

Illustrationen im Fokusteil:
Pomcanys Marketing AG

Wo das Recht auf die Spitex trifft

Die Arbeit der SpiteX weist Schnittstellen zu den verschiedensten Rechtsgrundlagen auf – und entsprechend vielfältig können Rechtsstreitigkeiten sein, die SpiteX-Organisationen bewältigen müssen. Dieser Fokusteil zum Thema «SpiteX und Recht» widmet sich (potenziellen) Rechtsstreitigkeiten der SpiteX mit Dritten: Zunächst wird betrachtet, welche Rechte die Klientinnen und Klienten der SpiteX haben und was bei einer Verletzung dieser Rechte droht – auch anhand von konkreten SpiteX-Beispielfällen. Daraufhin wird erläutert, wie SpiteX-Organisationen erfolgreich für die Finanzierung ihrer Leistungen und medizinischer Hilfsmittel einstehen können. Und es wird ausgeführt, wie sich die SpiteX für das kommende neue Datenschutzrecht rüsten kann.

«Juristen verstehen oft wenig von Pflege – und Pflegefachpersonen oft wenig von Recht», sagt Prof. Dr. iur. Hardy Landolt. Er selbst ist auf Pflegerecht spezialisiert, als Anwalt genauso wie als Professor, Fachautor und Leiter eines Kompetenzzentrums für Pflegerecht (vgl. «Zur Person» S. 16). Pflegerecht sei äusserst vielschichtig – und damit weit mehr als das, was im Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), in der Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV), der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV), im Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), im Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) und im Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) festgehalten ist. Denn diese Rechtsgrundlagen, die von SpiteX-Organisationen oft als rechtliche Basis ihrer Arbeit aufgelistet werden, widmen sich vordergründig der Finanzierung der Pflege. «Ich halte es für grundlegend falsch, dass das Pflegerecht fast nur mit der Kostenbrille betrachtet wird», betont Hardy Landolt. «Denn die Pflege weist die unterschiedlichsten Schnittstellen zum Recht auf.»

Beispielsweise könnten Pflege und Pflegebedürftigkeit aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechts betrachtet werden. Dies sei ein besonders aktuelles Thema, weil die Förderung des Pflegeberufs durch die Annahme der Pflegeinitiative nun in der Verfassung festgehalten wird. Bedeutsam für die Pflege seien aber zum Beispiel auch das Datenschutzgesetz (DSG; vgl. Bericht S. 32), das Epidemiegesetz (EpG), das Arbeitsgesetz (ArG), das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) samt Obligationenrecht (OR) sowie das Schweizerische Strafbuch (StGB) und das Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (GesBG).

Patientenrechte: Vieles wird kantonal genau definiert

Im Gespräch mit dem «SpiteX Magazin» hat Hardy Landolt auf das Thema Patientenrechte fokussiert – auch wenn allgemeingültige Diskussionen über Patientenrechte in der ambulanten Pflege schwierig seien. Dies, weil Gesetzgebung und Gerichtsurteile oft auf den stationären Bereich fokussieren und weil Patientenrechte kantonal unterschiedlich geregelt sind. «Dennoch sind diese Diskussionen von zentraler Bedeutung. Nicht nur, weil wir die Rechte von Pflegebedürftigen bestmöglich schützen müssen. Sondern auch, weil die Pflegebedürftigkeit ein grosses Potenzial für Konfliktsituationen birgt, vor denen sich auch die SpiteX bestmöglich schützen sollte, indem sie die Rechtslage gut kennt», sagt der Rechtsprofessor.

Der Bund verweist in Bezug auf Patientenrechte ebenfalls darauf, dass diese von Kanton zu Kanton variieren. Er listet aber auch auf, welche übergeordneten Patientenrechte national gelten¹. Demgemäss hat jede Patientin und jeder Patient ein Recht auf Aufklärung und Beratung, Willensäusserung und Wahlfreiheit, Einwilligung, Wahrung des Berufsgeheimnisses, Einsicht ins Patientendossier, Begleitung sowie die Haftung des Gesundheitspersonals für Schäden.

Doch in welcher Rechtsgrundlage sind die Rechte der Klientinnen und Klienten der SpiteX geregelt? SpiteX-Organisationen, die einen staatlichen Leistungsauftrag erfüllen, gelten laut Hardy Landolt als staatliche Funktionäre und sind demnach an die Grundrechte des Bundesverfassung gebunden². Genauer hält Art. 35 BV fest: «Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.» Die übergeordnete Regel lautet demnach: SpiteX-Organisationen mit Leistungsvertrag brechen keine Klientenrechte, wenn sie die Grundrechte ihrer Klientinnen und Klienten nicht verletzen. Die Bundesverfassung listet ab Art. 7 zum Beispiel folgende, für die SpiteX besonders relevante Grundrechte auf: Menschenwürde, Rechtsgleichheit, Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit inklusive geistiger und körperlicher Unversehrtheit, Recht auf Hilfe in Notlagen, Meinungs- und Informationsfreiheit sowie Schutz der Privatsphäre.

¹ Mehr zu Patientenrechten, Beratungsstellen und Rechtsgrundlagen gibt es unter www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/patientenrechte.html. Der Bund erläutert dort auch, er habe den Bericht «Patientenrechte und Patientenpartizipation in der Schweiz» in Auftrag gegeben.

² Organisationen ohne staatlichen Leistungsauftrag sind nicht an die Grundrechte gebunden, ausser der Kanton definiert dies anders. Für sie gelten der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz und die Rechtfertigungsgrundlagen des ZGB. In diesem Bericht werden Organisationen mit Leistungsauftrag betrachtet.



«Juristen verstehen oft wenig von Pflege und Pflegefachpersonen oft wenig von Recht.»

Prof. Dr. Hardy Landolt

Zur einfacheren Orientierung leitet Hardy Landolt daraus drei übergeordnete Patientenrechte ab, aus denen die Spitex ihre rechtlichen Pflichten im Umgang mit Klientinnen und Klienten ableiten kann: das Recht auf Selbstbestimmung, Dokumentation und Information.

Zentrales Patienten-

recht: Selbstbestimmung

Das übergeordnete Patientenrecht der Selbstbestimmung oder auch Willensfreiheit bedeutet laut Hardy Landolt, dass eine Spitex-Organisation einen Eingriff in ein Grundrecht einer Klientin oder eines Klienten nur mit dessen

Einwilligung vornehmen kann. Die Spitex braucht also beispielsweise eine Einwilligung für eine Injektion, weil diese einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eines Klienten darstellt. Beeinträchtigt eine Spitex mit Leistungsvertrag gemäss Art. 12 BV einen grundrechtlich geschützten Lebensbereich ohne Einwilligung, muss sie sich hierfür rechtfertigen können. «Einfach gesagt gilt: Können SpiteX-Mitarbeitende dieser Rechtfertigungspflicht im Falle einer Grundrechtsverletzung nicht nachkommen, ist die Verletzung eine strafrechtliche Handlung», sagt Hardy Landolt. Art. 36 der Bundesverfassung besagt genauer, dass die Beeinträchtigung ohne Einwilligung nur a) mit einer gesetzlichen Grundlage, b) mit einem öffentlichen Interesse und c) mit Verhältnismässigkeit erfolgen darf. «Haben SpiteX-Mitarbeitende diese Trias der Rechtfertigung nicht verinnerlicht, sind sie nicht rechtlich sicher unterwegs. Dann verletzen sie ein Grundrecht vielleicht aus ethischer Über-

«Die zentrale Frage, wenn immer Recht und Pflege sich treffen, ist: Besteht eine Sorgfaltspflichtverletzung?»

Prof. Dr. Hardy Landolt

zeugung, ohne dass dies laut Gesetz gerechtfertigt ist», sagt der Rechtsprofessor.

Ein typisches Anwendungsbeispiel für einen Eingriff in die Grundrechte ist die pflegerische Zwangsmassnahme. «Erbringen Pflegefachpersonen ohne die Zustimmung eines Patienten

oder sogar gegen dessen ausdrücklichen Willen eine Pflegehandlung, wird offensichtlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gebrochen», sagt Hardy Landolt. Bei der Fixierung eines aggressiven Patienten zum Schutze aller Beteiligten müssten die ausübenden Pflegefachpersonen also zum Beispiel das öffentliche

Interesse erklären, die Verhältnismässigkeit belegen und auf eine Rechtsgrundlage verweisen können. Laut Hardy Landolt könnte Letzteres ein kantonales Gesundheitsgesetz sein, weil dort Zwangsmassnahmen oft geregelt werden. Oder aber das ZGB, das die Behandlung ohne Zustimmung zwar für den stationären Bereich regelt – diese Regelungen sollten aber auf den ambulanten Bereich übertragbar sein. «Ein Fixieren ist eine klare Zwangsmassnahme, aber was ist mit dem Abschliessen einer Haustüre bei einem Menschen mit Demenz?», fragt er. «Viele Pflegefachpersonen würden diese Massnahme als richtig bezeichnen. Rechtlich ist dies aber klar ein Eingriff in einen Grundrecht-geschützten Lebensbereich, etwa in die Bewegungsfreiheit.» Geschehe das Abschliessen ohne Einwilligung des Klienten oder seines Vormunds, sei dies nicht sicher verboten. «Die SpiteX muss diese Massnahme nur rechtfertigen können, ansonsten begeht sie eine Nötigung und wird angreifbar», stellt er klar.

Zentrales Patientenrecht: Dokumentation

Für SpiteX-Organisationen hat die Dokumentation ihrer Pflegehandlungen laut Hardy Landolt zwei zentrale Zwecke: Erstens kann die SpiteX dadurch aufzeigen, was sie geleistet und welche Resultate sie erzielt hat. Damit sichert sie zudem das zweite zentrale Patientenrecht, welches der Rechtsprofessor auflistet: das Recht auf Dokumentation. Schliesslich hat jede Person zum Beispiel laut DSGVO ein Recht auf Auskunft über ihre Patientenakte, auf Einsicht in die Akte, auf Berichtigung falscher Daten und bald auch auf die digitale Herausgabe der Daten (vgl. Bericht S. 32). «Auf der anderen Seite dokumentiert die SpiteX zu ihrem eigenen Schutz», fügt der Jurist an. Dank einer guten Dokumentation kann sich die SpiteX im Falle von Vorwürfen rund um eine Verletzung von Patientenrechten besser rechtfertigen. Besonders wichtig sei es beispielsweise, dass die SpiteX jede Einwilligung festhält. Zudem hat das Bundesgericht entschieden, dass eine Verletzung der Dokumentations-

Zur Person: Hardy Landolt

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M. ist seit 1992 als Rechtsanwalt und Notar im Kanton Glarus tätig (www.lare.ch). Der verheiratete 56-Jährige ist Tetraplegiker seit einem Unfall 1979. Von seinem Berufswunsch, Anwalt zu werden, hielt ihn dies nicht ab: Seine Habilitationsschrift zum Thema «Pflegerecht» ist 2002 und 2003 in zwei Bänden im Stämpfli Verlag erschienen. Derzeit ist Hardy Landolt zudem unter anderem Titularprofessor für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St. Gallen, Dozent für Gesundheitsrecht, Schriftleiter der Zeitschrift «Pflegerecht» – und Inhaber der Care Solutions GmbH (www.care-solutions.ch). Diese betreibt ein Kompetenzzentrum für Pflegerecht, das unter anderem die Zeitschrift «Pflegerecht» herausgibt (www.pflegerecht.ch), Pflegegutachten erstellt und die Fridli-Spitem betreibt, die auf die Anstellung und Begleitung pflegender Angehöriger spezialisiert ist.

pfligt das Beweismass im Falle einer Klage herabsetzen kann. «Normalerweise muss der Kläger ein Vergehen der SpiteX mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachweisen können», erklärt Hardy Landolt. «Hat die SpiteX den Fall aber ungenügend dokumentiert, glaubt das Gericht dem Kläger bereits dann, wenn er das Vergehen glaubhaft machen kann.»

Zentrales Patientenrecht: Information

Das dritte übergeordnete Patientenrecht wird ebenfalls in vielen kantonalen Patientenerlassen konkretisiert: das Recht auf Information. Zum Beispiel ist die Einwilligung eines Klienten oder einer Klientin ohne die vorgängige Aufklärung nicht möglich («informed consent»). So hat das Bundesgericht erklärt, dass ein Patient vor einem medizinischen Eingriff über Risiken und Alternativen informiert werden muss. «Eine nicht restlos geklärte Frage ist, welche Pflegehandlungen eine vorgängige Aufklärung benötigen», sagt Hardy Landolt. «Analog zur Gerichtspraxis bei medizinischen Eingriffen würde ich sagen, dass die SpiteX nur über Pflegeleistungen aufklärungspflichtig ist, die wesentliche Risiken mit sich bringen.» Auch nicht abschliessend geklärt sei in der Pflege die Frage, ob eine anfängliche Grundaufklärung genügt oder ob auch eine pflegespezifische Aufklärung nötig ist. Ob die SpiteX also zum Beispiel erneut über eine Injektion aufklären muss, wenn dies im Spital bereits getan wurde. Angesichts der unsicheren Rechtslage rät Hardy Landolt der SpiteX, genau zu reflektieren, ob sie ihre Klientinnen und Klienten über alle wesentlichen Risiken von pflegerischen Handlungen aufklärt. Dies gilt insbesondere für Injektionen. So habe das Bundesgericht entschieden, dass eine innert kürzester Zeit erfolgende Injektion zweier medikamentöser Präparate an derselben Stelle des Oberarms zwingend eine vorgängige Aufklärung über Risiken wie eine Fettnekrose nötig macht.

Ein weiterer Informationsanspruch der Klientinnen und Klienten der SpiteX ist die sogenannte «wirtschaftliche Aufklärung». «Der zugelassene Leistungserbringer muss die versicherte Person darüber aufklären, wer die Kosten für eine Leistung trägt. Die SpiteX muss das also selbst genau wissen», sagt Hardy Landolt. Das Recht auf Information wird schliesslich in manchen kantonalen Gesetzen zu Patientenrechten noch präzisiert. Beispielsweise halten manche fest, dass Leistungserbringer ihre Patientinnen und Patienten über Beschwerdemöglichkeiten und Ombudsstellen (vgl. Infokasten S. 18) informieren müssen.

Rahmen der Patientenrechte: Sorgfalt und Verantwortlichkeit

Der Rahmen für die Einhaltung der erläuterten Patientenrechte ist laut Hardy Landolt, dass die SpiteX ihre Leistungen sorgfältig ausführt – diese Pflicht ist zum Beispiel im GesBG festgehalten. Die Sorgfaltspflicht sei für die SpiteX dementsprechend ein bedeutsames juristisches Prinzip.



«Die zentrale Frage, wenn immer Recht und Pflege sich treffen, ist: Besteht eine Sorgfaltspflichtverletzung?», sagt er. «Ob die SpiteX eine Handlung sorgfältig ausgeführt hat, wird dabei am jeweiligen Standard des Berufes zum Zeitpunkt der Handlung gemessen. Eine Verletzung der Sorgfaltspflicht liegt nur im Falle einer Standardabweichung vor – wenn also eine vergleichbare Berufsangehörige zum gleichen Zeitpunkt anders gehandelt hätte.»

Im Folgenden soll das Beispiel betrachtet werden, dass eine SpiteX-Mitarbeiterin wegen einer angeblichen Sorgfaltspflichtverletzung angeklagt wird. Dann muss ihre Verantwortlichkeit laut Hardy Landolt auf verschiedenen juristischen Verantwortlichkeitsebenen geklärt werden.

■ **Strafrechtliche Verantwortlichkeit:** Im Strafrecht gelten laut Hardy Landolt zwei Grundsätze. Erstens ist dies «Keine Strafe ohne Gesetz»: Das Verhalten der SpiteX-Mitarbeiterin kann auf dieser Ebene zwar als unsorgfältig beurteilt werden – verbietet das StGB die Handlung nicht, ist sie strafrechtlich irrelevant. Das zweite Grundprinzip lautet «Im Zweifel für die beschuldigte Person» («In dubio pro reo»). «Im Zweifelsfall wird immer zugunsten der beschuldigten SpiteX-Mitarbeiterin angenommen, dass sie sich strafrechtlich korrekt verhalten hat», erklärt der Experte. Weil die Pflege keine exakte Wissenschaft sei und weil Juristen im Pflegerecht auf viele Unschärfen trafen, seien solche Zweifel häufig und Mitarbeitende der Pflege würden strafrechtlich selten verurteilt. «Haben SpiteX-Mitarbeitende Angst vor dem Strafrecht, ist diese meist unbegründet», beruhigt er. Kommt hinzu, dass nur eine vorsätzliche Handlung strafbar sei, ausser es liegt ein

expliziter Fahrlässigkeits-Straftatbestand vor – wie dies bei einer fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung der Fall ist. Die Folgen für eine Verantwortlichkeit auf strafrechtlicher Ebene können für die Spitex-Mitarbeitenden eine Busse und/oder eine Freiheitsstrafe sein.

Strafrechtlich relevant ist für Spitex-Organisationen auch die «Garantenpflicht»: Die Spitex hat ihren Klientinnen und Klienten gegenüber eine Fürsorge- und Schutzpflicht. Sie ist darum verpflichtet, die Klientinnen und Klienten im Rahmen der Zumutbarkeit vor Gefahren zu schützen. Tut sie dies nicht, verletzt sie die Garantenpflicht und begeht ein Unterlassungsdelikt.

Stellen, die bei Konflikten helfen

Der Bund listet in seinem Online-Dossier zu Patientenrechten (www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/patientenrechte.html) auch verschiedene Anlaufstellen auf, die in der ganzen Schweiz für die Beratung in Bezug auf das Thema zuständig sind. Zum Beispiel sind dies acht Patientenstellen von der Westschweiz bis ins Graubünden (www.patientenstelle.ch) oder auch die Stiftung Patientenorganisation (SPO) mit sechs Standorten (www.spo.ch).

Weiter listet der Bund diejenigen Ombudsstellen auf, die in einem Kanton jeweils für strittige Fälle rund um Patientenrechte zuständig sind. Die Unabhängige Beschwerdestelle für das Alter (UBA) ist zum Beispiel im Kanton Zürich und den Zentralschweizer Kantonen als Ombudsstelle bei Spitex-Konflikten eingesetzt. Auch für alle Spitex-Organisationen, die der Association Spitex privée Suisse (ASPS) angehören, ist die UBA die zuständige Ombudsstelle. In allen Deutschschweizer Kantonen kann die UBA zudem kontaktiert werden, wenn ältere Menschen, ihre Angehörigen oder auch eine Spitex-Organisation eine kostenlose Beratung benötigen in Bezug auf eine Konfliktsituation, die Menschen über 65 Jahre einschliesst (www.uba.ch). Die UBA hat in diesem Bereich auch ein nationales Netzwerk gebildet – gemeinsam mit dem Verband «alter ego» aus der Romandie (www.alter-ego.ch) und Pro Senectute Tessin: Das «Nationale Kompetenzzentrum Alter ohne Gewalt» hat am 1. Januar 2022 seine Arbeit aufgenommen und bietet zum Beispiel rasche und kostenlose Hilfe im Krisenfall (<https://alterohnegewalt.ch>).

Die Jahresberichte solcher Stellen zeigen, dass auch die Spitex manchmal Hilfe zum Thema Patientenrechte benötigt. Die Bündner Ombudsstelle der Spitex-, Alters- und Behinderteninstitutionen (OSAB GR) hat 2021 zum Beispiel 10 Spitex-bezogene Fälle behandelt. Die Berichte zeigen aber auch, dass die Zahl der Spitex-Fälle immer noch weit unter derjenigen aus Alters- und Pflegeheimen liegt. So hat die OSAB GR im Jahr 2021 knapp 40 Fälle behandelt, welche Heime betrafen. Und die Bernische Ombudsstelle für Alters-, Betreuungs- und Heimfragen hat 2021 zum Beispiel 55 Fälle der Pflege und Betreuung zu Hause inklusive Spitex behandelt – gegenüber 216 Fällen aus Altersinstitutionen.

■ **Haftungsrechtliche Verantwortlichkeit:** «Hat die Spitex-Mitarbeiterin einen Schaden angerichtet, wird auf der haftungsrechtlichen Ebene geklärt, ob sie schadensersatzpflichtig ist», erklärt Hardy Landolt. Als Schaden zählen Mehrkosten, Erwerbsausfälle oder auch immaterielle Nachteile, die durch eine Genugtuung entschädigt werden. Das Vorliegen eines Schadens ist die erste Voraussetzung für eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit. Die zweite ist Kausalität: Die Spitex-Mitarbeiterin muss den Schaden durch ihr Handeln oder ihre Untätigkeit verursacht haben. Die dritte Voraussetzung ist ein widerrechtliches Handeln oder eine widerrechtliche Untätigkeit. «Hier kommt wieder die Frage ins Spiel, ob die Mitarbeiterin in Bezug auf den Schaden unsorgfältig gehandelt hat, indem sie von einem Standard abgewichen ist. Wenn ja, war ihr Verhalten widerrechtlich», erklärt Hardy Landolt.

Eine mögliche vierte Voraussetzung für eine Haftung gestaltet sich bei der Spitex etwas komplizierter: Es ist das Verschulden. «Ein Verschulden ist, wenn einer Person die Abweichung vom Standard vorgeworfen werden kann», erklärt Hardy Landolt. Operiere ein Arzt im Dschungel einen Menschen in einer Notlage mit einem Taschenmesser, sei dies eine Standardabweichung – aber sie sei dem Arzt aufgrund seiner Lage nicht vorwerfbar. Das Verschulden ist aber nur dann von Belang, wenn die privatrechtliche Verschuldenshaftung gilt. Für die Spitex gilt aber teilweise die Staatshaftung, also die Haftung durch das Gemeinwesen bei der Schädigung Dritter. Die Staatshaftung sei in der Schweiz sehr heterogen geregelt, sagt Hardy Landolt. «Manchmal muss eine Organisation im Besitz des Staates sein, damit die Staatshaftung gilt, manchmal reicht ein staatlicher Leistungsvertrag. Und in Kantonen wie Glarus haften sogar private Leistungserbringer gemäss der Staatshaftung, weil auch sie einen Auftrag des Staates erfüllen.» Jede Spitex-Organisation müsse darum im kantonalen Staatshaftungsgesetz abklären, welche Haftung für sie gilt. Ist es die Staatshaftung, bedeutet dies eine verschärfte Kausalhaftung. «Die Staatshaftung verlangt kein Verschulden», erklärt Hardy Landolt. Im Falle des Arztes im Dschungel würde dies bedeuten: Der Staat muss dem Patienten aufgrund der Standardabweichung des Arztes Schadensersatz bezahlen, auch wenn das Verhalten des Arztes nicht vorwerfbar ist. Die Folge einer Verantwortlichkeit auf haftungsrechtlicher Ebene ist der Ersatz des angerichteten Schadens, selbst in Millionenhöhe.

■ **Verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit:** Die verwaltungsrechtliche Ebene ist laut Hardy Landolt seit Inkrafttreten des GesBG national einheitlich geregelt: «Hat die Spitex-Mitarbeiterin eine Berufspflicht verletzt, kann die kantonale Aufsichtsbehörde sie sanktionieren», erklärt er. Möglich seien eine Verwarnung sowie ein teilweises oder umfassendes sowie befristetes oder unbefristetes Berufsverbot, allenfalls in Kombination mit einer Busse.

■ **Arbeitsrechtliche Verantwortlichkeit:** Der fehlbaren Spitex-Mitarbeiterin drohen auch Konsequenzen auf arbeitsrechtlicher Ebene: Der Arbeitgeber kann sie verwarnen oder ihr ordentlich oder fristlos kündigen. Zum Beispiel legt ein früheres Gerichtsurteil fest, dass herabwürdigende und menschenverachtende Äusserungen gegenüber anvertrauten hilfsbedürftigen Menschen eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Auch einen Regressanspruch kann der Arbeitgeber geltend machen, wenn er den angerichteten Schaden bezahlen muss.

Standesrechtliche Verantwortlichkeit: eine Standesordnung fehlt

In der Liste der Verantwortlichkeitsebenen fehle die standesrechtliche Verantwortlichkeit, fügt Hardy Landolt an. «Aber dafür müsste die Pflege über eine Standesordnung verfügen.» Der Rechtsprofessor wünscht sich, dass die Pflegebranche eine solche Ordnung verfasst – analog derjenigen der FMH für Ärztinnen und Ärzte. «Eine Standesordnung legt fest, welche Verpflichtungen die Branche ihren Mitgliedern selbst auferlegt. Sie könnte zum Beispiel festhalten, dass jedes Schädigen einer Patientin oder eines Patienten zu melden ist.» Ein solches internes Regulativ sei von Bedeutung für die Qualität und Einheitlichkeit der Branche. Und verstosse ein Branchenmitglied gegen die Verordnung, könne es einfach vom Verband sanktioniert oder sogar ausgeschlossen werden.

Nicht nur eine Standesordnung wünscht sich der Rechtsprofessor für die Pflege – sondern auch eine einheitliche und klare Regelung der beruflichen Standards, an denen sich die Juristen orientieren. Noch müssten diese Standards an vielen Orten zusammengetragen werden oder seien sogar je nach Kanton oder Region ein bisschen anders. «Die Sorgfaltspflicht ist auf Bundesebene geregelt, und darum sollte die Pflege nationale Standards formulieren. Diese sollten zum Beispiel klarstellen, wann ein Medikationsmanagement aus Sicht der Branche sorgfaltsgemäss durchgeführt wird. Und wie viele diplomierte Pflegefachpersonen eine Organisation anstellen muss, um sorgfaltsgemäss zu arbeiten.»

Die Haftung der Spitex-Organisation

Noch nicht genau geklärt wurde im Beispielfall, ob auch die Spitex-Organisation für den Schaden haftet, den ihre Mitarbeiterin verursacht hat. Ist die Staatshaftung anzuwenden, haftet das Gemeinwesen. «Gilt hingegen das private Recht, kann die Spitex-Organisation im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung mithaften», erklärt Hardy Landolt. Die Geschäftsherrenhaftung laut Art. 55 und 101 OR besagt, dass der Arbeitgeber mithaftet, weil er die schadensverursachende Person angestellt hat. Hat die Arbeitnehmerin den Schaden im vertraglichen Bereich verursacht, haftet der Arbeitgeber immer mit. Bei der Spitex wäre dies beispielsweise ein Schaden durch eine Pflegehandlung. «Hat die Arbeitneh-

Heute bestellen, morgen erhalten.

Knapp 13'000 Produkte für die Versorgung von Stoma, Wundbehandlung, Inkontinenz und Tracheostoma. Bis 17 Uhr bestellt, morgen an Ihren Spitexstützpunkt oder direkt zu Ihrem Klienten geliefert.

publicare.ch



Ihr zuverlässiger Partner
für Beratung und Lieferung
medizinischer Hilfsmittel

 publicare

merin den Schaden hingegen im ausservertraglichen Bereich verursacht, kann sich der Arbeitgeber entlasten. Wirft die Spitex-Mitarbeiterin zum Beispiel einen Gegenstand aus einem Fenster und schädigt damit einen Passanten, kann ihre Arbeitgeberin nachweisen, dass die Mitarbeiterin sorgfältig ausgewählt und ausreichend instruiert und überwacht wurde. Dann haftet die Arbeitgeberin nicht mit.»

Die Spitex-Organisation kann aber auch im Rahmen der Organisationshaftung (mit)haften. Dies ist der Fall, wenn sie selbst ihre Sorgfaltspflichten verletzt hat. Zum Beispiel, wenn sie ihrer Mitarbeiterin eine mangelhafte Infrastruktur zur Verfügung gestellt hat. Besonders zu beachten ist laut Hardy Landolt, dass eine Spitex-Organisation sich nie für einen Organisationsfehler damit rechtfertigen kann, dass eine Leistung nicht finanziert wird. «Führt die Spitex eine Leistung nicht durch, obwohl sie dies gemäss dem Standard der Pflege oder sogar gemäss ihrer eigenen Bedarfsabklärung müsste, sagen wir Juristen klar: Die Finanzierung ist für uns irrelevant. Dies ist eine Sorgfaltspflichtverletzung.» Dies habe das Bundesgericht zum Beispiel klargestellt, als ein Spital eine Sitzwache aufgrund der mangelnden Finanzierung weglassen und der Patient daraufhin unter Medikamenteneinfluss aus dem Fenster sprang. «Kann eine Spitex-Organisation also eine standardgemässe Leistung wegen Finanzen oder auch Personalknappheit nicht durchführen, muss sie den Fall abgeben. So geht sie präventiv gegen eine Haftung vor.» Und was, wenn die Spitex-Organisation einen Fall aufgrund ihrer Versorgungspflicht nicht abgeben sollte? «Dann muss sie ihrem Restfinanzierer klarmachen, dass auch ihre

Versorgungspflicht kein widerrechtliches Verhalten wie eine fahrlässige Körperverletzung rechtfertigt», sagt Hardy Landolt. «Und dass sie einen Klienten folglich abgibt oder Unterstützung benötigt, um ihn standardgemäss versorgen zu können.»

«Die Rechtskunde sollte in der Pflegeausbildung kein Mauerblümchendasein mehr fristen.»

Prof. Dr. Hardy Landolt

Empfehlungen für konkrete Massnahmen
Auch wenn eine Spitex-Organisation noch so sattelfest ist in Bezug auf Rechtsgrundlagen, kann sie sich eines Tages mit einer (angedrohten) Klage wegen der Verletzung eines Patientenrechts kon-

frontiert sehen. Um hierfür gerüstet zu sein, rät der Anwalt und Notar zu folgenden zentralen Massnahmen:

- **(Kollektive) Rechtsschutzversicherung:** Jede Rechtsschutzversicherung berät Versicherte im Fall von Rechtsstreitigkeiten und finanziert einen Rechtsbeistand. Empfehlenswert ist laut Hardy Landolt auch eine kollektive Rechtsschutzversicherung, die ein Spitex-Verband für alle seine Mitglieder abschliessen kann.
- **Haftpflichtversicherung:** Der Haftpflichtversicherer ist im Rahmen des passiven Rechtsschutzes zur Abwehr von Schadensersatzansprüchen verpflichtet. Eine Haftpflichtversicherung ist zudem laut GesBG Pflicht. Hardy Landolt rät zu einer hohen Deckungssumme, da ein Schaden im Gesundheitswesen auch einmal mehrere Millionen betragen kann.
- **Netzwerk aus Rechtsspezialisten:** Hardy Landolt ist sich bewusst, dass viele Spitex-Organisationen nicht die Grösse haben, um eigene Juristen anzustellen. Zudem gebe es nicht viele Juristen, die sich in allen Bereichen des Pflegerechts auskennen. «Darum könnte ein kantonaler oder nationaler Spitex-Verband ein Netzwerk aus spezialisierten Juristen aufbauen, die seine Mitglieder im Notfall kompetent beraten», rät er. Zu diesem Netzwerk könnten zum Beispiel auch die erwähnten Ombudsstellen gehören, an die sich eine Spitex-Organisation in strittigen Fällen für eine Beratung oder Mediation wenden kann (vgl. Infokasten S. 18). Auf eine Verbandslösung setzt zum Beispiel der Spitex Verband Thurgau: Ein vom Kantonalverband eingesetzter Jurist berät die Mitglieder in rechtlichen Fragen – und bis zu einer Dauer von rund 30 Minuten bezahlt der Verband diese Beratungen.

Abschliessend äussert Hardy Landolt den Wunsch, «dass die Rechtskunde bald nicht mehr ein Mauerblümchendasein in der Pflegeausbildung fristet». Und dass künftig alle Mitarbeitenden der Pflege ein Verständnis für die vielen Schnittstellen zwischen Recht und Pflege entwickeln. «Sonst sind die Pflegenden gewissermassen mit Chauffeuren vergleich-

bar, die das Fahren ihres Lastwagens zwar perfekt beherrschten, aber die Verkehrsregeln nicht genau kennen», sagt er. Jeder Spitex-Organisation rät er, sich ein breites rechtliches Grundwissen anzueignen und alle Mitarbeitenden diesbezüglich zu schulen. «Dies vermittelt den Mitarbeitenden viel Sicherheit, weil sie wissen, dass sie rechtlich sicher unterwegs sind», sagt er. Zudem könne sich das fehlende Wissen im Falle einer Rechtsstreitigkeit rächen – und solche

Streitigkeiten könnten häufiger werden. «Derzeit sind die Patientinnen und Patienten in der Schweiz noch zurückhaltend in Bezug auf Klagen gegen Ärzteschaft und Pflege», sagt er. «Es könnte aber nur eine Frage der Zeit sein, bis die Streitkultur aus anderen Ländern und Lebensbereichen auch auf unser Gesundheitssystem überschwappt.»

Kathrin Morf

Konkrete Rechtsfragen in Kürze beurteilt

Im Folgenden werden konkrete Anwendungsbeispiele von Schnittstellen zwischen Spitex-Arbeit und Recht in Kürze von Hardy Landolt kommentiert – von Pflegefehlern über Reanimation bis Schenkungen.

Als Erstes soll ein Beispiel für einen Pflegefehler betrachtet werden, der laut Fachliteratur durch aktives oder passives Verhalten verursacht werden kann: Ein Klient entgleitet einer Spitex-Mitarbeiterin bei der Mobilisierung, stürzt und zieht sich Verletzungen zu. Was bedeutet dies rechtlich?

Hardy Landolt: Die Verantwortlichkeit der Mitarbeiterin dieser von einem Standard abweichenden Sorgfaltspflichtverletzung muss auf verschiedenen Ebenen betrachtet werden: Strafrechtlich ist der Sturz eine fahrlässige Körperverletzung, wenn die Mitarbeiterin diesen nachweislich aufgrund einer Standardabweichung verursacht hat. Haftungsrechtlich gilt: Im Rahmen der Staatshaftung haftet der Staat bereits, wenn die Spitex-Mitarbeiterin durch eine Standardabweichung einen Schaden verursacht hat. Im Rahmen der privatrechtlichen Haftung haftet die Mitarbeiterin hingegen nur, wenn ihr das Verhalten vorwerfbar ist. Im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung kann zudem die Spitex-Organisation mithaften. Auf der verwaltungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Ebene würde ich sagen, dass ein einmaliges Sturzereignis wie dieses kaum Sanktionen rechtfertigt.

Eine Spitex-Mitarbeiterin hat einen Klienten bei einer Injektion verletzt. Es stellt sich heraus, dass die Fachfrau Gesundheit (FaGe) ungenügend für diese Aufgabe qualifiziert war und dass dennoch die Delegation der Aufgabe an sie erfolgte. Wer haftet hier?

Ist der Einsatz der FaGe eine Standardabweichung, hat die delegierende Person einen Delegationsfehler gemacht. Hat die Organisation zum Beispiel trotz Mangel an qualifiziertem Personal auf dem Abdecken der Leistung beharrt, haftet sie in der privatrechtlichen Haftung mit. War der FaGe bewusst, dass sie nicht für diese Leistung qualifiziert ist, liegt zudem ein Übernahmeverschulden vor. Ist die FaGe nun aber zum Beispiel eine Auszubildende, der versichert wurde, sie müsse diese Leistung zu Lernzwecken ausüben, dürfte ihr dieses Verhalten nicht vorwerfbar sein.

Eine betagte Seniorin ist in Abwesenheit der Spitex gestürzt und die Angehörigen machen die mangelnde Sturzprophylaxe der Spitex verantwortlich. Kann dies angebracht sein?

Ein Alters- und Pflegeheim verpflichtet sich vertraglich, 24 Stunden für die Sicherheit der Bewohnenden zu sorgen. Das ist ein wesentlicher Unterschied zur Spitex, die sich verpflichtet, ärztlich angeordnete Pflegedienstleistungen auszuführen. Die Spitex haftet also nicht für alle Stürze ihrer Klientinnen und Klienten. Natürlich gibt es aber die Garantienpflicht der Spitex: Erkennt sie eine konkrete Gefahr für einen Klienten, zu dessen Schutz sie sich verpflichtet hat, muss sie Abwehmassnahmen ergreifen – diese können aber einfach sein. Zum Beispiel sollte die Spitex dem Klienten mitteilen, dass sein Teppich eine aussergewöhnliche Sturzgefahr darstellt. Und sie sollte zum eigenen Schutz dokumentieren, dass der Klient informiert wurde und den Teppich dennoch behalten will.

Medikationsfehler sind laut Stiftung Patientensicherheit die häufigsten Fehler im Gesundheitssystem. Nehmen wir nun aber an, ein Arzt hat der Spitex eine geänderte Medikation nicht kommuniziert und die Spitex verabreicht deswegen Medikamente, die Nebenwirkungen auslösen. Kann die Spitex für diesen Anordnungsfehler belangt werden?

Es besteht eine Sorgfaltspflicht bei der Anordnung und bei der Bereitstellung und Verabreichung der Medikation. Informiert der Arzt die Spitex nicht über eine Änderung der Anordnung, begeht er eine Sorgfaltspflichtverletzung. Weiss die Spitex aber zum Beispiel, dass ein Klient im Spital war und dass dieses Spital prinzipiell schlecht über Änderungen in der Medikation informiert, gilt wieder die Garantienpflicht: Sie muss die erkannte Gefahr für ihre Klientin oder ihren Klienten abwenden. Dasselbe gilt zum Beispiel, wenn eine Pflegefachperson feststellt, dass vom Arzt unbeabsichtigte Wechselwirkungen zwischen Medikamenten eintreten.

Medial ausgebreitet wurden in den vergangenen Jahren vor allem Extremfälle wie Gewalt in Alters- und Pflegeheimen.

Anzeige

Rehabilitation
Mit neuer Kraft zurück in den Alltag

KLINIK SUSENBERG

Wir sind für Sie da:
Dr. med. Christel Nigg, Chefärztin
Dr. med. Urania Kolyvanos Naumann, Leitende Ärztin
Telefon 044 268 38 38
www.susenbergeklinik.ch
In einem Park am Zürichberg

Persönlich. Engagiert.

115 Jahre Neuroth Jahre Vorteile

Wir feiern **115 Jahre Neuroth** – und Sie bekommen die Geschenke! Profitieren Sie jetzt von bis zu **CHF 345.– Jubiläumrabatt** beim Kauf neuer Hörgeräte.*



Jetzt online einen Termin vereinbaren oder unter
Tel.: 00800 8001 8001

neuroth.com

*Gültig bis 31.12.22 beim Kauf einer Hörlösung der Kategorien Active, Extra und Excellent und beim Kauf eines Servicepaketes Silber, Platin oder Diamant. Gültig in allen Neuroth-Hörcentern der Schweiz und Liechtenstein und nicht kumulierbar. Keine Barauszahlung.



NEUROTH
BESSER HÖREN • BESSER LEBEN

Zürcher Hochschule
für Angewandte Wissenschaften
zhaw Gesundheit

Neues
Angebot

Homöopathie und TCM

Einstieg in traditionelle Heilweisen

Lernen Sie die klassische Homöopathie kennen – inklusive einer Auswahl an Arzneimitteln, die zur Behandlung von Verletzungen sowie rund um Schwangerschaft und Geburt eingesetzt werden. Zweiter Schwerpunkt sind die Traditionelle Chinesische Medizin TCM und ihre Anwendung.

**Interprofessionelle
Weiterbildung**

Start: 5. Oktober 2022

Mehr unter zhaw.ch/gesundheits/weiterbildung



Weiterbildung an der Berner Fachhochschule

- CAS Psychosomatik | *Einstieg laufend möglich*
- Fachkurs Clinical Decision Making | *Start: Januar 2023*
- Fachkurs Psychische Krisenintervention | *Start: November 2022*
- Fachkurs Opfer von Gewalt unterstützen | *Start: Februar 2023*
- Fachkurs Motivational Interviewing | *Start: November 2022*
- Fachkurs Facilitation – Veränderungen (mit)gestalten | *Start: November 2022*
- Fachkurs Adherencetherapie | *Start: Januar 2023*

► Gesundheit

bfh.ch/gesundheits/weiterbildung

Was droht einer Spitex-Mitarbeiterin, die einem Klienten eine Ohrfeige verpasst, bei einer Klage?

Natürlich ist das eine Standardabweichung par excellence – und könnte dementsprechend strafrechtliche, haftungsrechtliche, arbeitsrechtliche und verwaltungsrechtliche Konsequenzen für die Mitarbeiterin haben. Wichtig ist aber auch der Rechtfertigungsgrund. Hat der Klient die Mitarbeiterin zum Beispiel körperlich angegriffen, dann ist eine Ohrfeige laut Zürcher Obergericht in der Pflege eine verhältnismässige und damit entschuldbare Retorsionshandlung. Auch Spitex-Mitarbeitende haben das Recht auf Notwehr.

Die Reanimation durch Spitex-Mitarbeitende hat in der Vergangenheit zu Streitigkeiten geführt. Zum Beispiel, wenn Mitarbeitende aufgrund eines «Reha-Nein» in einer Patientenverfügung nicht reanimierten oder wenn sie nicht reanimierten, weil der Klient ihrer Einschätzung nach schon lange tot war. Was raten Sie in diesem Bereich?

Ist die Nothilfe zumutbar, ist eine Person mit den nötigen Kenntnissen laut Art. 128 StGB verpflichtet, eine Reanimation durchzuführen. Was das «Reha-Nein» betrifft, würde ich der Spitex zum Bestehen auf einer schriftlichen Patientenverfügung raten, damit sie nicht angreifbar ist. Nehmen wir nun aber an, dass eine Spitex-Mitarbeiterin einen Klienten mit Herzstillstand vorfindet, der eine Patientenverfügung mit einem Reha-Nein verfasst hat. Ist sie nun dessen Selbstbestimmungsrecht verpflichtet oder der gesetzlichen Nothilfe? Die juristische Antwort ist, dass hier eine *Pflichtenkollision* vorliegt. Juristen entscheiden in diesem Fall nicht, welche Pflicht wichtiger ist: Die Spitex-Mitarbeiterin handelt also pflichtgemäss, egal, für welche Pflicht sie sich entscheidet. In Bezug auf den Vorwurf der Angehörigen, dass die Spitex einen erkrankten Klienten noch hätte reanimieren können, würde ich als Jurist den Rechtsmediziner fragen, ob er mit Sicherheit sagen kann, dass zum Zeitpunkt des Auffindens noch eine Notsituation vorlag, die eine Pflegefachperson hätte erkennen müssen. Strafrechtlich würde hier das Urteil fast sicher «in dubio pro reo» lauten, und auch haftungsrechtlich lässt sich kaum eine Standardabweichung nachweisen. In solchen Fällen dürfte es vor allem darum gehen, dass die Spitex die betroffene Mitarbeiterin im Aushalten der von den Angehörigen in einer sehr emotionalen Situation ausgesprochenen Anschuldigungen unterstützt.

Die Spitex-Basis quält sich auch zeitweise mit der Frage, wann sie wegen einer Fremd- oder Selbstgefährdung eine Gefährdungsmeldung bei der KESB einreichen muss. Was würden Sie antworten?

Viele kantonale Gesundheitsgesetze definieren Meldepflichten und -rechte genauer. Ist im Gesetz breit formuliert, dass eine Meldepflicht an die KESB oder auch die Polizei bei jeder Gefahrenlage besteht, würde ich der Spitex-Organisation schnell zu einer Ge-

fährdungsmeldung raten. Ansonsten ist zum Beispiel die Art der Gefährdung von Bedeutung. Pflegerelevante Gefährdungen muss die Spitex melden – in Bezug auf nicht pflegerelevante Gefährdungen ist die Lage weniger klar, weil das ZGB nur eine Informationspflicht an die KESB in Bezug auf vertragliche Verpflichtungen festhält. Ist ein urteilsfähiger Klient zum Beispiel dem Glücksspiel zugetan, muss demnach aus rechtlicher Sicht keine Meldung erfolgen. Bei wesentlichen, konkreten Gefahren würde ich der Spitex aber immer raten, diese zu melden. Passivität ist hier Gift. Instanzen wie die KESB wurden ja extra geschaffen, damit sie Fremd- oder Selbstgefährdungen richtig beurteilen und bewältigen.

Laut Fachliteratur sind Kenntnisse rund um das Thema Urteilsfähigkeit für alle Pflegefachpersonen unentbehrlich. Ist im Falle einer vermuteten Urteilsunfähigkeit eine Gefährdungsmeldung immer nötig?

Bei vermuteter Urteilsunfähigkeit muss die Spitex immer aktiv werden, ja. Die zentrale Aufgabe der KESB ist schliesslich, für urteilsunfähige Menschen die nötigen Schutzmassnahmen zu ergreifen. Urteilsunfähige Personen können zudem keine Einwilligung in die Handlungen der Spitex geben. Die Spitex muss im Verdachtsfall also auch aktiv werden, weil sie eventuell einen Vertragspartner hat, der keiner ist.

Ein häufiger Diskussionspunkt sind auch Schenkungen von Klientinnen und Klienten an Spitex-Mitarbeitende. Ob ein Betrieb diese verbieten oder zumindest die Aufteilung auf alle Mitarbeitenden verlangen darf, wird in Fachartikeln des Pflegerechts kontrovers diskutiert. Was ist Ihre Einschätzung?

Ist die schenkende Person urteilsfähig, ist der Schenkungsvertrag rechtsgültig – aber das Behalten der Schenkung kann unzulässig sein: Ist der Empfänger gemäss seinem Arbeitsvertrages nicht berechtigt, Geld von Klientinnen und Klienten anzunehmen, darf er dies laut Arbeitsgesetz nicht tun. Zudem gilt: Erhält ein Arbeitnehmender eine Schenkung aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit, gehört die Schenkung dem Betrieb. Der Arbeitgeber darf also zum Beispiel auch verlangen, dass die Schenkung auf alle Mitarbeitenden aufgeteilt wird.

Viele Spitex-Organisationen finanzieren sich auch durch Legate. Könnten Angehörige eine solche Erbschaft anfechten?

Aussicht auf Erfolg hätten sie damit vor allem dann, wenn der Klient oder die Klientin beim Verfassen des Testaments nicht urteilsfähig war. Dann ist die testamentarische Zuwendung ungültig. War die Person hingegen urteilsfähig, muss nur der Pflichtteil geschützt sein. Ansonsten schaffen es die Angehörigen kaum, die Gültigkeit des Legats erfolgreich anzufechten. Das Bundesgericht hat klargestellt, dass eine Person ein Testament verfassen darf, das alle anderen für unvernünftig halten. Unvernünftigkeit bedeutet nicht fehlende Urteilsfähigkeit.