherinnen und Dolmetschern bei Behandlungen durch Ärzte verlangt worden war, und zwar entweder durch die öffentliche Hand oder durch die Grundversicherung. Die Initiatorin argumentierte u.a. mit dem Verbot der Diskriminierung basierend auf dem Merkmal der Sprache gemäss Art. 8 Abs. 2 BV. Zudem werde eine Person, die ihre Bedürfnisse nicht formulieren könne, unter Umständen eine Leistung nicht beziehen können, auf die sie einen Anspruch hätte. Schon die Mehrheit der vorberatenden Kommission¹⁷⁴ beschloss, dem Nationalrat zu beantragen, der Initiative keine Folge zu geben. Diese war der Auffassung, dass das Anbieten von Dolmetscherdiensten „eine sozialpolitische Aufgabe sei und deshalb nicht im Rahmen des KVG, das auf die medizinische Versorgung ausgerichtet ist, zu lösen sei“. Wo dies nötig sei, z.B. in der stationären Psychiatrie, würden Übersetzungsdienste schon heute durch die Krankenversicherung mitfinanziert. Weiter brachte die Kommission Kostenargumente vor, warnte vor einem Prämienanstieg und führte aus, Übersetzungsdienste als Pflichtleistungen würden die „Migrationsbevölkerung kaum [motivieren], eine Landessprache zu erlernen, was ein wichtiges Element in Hinblick auf die Integration sei“. Die unterlegene Kommissionsminderheit verwies hingegen auf die Qualitätssteigerung durch Dolmetscherdienste und auf darauf beruhende Kosteneinsparungen. Im Rahmen des UVG sei die Übernahme von Dolmetscherleistungen bereits heute gesetzlich verankert.

Der Nationalrat lehnte die Initiative am 5. Juni 2008 mit 99 gegen 56 Stimmen ab. In der parlamentarischen Beratung¹⁷⁵ wurden keine wesentlich neuen Argumente vorgebracht. Die Kommissionssprecherin führte aber u.a. aus, es sei fremdsprachigen Patienten zuzumuten, dass sie jemanden organisierten, der Ihnen bei der Übersetzung helfe. Wo es nicht um wirklich wichtige und intime Fragen gehe, könnten Personen aus dem Bekannten- oder Freundeskreis hinzugezogen werden. Die Sprecherin hielt weiter fest, wenn man einen Anspruch formuliere, sei es

¹⁷³ Parlamentarische Initiative Menétrey (06.428), Anspruch auf Pflegeleistungen für fremdsprachige Patientinnen und Patienten.

¹⁷⁴ Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 24. April 2008.

¹⁷⁵ Amtliches Bulletin des Nationalrates 2008, S. 793ff.

schwierig, die Grenzen zu setzen, was wichtig genug sei, um den Anspruch auf Übersetzung geltend machen zu können.

Dieser relativ deutliche Entscheid des Nationalrates macht es kurz- und mittelfristig nicht empfehlenswert, eine Revision zu KVG zu fordern. Erst neue Tatsachen (in erster Linie eine Studie über die durch mangelhafte Aufklärung verursachten Kosten) liessen einen neuen Anlauf opportun erscheinen.

- Das KVG räumt, wie oben lit. c erwähnt, in Art. 34 dem Bundesrat die Kompetenz ein, zu bestimmen, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten von gewissen Leistungen übernimmt, „die aus *medizinischen Gründen im Ausland* erbracht werden“, wofür Notfälle und Leistungen, die in der Schweiz nicht gleichwertig angeboten werden können, in Frage kommen. Die Möglichkeit, bei geeigneten Angeboten allenfalls eine Behandlung im Ausland zu finanzieren, falls dadurch Verständigungsprobleme beseitigt werden können, wäre daher weiter zu prüfen.
- Idealerweise sind bei der Kommunikation zwischen Gesundheitsfachpersonen und fremdsprachigen Patienten keine Übersetzungsleistungen notwendig, indem erstere über genügend Kenntnisse der entsprechenden Sprache verfügen. Zu prüfen wäre daher schliesslich, ob bei offensichtlich grösseren Mängeln bei einzelnen Fremdsprachengruppen in der Schweiz¹⁷⁶ der Zulassungsstopp punktuell gelockert werden könnte, so dass eine Mindestzahl von Gesundheitsfachpersonen mit den entsprechenden Sprachkenntnissen in der Schweiz verfügbar wäre.

2.2. *Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG)*

Bei Berufsunfällen, Nichtberufsunfällen und Berufskrankheiten greift das Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 10. März 1981¹⁷⁷. Dieser Erlass folgt einer anderen Systematik als das KVG. Die Leistungen der Versicherung umfassen gemäss dem Dritten Titel des Gesetzes (Art. 10-35) neben den eigentlichen Pflegeleistungen (Heilbehandlung, Heilmittel) auch Vergütungen für Sachschäden, für Reise-, Transport und Rettungskosten, für Bestattungskosten und sodann insbesondere auch *Geldleistungen* (versicherter Verdienst, Taggeld, Invalidenrente, Integritätsentschädigung, Hilflosenentschädigung und Hinterlassenenrenten). In Bezug auf die Heilbehandlung räumt das Gesetz den Versicherten einen Anspruch auf eine *zweckmässige Behandlung* der Unfallfolgen ein, namentlich auf die „ambulante Behandlung durch den Arzt, Zahnarzt oder auf deren Anordnung durch eine medizinische Hilfsperson“¹⁷⁸

¹⁷⁶ Die FMH arbeitet an einem Verzeichnis von Ärztinnen und Ärzten mit Fremdsprachenkenntnissen. Aufgrund dieser Sammlung könnte ein entsprechender Bedarf aufgezeigt werden.

¹⁷⁷ SR 832.20.

¹⁷⁸ Art. 69 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202) verweist für die Zulassung von Chiropraktoren, von Personen, die auf ärztliche Anordnung hin Leistungen erbringen und der Organisationen, die solche Personen beschäftigen (medizinische Hilfspersonen) auf Art. 44 und 46-54 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV). Das Departement kann aber gemäss dieser Bestimmung darüber hinaus weitere medizinische Hilfspersonen bezeichnen, welche innerhalb der kantonalen Bewilligung für die Unfallversicherung tätig sein können.

sowie im weiteren durch den Chiropraktor“ und „die vom Arzt oder Zahnarzt verordneten Arzneimittel und Analysen“, die Behandlung, Verpflegung und Unterkunft in der allgemeinen Abteilung eines Spitals, die ärztlich verordneten Nach- und Badekuren und die der Heilung dienenden Mittel und Gegenstände (Art. 10 UVG).

In Art. 48 UVG wird der Grundsatz der zweckmässigen Behandlung festgeschrieben: Danach hat der Versicherer unter angemessener Rücksichtnahme auf den Versicherten und seine Angehörigen „die nötigen Anordnungen zur zweckmässigen Behandlung des Versicherten zu treffen“. Im Weiteren verlangt Art. 54 UVG, dass die Medizinalpersonen, die für die Unfallversicherung tätig sind, sich in der Behandlung, in der Verordnung und Abgabe von Arzneimitteln sowie in der Anordnung und Durchführung von Heilanzeigen und Analysen auf das durch den Behandlungszweck geforderte Mass zu beschränken haben.

Auch das UVG enthält keine expliziten Bestimmungen zur Übernahme von Dolmetscherleistungen, schliesst eine solche aufgrund der Systematik auch nicht aus, da – anders als in der Krankenversicherung – die Leistungserbringer nicht abschliessend geregelt sind und auch der Wortlaut bezüglich der übernommenen Leistungen, namentlich des Anspruchs der Versicherten auf „zweckmässige Behandlung der Unfallfolgen“, offener formuliert ist als im Krankenversicherungsgesetz.

In der Praxis werden notwendige Dolmetscher- oder Übersetzungskosten (sowohl bei der Behandlung, wie auch etwa bei der Abklärung des Unfalls¹⁷⁹) unter dem Regime des UVG offenbar von der Versicherung ohne weiteres übernommen, wenn es das Abklärungs- oder Behandlungsziel erfordert¹⁸⁰.

Daher besteht im Rahmen des UVG kein dringender Handlungsbedarf. Offen ist, ob die Tatsache, dass Dolmetscherleistungen von der Unfallversicherung finanziert werden, auch den Medizinalpersonen und den Spitälern bekannt ist.

2.3. *Invalidenversicherung (IV)*

Im Rahmen der Invalidenversicherung stellt sich die Frage nach der Kostenübernahme für den notwendigen Beizug von Dolmetscherinnen und Dolmetschern primär bei der Abklärung der Invalidität durch einen Experten oder eine Expertin (i.d.R. durch den Arzt oder Ärztin). Im Rahmen entsprechender Verfahren hatte das Bundesgericht mehrfach Gelegenheit, sich zur *Notwendigkeit des Beizuges* einer Übersetzerin bzw. eines Übersetzers zu äussern, insbesondere in mehreren Urteilen betreffend psychiatrische Abklärungen. So hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in einem Urteil

¹⁷⁹ Vgl. hier den für UVG-Verfahren anwendbaren Art. 45 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, SR 830.1. Danach übernimmt der Versicherungsträger die Kosten der Abklärung, „soweit er die Massnahme angeordnet hat. Hat er keine Massnahmen angeordnet, so übernimmt er deren Kosten dennoch, wenn die Massnahmen für die Beurteilung des Anspruchs unerlässlich waren oder Bestandteil nachträglich zugesprochener Leistungen bilden.“ Übersetzungskosten gelten dabei nach der Praxis als Abklärungskosten, vgl. nachstehend zur Invalidenversicherung.

¹⁸⁰ Vgl. den Bericht der Expertengruppe über die Finanzierung von Dolmetscherleistungen im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit und von H+, a.a.O. (Anm. 48), S. 17, Ziff. 2.2.

vom 25. Juli 2003¹⁸¹ explizit festgehalten, dass im Rahmen psychiatrischer Abklärungen „der bestmöglichen Verständigung zwischen Gutachter und versicherter Person besonderes Gewicht“ zukomme: „Eine gute Exploration setzt auf beiden Seiten vertiefte Sprachkenntnisse voraus. Ist der Gutachter der Sprache des Exploranden nicht mächtig, erscheint es medizinisch und sachlich geboten, dass er eine Übersetzungshilfe beizieht.“ In einem ähnlichen Zusammenhang hat es das Bundesgericht auch für ungenügend erachtet, dass der Ehemann, der nur mit Mühe übersetzen konnte und der seine Ehefrau möglicherweise beeinflusste, als Übersetzer fungierte; die Abklärung der allfälligen Invalidität erwies sich unter diesen Umständen als ungenügend.¹⁸² Die Praxis geht aber davon aus, dass der Beizug eines Dolmetschers rechtlich nur geboten ist, falls allein auf diese Weise der Sachverhalt genügend abgeklärt werden kann:¹⁸³

„E. 4.2.1 Die Durchführung einer medizinischen Abklärungsmassnahme in der Muttersprache des oder der Versicherten oder unter Beizug eines Übersetzers ist in erster Linie eine Frage der richtigen und vollständigen Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhalts. Es geht nicht in erster Linie um die Teilnahme der versicherten Person am Verfahren im Sinne der Mitwirkung bei der Erstellung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen im Hinblick auf die beantragten Leistungen. Mithin lässt sich aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV und dessen Konkretisierung für das Abklärungsverfahren vor den kantonalen IV-Stellen in Art. 73bis IVV (in Kraft gestanden bis 31. Dezember 2002; vgl. nunmehr Art. 42 und 52 ATSG) nicht direkt etwas ableiten in Bezug auf die Durchführung medizinischer Abklärungsmassnahmen unter sprachlichem Gesichtswinkel. Ob eine medizinische Abklärung in der Muttersprache des Exploranden oder der Explorandin oder unter Beizug eines Übersetzers im Einzelfall geboten ist, hat grundsätzlich der Gutachter im Rahmen sorgfältiger Auftragsbefolgung zu entscheiden. Dazu gehört auch die Wahl des Dolmetschers sowie die Frage, ob allenfalls bestimmte Teile der Abklärung aus sachlichen und persönlichen Gründen in dessen Abwesenheit durchzuführen sind. Entscheidend dafür, ob und in welcher Form bei medizinischen Abklärungen dem Gesichtspunkt der Sprache resp. der sprachlichen Verständigung Rechnung getragen werden muss, ist letztlich die Bedeutung der Massnahme im Hinblick auf die in Frage stehende Leistung. Es geht um die Aussagekraft und damit die beweismässige Verwertbarkeit des Gutachtens als Entscheidungsgrundlage für die IV-Stelle und gegebenenfalls das Sozialversicherungsgericht. Danach müssen die Feststellungen des Experten nachvollziehbar sein, seine Beschreibung der medizinischen Situation muss einleuchten und die Schlussfolgerungen müssen begründet sein (BGE 125 V 352 Erw. 3a).

E. 4.2.2 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass nicht von einer Gehörsverletzung gesprochen werden kann, wenn trotz Verständigungsschwierigkeiten eine Begutachtung nicht in der Muttersprache des oder der Versicherten oder unter Beizug eines Dolmetschers stattfindet oder stattfand. Insofern ist der Aufsichtsbehörde beizupflichten. Ebenso sind die IV-Stellen nicht verpflichtet, speziell die Sprachkenntnisse von Versicherten abzuklären, deren Muttersprache nicht die Amtssprache des betreffenden Kantons ist. Beantragt die versicherte Person, dass eine notwendige psychiatrische Begutachtung in ihrer Muttersprache oder unter Beizug eines Übersetzers durchgeführt wird, hat die Verwaltung nach Rückfrage beim Experten darüber zu befinden. Ihrem Entscheid kommt indessen so wenig wie der Anordnung der Abklärungsmassnahme als solcher Verfügungscharakter zu (vgl. BGE 125 V 401). Wird umgekehrt eine Begutachtung ohne Überset-

¹⁸¹ Urteil i.S. L., I 642/01, Erw. 3. Bestätigt etwa in Urteil vom 30. Dezember 2003 i. S. I., I 245/00. Vgl. neuerdings auch Urteil vom 30. Juli 2007, U 336/06.

¹⁸² Urteil vom 30. Dezember 2003 i. S. B, I 451/00.

¹⁸³ Urteil des Bundesgerichts vom 30. Dezember 2003 i.S. I, I 245/00.

zungshilfe durchgeführt, steht ein allenfalls fehlender Antrag seitens der versicherten Person einer erneuten Exploration in ihrer Muttersprache oder unter Beizug eines Dolmetschers nicht entgegen. Entscheidend ist, ob lediglich auf diese Weise beweisrechtlich verwertbare Aussagen zu gewinnen sind, auf welche bei der Beurteilung des oder der in Frage stehenden Leistungsansprüche abgestellt werden kann.“

Insofern handelt es sich beim Beizug von Dolmetscherinnen und Dolmetscherin in IV-Verfahren um eine Frage der beweismässigen Verwertbarkeit eines Gutachtens im Rahmen der Abklärung eines Anspruches auf eine Versicherungsleistung. Gestützt auf Art. 45 des im IV-Verfahren anwendbaren Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts¹⁸⁴ sind die Kosten für die Übersetzung als Teil der Abklärungskosten i.S. einer Massnahme, welche vom Versicherungsträger angeordnet wird oder welche für die Beurteilung des Anspruchs unerlässlich ist, vom Versicherungsträger, d.h. hier der Invalidenversicherung, zu übernehmen.

3. *Kostentragung durch den Patienten oder die Patientin oder den Leistungserbringer?*

Da Leistungen von Dolmetscherinnen und Dolmetschern im Rahmen von Behandlungen nicht von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen werden – gegebenenfalls bei Unfällen oder Berufskrankheiten aber immerhin von der Unfallversicherung –, stellt sich die Frage, ob die Kosten für den notwendigen Beizug von Übersetzungshilfen durch die Patientinnen und Patienten getragen werden müssen. Hier ist zu unterscheiden zwischen einer Behandlung im Rahmen des privatrechtlichen Behandlungsverhältnisses (freie Arztpraxen, Privatspitäler) und einer solchen in einem öffentlichen Spital.

3.1. *Im Rahmen eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses*

Kann der Arzt oder die Ärztin eine medizinisch geforderte Behandlung nicht vornehmen, da er resp. sie aufgrund von Verständigungsschwierigkeiten der gesetzlich geforderten Aufklärungspflicht nicht nachkommen kann, bestehen grundsätzlich drei Möglichkeiten:

- Der Arzt oder die Ärztin kann die Behandlung ablehnen¹⁸⁵ und den Patienten oder die Patientin an eine Fachperson verweisen, welche die geforderte Kommunikation sicherstellen kann.
- Er oder sie zieht auf eigene Kosten einen Dolmetscher oder eine Dolmetscherin bei¹⁸⁶. Er kann diese Kosten keiner anderen Stelle überbinden.

¹⁸⁴ Siehe Anm. 179.

¹⁸⁵ Siehe vorne II.E.1.

¹⁸⁶ Dies wird in der Praxis vermutlich eher selten so gehandhabt; vgl. dazu etwa das Beispiel des Basler Hausarztes Flubacher, der mit fest angestellten Übersetzern arbeitet, erwähnt bei Regula Weiss/Rahel Stuker, Übersetzung und kulturelle Mediation im Gesundheitssystem, Grundlagenbericht, Forschungsbericht Nr. 11 des Schweizer Forums für Migrationsstudien, Neuenburg, März 1998, S. 80.

- Er oder sie zieht auf Kosten des Patienten oder der Patientin einen Dolmetscher bzw. eine Dolmetscherin bei. In diesem Falle ist im Rahmen des zustande kommenden Behandlungsvertrages zwischen Arzt und Patient eine Einigung über die Leistung der Übersetzenden und deren Kosten zu treffen. Bei Mittellosigkeit des Patienten oder der Patientin ist abzuklären, ob die Sozialhilfe allenfalls die entsprechenden Kosten übernimmt.

Im Rahmen des privatrechtlichen Behandlungsvertrages besteht in diesem Punkt Vertragsfreiheit, d.h. die beiden Parteien können frei vereinbaren, wer für allfällige Kosten der Übersetzung aufkommen soll.

3.2. *Bei Behandlungen in öffentlichen Spitälern*

Die Behandlung in öffentlichen Spitälern stützt sich auf kantonales öffentliches Recht, sowohl was Aufnahme- und Behandlungspflichten¹⁸⁷, Aufklärungspflichten und das Zustimmungserfordernis des Patienten bei Eingriffen¹⁸⁸, als auch die Frage der Kostentragung betrifft, soweit nicht die Sozialversicherungsgesetzgebung, insbesondere das KVG, abweichende Regelungen enthält. Da die Kosten für Dolmetschleistungen nicht durch das KVG geregelt sind¹⁸⁹, muss die Frage, wer beim Beizug von Dolmetscherinnen und Dolmetschern während einer Spitalbehandlung die Kosten dafür trägt, vom Kanton bzw. vom öffentlichen Spital geregelt sein. Möglich sind:

- Regelung in einem Behandlungsvertrag: Das Spital kann mit dem Patienten bzw. der Patientin einen (öffentlich-rechtlichen) Behandlungsvertrag abschliessen, in welchem die Leistungen und die Kosten geregelt sind. Im Rahmen eines solchen Vertrages kann auch die Übernahme allfälliger Übersetzungskosten durch den Patienten (ganz oder teilweise) vereinbart werden. Der Behandlungsvertrag hat sich selbstverständlich an den gesetzlichen Rahmen, namentlich das Spitalgesetz und ausführende Verordnungen oder Dekrete über die Taxordnungen der Spitälern zu halten. Künftig werden aber die Tarifregelungen in Ausführung des KVG ausschlaggebend sein.¹⁹⁰
- Mangels eines Behandlungsvertrages gilt, dass den Patienten *Kosten* für die Behandlung in einem Spital *nur überbunden* werden können, *wenn dafür eine gesetzliche Grundlage¹⁹¹ besteht.*

Dementsprechend regeln verschiedene Kantone die Taxen in den öffentlichen Spitälern sehr detailliert. Die kantonale Gesetzgebung enthält indessen keinerlei Hinweise auf die Kostenübernahme von Übersetzungsleistungen. Lediglich die

¹⁸⁷ Siehe vorne II.C.1.1.

¹⁸⁸ Siehe vorne II.C.1.2.

¹⁸⁹ Siehe vorne B Ziff. 2.1.

¹⁹⁰ Künftig wird der gesamtschweizerisch gültige SwissDRG-Tarif (Diagnosis Related Groups) zur Anwendung kommen, der die kantonalen Tarife weitgehend ablösen wird. Vgl. dazu den Bericht der Expertengruppe im Auftrag von BAG und H+ (Anm. 48), Ziff. 2.1.5.

¹⁹¹ Normstufe und Detaillierungsgrad sind allerdings in den Kantonen recht unterschiedlich ausgestaltet und reichen von einer Parlamentsverordnung bis zur Verordnung des zuständigen Departementes.

Verordnung der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich über den Vollzug der Taxordnung der kantonalen Spitäler, vom 2. Dezember 2004 hält fest, welche Sonderleistungen an den kantonalen Spitälern zusätzlich verrechnet werden. Dazu zählen auch „persönliche Sonderleistungen“ wie die Kosten für Radio und Fernsehmieta oder auch Leistungen der Verwaltung und des Sozialdienstes „wie Abklärung der Garantieverhältnisse, Übersetzungen, Ermitteln von Nachbetreuungsplätzen usw.“ Dafür wird Fr. 60 bis Fr. 120 pro Stunde in Rechnung gestellt. Unklar bleibt, ob es sich dabei um Dolmetscherleistungen in Bezug auf die medizinische Behandlung oder um allgemeine Übersetzungskosten, die sich aus dem Aufenthalt ergeben, handelt (wobei die Systematik eher für Letzteres spricht).

Das Dekret über die Taxen der kantonalen Spitäler Schaffhausen vom 28. November 2005 sieht in § 6 für aussertarifarische Leistungen, d.h. für solche, für die anerkannte Tarife fehlen, vor, dass diese in der Regel nach Selbstkosten verrechnet werden. Für spezielle Leistungen ausserhalb der Grundversorgung bzw. der Pflichtleistungen der bundesrechtlichen Sozialversicherungen, für individuell verlangte Zusatz- und Mehrleistungen sowie für Wahlbehandlungen von Personen mit Wohnsitz ausserhalb des Kantons Schaffhausen erlaubt das Dekret den Spitälern „gewinnbringende Preise“ festzulegen. Für Härtefälle sieht § 7 vor, die Verwaltungsdirektion könne die verrechneten Kosten ganz oder teilweise erlassen, wenn sie für die Patienten eine besondere Härte darstellten. Gemäss § 8 Abs. 3 werden bei stationärer Spitalbehandlung Leistungen in der allgemeinen Abteilung, die „ausserhalb des Pflichtleistungsbereiches der bundesrechtlichen Sozialversicherungen erbracht werden“, separat in Rechnung gestellt. § 9 enthält eine Liste der separat verrechneten Leistungen, die – sofern die Verträge mit den Versicherern nichts Abweichendes enthalten – ausserhalb von Tarifpauschalen auch separat in Rechnung gestellt werden; dazu zählen *namentlich*: Implantate; Dialysebehandlungen; spezielle Untersuchungen und Behandlungen bei externen Leistungserbringern, inkl. akutsomatische Spitalbehandlungen bei Psychiatriepatientinnen und -patienten; Krankentransporte; Medikamente, Mittel und Gegenstände, die zum Gebrauch nach dem Spitalaustritt abgegeben werden; medizinische Leistungen ausserhalb der Leistungspflicht der bundesrechtlichen Sozialversicherungen, inkl. präventivmedizinische Leistungen; individuell verlangte Zusatzleistungen (Komfort-Zuschläge, Hotellerieleistungen etc.); Hausabklärungen, Sozialberatung, Familiengespräche; ärztliche Gutachten und Berichte für externe Stellen; Auslagen für persönliche Bedürfnisse wie Telefon, TV, Anschaffung persönlicher Effekten, zahnärztliche Leistungen, Coiffeur, Pedicure, Aufbereitung der persönlichen Wäsche usw.; Kosten für Sachbeschädigungen; Todesfallkosten, verlangte Autopsien.

Die Taxordnung der kantonalen psychiatrischen Dienste vom 9. September 2003, des Regierungsrates des Kantons St. Gallen sieht in Art. 18 vor, dass der Patient oder die Patientin die Kosten trägt für: Anschaffungen, Reparaturen und Reinigung von Kleidern, Wäsche, Schuhen, Toilettengegenständen und dergleichen; Aufwendungen bei Urlaub oder Flucht; Begleitungen; Coiffeur, Telefon, private Porti, Zulagen zur ordentlichen Verpflegung auf persönlichen Wunsch und weite-

re private Aufwendungen oder durch besondere Wünsche der Patientin oder des Patienten bedingte Mehrleistungen; Einweisungs- und Entlassungstransporte ohne medizinisch notwendige Verlegungstransporte in andere Spitäler und Kliniken, Transporte privater Natur und Beförderung privater Begleitpersonen; Hilfsmittel und andere Utensilien, die beim Austritt abgegeben werden; besondere Leistungen im Todesfall.

Es ist somit für jeden Kanton zu untersuchen, ob allenfalls eine gesetzliche Grundlage besteht, den Patienten die Kosten für notwendige Dolmetschleistungen zu überbinden. Eine Überwälzung dieser Kosten auf den Patienten oder die Patientin gestützt auf eine Grundlage in der Taxordnung erscheint u.E. – wird mit der Übersetzung einzig die Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen im Geltungsbereich des KVG in Anspruch genommen – vor dem Hintergrund des Diskriminierungsverbots zumindest nicht unproblematisch. Fehlt eine solche Grundlage, d.h. sind im Rahmen einer abschliessenden Aufzählung der Taxen solche Kosten nicht namentlich aufgeführt, und wurde kein Behandlungsvertrag abgeschlossen, so dürfen dem Patienten bzw. der Patientin Dolmetscherkosten nicht überbürdet werden.

3.3. Fazit: Kostentragung durch den Patienten in öffentlichen Spitälern nur bei genügender rechtlicher Grundlage (Vertrag oder gesetzliche Basis)

Werden die Kosten für den notwendigen Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers nicht von der Krankenversicherung übernommen, kommen für deren Bezahlung primär die Leistungserbringer (Spital/Ärzterschaft) in Frage. Im privatrechtlichen Rechtsverhältnis (Patient-Arzt mit Privatpraxis, Privatspitäler) ist die Frage der Kostentragung unter den Parteien zu regeln; kommt keine Einigung zu Stande und kann mangels genügender Kommunikation keine hinreichende Behandlung durch den Arzt bzw. die Ärztin garantiert werden, darf die Behandlung nicht durchgeführt werden und der Patient ist an eine andere Arztpraxis mit entsprechenden Sprachkenntnissen oder einer Übersetzungsinfrastruktur oder an ein öffentliches Spital im Wohnkanton weiterzuleiten. Da öffentliche Spitäler zur Aufnahme und Behandlung von Patienten verpflichtet sind, haben die Spitäler bzw. der behandelnde Arzt oder die Ärztin für den Beizug einer genügend qualifizierten (interkulturellen) Übersetzung zu sorgen. Die Kosten dafür trägt das öffentliche Spital, es sei denn, es verrechne die Kosten gestützt auf eine gesetzliche Grundlage in der Taxordnung des Spitals oder auf einen öffentlich-rechtlichen Behandlungsvertrag dem Patienten oder der Patientin.

4. Subsidiäre Kostentragung durch den Staat bei Mittellosigkeit der Patientin oder des Patienten im Rahmen der Sozialhilfe oder der Nothilfe

4.1. Subsidiäre Kostentragung durch die Sozialhilfe

Die öffentliche Sozialhilfe richtet sich nach kantonalem Recht. Für die konkreten Leistungen verweist die kantonale Sozialhilfegesetzgebung in der Regel auf die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS). Verschiede Kantone

erklären die von der SKOS erarbeiteten Richtlinien gar für verbindlich. So sind gemäss Art. 8 der Sozialhilfeverordnung des Kantons Bern¹⁹² betreffend „Ausrichtung und Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe“ die von der SKOS erlassenen Richtlinien in der vierten überarbeiteten Ausgabe vom April 2005 *verbindlich*, soweit das Sozialhilfegesetz oder die Sozialhilfeverordnung keine andere Regelung vorsehen.

Gemäss diesen Richtlinien bildet die „Gesundheitsversorgung im Rahmen der obligatorischen Grundversicherung gemäss KVG [...] Teil des absoluten Existenzminimums und ist in jedem Fall sicherzustellen. Besteht ausnahmsweise kein Versicherungsschutz, so sind die Gesundheitskosten gegebenenfalls von der Sozialhilfe zu decken“¹⁹³. Da die medizinische Grundversorgung von Fremdsprachigen ohne Übersetzungsleistungen nicht in Anspruch genommen werden kann, ergibt sich u.E. klar, dass diese von der Sozialhilfe übernommen werden müssen, auch wenn (oder gerade weil) die dafür notwendigen Kosten *de lege lata* von der obligatorischen Krankenversicherung nicht übernommen werden¹⁹⁴, soweit diese Kosten nicht vom Leistungserbringer getragen werden müssen. Die SKOS-Richtlinien regeln diese Frage nicht. Sie verlangen aber die Übernahme von „krankheits- und behinderungsbedingten Spezialauslagen“, die umschrieben werden als „Leistungen die im Rahmen der medizinischen Grundversorgung liegen, im konkreten Einzelfall aber sinnvoll und nutzbringend sind“, wie etwa „durch die Versicherung nicht gedeckte medizinische Sonderleistungen“. Darunter liessen sich sicherlich auch Auslagen für Übersetzungsdienstleistungen subsumieren.

Eine explizitere Regelung der Übernahme von Dolmetscherleistungen in den SKOS-Richtlinien (oder in der kantonalen Sozialhilfegesetzgebung) zwecks Gewährleistung der Zugänglichkeit zur Gesundheitsversorgung im Rahmen der Grundversicherung des KVG wäre u.E. angezeigt¹⁹⁵.

4.2. *Subsidiäre Kostentragung durch die Nothilfe*

Für Personen, die sich ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufhalten, namentlich auch für abgelehnte Asylsuchende, die in ungeregeltem Status in der Schweiz verbleiben, sind – für den Asylbereich neu – ebenfalls die Kantone zuständig, die in der Regel nur Nothilfeleistungen ausrichten¹⁹⁶. Dabei sind die Kantone an Art. 12 der Bundesverfassung gebunden, der für Personen, die in Not geraten und

¹⁹² Verordnung über die öffentliche Sozialhilfe vom 24. Oktober 2001.

¹⁹³ Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien), Stand Dezember 2007, Teil B.4.1.

¹⁹⁴ Vgl. dazu auch Coullery (Anm. 78) S. 661.

¹⁹⁵ Ebenso die Empfehlung der Expertengruppe im Auftrag des BAG und H+ (Anm. 48), S. 20f. Die Expertengruppe weist im Übrigen auf die Richtlinien des Kantons Bern für Sozialhilfe hin, die für Beratungsgespräche im Rahmen der Sozialhilfe vorsehen, dass diese grundsätzlich in Deutsch oder Französisch geführt werden, dass aber für „zielgerichtete Gespräche in anderen Sprachen“ professionelle Übersetzerinnen und Übersetzer beigezogen werden können.

¹⁹⁶ Seit dem 1. Januar 2008 übernimmt der Bund keine Fürsorgeleistungen mehr für abgelehnte Asylsuchende mit rechtskräftigem Entscheid, sondern verweist die Personen an die Kantone, die ihrerseits diese Gruppe aus der Sozialhilfe ausschliessen und in der Regel nur Nothilfe gewähren. Vgl. dazu Karine Povlakic, *Discrimination et exclusion de l'aide sociale*, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, S. 59ff.

nicht in der Lage sind, für sich zu sorgen, einen „Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind“¹⁹⁷. Im Rahmen dieses Anspruchs auf Existenzsicherung¹⁹⁸ besteht ein Anspruch auch auf die Übernahme von notwendigen Übersetzungskosten bei einer medizinisch indizierten Behandlung¹⁹⁹, soweit diese nicht vom Leistungserbringer übernommen werden.

IV. FAZIT: MÖGLICHKEITEN DER FINANZIERUNG UND WEITERES VORGEHEN

Im Sinne eines Fazits dieses Gutachtens und auch eines Aufzeigens möglicher Modelle und Vorgehensweisen sollen zum Schluss einige Finanzierungsmöglichkeiten kurz dargestellt und diskutiert werden:

A) GRUNDSATZ: DIE PFLICHT VON BUND UND KANTONEN, GESUNDHEITSDIENSTLEISTUNGEN FÜR ALLE ZUGÄNGLICH ZU GESTALTEN

Aus dem Anspruch auf Information und Aufklärung des Patienten, aus der Pflicht, die aufgeklärte Zustimmung des Patienten bei medizinischen Massnahmen einzuholen, die sich auf Völkerrecht, Verfassungsrecht, Europarecht, kantonales Gesundheitsrecht, Strafrecht und Zivilrecht stützt, folgt eine Pflicht des Staates, für hinreichende Übersetzungsinfrastruktur zu sorgen. Aus dem Grundsatz des gleichen Zugangs Aller zu Gesundheitsdienstleistungen folgt auch ein Recht auf finanzielle Zugänglichkeit.²⁰⁰ Mittellose Patientinnen und Patienten haben damit Anspruch auf kostenlose (interkulturelle) Übersetzung und die Leistungserbringer (oder subsidiär der Staat) haben dafür aufzukommen.

Die Einrichtung einer genügenden Übersetzungsinfrastruktur würde nicht nur normativen Ansprüchen von Migrantinnen und Migranten gerecht werden, sondern auch eine wichtige Hilfestellung für die Ärzteschaft darstellen, da diese nur basierend auf einer funktionierenden Kommunikation eine adäquate Behandlung garantieren kann, und nicht Gefahr laufen müsste, entweder straf- und haftungsrechtlich verantwortlich gemacht zu werden, wenn sie mangels genügender Aufklärung Eingriffe vornimmt, oder ihre Behandlungspflicht zu verletzen.

B) VORGEHEN AUF EBENE BUND

1. KVG-Revision

Eine Revision des KVG mit einer Aufnahme von Übersetzungsleistungen in die Grundversicherung bleibt auch nach Ablehnung einer entsprechenden parlamentari-

¹⁹⁷ Siehe dazu oben II.B.2.2.

¹⁹⁸ Vgl. dazu auch ausführlich Amstutz (Anm. 40); Kiener/Kälin (Anm. 42) S. 394ff.

¹⁹⁹ Hinzuweisen ist auf die Tatsache, dass auch Personen ohne geregelten Aufenthalt in der Schweiz, die aber mit der Absicht des Verbleibens hier sind, der Versicherungspflicht des KVG unterstehen würden; vgl. dazu oben bei Anm. 158.

²⁰⁰ Dies folgt auch aus Art. 3 der Biomedizinkonvention, vgl. de Groot, (Anm. 49) S. 21.

schen Initiative der sachlich am Besten geeignete Weg, das Ziel des Anspruchs auf angemessene Behandlung zu verwirklichen, insbesondere, weil sich die Ziele über eine Revision der KVV nicht verwirklichen lassen. Eine entsprechende Revision müsste bei verschiedenen Bereichen und Bestimmungen des KVG ansetzen (Leistungsbereich und Leistungserbringer, Tarife²⁰¹, Zulassungsstopp) und benötigt daher umfangreiche Anpassungsarbeiten.

Aus politischer Sicht erscheint zentral, die Kosteneinsparungen, die bei einer funktionierenden Kommunikation während einer Krankheitsbehandlung resultieren, aufzeigen zu können. Neben der Lancierung entsprechender Studien könnte das Anliegen insbesondere auch der *Eidgenössischen Kommission für Allgemeine Leistungen und Grundsatzfragen* unterbreitet werden, die gestützt auf Art. 37d KVV²⁰² als beratende Kommission des Departementes tätig ist bei der Bezeichnung der Leistungen nach Art. 33 (Allgemeine Leistungen), bei der Ausarbeitung der Bestimmungen nach den Artikeln 36 Absatz 1 (Leistungen im Ausland), 77 Absatz 4 (Qualitätssicherung) und 105 Absatz 4 (Kostenbeteiligung bei Spitalaufenthalt) „sowie bei der Beurteilung von Grundsatzfragen in der Krankenversicherung unter Berücksichtigung der ethischen Aspekte bei der Leistungsbezeichnung“. Die Kommission hat u.a. die Aufgabe, Grundsätze im Leistungsbereich zu definieren sowie Vorschläge zu machen zu Grundsätzen im Leistungsbereich und im Bereich des *Datenschutzes*.

2. Zulassungspolitik

Im Rahmen der Zulassung neuer Leistungserbringer sollte der Bund in Zusammenarbeit mit den Kantonen und den beteiligten Fachorganisationen prüfen, ob dabei besondere Sprachkenntnisse in einer der häufiger verwendeten „Migrantensprachen“ in der Schweiz berücksichtigt werden könnten. Je mehr fremdsprachige Gesundheitsfachpersonen zugelassen werden, desto geringer wird das Kommunikationsproblem aufgrund mangelnder landessprachlicher Kenntnisse ausfallen.

Ebenfalls – und vermutlich von noch grösserer Bedeutung – wäre eine entsprechende Berücksichtigung fremdsprachlicher Aspekte zur besseren Abdeckung durch eine Anpassung der Politik im Bereich der *Diplomanerkennung*: Eine erleichterte Zulassung von ausländischen Gesundheitsfachpersonen könnte einen wesentlichen Beitrag zur besseren Versorgung von fremdsprachigen Patientinnen und Patienten ohne Rückgriff auf Dolmetscherdienstleistungen leisten.

3. Allgemeine (Mit-)Finanzierung der regionalen Vermittlungsstellen?

Das Bundesamt für Migration unterstützte bisher im Rahmen der Integrationspolitik auch regionale Vermittlungsstellen für interkulturelles Übersetzen, womit diesen ein

²⁰¹ Vgl. dazu auch die Ausführungen der Expertengruppe Migrant Friendly Hospitals im Auftrag des BAG und H+ (Anm. 48), S. 14f, welche detaillierte Anforderungen an die Ausgestaltung des TARMED und auch Empfehlungen zu dem im Jahr 2009 in Kraft tretenden SwissDRG-Tarif für stationäre Behandlungen enthalten.

²⁰² In der Fassung der Änderung vom 27. Juni 2007, in Kraft seit dem 1. Januar 2008, AS 2007 3573ff.

Teil der Infrastrukturkosten finanziert werden konnte. Dies ermöglichte z.B. den Spitätern, subventionierte Stundensätze für Dolmetscherleistungen zu verrechnen.²⁰³ Nach dem Jahr 2011 wird die Finanzierung im Rahmen der geänderten Finanzierungs politik allenfalls den Kantonen obliegen. Art. 13 der Integrationsverordnung des Bundes²⁰⁴ (Förderungsbereiche) ermöglicht aber die Gewährung von finanziellen Beiträgen an die Kantone, um u.a. „den *chancengleichen Zugang* von Ausländerinnen und Ausländern zu den regulären Strukturen, insbesondere zu Schule, Berufsbildung, Arbeitsmarkt und *Gesundheitswesen*, sicherzustellen“ (Abs. 1 lit. c). Im Übrigen sollte die Integration in erster Linie über die Regelstrukturen erfolgen (Art. 2 Abs. 3 VIntA). Aufgrund der Rechtslage erschiene es angebracht, wenn der Bund im Rahmen der Beiträge an die Kantone darauf drängen würde, dass im Sinne eines chancengleichen Zugangs von Ausländerinnen und Ausländern zu Gesundheitsdienstleistungen Leistungen der regionalen Vermittlungsstellen für interkulturelles Übersetzen finanziert würden.

Weiter zu prüfen wäre, ob die Stiftung gemäss Art. 19 KVG, welche gemeinsam mit den Kantonen betrieben wird und Massnahmen zur Förderung der Gesundheit und zur Verhütung von Krankheiten anregt, koordiniert und evaluiert, nicht auch bei der Finanzierung der Vermittlungsstellen eingebunden werden könnte.

C) VORGEHEN AUF EBENE KANTON

1. *Gesundheitsgesetzgebung der Kantone*

Die kantonalen Gesetzgebungen enthalten lückenlos Bestimmungen über Patientenrechte, die regelmässig eine Aufklärungspflicht und ein Zustimmungserfordernis bei Eingriffen beinhalten. Allen kantonalen Gesetzen lässt sich entnehmen, dass die Aufklärung für den Patienten *verständlich* zu sein hat. Daraus ergibt sich in Fällen mangelnder Sprachkenntnis der Patientin bzw. des Patienten in aller Regel eine Rechtspflicht auf Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers, wobei je nach Art des Eingriffs höhere Anforderungen an die Qualität (interkultureller) Übersetzerinnen und Übersetzer zu stellen sind.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die meisten kantonalen Gesundheitsgesetzgebungen den Grundsatz enthalten, dass Patienten Anspruch auf eine Behandlung und Pflege nach den anerkannten Grundsätzen der Wirksamkeit, den anerkannten Grundsätzen der Spitalpflege und namentlich auch der *Wirtschaftlichkeit* haben²⁰⁵. So haben z.B. gemäss Art. 31 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Wallis

²⁰³ Vgl. dazu und für weitere Hinweise den Bericht der Expertengruppe im Auftrag des BAG und von H+ (Anm. 48), S. 21, Ziff. 4.1.

²⁰⁴ Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA) vom 24. Oktober 2007, SR 142.205.

²⁰⁵ Vgl. etwa Art. 59b Abs. 1 Gesetz über das Gesundheitswesen des Kantons Uri vom 27. September 1970. Ähnlich die Gesundheitsverordnung des Kantonsrates des Kantons Schwyz vom 16. Oktober 2002, § 38 Abs. 2: „Die Behandlung hat sich nach den anerkannten Berufsgrundsätzen, der Verhältnismässigkeit und der Wirtschaftlichkeit zu richten“. Vgl. auch Art. 43 Abs. 1 Gesundheitsgesetz des Kantons Nidwalden vom 30. Mai 2007; Art. 24 der Verordnung über die Organisation des Kantonsspitals vom 25. September 1996 erlassen vom Landrat des Kantons Glarus; § 30 Ge-

vom 9. Februar 1996 Gesundheitsfachpersonen nach den Regeln der Kunst zu handeln und jede überflüssige *und unangemessene Handlung zu vermeiden*, selbst wenn der Patient oder eine andere Gesundheitsfachperson darum ersucht.

Vor diesem Hintergrund wären auf Ebene Kanton folgende Massnahmen ins Auge zu fassen:

- Eine explizite gesetzliche Erwähnung des Anspruchs auf genügende sprachliche Kommunikation zwischen Gesundheitsfachpersonen und (fremdsprachigen) Patienten in der Gesundheitsgesetzgebung.
- Eine Regelung der Kostentragung für die öffentlichen Spitäler im Rahmen der Taxordnungen für diese Spitäler, falls diese Institutionen die Kosten für Übersetzungsdienstleistungen tatsächlich auf die Patientinnen und Patienten abwälzen wollen.
- Die „Expertengruppe Migrant Friendly Hospitals“²⁰⁶ empfiehlt schliesslich den Kantonen, in ihren Leistungsvereinbarungen mit den Spitälern sicherzustellen, dass diese Dolmetsch- und Übersetzungsdienste beiziehen, dass sie die entsprechenden Instrumente für die Leistungserfassung schaffen, und dass die Abgeltungsfrage geregelt wird.²⁰⁷ Insbesondere könnten in den Leistungsvereinbarungen der Kantone mit den Spitälern entsprechende Ergänzungen angebracht werden.

2. Berücksichtigung von „Good Practices“ auf Ebene Kanton

Für das weitere Vorgehen empfiehlt sich das Sammeln von „Good Practices“ in den Kantonen, insbesondere im Bereich der Umsetzung von Patientenrechten oder der Finanzierung von Dolmetschleistungen, um anderen Trägern oder Kantonen Anschauungsunterricht geben zu können. Insbesondere wäre es von Interesse, mit Patientenberatungsstellen, Patientenrechtsorganisationen oder auch gesetzlich vorgesehenen Kommissionen oder Mediatoren Kontakt aufzunehmen und deren Erfahrungen zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sämtliche Westschweizer Kantone (vgl. etwa Wallis²⁰⁸, Waadt²⁰⁹ und Jura²¹⁰) und der Kanton Bern im Bereich der Patientenrechte die Institution eines Mediators bzw. einer Mediatorin oder einer Ombudsperson kennen, an die sich Patientinnen und Patienten wenden können, falls sie sich nicht gesetzeskonform behandelt fühlen²¹¹. Die zuständige Person hat den Fall zu untersuchen und eine Einigung herbeizuführen. Einige Kantone kennen darüber hinaus eigentliche *Beschwerdekommissionen* im Bereich der Patien-

sundheitsgesetz des Kantons Solothurn vom 27. Januar 1989; Spitalorganisationsgesetz des Kantons St. Gallen vom 17. Juni 1980, Art. 54.

²⁰⁶ A.a.O. (Anm. 48), S. 19, Ziff. 3.2.

²⁰⁷ Dem Expertenbericht lässt sich entnehmen (a.a.O., S. 14, Ziff. 2.1.3), dass heute der Dolmetsch- aufwand mitunter in die anrechenbaren Kosten (als Verwaltungs- und Personalkosten) eines Spitals einfliesst und sich damit die Kassen und die Kantone an den Kosten beteiligen. Die Finanzierung bleibt damit aber äusserst intransparent.

²⁰⁸ Gesundheitsgesetz vom 9. Februar 1996, Art. 37.

²⁰⁹ Loi sur la santé publique vom 29. Mai 1985, Art. 15a.

²¹⁰ Loi sanitaire vom 14. Dezember 1990, Art. 24a.

²¹¹ Vgl. die Übersicht bei Johanne Gagnebin, *Médiation dans le domaine de la santé: Panorama des législations romande et tessinoise*, Jusletter vom 21. Januar 2008.

tenrechte als niederschwellige Streitschlichtungsorgane²¹². Es ist zu empfehlen, mit diesen Fachstellen in Kontakt zu treten, um sich über die Situation im Bereich des Anspruchs auf Übersetzung im Gesundheitsbereich ein Bild zu machen.

3. *Finanzierung über kantonale (Spital-) Fonds?*

Verschiedene kantonale Gesetzgebungen, insbesondere Verordnungen und Reglemente, sehen die Schaffung von Fonds für Personen in wirtschaftlicher Notlage vor. So sieht etwa das Reglement über den Fonds für Personen in wirtschaftlicher Notlage vom 23. März 2007 der Aufsichtskommission des Kantonsspitals Obwalden, für Personen finanzielle Hilfen vor, wenn sie im Kanton wohnhaft sind und wenn ihnen im Zusammenhang mit einem Spitalaufenthalt ungedeckte Kosten entstehen, die sie nicht oder nur sehr schwer aus eigenen Mitteln beschaffen können. Dies betrifft nach Reglement etwa Auslagen wie Haushaltshilfen oder Kinderbetreuung, ungedeckte Krankheitskosten, Fahrkosten zum Spital oder Auslagen für den täglichen Bedarf. Ähnlich sieht die Verordnung des Regierungsrates des Kantons St. Gallen „über die Fonde der kantonalen Spitäler und Psychiatrischen Kliniken“, vom 11. April 1978, zugunsten bedürftiger Patienten Hilfe vor, bei ungedeckten Kosten im Zusammenhang mit der Behandlung im Allgemeinen, mit ambulanter Behandlung, ärztlicher Betreuung und Anschaffung von Hilfsmitteln nach der Entlassung, oder auch für Erholungs- und Bädekuren oder die Anstellung einer Haushaltshilfe.

Aufgrund der Stossrichtung dieser Spitalfonds ist es ohne Weiteres möglich, gegebenenfalls auch Übersetzungskosten für bedürftige Patienten daraus zu finanzieren. Allerdings handelt es sich bei dieser Option angesichts der beschränkten Mittel, der punktuellen Bedeutung und des eingeschränkten Berechtigtenkreises nicht um eine wirklich zukunftsfähige Lösung für das Problem der Übersetzung im Gesundheitsbereich

4. *Kantonale Sozialhilfegesetze*

Die Übernahme der Kosten für Übersetzung – namentlich bei Konsultation in der Arztpraxis und bei fehlender Infrastruktur oder Finanzierung auch in den (öffentlichen) Spitälern – durch die Sozialhilfe bei mittellosen Patientinnen und Patienten sollte durch die kantonale Sozialhilfegesetzgebung explizit geregelt werden. Angezeigt wäre eine Statuierung im Rahmen einer allgemeinen Regelung für die Übernahme von Kosten für Dolmetscher- und Übersetzungsdienstleistungen, die notwendig sind, damit die fremdsprachigen Betroffenen ihre Grundrechte wahrnehmen und ihre existenziellen Bedürfnisse befriedigen können, wie etwa auch in den Bereichen Sozialberatung oder Arbeitslosigkeit. Im Weiteren wäre eine explizite Regelung der Über-

²¹² So der Kanton Waadt, Loi sur la santé publique vom 29. Mai 1985, Art. 15bff; der Kanton Jura, Loi sanitaire vom 14. Dezember 1990, Art. 28c. Der Kanton Neuenburg kennt eine solche Kommission in Bezug auf die Rechte von Patienten psychiatrischer Anstalten, vgl. Art. 37b Loi de la santé vom 6. Februar 1995. Der Kanton Genf kennt eine Aufsichtskommission im Bereich der Patientenrechte im Allgemeinen, Art. 41 Loi sur la santé vom 7. April 2006 bezüglich Rechtsweg an die Kommission.

nahme von Dolmetscherleistungen in den SKOS-Richtlinien zwecks Gewährleistung der Zugänglichkeit zur Gesundheitsversorgung im Rahmen der Grundversicherung des KVG angezeigt.

D) AUF EBENE DER FACHORGANISATIONEN AM BEISPIEL DER FMH

Der Bericht der „Expertengruppe Migrant Friendly Hospitals“²¹³ weist darauf hin, dass in den privaten Arztpraxen (in den Bereichen Gesundheitsversorgung und Psychotherapie) die Dolmetschleistung sehr unterschiedlich gehandhabt wird, sei es, dass Ärzte die Dolmetschleistungen selbst finanzieren, sei es dass Familienangehörige beigezogen werden, sei es dass sich Migrantinnen oder Migranten bei der Konsultation mit einem (oft vom Sozialamt zur Verfügung gestellten) Dolmetscher melden, wobei in letzterem Fall die Abrechnung direkt über das jeweilige Sozialamt erfolgt.

Die FMH arbeitet an einem Ärzteindex, der künftig auch die Sprachen auflisten wird, in welchen die Ärztin oder der Arzt mit den Patienten kommunizieren kann. Die Publikation ist noch für das Jahr 2008 vorgesehen und stellt ein äusserst wertvolles Instrument zur Sicherstellung der Zugänglichkeit des Gesundheitswesens für fremdsprachige Personen dar. Darüber hinaus dürften sich folgende Weiterbildungs- und Informationsmassnahmen durch die Fachorganisation aufdrängen:

- Information der Mitglieder über die Möglichkeit, fremdsprachige Patienten, mit denen keine Kommunikation möglich ist, aufgrund des Ärzteindex an eine sprachlich geeignete Kollegin bzw. an einen Kollegen weiterzureichen;
- Information der Mitglieder über regionale Angebote und Dienste, die Dolmetscherleistungen anbieten, wie die regionalen Vermittlungsstellen für interkulturelles Übersetzen;
- Erarbeitung von Empfehlungen im Bereich der Aufklärungsanforderungen, insbesondere von differenzierten Regelungen mit hohen Aufklärungsanforderungen (bei nicht indizierten Eingriffen, bei schweren Folgen, bei hohen Risiken usw.) und herabgesetzten Anforderungen;
- Weiterbildung der Ärztinnen und Ärzte über die erwähnten Anforderungen im Bereich informed consent bei fremdsprachigen Patienten, namentlich über Abstufungen bei der Aufklärungspflicht und allfällige zivilrechtliche und strafrechtliche Folgen mangelnder Aufklärung bei ungenügender Kommunikation.
- Zusammenstellung von (eingriffsspezifischen) Aufklärungsbroschüren²¹⁴ in den wichtigsten Migrantensprachen zu den häufigsten medizinischen Eingriffen in Zusammenarbeit mit medizinischen Fachorganisation und Interessengruppen von Migrantinnen und Migranten.

²¹³ A.a.O. (Anm. 48), S. 22f, Ziff. 5.2.

²¹⁴ Zwar existiert eine Vielzahl von Aufklärungsbroschüren in mehreren Fremdsprachen, die über verschiedene Krankheiten aufklären (vgl. www.migesplus.ch). Was u. E. fehlt, sind konkrete Informationen über spezifische *medizinische Interventionen* (z.B. Darstellung der Risiken, Zweck des Eingriffes, Behandlungsalternativen usw., soweit es der informed consent verlangt). Zu berücksichtigen ist aber, dass solche Informationen ein Beratungsgespräch nicht ersetzen, allenfalls ergänzen können.