

**Geht nur per E-Mail an:**  
vernehmlassungSBRE@sem.admin.ch

Bern, 15. März 2024

**Änderung des Ausländer- und Integrationsgesetzes  
(Erleichterung der selbständigen Erwerbstätigkeit, Berücksichtigung des Lebensmittelpunktes und Zugriffe auf Informationssysteme)**

**Stellungnahme der FMH und der Konferenz Schweizerischer Gefängnisärztinnen und Gefängnisärzte zu rev. Art. 71b AIG**

Sehr geehrter Herr Bundesrat Jans  
Sehr geehrte Damen und Herren

Die FMH dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Wir informieren Sie darüber, dass die FMH diese Vernehmlassungsantwort zusammen mit der SAMW (Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften) und der KSG (Konferenz der Schweizer Gefängnisärztinnen und -ärzte) erarbeitet hat und wir zu gleichlautenden Schlussfolgerungen gekommen sind. Wir beschränken unsere Stellungnahme auf Art. 71b E-AIG, da dieser für die Ärzteschaft aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht von besonderer Relevanz ist.

Das Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) stellt, wie das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden erkannt hat, «ein wichtiges Rechtsinstitut des Bundesrechts dar. Es fliesst aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK) und dient dem Schutz des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient». <sup>1</sup> Das Vertrauensverhältnis zwischen Patientinnen und Arzt ist die Basis für das funktionierende therapeutische Arzt-Patientenverhältnis. Die Geheimhaltungspflicht des Arztes schützt vorab die Persönlichkeit des Patienten, welcher grundsätzlich allein darüber zu entscheiden hat, ob und in welchem Umfang Dritte Zugang zu seinen persönlichen Daten bzw. Gesundheitsdaten haben sollten. Werden wegen eines beeinträchtigten Vertrauens ärztliche Dienstleistungen nicht mehr in Anspruch genommen oder werden dem Arzt wichtige Gesundheitsinformationen – beispielsweise betreffend eine ansteckende Erkrankung – vorenthalten, sinkt nicht nur die Behandlungsqualität für den betroffenen Patienten, sondern können auch weitere Personen gefährdet sein. Die ärztliche Schweigepflicht dient daher auch öffentlichen Interessen, insbesondere dem Schutz der öffentlichen Gesundheit. <sup>2</sup> Das Bundesgericht führt in einem kürzlich publizierten Urteil dazu aus, das Arztgeheimnis schütze auch die öffentliche Gesundheit, «indem es ermöglicht, dass sich der Patient ohne Vorbehalt dem Arzt anvertrauen kann und zweckmässig behandelt wird (...)». <sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BGE 1B\_435/2021 vom 8.12.2021 E. 4.2.1; exemplarisch aus der neusten Rechtsprechung BGE 2C\_683/2022 vom 5.1.2024 E. 6.1.3–6.2.1 m.w.H.; ausführlich zur Bedeutung des ärztlichen Berufsgeheimnisses auch BGE 147 I 354.

<sup>2</sup> BGE 2C\_37/2018 vom 15.08.2018 E. 6.2.3.

<sup>3</sup> BGE 2C\_683/2022 vom 05.01.2024 E. 6.1.3.

Das ärztliche Berufsgeheimnis, das sich nicht nur aus Art. 321 StGB ergibt, sondern auch aus dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, der auftragsrechtlichen Treuepflicht des Arztes sowie den Bestimmungen des kantonalen und eidgenössischen Datenschutzrechts, darf nur durchbrochen werden, wenn die gesetzlich verankerten Rechtfertigungsgründe gegeben sind. Wer somit Gesundheitsdaten an Dritte offenbart, muss sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen können. In Art. 321 StGB werden drei mögliche Rechtfertigungsgründe benannt. Wichtigster Rechtfertigungsgrund für das Offenbaren von Gesundheitsdaten an Dritte ist die Einwilligung des Patienten bzw. der Patientin. In Bezug auf die beiden anderen Rechtfertigungsgründe «Entbindung durch Behörde» oder «gesetzliche Auskunftspflicht» fordert das Bundesgericht eine restriktive Auslegung.<sup>4</sup>

Ist das Einholen einer Einwilligung im Einzelfall nicht möglich, aufgrund der konkreten Sachlage aber erforderlich, kann der Arzt um Entbindung von der Schweigepflicht ersuchen. Dieses Vorgehen hat für den Arzt und für den Patienten gleichermaßen den Vorteil, dass die Frage der Zulässigkeit des Geheimnisbruchs behördlich abgeklärt wird und eine Interessenabwägung stattfindet. Dies gibt den Betroffenen Rechtssicherheit. Artikel 321 Absatz 2 StGB regelt nicht die Kriterien, nach denen die zuständige Behörde die Genehmigung erteilen oder verweigern muss. Nach der Rechtsprechung ist eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter und Interessen vorzunehmen, «wobei die Entbindung nur zu bewilligen ist, wenn dies zur Wahrung überwiegender privater oder öffentlicher Interessen notwendig ist. Dabei vermag nur ein deutlich höherwertiges öffentliches oder privates Interesse die Entbindung zu rechtfertigen (Urteile 2C\_270/2018 vom 15. März 2019 E. 2.1.2 und 2C\_37/2018 vom 15. August 2018 E. 6.4.2). Im Rahmen der Interessenabwägung ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das Berufsgeheimnis an sich ein gewichtiges Rechtsgut ist».<sup>5</sup> So führt das Bundesgericht weiter aus: «Das Interesse an der Ermittlung der materiellen Wahrheit ist nicht per se ein überwiegendes Interesse (Urteile 2C\_1049/2019 vom 1. Mai 2020 E. 3.4 und 2C\_37/2018 vom 15. August 2018 E. 6.4.2)».<sup>6</sup> Auch in einem weiteren Urteil hält das Bundesgericht unmissverständlich fest, dass eine Entbindung nur zulässig ist, wenn sie zum Schutz überwiegender privater oder öffentlicher Interessen erforderlich ist bzw. wenn die Interessen an der Entbindung eindeutig überwiegen.<sup>7</sup>

Nur ausnahmsweise ist der Arzt befugt, ohne Einwilligung oder Entbindung gestützt auf eine spezifische Gesetzesbestimmung das Geheimnis zu brechen. Die hohe Bedeutung des ärztlichen Berufsgeheimnisses richtet sich nach zutreffender Auffassung des Bundesgerichts auch an die Adresse des Gesetzgebers, der nur aus triftigen Gründen und mit einer hinreichend konkreten Gesetzesbestimmung Ausnahmen statuieren darf.<sup>8</sup> Gesetzliche Melde- oder Auskunftspflichten nach Art. 321 Abs. 3 StGB stellen nämlich einen erheblichen Eingriff in das Berufsgeheimnis dar, da sie den Arzt verpflichten, unter Missachtung der Vertrauensbeziehung zu seinem Patienten und ohne behördliche Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen Geheimnisse über seine Patienten preiszugeben. Entsprechende Gesetzesbestimmungen haben sich daher auf klar abgegrenzte Situationen zu beschränken.<sup>9</sup> Das Bundesgericht leitet davon ab, dass eine Einschränkung des Berufsgeheimnisses bzw. der Schweigepflicht voraussetzt, dass in einem konkreten Anwendungsfall konkret aufgezeigt wird, weshalb eine entsprechende Einschränkung notwendig und erforderlich ist. Das Verhältnismässigkeitsprinzip muss im Einzelfall gewahrt sein.<sup>10</sup>

Nach der bisherigen Fassung von Art. 71b AIG besteht im Wegweisungsvollzug eine Pflicht für «medizinische Fachpersonen» zur Weitergabe von für die Beurteilung der Transportfähigkeit notwendigen Daten. Die heute geltende Norm ist in verschiedener Hinsicht zu ungenau formuliert und wurde daher mit zwei Verordnungsbestimmungen (Art. 15p und 15q VVWAL) teilweise konkretisiert. Sie ist, jedenfalls nach Auffassung der Ärzteschaft, keine Grundlage für eine Durchbrechung des Arztgeheimnisses ohne Entbindung vom Arztgeheimnis.<sup>11</sup> Die Einholung entweder der Einwilligung des Patienten oder die behördliche Entbindung vom Arztgeheimnis ist daher sachgerecht. Die FMH und die Konferenz der Schweizer Gefängnisärztinnen und -ärzte respektieren die

<sup>4</sup> BGE 2C\_658/2018 vom 18.03.2021 E. 3.4.

<sup>5</sup> BGE 2C\_683/2022 vom 05.01.2024 E. 6.2.1.

<sup>6</sup> BGE 2C\_683/2022 vom 05.01.2024 E. 6.2.1.

<sup>7</sup> BGE 2C\_658/2018 vom 18.03.2021 E. 3.3.2.

<sup>8</sup> BGE 147 I 354 (abstrakte Normenkontrolle).

<sup>9</sup> BGE 2C\_658/2018 vom 18.03.2021 E. 3.4.

<sup>10</sup> BGE 147 I 354 m.w.H.

<sup>11</sup> <https://saez.swisshealthweb.ch/de/article/doi/saez.2022.20857>.

rechtskräftigen Wegweisungsentscheide, es geht nicht um diesen Entscheid, sondern um das Arztgeheimnis. Das Interesse an einem zügigen Vollzug der Wegweisungsentscheide und das Interesse daran, dass das Berufsgeheimnis nicht ausgehöhlt wird, lassen sich durchaus vereinbaren, einfach nicht auf dem Weg der geplanten Neufassung von Art. 71b AIG, sondern über den Weg der Entbindung, wenn ausnahmsweise keine Einwilligung eingeholt werden kann. In diesem Kontext ist zu bedenken, dass das Einholen von Gesundheitsdaten beim behandelnden Arzt ohnehin keine vollständige Klärung der Transportfähigkeit bedeutet, sondern höchstens im Einzelfall Anhaltspunkte dafür geben kann.

Unstrittig ist der behandelnde Arzt nicht zu weitergehenden Abklärungen der Transportfähigkeit verpflichtet, diese Aufgabe fällt den ärztlichen Dienstleistern zu, die im Auftrag der Behörden tätig werden (so ausdrücklich Art. 15p VVWAL). Liegen die Transportfähigkeit einschränkende Gesundheitsbeeinträchtigungen tatsächlich vor, so wird der Betroffene überdies meist in eigenem Interesse die Einwilligung zur Datenweitergabe durch den behandelnden Arzt erteilen, womit die Vertrauensbeziehung gewahrt wird. In den anderen Sachlagen hat sich das Einholen einer Entbindung bewährt – sofern denn überhaupt Gesundheitsdaten vorliegen, die für den Wegweisungsvollzug relevant sind.

Mit der vorgesehenen Neufassung von Art. 71b AIG soll nun die Durchbrechung des ärztlichen Berufsgeheimnisses direkt im Gesetz verankert werden. Damit kommt es (einmal mehr) zu einer Durchbrechung des ärztlichen Berufsgeheimnisses, und zwar ohne jede Notwendigkeit. Insbesondere mit Abs. 1 «Die behandelnden Ärztinnen und Ärzte geben die für die Beurteilung der Transportfähigkeit notwendigen medizinischen Daten von Personen .....Die Weitergabe der notwendigen medizinischen Daten stellt keine Verletzung der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht dar (Art. 321 Abs. 3 StGB)» wird das ärztliche Berufsgeheimnis für eine besonders vulnerable Patientenpopulation zur Makulatur. Das Bundesgericht hat erst kürzlich in einem Leiturteil bestätigt «Ausnahmen vom Arztgeheimnis bedürfen daher einer klaren bundesgesetzlichen Regelung (....)»<sup>12</sup>. Überdies braucht es für eine Durchbrechung des Berufsgeheimnisses im Einzelfall immer einer Interessenabwägung, die – wenn es an einer Einwilligung fehlt – nicht durch eine abstrakte Gesetzesnorm, sondern, wie dargelegt, durch eine Entbindungsbehörde erfolgen sollte.

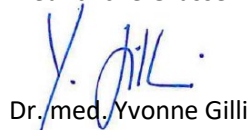
Ein Eingriff seitens Gesetzgebers in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, wie er im Entwurf vorgesehen ist, zieht im Einzelfall schwerwiegende Folgen für das therapeutische Arzt-Patientenverhältnis nach sich. Die Verankerung des Art. 71b AIG mit dem vorgesehenen Wortlaut ist nicht nur unnötig, sie bringt mit sich, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten vereitelt wird und das Berufsgeheimnis ausgehebelt werden würde.

### Schlussfolgerung

Die FMH und die Konferenz Schweizerischer Gefängnisärztinnen und Gefängnisärzte lehnen aus den dargelegten Gründen die Formulierung des Art. 71b AIG des revidierten AIG ab. Einverstanden sind die FMH und die Konferenz Schweizerischer Gefängnisärztinnen und Gefängnisärzte damit, dass die Gesetzesbestimmung die Adressaten der Meldepflicht konkreter als bisher umschreibt, d.h. die Formulierung «behandelnde medizinische Fachperson» durch Ärztin oder Arzt ersetzt. Wir begrüssen, dass nun auf Gesetzesstufe verankert wird, dass die notwendigen medizinischen Daten nur von Ärztinnen zu Ärzten weitergeleitet werden.

Die FMH und die Konferenz Schweizerischer Gefängnisärztinnen und Gefängnisärzte bedanken sich für die Berücksichtigung ihrer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

  
Dr. med. Yvonne Gilli  
Präsidentin FMH

  
Stefan Kaufmann  
Generalsekretär FMH

<sup>12</sup> BGE 147 IV 27 E. 4.6.; BGE 141 IV 77 E. 4.4.