



Christian Peter

# Rechtskunde kompakt

Rechtshandbuch  
für Gesundheitsfachpersonen  
in der Schweiz

 hogrefe

# Rechtskunde kompakt

# **Rechtskunde kompakt**

Christian Peter

Wissenschaftlicher Beirat Programmbereich Pflege

Jürgen Osterbrink, Salzburg; Doris Schaeffer, Bielefeld; Christine Sowinski, Köln;  
Franz Wagner, Berlin; Angelika Zegelin, Dortmund

Christian Peter

# Rechtskunde kompakt

Rechtshandbuch für Gesundheitsfachpersonen  
in der Schweiz



**Christian Peter, Dr. iur., Bern**

HEP und Partner GmbH

Schauplatzgasse 9

3011 Bern

E-Mail: christian.peter@hep-partner.ch

**Wichtiger Hinweis:** Der Verlag hat gemeinsam mit den Autoren bzw. den Herausgebern grosse Mühe darauf verwandt, dass alle in diesem Buch enthaltenen Informationen (Programme, Verfahren, Mengen, Dosierungen, Applikationen, Internetlinks etc.) entsprechend dem Wissensstand bei Fertigstellung des Werkes abgedruckt oder in digitaler Form wiedergegeben wurden. Trotz sorgfältiger Manuskripterstellung und Korrektur des Satzes und der digitalen Produkte können Fehler nicht ganz ausgeschlossen werden. Autoren bzw. Herausgeber und Verlag übernehmen infolgedessen keine Verantwortung und keine daraus folgende oder sonstige Haftung, die auf irgendeine Art aus der Benutzung der in dem Werk enthaltenen Informationen oder Teilen davon entsteht. Geschützte Warennamen (Warenzeichen) werden nicht besonders kenntlich gemacht. Aus dem Fehlen eines solchen Hinweises kann also nicht geschlossen werden, dass es sich um einen freien Warennamen handelt.

#### **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://www.dnb.de> abrufbar.

Dieses Werk einschliesslich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ausserhalb der engen Grenzen des Urheberrechtes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Kopien und Vervielfältigungen zu Lehr- und Unterrichtszwecken, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Anregungen und Zuschriften bitte an:

Hogrefe AG

Lektorat Pflege

z.Hd.: Jürgen Georg

Länggass-Strasse 76

3012 Bern

Schweiz

Tel: +41 31 300 45 00

E-Mail: [verlag@hogrefe.ch](mailto:verlag@hogrefe.ch)

Internet: <http://www.hogrefe.ch>

Lektorat: Jürgen Georg, Gabriella Frank, Martina Kasper

Herstellung: René Tschirren

Umschlagabbildung: © iStock/Spiderplay

Umschlag: Claude Borer, Riehen

Satz: punktgenau GmbH, Bühl

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Finidr s. r. o., Český Těšín

Printed in Czech Republic

1. Auflage 2019

© 2019 Hogrefe Verlag, Bern

(E-Book-ISBN\_PDF 978-3-456-95882-8)

(E-Book-ISBN\_EPUB 978-3-456-75882-4)

ISBN 978-3-456-85882-1

<http://doi.org/10.1024/85882-000>

**Nutzungsbedingungen:**

Der Erwerber erhält ein einfaches und nicht übertragbares Nutzungsrecht, das ihn zum privaten Gebrauch des E-Books und all der dazugehörigen Dateien berechtigt.

Der Inhalt dieses E-Books darf von dem Kunden vorbehaltlich abweichender zwingender gesetzlicher Regeln weder inhaltlich noch redaktionell verändert werden. Insbesondere darf er Urheberrechtsvermerke, Markenzeichen, digitale Wasserzeichen und andere Rechtsvorbehalte im abgerufenen Inhalt nicht entfernen.

Der Nutzer ist nicht berechtigt, das E-Book – auch nicht auszugsweise – anderen Personen zugänglich zu machen, insbesondere es weiterzuleiten, zu verleihen oder zu vermieten.

Das entgeltliche oder unentgeltliche Einstellen des E-Books ins Internet oder in andere Netzwerke, der Weiterverkauf und/oder jede Art der Nutzung zu kommerziellen Zwecken sind nicht zulässig.

Das Anfertigen von Vervielfältigungen, das Ausdrucken oder Speichern auf anderen Wiedergabegeräten ist nur für den persönlichen Gebrauch gestattet. Dritten darf dadurch kein Zugang ermöglicht werden.

Die Übernahme des gesamten E-Books in eine eigene Print- und/oder Online-Publikation ist nicht gestattet. Die Inhalte des E-Books dürfen nur zu privaten Zwecken und nur auszugsweise kopiert werden.

Diese Bestimmungen gelten gegebenenfalls auch für zum E-Book gehörende Audiodateien.

**Anmerkung:**

Sofern der Printausgabe eine CD-ROM beigelegt ist, sind die Materialien/Arbeitsblätter, die sich darauf befinden, bereits Bestandteil dieses E-Books.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	19
<hr/>	
<b>Teil 1</b> .....	21
<b>1 Recht</b> .....	23
1.1 Was ist Recht? .....	23
1.1.1 Überblick .....	23
1.1.2 Föderales System der Schweiz .....	23
1.1.3 Rechtsquellen .....	24
1.1.3.1 Gesetzesrecht .....	24
1.1.3.1.1 Verfassung .....	25
1.1.3.1.2 Gesetze .....	25
1.1.3.1.3 Verordnungen .....	26
1.1.3.2 Völkerrecht .....	26
1.1.3.3 Gewohnheitsrecht .....	27
1.1.3.4 Richterrecht .....	27
1.1.4 Konflikte zwischen Normen .....	27
1.1.5 Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Normen .....	28
1.1.5.1 Öffentliches Recht .....	28
1.1.5.1.1 Umschreibung .....	28
1.1.5.1.2 Legalitätsprinzip .....	28
1.1.5.1.3 Rechtsanwendung und Verfahren .....	29
1.1.5.1.4 Rechtsgebiete des öffentlichen Rechts .....	29
1.1.5.2 Privatrecht .....	29
1.1.5.2.1 Umschreibung .....	29
1.1.5.2.2 Privatautonomie .....	29
1.1.5.2.3 Vertragsfreiheit .....	30
1.1.5.2.4 Verfahren .....	30
1.1.5.2.5 Beispiele für privatrechtliche Erlasse .....	31
1.1.5.3 Unterscheidungskriterien zwischen öffentlichem und privatem Recht .....	31
1.1.6 Unterscheidung zur Ethik .....	31
1.1.6.1 Was ist Ethik? .....	31
1.1.6.2 Was ist Moral? .....	32
1.1.6.3 Abgrenzung der Moral zum Recht .....	32
1.1.7 Recht und Gerechtigkeit .....	32
1.1.8 Rechtsanwendung .....	33
1.1.8.1 Deduktion .....	33

1.1.8.2	Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts	34
1.1.8.3	Auslegung	34
1.1.8.3.1	Grammatikalische Auslegung	34
1.1.8.3.2	Systematische Auslegung	34
1.1.8.3.3	Teleologische Auslegung	35
1.1.8.3.4	Realistische Auslegung	35
1.1.8.3.5	Historische Auslegung	35
1.1.8.4	Subsumption	35
1.1.8.5	Rechtsfolge	35
1.2	Kompetenzverteilung im Gesundheitswesen	35
1.2.1	Kantonale Kompetenzen	36
1.2.1.1	Gesundheitspolizei	36
1.2.1.2	Gesundheitsversorgung	36
1.2.1.3	Gesundheitspolitik	36
1.2.2	Bundeskompetenzen im Gesundheitswesen	36
1.3	Gesetzliches Umfeld des Gesundheitswesens	37
1.3.1	Grundrechte	37
1.3.1.1	Menschenwürde	37
1.3.1.2	Rechtsgleichheit	38
1.3.1.3	Persönliche Freiheit	38
1.3.1.4	Schutz der Privatsphäre und Datenschutz	38
1.3.1.5	Wissenschaftsfreiheit	39
1.3.1.6	Wirtschaftsfreiheit	39
1.3.1.7	Einschränkungen der Grundrechte	39
1.3.1.7.1	Kerngehalt	39
1.3.1.7.2	Gesetzliche Grundlage	40
1.3.1.7.3	Öffentliches Interesse	40
1.3.1.7.4	Verhältnismässigkeit	40
1.3.2	Wichtige gesundheitsrechtliche Erlasse des Bundes	40
1.3.2.1	Krankenversicherungsgesetz	41
1.3.2.1.1	Obligatorium	41
1.3.2.1.2	Freie Wahl der Krankenkasse	41
1.3.2.1.3	Leistungen	42
1.3.2.1.4	Leistungserbringer	44
1.3.2.1.5	Prämien und Kostenbeteiligung der Versicherten	45
1.3.2.2	Unfallversicherungsgesetz	45
1.3.2.2.1	Versicherte Personen	46
1.3.2.2.2	Beginn und Ende des Versicherungsschutzes	46
1.3.2.2.3	Prämien	46
1.3.2.2.4	Leistungen	46
1.3.2.2.5	Unfallbegriff	48
1.3.2.3	Krankenversicherungsaufsichtsgesetz	50
1.3.2.4	Militärversicherungsgesetz	50
1.3.2.5	Epidemiengesetz	51
1.3.2.6	Betäubungsmittelgesetz	51
1.3.2.7	Heilmittelgesetz	52
1.3.2.8	Berufsgesetz über die Gesundheitsberufe	52
1.3.3	Wichtige gesundheitsrechtliche Erlasse der Kantone	53
1.3.3.1	Gesundheitsgesetze	53

1.3.3.1.1	Gesundheitspolizei . . . . .	53
1.3.3.1.2	Patientenrechte und -pflichten . . . . .	53
1.3.3.2	Spitalversorgung . . . . .	54
1.4	Akteure des Gesundheitswesens . . . . .	54
1.4.1	Behörden . . . . .	54
1.4.1.1	Bundesrat . . . . .	55
1.4.1.2	Bundesamt für Gesundheit . . . . .	55
1.4.1.3	Swissmedic . . . . .	56
1.4.1.4	Kantone . . . . .	57
1.4.1.5	Konferenz der Gesundheits- und Fürsorgedirektoren . . . . .	57
1.4.1.6	Gemeinden . . . . .	58
1.4.1.7	eHealth Suisse . . . . .	58
1.4.2	Verbände und Interessenvertretungen . . . . .	58
1.4.2.1	Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner . . . . .	58
1.4.2.2	Schweizerischer Hebammenverband . . . . .	59
1.4.2.3	Schweizer Verband der Osteopathen . . . . .	59
1.4.2.4	ErgotherapeutInnen-Verband Schweiz . . . . .	60
1.4.2.5	physioswiss . . . . .	60
1.4.2.6	Vereinigung Rettungssanitäter Schweiz . . . . .	61
1.4.2.7	ChiroSuisse . . . . .	61
1.4.2.8	Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte . . . . .	62
1.4.2.9	Santésuisse . . . . .	62
1.4.2.10	Curafutura, die innovativen Krankenversicherer . . . . .	62
1.4.2.11	Einkaufsgemeinschaft HSK . . . . .	63
1.4.2.12	Tarmed Suisse . . . . .	63
1.4.2.13	H+ Die Spitäler der Schweiz . . . . .	63
1.4.2.14	SAMW . . . . .	63
1.4.2.15	SPO . . . . .	65
1.4.2.16	DVSP . . . . .	65
1.4.3	Versicherer . . . . .	65
1.4.3.1	Unfallversicherer . . . . .	65
1.4.3.1.1	Suva . . . . .	65
1.4.3.1.2	Andere Unfallversicherer . . . . .	66
1.4.3.2	Krankenkassen . . . . .	66
1.4.4	Spitäler . . . . .	66
1.4.4.1	Privatspital und öffentliches Spital . . . . .	66
1.4.4.2	Spitäler auf der Spitalliste . . . . .	67
1.4.4.3	Spitäler, die nicht auf der Spitalliste stehen . . . . .	67
1.4.5	Spitex . . . . .	67
1.4.5.1	Öffentliche Spitex . . . . .	67
1.4.5.2	Private Spitex . . . . .	68
1.4.5.3	Selbständige Pflegefachpersonen in der Spitex . . . . .	68
1.4.5.4	Kostentragung . . . . .	68
1.4.6	Selbständig tätige Gesundheitsfachpersonen . . . . .	68
1.4.7	Arztpraxen . . . . .	69

<b>Teil 2</b>	71
<b>2 Arbeiten im Gesundheitswesen</b>	73
2.1 Privat- oder öffentlich-rechtliche Anstellung	73
2.1.1 Öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse	73
2.1.2 Privatrechtliche Anstellung	74
2.2 Angestellte Gesundheitsfachpersonen	74
2.2.1 Pflichten des Arbeitgebers	74
2.2.1.1 Lohnzahlungspflicht	74
2.2.1.2 Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	74
2.2.1.2.1 Schutz vor Mobbing	75
2.2.1.2.2 Schutz vor sexueller Belästigung oder anderen Übergriffen	76
2.2.1.2.3 Schutz vor Diskriminierung	77
2.2.1.3 Gleichstellung der Geschlechter	77
2.2.1.4 Ferien und Feiertage	78
2.2.1.5 Fort- und Weiterbildung	78
2.2.2 Pflichten der Arbeitnehmenden	79
2.2.2.1 Pflicht zur Arbeitsleistung	79
2.2.2.2 Treuepflicht der Arbeitnehmenden	80
2.2.2.3 Befolgung von Weisungen	80
2.2.2.4 Rechenschafts- und Herausgabepflicht	81
2.2.2.5 Pflicht zur Leistung von Überstunden	81
2.2.2.6 Geheimhaltungspflicht	81
2.2.2.7 Impfpflicht	81
2.2.2.7.1 Impfpflicht durch den Arbeitgeber	82
2.2.2.7.2 Impfpflicht durch den Kanton	82
2.2.2.7.3 Haftung für Impfschäden	82
2.2.2.8 Weigerungsrechte der Arbeitnehmenden	82
2.2.3 Arbeitsgesetzliche Bestimmungen	83
2.2.3.1 Anwendungsbereich	83
2.2.3.1.1 Betrieblicher Geltungsbereich	83
2.2.3.1.2 Persönlicher Geltungsbereich	83
2.2.3.2 Wöchentliche Höchstarbeitszeit	84
2.2.3.3 Überstunden und Überzeit	84
2.2.3.4 Tages- und Abendarbeit	85
2.2.3.5 Nachtarbeit	86
2.2.3.6 Ruhezeiten	86
2.2.3.7 Pausen	87
2.2.3.8 Sonntagsarbeit	87
2.2.3.9 Pikettdienst	88
2.2.3.10 Planung der Arbeitszeiten	88
2.2.3.11 Schutz für schwangere Frauen und stillende Mütter	89
2.2.4 Beendigung des Anstellungsverhältnisses	89
2.2.4.1 Ordentliche Kündigung	89
2.2.4.2 Missbräuchliche Kündigung	90
2.2.4.3 Kündigung zu Unzeit	91
2.2.4.4 Fristlose Kündigung	92
2.3 Selbständige Gesundheitsfachpersonen	92
2.3.1 Bewilligungspflichtige Berufe	93

2.3.1.1	Allgemeine Bewilligungsvoraussetzungen	93
2.3.1.2	Entzug der Berufsausübung	94
2.3.2	Belegpersonal als spezielle Form der Selbständigkeit	94
2.3.3	Zulassung zur Abrechnung über KVG	94
2.3.4	Arbeiten im Ausland	95
<hr/>		
<b>Teil 3</b>		97
<b>3 Behandlung</b>		99
3.1	Parteien des Behandlungsvertrages	99
3.1.1	Der Patient als Vertragspartner	99
3.1.1.1	Abschluss durch einen urteilsfähigen Patienten	99
3.1.1.2	Abschluss durch den Vertreter des urteilsunfähigen Patienten	100
3.1.1.3	Abschluss ohne Patient und ohne Vertretung	100
3.1.2	Das Spital als Vertragspartner	101
3.1.2.1	Listenspital als Vertragspartner	101
3.1.2.2	Nicht-Listenspital als Vertragspartner	101
3.1.3	Praxis oder eine selbständig-tätige Fachperson als Vertragspartner	101
3.1.4	Wohn- und Pflegeeinrichtung als Vertragspartner	102
3.1.5	Spitex als Vertragspartner	102
3.2	Verschiedene Behandlungsverhältnisse	102
3.2.1	Der privatrechtliche Behandlungsvertrag	102
3.2.2	Öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis	103
3.2.3	Geschäftsführung ohne Auftrag	103
3.2.3.1	Echte Geschäftsführung ohne Auftrag	103
3.2.3.1.1	(Echte) berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag	104
3.2.3.1.2	(Echte) unberechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag	105
3.2.3.2	Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag	105
3.2.3.2.1	Unechte bösgläubige Geschäftsführung ohne Auftrag	105
3.2.3.2.2	Unechte gutgläubige Geschäftsführung ohne Auftrag	106
3.2.3.3	Nachträgliche Genehmigung der Geschäftsführung ohne Auftrag	106
3.2.4	Verschiedene Spitalaufnahmeverträge	106
3.2.4.1	Der totale Spitalaufnahmevertrag	106
3.2.4.2	Der gespaltene Spitalaufnahmevertrag	106
3.2.5	Betreuungsvertrag in Wohn- und Pflegeeinrichtungen	107
3.2.5.1	Pflichten des Wohn- oder Pflegeheims	107
3.2.5.2	Vertretung von urteilsunfähigen Personen	107
3.3	Pflicht zur Behandlung eines Patienten	108
3.3.1	Im privatrechtlichen Bereich	108
3.3.2	Im öffentlich-rechtlichen Bereich	108
3.4	Vertragliche Pflichten der Behandelnden	108
3.4.1	Sorgfaltspflicht	109
3.4.2	Pflicht zur persönlichen Leistung	109
3.4.3	Gebot der Wirtschaftlichkeit	110
3.4.4	Obhuts- und Schutzpflichten	110
3.5	Mitsprache des Patienten bei der Behandlung	110
3.5.1	Recht auf jede mögliche Behandlung	111
3.5.2	Behandlungserweiterung	111

3.6	Informed consent	111
3.6.1	Wer wird aufgeklärt und wer willigt ein?	112
3.6.1.1	Der urteilsfähige Patient	112
3.6.1.2	Vertretung in medizinischen Angelegenheiten	114
3.6.1.2.1	Einwilligungskaskade für medizinische Massnahmen	114
3.6.1.2.2	Rechte der Vertretenden	115
3.6.1.2.3	Mangelhafte Vertretung	115
3.6.1.2.4	Umfang des Vertretungsrechts	115
3.6.2	Wie wird aufgeklärt?	116
3.6.3	Zeitpunkt der Aufklärung	117
3.6.4	Arten der Aufklärung	117
3.6.4.1	Eingriffsaufklärung	117
3.6.4.1.1	Diagnoseaufklärung	118
3.6.4.1.2	Verlaufsaufklärung	118
3.6.4.2	Sicherungsaufklärung	119
3.6.4.3	Wirtschaftliche Aufklärung	119
3.6.5	Spezielle Anforderungen an die Aufklärung aufgrund von Spezialgesetzen	120
3.6.5.1.1	Aufklärung nach Fortpflanzungsmedizingesetz	120
3.6.5.1.2	Aufklärung nach Transplantationsgesetz	120
3.6.5.1.3	Aufklärung nach GUMG	120
3.6.5.1.4	Aufklärung nach Sterilisationsgesetz	120
3.6.6	Übersetzung für sprachunkundige Personen	121
3.6.7	Verzicht auf die Aufklärung	121
3.6.7.1	Durch den Patienten	121
3.6.7.2	Therapeutisches Privileg	122
3.6.7.3	Notfalleingriffe	122
3.6.8	Folgen einer Verletzung der Aufklärungspflicht	123
3.6.9	Einwilligung in die Behandlung	123
3.6.10	Patientenverfügung als Einwilligungssurrogat	123
3.6.10.1	Formelle Voraussetzung	124
3.6.10.2	Auslegung der Patientenverfügung	124
3.6.10.3	Wirkung der Patientenverfügung	125
3.6.10.4	Widerruf der Patientenverfügung	126
3.6.10.5	Hinterlegung der Patientenverfügung	126
3.6.10.6	Pflichten der Behandelnden im Zusammenhang der Patientenverfügung	126
3.6.10.7	Konsequenzen mangelhafter Anwendung der Patientenverfügung	126
3.6.10.8	Schwierigkeiten in der Praxis	127
3.6.10.8.1	Genauer Wille	127
3.6.10.8.2	Nicht mehr dem aktuellen Willen entsprechen	127
3.6.10.8.3	Grundsätzliches Problem der Antizipation	127
3.6.10.8.4	Patientenverfügungen von Zeugen Jehovas	128
3.6.11	Behördliche Massnahmen als Einwilligungssurrogat	128
3.6.11.1	Handeln der Erwachsenenschutzbehörde für die betroffene Person	129
3.6.11.2	Vorsorgliche Massnahmen	129
3.7	Delegation von Aufgaben	129
3.8	Behandlungsdossier	131
3.9	Elektronisches Patientendossier	133

3.10	Zwang in der Behandlung	134
3.10.1	Was ist Zwang	134
3.10.2	Einschränkung der Bewegungsfreiheit	135
3.10.2.1	Fürsorgerische Unterbringung	135
3.10.2.1.1	Anwendungsbereich	135
3.10.2.1.2	Voraussetzungen für die fürsorgerische Unterbringung	135
3.10.2.1.3	Vertrauensperson	137
3.10.2.1.4	Zuständigkeit für die fürsorgerische Unterbringung	137
3.10.2.1.5	Zurückbehaltung freiwillig Eingetretener	138
3.10.2.1.6	Dauer einer fürsorgerische Unterbringung	138
3.10.2.1.7	Behandlungsplan	138
3.10.2.1.8	Verlegung	139
3.10.2.1.9	Einschränkungen der Bewegungsfreiheit während der FU	139
3.10.2.1.10	Gerichtliche Überprüfung	139
3.10.2.1.11	Pflichten der Einrichtung während des FU	140
3.10.2.2	Andere Einschränkungen der Bewegungsfreiheit	140
3.10.2.2.1	Aufgrund kantonaler gesetzlicher Grundlagen	140
3.10.2.2.2	Aufgrund des Epidemiengesetzes	140
3.10.3	Einschränkung der Bewegungsfreiheit der Wohn- oder Pflegeheimbewohner	141
3.10.4	Zwangsbehandlung	142
3.10.5	Behandlung in Notsituationen	143
3.10.6	Pflicht zur schonenden Durchführung von Zwangsmassnahmen	144
3.10.7	Polizeiliche Generalklausel als gesetzliche Grundlage für Zwangsmassnahmen	144
3.11	Der Häftling als Patient	145
3.12	Beendigung des Behandlungsvertrags	145

---

## Teil 4

<b>4</b>	<b>Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten</b>	149
4.1	Rechte der Patientinnen und Patienten	149
4.1.1	Freie Wahl der Leistungserbringers	149
4.1.2	Recht, sich begleiten zu lassen	150
4.1.3	Recht, Besuch zu empfangen	150
4.1.4	Recht auf Seelsorge	150
4.1.5	Einsichts- und Auskunftsrecht	151
4.1.6	Recht auf Nichtdiskriminierung	151
4.1.6.1	Gesetzesgrundlage	151
4.1.6.2	Gesundheitswesen und Diskriminierung	151
4.1.6.3	Diskriminierungsanfällige Bereiche des Gesundheitswesens	152
4.1.6.3.1	Diskriminierung bei der Wahl der Krankenkasse	152
4.1.6.3.2	Ausübung des Glaubens im Spital	153
4.1.6.3.3	Diskriminierung aufgrund des Alters	153
4.1.6.3.4	Diskriminierung aufgrund der Herkunft und Rasse	153
4.1.6.3.5	Diskriminierung aufgrund der Sprache	154
4.1.6.3.6	Gen-Tests als möglicher Auslöser für Diskriminierung	154

4.2	Patientenpflichten	155
4.2.1	Bezahlung des Honorars	155
4.2.2	Umfang der Kostenbeteiligung	156
4.2.3	Honorar bei versäumter Konsultation	156
4.2.4	Honorar bei fehlerhafter Behandlung	157
4.2.5	Weitere (Neben-)Pflichten des Patienten	157
4.2.5.1	Pflicht, zum guten Verlauf der Behandlung beizutragen	157
4.2.5.2	Schadensminderungspflicht	158
4.2.5.3	Einhaltung der Hausordnung	158
4.2.6	Folgen eines Verstosses gegen die Patientenpflichten	158

---

## Teil 5

<b>5</b>	<b>Berufsgeheimnis und Datenschutz</b>	161
5.1	Einleitung	161
5.2	Berufsgeheimnispflicht – betroffene Personen	161
5.3	Umfang der Schweigepflicht	162
5.3.1	Inhaltlich	162
5.3.2	Personendaten	163
5.3.3	Dauer der Geheimnispflicht	163
5.4	Zulässige Informationsweitergabe	163
5.4.1	Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters	164
5.4.2	Einwilligung des Patienten mittels Eintrittsformularen	165
5.4.3	Entbindung durch die Aufsichtsbehörde	165
5.4.4	Ein Gesetz erlaubt die Datenweitergabe oder verpflichtet sogar	166
5.4.4.1	Weitergabe von Informationen an die Krankenkasse (KVG-Bereich)	166
5.4.4.1.1	Regelung im ambulanten Bereich	167
5.4.4.1.2	Neue Regelung für den Bereich der Fallpauschalen	167
5.4.4.2	Datenweitergabe an die Unfallversicherer	169
5.4.4.3	Datenweitergabe im Zusatzversicherungsbereich	170
5.4.4.4	Datenweitergabe im IV-Bereich	170
5.4.4.5	Meldepflichten	171
5.4.4.6	Melderechte	171
5.4.4.7	Die Gefährdungsmeldung an die KESB als spezielles Melderecht	173
5.4.4.8	Mitwirkungspflicht im Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren	174
5.4.4.9	Gesundheitsfachpersonen im Zeugenstand	175
5.5	Ungerechtfertigte Geheimnisoffenbarung	175
5.6	Auswirkungen auf den Berufsalltag	175
5.6.1	Nutzung von Patientendaten mit einem Klinikinformationssystem	176
5.6.2	Auskunft an Angehörige	176
5.6.3	Auskunft am Telefon	176
5.6.4	Diskussionen unter Mitarbeitenden in öffentlich zugänglichen Räumen	176
5.6.5	Rapporte	177
5.6.6	In Begleitung von Auszubildenden	177
5.6.7	Nutzung von Mobiltelefonen	177
5.6.8	Versand von E-Mails mit Patientendaten	177

5.6.9	Mobile Datenträger	178
5.6.10	Nutzung von Cloud-Diensten	178
5.6.11	Faxmitteilungen	178
5.6.12	Ortsungebundenes Arbeiten	179
5.6.13	Videokameras am Arbeitsplatz	179
5.6.14	Überwachung am Arbeitsplatz	180
5.7	Datenschutzkonforme Infrastruktur und Organisation	180
5.7.1	Grundsatz	180
5.7.2	Angemessene technisch und organisatorische Massnahmen	180
5.7.3	Nachvollziehbarkeit dank Protokollierung	181
5.7.4	Korrektes Zugriffsmanagement	181
5.7.5	Gewährung der Rechte der betroffenen Personen	181
5.7.6	Datensicherheit	181
5.7.7	Passwort	182
5.8	Zusammenarbeit mit Datenschützern	183
5.8.1	Anwendbares Recht	183
5.8.2	Aufsicht	183
5.8.3	Register der Datensammlungen	183
5.8.4	Vorabkontrolle	184
5.9	Datenschutz bei Personaldaten	184
5.9.1	Datenerhebung von (potentiellen) Mitarbeitenden	184
5.9.2	Bearbeitung von Mitarbeiterdaten	185
5.9.3	Datenbearbeitung von ehemaligen Mitarbeitenden	185
5.10	Externer Datenschutzbeauftragter	186

---

## Teil 6

<b>6</b>	<b>Der Behandlungsfehler und seine Konsequenzen</b>	189
6.1	Einleitung	189
6.2	Privat- oder öffentlich-rechtliche Haftpflicht	190
6.2.1	Privatrechtliche Haftung	190
6.2.1.1	Bestehen eines Vertragsverhältnisses	190
6.2.1.2	Kein Vertragsverhältnis	192
6.2.2	Öffentlich-rechtliche Haftung	192
6.2.3	Haftung aus Geschäftsführung ohne Auftrag	193
6.2.3.1	Haftung bei berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag	193
6.2.3.2	Haftung bei unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag	193
6.3	Voraussetzungen für die Haftung	193
6.3.1	Behandlungsfehler als Sorgfaltspflichtverletzung	194
6.3.2	Charakteristische Sorgfaltspflichtverletzungen	195
6.3.2.1	Diagnosefehler	195
6.3.2.2	Behandlungs- und Therapiefehler	196
6.3.2.3	Fehlerhafte Geräte oder Fehlbedienung	196
6.3.3	Aufklärungsfehler	196
6.3.3.1	Hypothetische Einwilligung	197
6.3.3.2	Therapeutisches Privileg	197
6.4	Schaden	197

6.5	Verschulden	198
6.5.1	Übernahmeverschulden	199
6.5.2	Schweres Selbstverschulden	199
6.5.3	Schweres Drittverschulden	199
6.5.4	Beweislast des Verschuldens	200
6.6	Adäquater Kausalzusammenhang	200
6.7	Wer haftet?	201
6.7.1	Haftpflichtige Person bei einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis	201
6.7.1.1	Haftung des Vertragspartners	201
6.7.1.2	Hilfspersonenhaftung und Substitution	201
6.7.1.2.1	Hilfspersonenhaftung	202
6.7.1.2.2	Substitution	203
6.7.2	Haftpflichtige Person beim öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis	204
6.7.3	Haftpflichtige Person, bei einer ausservertraglichen Haftung	204
6.8	Haftungsausschlussgründe	204
6.8.1	Verjährung	204
6.8.2	Schweres Selbstverschulden und Vorzustände	205
6.8.3	Kostenübernahme durch die Haftpflichtversicherung	205
6.8.4	Rückgriff auf die Schaden verursachende Person	206
6.9	Behandlungsdossier im Haftungsfall	206
6.10	Haftung von Arbeitnehmer ggü. Arbeitgeber	207
6.11	Spezialfragen zur Haftung	208
6.11.1	Kein Haftungsausschluss wegen Ressourcenknappheit	208
6.11.2	Überlastungsanzeige	208
6.11.3	Beweisproblematik	208
6.11.4	Gefahr des Rückschaufehlers	209
6.12	Genugtuung	209
6.13	Strafrechtliche Haftung	210
6.13.1	Einleitung	210
6.13.2	Tatbestand	210
6.13.2.1	Objektiver Tatbestand	210
6.13.2.2	Subjektiver Tatbestand	211
6.13.2.2.1	Vorsatz	211
6.13.2.3	Fahrlässiges Handeln	211
6.13.2.4	Kausalität	212
6.13.3	Rechtswidrigkeit	212
6.13.3.1	Die Einwilligung des Verletzten	213
6.13.3.2	Mutmassliche Einwilligung	213
6.13.3.3	Weitere Rechtfertigungsgründe	214
6.13.4	Schuld	215
6.13.5	Unterlassung	215
6.13.6	Strafbarkeit von juristischen Personen	216
6.13.7	Delikte gegen Leib und Leben	216
6.13.7.1	Tätlichkeit	217
6.13.7.2	Körperverletzung	217
6.13.7.2.1	Vorsätzliche Körperverletzung	217
6.13.7.2.2	Fahrlässige Körperverletzung	218
6.13.7.3	Fahrlässige Tötung	218

6.13.7.4	Töten auf Verlangen	219
6.13.7.5	Operationserweiterung als vorsätzliche Körperverletzung	219
6.13.8	Delikte gegen die Freiheit	220
6.13.9	Strafantrag	220
6.14	Administrative (Straf-)Massnahmen	221
6.15	Was tun bei einem möglichen Behandlungsfehler	221
6.15.1	Grundhaltung	221
6.15.2	Individuelles Vorgehen	222

---

## **Teil 7** . . . . . 225

### **7 Heilmittelrecht** . . . . . 227

7.1	Einleitung	227
7.2	Begriffe	227
7.3	Sorgfaltspflicht	228
7.4	Zulassungsanforderung für Arzneimittel	228
7.4.1	Ordentliche Zulassungsverfahren	228
7.4.2	Vereinfachtes Verfahren	228
7.4.3	Meldeverfahren	229
7.4.4	Verfahren für im Ausland bereits zugelassene Arzneimittel	229
7.4.5	Zulassung	229
7.5	Einteilung der Arzneimittel	229
7.6	Versandhandel	230
7.7	Werbung und Sponsoring	231
7.7.1	Allgemein	231
7.7.2	Weitergabe der Rabatte an die Patienten	232
7.7.3	Sponsoring von Weiterbildungen und Kongressen	232
7.8	Rückerstattungspflicht durch die Krankenversicherung	233
7.8.1	Aufnahme in die Spezialitätenliste	233
7.8.2	Medikamente ausserhalb der Spezialitätenliste	234
7.8.2.1	Begriffe	234
7.8.2.2	Voraussetzungen für die Kostenübernahme	235
7.8.2.3	Haftung beim Einsatz von nicht gelisteten Arzneimitteln	235
7.9	Revision Heilmittelrecht	235

---

## **Teil 8** . . . . . 239

### **8 Forschung am Menschen** . . . . . 241

8.1	Was ist Forschung am Menschen	241
8.2	Internationale Vorgaben	241
8.3	Verfassungsrecht	242
8.4	Nationales Recht	242
8.5	Standesrecht	243

8.6	Grundsätze	243
8.6.1	Subsidiarität	243
8.6.2	Placebokontrollierte Studien	243
8.6.3	Informed consent zum Forschungsvorhaben	244
8.6.4	Schutz der einwilligungsunfähigen Personen	245
8.6.5	Überprüfung des Forschungsvorhabens durch eine unabhängige Stelle	245
8.6.6	Wissenschaftlichkeit	245
8.6.7	Nutzen-Risiko-Analyse	246
8.6.8	Nichtdiskriminierung	246
8.6.9	Unentgeltliche Teilnahme	246
8.6.10	Haftung für Schäden	246
8.6.11	Überprüfbarkeit und Publikation von Ergebnissen und Studie	246
8.7	Das Humanforschungsgesetz	246
8.7.1	Einleitung	246
8.7.2	Anwendungsbereich	247
8.7.3	Risikobasierte Kategorisierung	248
8.7.3.1	Kriterien für die Risikokategorie A	248
8.7.3.2	Kriterien für die Risikokategorie B	249
8.7.3.3	Kriterien für die Kategorie C	249
8.7.4	Auswirkungen der Risikoeinstufung	250
8.7.5	Das Verfahren vor den kantonalen Ethikkommissionen	250
8.7.5.1	Einleitung	250
8.7.5.2	Zuständigkeit der Ethikkommissionen	251
8.7.5.3	Bewilligungspflichtige Projekte	251
8.7.5.4	Aufgaben der Ethikkommission	251
8.7.5.5	Gesuchseinreichung bei den Ethikkommissionen	252
8.7.6	Koordinationsstelle	252
8.7.7	Registrierung der Studien	252
8.8	Swissmedic-Prüfung	253
8.9	Andere Bewilligungspflichten	253
8.10	Widerrufsrecht	253
8.11	Einsichtsrecht	253
8.12	Recht auf Nichtwissen	253
8.13	Datenherausgabe von öffentlichen Stellen für die Forschung	254
8.14	Haftung bei Forschungsuntersuchungen	255

---

**Teil 9** . . . . . 257

**9 Rechtliche und ethische Probleme am Lebensanfang** . . . . . 259

9.1	Pränataldiagnostik	259
9.1.1	Invasive Pränataltests	259
9.1.2	Nichtinvasive Pränataltests	259
9.1.3	Problematik der Pränataldiagnostik	260
9.1.4	Wrongful-life-Klage und Wrongful-birth-Klage	261
9.2	Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung	262
9.2.1	Verfassungsmässige Verankerung	262

9.2.2	Gesetzliche Verankerung im Fortpflanzungsmedizingesetz	262
9.2.3	Präimplantationsdiagnostik	263
9.2.3.1	Einleitung	263
9.2.3.2	Gefahren der PID	264
9.2.3.3	Diskriminierung von unverheirateten Paaren	264
9.2.4	In-Vitro-Fertilisation	265
9.2.4.1	Medizinische Behandlung	265
9.2.4.2	Rechtlicher Rahmen der IVF	266
9.2.4.3	Samenspende	266
9.2.4.4	Eizellenspende	267
9.2.5	Social Freezing	268
9.2.5.1	Entnahme der Eizelle	268
9.2.5.2	Aufbewahrung	268
9.2.5.3	In-vitro-Fertilisation bei Bedarf	268
9.2.5.4	Ethische Aspekte des „Social Freezing“	269
9.2.5.4.1	Autonomiegewinn durch „Social Freezing“?	269
9.2.5.4.2	Das Wohl des Kindes von „alten“ Eltern	270
9.3	Intensivbehandlung von kranken Kindern	270
9.3.1	Zum Entscheid befugte Personen	270
9.3.2	Umfang des elterlichen Entscheids	271
9.3.3	Für oder wider intensivmedizinischer Massnahmen	271
9.4	Behandlung von Frühgeborenen	272
9.4.1	Empfehlungen der Neonatologen	272
9.4.1.1	Gestationsalter von weniger als 24 Wochen	272
9.4.1.2	Gestationsalter von 24 Wochen	272
9.4.1.3	Gestationsalter von 25 Wochen	273
9.4.1.4	Abbruch intensivmedizinischer Massnahmen	273
9.4.2	Juristische Würdigung eines Entscheids	273
9.5	Schwangerschaftsabbruch	274
9.5.1	Strafbarer Schwangerschaftsabbruch	274
9.5.2	Strafloser Schwangerschaftsabbruch	274
9.5.2.1	Fristenregelung	274
9.5.2.2	Indikationsregelung	275
9.5.3	Weigerung der Gesundheitsfachperson, eine Schwangerschaft abzubrechen	276
9.5.4	Babyklappen oder vertrauliche Geburt mit Freigabe zur Adoption	277

---

## **Teil 10** . . . . . 279

### **10 Rechtsfragen am Lebensende** . . . . . 281

10.1	Reanimationsentscheid	281
10.1.1	Selbstbestimmung bei der Reanimation	281
10.1.2	Vorgehen bei urteilsunfähigen Patienten	281
10.2	Intensivmassnahmen nach Suizidversuch	282
10.3	Sterbe-, Suizidhilfe, Sterbebegleitung und Palliative Care	283
10.3.1	Sterbehilfe	283
10.3.1.1	Direkte aktive Sterbehilfe	283
10.3.1.2	Indirekte aktive Sterbehilfe	284

10.3.1.3	Passive Sterbehilfe . . . . .	284
10.3.1.4	Rechtliche Würdigung der indirekten aktiven und passiven Sterbehilfe . . . . .	284
10.3.1.5	Suizidhilfe . . . . .	285
10.3.1.6	Rechtliche Würdigung der Suizidhilfe . . . . .	285
10.3.1.7	Sterbehilfe durch Gesundheitsfachleute . . . . .	286
10.3.1.8	Sterbehilfe durch Ärztinnen und Ärzte . . . . .	286
10.3.1.9	Sterbebegleitung . . . . .	288
10.3.2	Palliative Care . . . . .	288
10.4	Obduktion/Autopsie . . . . .	288
10.5	Organtransplantation . . . . .	289
10.5.1	Lebendspende . . . . .	289
10.5.1.1	Voraussetzungen für die Zulässigkeit . . . . .	289
10.5.1.2	Kostentragung bei Lebendspenden . . . . .	290
10.5.2	Spenderstatistik . . . . .	290
10.5.3	Todesspende . . . . .	291
10.5.3.1	Voraussetzungen für die Zulässigkeit . . . . .	291
10.5.3.2	Feststellung des Todes des Spenders . . . . .	291
10.5.4	Spenderstatistik . . . . .	292
10.5.5	Zuteilung der Organe . . . . .	293
10.5.6	Unentgeltlichkeit der Spende . . . . .	293
10.5.7	Verbot des Handels mit Organen . . . . .	293
10.5.8	Diskussionen um die Organspende . . . . .	293
10.5.8.1	Grundsätzliche Frage . . . . .	294
10.5.8.2	Pflicht zur Organspende . . . . .	294
10.5.8.3	Anreize für die Organspende . . . . .	294
10.5.8.4	Wechsel von der Einwilligungs- zur Widerspruchslösung . . . . .	294
10.5.8.5	Kritik an der Todesfeststellung . . . . .	295
<hr/>		
<b>Anhang</b>	. . . . .	297
<b>Literaturverzeichnis</b>	. . . . .	299
<b>Sachwortverzeichnis</b>	. . . . .	305

# Vorwort

Zwei Gründe haben mich bewogen, dieses Buch zu schreiben:

Während meiner langjährigen Tätigkeit als Jurist im Gesundheitswesen wurde ich mit unzähligen Fragen aus dem Alltag der Gesundheitsfachleute konfrontiert. Die rechtlichen Unsicherheiten lähmten zum Teil die Arbeit an den Patientinnen und Patienten oder führten zu wilden Diskussionen im Behandlungsteam. Es waren oft Pflegendе, Physio- oder Ergotherapeutinnen und -therapeuten, welche sich für eine Lösung des Problems einsetzten. Umso erstaunlicher fand ich es, dass es gerade für diese Berufsgruppen kein Nachschlagewerk gibt.

Zudem unterrichte ich seit fast 10 Jahren an Fachhochschulen, höheren Fachschulen, bei H+-Bildung und habe an unzähligen spitalinternen Weiterbildungen mitgewirkt. Regelmässig musste ich bei der Frage nach „Literatur“ passen. Zwar gibt es unzählige gute Werke für Juristen oder Ärzte, doch für andere Berufs-

gruppen des Gesundheitswesens gibt es wenig und kaum Aktuelles.

Es hat nicht den Anspruch, juristische Probleme neu oder gar bahnbrechend zu behandeln. Das Buch soll in den Händen der Gesundheitsfachpersonen gute Dienste leisten, zum einen, weil es klare Antworten auf Fragen aus der Praxis liefert und zum anderen, weil es den Studierenden den relevanten juristischen Stoff vermittelt.

Bei juristisch umstrittenen Fragen beziehe ich klar Stellung. Auf den Einbezug aller Eventualitäten wird ebenso bewusst verzichtet wie auf detaillierte Fussnoten. Die angegebenen Internet-Adressen wurden letztmals im September 2017 besucht.

Die verwendete Literatur und andere Quellen werden am Schluss kapitelweise angegeben.

Bern, im Sommer 2018

Dr. iur. *Christian Peter*





# Teil 1



# 1 Recht

Das folgende Kapitel thematisiert zunächst den Rechtsbegriff im Allgemeinen und geht anschliessend auf das Recht im Gesundheitswesen ein. Dabei werden die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, das gesetzliche Umfeld und die Akteure des Gesundheitswesens beschrieben.

## 1.1

### Was ist Recht?

Nachfolgend wird das föderale System der Schweiz und die verschiedenen Quellen des Rechts vorgestellt. Zudem wird der Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Normen dargelegt sowie zwischen Recht und Ethik. Schliesslich soll mit den Hinweisen zur Rechtsanwendung das juristische Arbeiten nahegebracht werden.

#### 1.1.1

#### Überblick

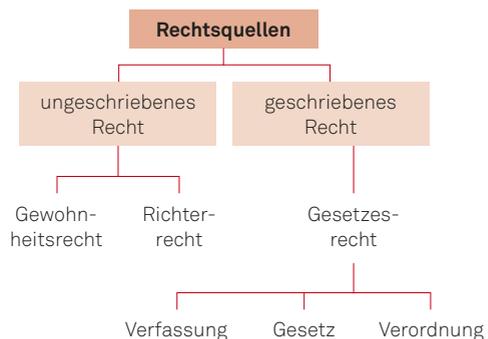
Als Recht im juristischen Sinne wird die Gesamtheit aller staatlichen und völkerrechtlichen Regeln bezeichnet, die das Verhalten von Menschen anleiten und beeinflussen. Sie haben zum Ziel, die Handlungen von Menschen, die in der Schweiz leben und arbeiten nach dem Gleichheitsprinzip verbindlich und auf Dauer zu regeln, damit ein weitgehend konfliktfreies Zusammenleben für alle möglich ist.

Rechtsregeln sind verbindlich und gelten für alle. Sie müssen von jedem und jeder befolgt werden. Bei Bedarf können diese Regeln auch mit Unterstützung des Staates durchgesetzt werden. Die Verbindlichkeit und ihre Erzwingbarkeit sind Wesenselemente des Rechts. In gewissen Bereichen ist der Staat auch befugt, gegen Verstösse mit Sanktionen zu reagieren. Dieses ausschliesslich dem Staat zustehende Recht zu strafen, nennt man Gewaltmonopol. Rechtsregeln können als Gesetzesrecht in einer Verfassung, in Gesetzen und Verordnungen festgeschrieben werden (s. **Abb. 1**).

#### 1.1.2

### Föderales System der Schweiz

In einem föderalen Staatsystem sind die zu regelnden Aufgaben zwischen dem Bundesstaat und den Staaten aufgeteilt. In der Schweiz sprechen wir vom Bund und den Kantonen (auch Stände genannt).



**Abbildung 1:** Rechtsquellen. Quelle: Eigenerstellung des Autors.

In der Schweizer Bundesverfassung (BV) wird dies in Artikel 3 wie folgt festgehalten:

„Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.“

Somit sind die Kantone in allen Bereichen kompetent, welche nicht explizit dem Bund übertragen wurden. In der BV wird dies in Artikel 42 wie folgt festgehalten:

„Der Bund erfüllt die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist.“

Der Bund darf nur das tun, wozu ihn die Bundesverfassung ermächtigt. Ohne eine solche Ermächtigung sind die Kantone zuständig. Daher fallen neue Kompetenzen zunächst den Kantonen zu, bis sie dem Bund übertragen werden. Eine solche Übertragung erfolgt stets durch eine Änderung der BV, welche immer durch die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger (inkl. Ständemehr) abgesegnet werden müssen.<sup>1</sup> Kommt es zu keiner Bundeskompetenz, verbleiben die Aufgaben bei den Kantonen.

Der föderalistischen Struktur entspricht es zudem, dass auch die Kantone nicht abschliessend Recht setzen, sondern dass die Gemeinden eigene Regelungsbereiche haben. Der Umfang der sog. Gemeindeautonomie richtet sich nach dem jeweiligen kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht.

### 1.1.3

## Rechtsquellen

Als Rechtsquelle wird ein geschriebener oder ungeschriebener Ursprungsort einer Rechtsvorschrift bezeichnet, aus der sich die geltenden Rechtsnormen herleiten. Als Rechtsquellen kommen Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht in Frage (s. **Abb. 2**).

<sup>1</sup> Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV



**Abbildung 2:** Gesetzesrecht. Quelle: Eigenerstellung des Autors

Das geschriebene Recht (nur das Gewohnheits- und Richterrecht sind nicht geschrieben) nennt man auch positives oder gesetztes Recht. Es beginnt zu wirken, wenn es in einer amtlichen Publikation veröffentlicht wurde. Dabei ist es unerheblich, ob der einzelne Bürger oder die einzelne Bürgerin das Recht auch tatsächlich kennt.

Artikel 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) ist hierbei von grundlegender Bedeutung:

„1 Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

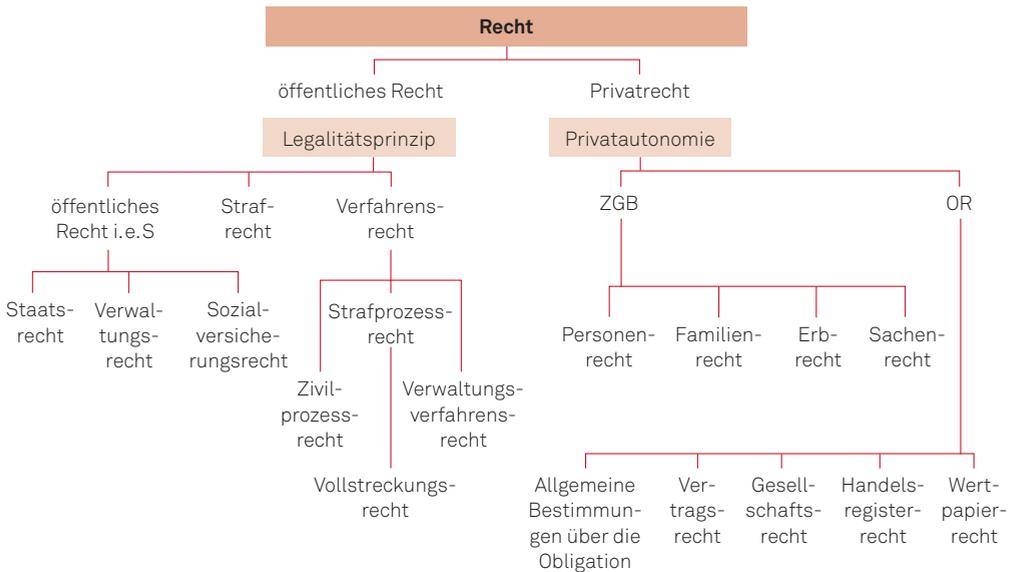
2 Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

3 Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“

### 1.1.3.1

## Gesetzesrecht

Gesetzesrecht ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Gemeint sind nicht nur Gesetze an sich, sondern alle generell-abstrakten Vorschriften jeder Stufe. Sie regeln eine Vielzahl von Fällen (abstrakt) und richten sich an eine



**Abbildung 3:** Gesetzesrecht – Hierarchisierung und Differenzierung. Quelle: Eigenerstellung des Autors

Vielzahl von Personen (generell). Verfassungen (auf Stufe der Gemeinden heissen diese oft „Gemeindeordnung“), Gesetze und Verordnungen bilden das Gesetzesrecht und sind hierarchisch gegliedert (s. **Abb. 3**).

Im Gegensatz hierzu ist die Verfügung individuell (an eine Person gebunden) und konkret (regelt einen bestimmten Sachverhalt). Sie zählt somit nicht zum Gesetzesrecht.

### 1.1.3.1.1

#### Verfassung

Die Verfassung ist die oberste rechtliche Grundlage des Staates (oder der Kantone). In der Verfassung sind daher nur Bestimmungen von hohem grundlegendem Wert zu finden.

Die geltende Schweizer Bundesverfassung ist am 1. Januar 2000 in Kraft getreten und hat diejenige von 1874 abgelöst. Sie beschreibt die allgemeinen Ziele der Schweiz, garantiert die Grundrechte, regelt den Staatsaufbau und die Volksrechte. Ferner legt sie die Grundlagen für die Organisation der Bundesverwaltung und das Verfahren der Gesetzgebung fest.

Der Bedeutung der Verfassung entsprechend, ist für die Verfassungsänderung eine besonders intensive Mitwirkung des Volkes vorausgesetzt. Jede Verfassungsänderung muss zwingend dem Volk vorgelegt werden. Eine Änderung tritt in Kraft, wenn ihr sowohl eine Mehrzahl der Stimmenden als auch eine Mehrzahl der Kantone zugestimmt haben.<sup>2</sup> Somit hat das Verfassungsrecht eine hohe demokratische Legitimation.

### 1.1.3.1.2

#### Gesetze

Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Gesetzes zu erlassen.<sup>3</sup> Gesetze sind unbefristete Erlasse, die juristischen<sup>4</sup> und natürlichen Personen (Menschen)

<sup>2</sup> Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV.

<sup>3</sup> Vgl. Art. 164 BV.

<sup>4</sup> Das sind Organisationen mit eigener Rechtspersönlichkeit: AG, GmbH, Stiftung, Verein, Kommanditgesellschaft und Genossenschaft sowie der Bund, Kantone, Gemeinden, öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten.

Pflichten und Rechte einräumen oder die Organisation, die Zuständigkeit oder die Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regeln.

Gesetze werden von der Legislative (Parlament) erlassen. Nur wenn von einer bestimmten Anzahl Stimmberechtigten<sup>5</sup> das Referendum gegen ein Gesetz ergriffen wird, können auch die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger über die Vorlage abstimmen. Somit geniessen die Gesetze im Vergleich zu den Verfassungen eine geringere demokratische Legitimation (aber gegenüber den Verordnungen eine höhere).

### 1.1.3.1.3

#### Verordnungen

Verordnungen enthalten wie die Gesetze und die Verfassungen generell-abstrakte Vorschriften, sind jedoch Erlasse der Exekutive, zu denen weder Parlament noch Bevölkerung ihr Votum abgeben kann. Verordnungen bedürfen einer Grundlage in einem Gesetz und müssen auch im Einklang mit diesem Gesetz sein. Somit ist die Exekutive in der Gestaltung der Verordnungen nicht frei. Da nur die Exekutive an der Erarbeitung von Ordnungsrecht beteiligt ist, kann sie rasch Änderungen vornehmen und die Verordnung auf neue Gegebenheiten anpassen.

### 1.1.3.2

#### Völkerrecht

Neben dem nationalen Recht stellt auch das Völkerrecht – auch internationales Recht genannt – eine Rechtsquelle dar.

Völkerrecht kann von einer überstaatlichen Organisation gesetzt werden (z.B. UNO) oder aber als zwischenstaatliches Recht vertraglich vereinbart werden. Völkerrecht kann bilateral

geregelt werden, wenn nur zwei Staaten oder internationale Organisationen miteinander völkerrechtliche Verträge abschliessen. Beispiel sind das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den USA und der Schweiz oder die bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU). Völkerrecht kann multilateral ausgestaltet werden, wenn sich mehrere Staaten vertraglich verpflichten, wie z.B. in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Enthält ein multilateraler Vertrag Bestimmungen, welche die Schweiz nicht anerkennen will, kann sie einen Vorbehalt anbringen.

Gegen völkerrechtliche Verträge, welche zu einem unbefristeten und unkündbaren Beitritt zu einer internationalen Organisationen führen, oder Verträge, die wichtige Recht setzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert, kann ein Referendum ergriffen werden, welches zu einer Volksabstimmung führt.<sup>6</sup> Sieht ein völkerrechtlicher Vertrag einen Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit (z.B. Nato) oder zu supranationalen Gemeinschaften (z.B. EU) vor, kommt es sogar obligatorisch zu einem Referendum.<sup>7</sup>

Sobald die Schweiz ein völkerrechtliches Abkommen angenommen hat (inkl. allfälliges Referendum), wird dieses gleich automatisch Teil der schweizerischen Rechtsordnung. Diese Art der Übernahme von völkerrechtlichen Normen nennt man „monistisch“, weil es eine Einheit von nationalem und internationalem Recht gibt. Dies steht im Gegensatz zum dualistischen System, in welchem eine Völkerrechtsnorm zuerst von der landesinternen Gesetzgebung übernommen werden muss, um in diesem Land (z.B. Deutschland) Gültigkeit zu erlangen.

In der Normenhierarchie hat das Völkerrecht grundsätzlich Vorrang vor innerstaatlichem Recht. Die Bundesverfassung schreibt

5 Für Bundesgesetze: 50 000 innert 100 Tagen. Für Kantonale Gesetze: Kanton Bern: 10 000 innert 3 Monaten; Kanton ZH: 3 000 innert 60 Tagen oder Kanton AI: 300 innert 60 Tagen.

6 Art. 141 BV.

7 Art. 140 Abs. 1 BV.

Bund und Kantonen die Einhaltung des Völkerrechts vor.<sup>8</sup>

### 1.1.3.3

#### Gewohnheitsrecht

Beim Gewohnheitsrecht handelt es sich um Recht, das nicht durch einen besonderen staatlichen Akt und nicht in einem bestimmten Verfahren geschaffen worden ist. Es ist ein Recht, das über längere Zeit aufgrund andauernder, ununterbrochener auf Rechtsüberzeugung beruhender Übung befolgt wird. Die Menschen sind dabei der Überzeugung, dass die Missachtung der gewohnheitsrechtlichen Regel zu einem Rechtsnachteil führen muss.

Somit unterscheidet sich das Gewohnheitsrecht gegenüber der Moral und Sitte dadurch, dass alle von einer Rechtsverbindlichkeit ausgehen (ungeachtet der inneren Einstellung) und alle bei einem Verstoss eine Sanktionierung durch den Staat erwarten. Gewohnheitsrecht ist flexibel und passt sich den veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen an, muss aber durch langandauernde Ausübung gefestigt werden. Entstehen kann das Gewohnheitsrecht jedoch nur dort, wo das Gesetzesrecht lückenhaft ist. Wo Gesetzesrecht besteht, gibt es keinen Raum für Gewohnheitsrecht.

Eine Gesetzeslücke liegt wiederum vor, wenn das Gesetz keine Regelung für den besagten Sachverhalt anbietet. Es ist jedoch zu beachten, dass nicht jedes Schweigen des Gesetzgebers eine Lücke darstellt. Eventuell wollte der Gesetzgeber den Sachverhalt nicht regeln und er trifft durch sein sog. „qualifiziertes Schweigen“ einen negativen Entscheid. So hat z.B. das Ehegesetz die Rollenverteilung von Mann und Frau nicht geregelt. Die Ehegatten sollen sich darüber verständigen, wer den Haushalt führt, die Erziehung der Kinder in erster Linie übernimmt oder für das nötige Einkommen sorgt. Der Gesetzgeber wollte diese Frage bewusst nicht regeln, daher besteht

keine Lücke, die durch Gewohnheitsrecht (oder Richterrecht) gefüllt werden kann.

### 1.1.3.4

#### Richterrecht

Es kann vorkommen, dass das Gesetz Lücken aufweist und kein Gewohnheitsrecht die echte Lücke schliesst. Ist in einer solchen Frage dennoch eine rechtliche Regelung nötig, so kann die Richterin oder der Richter selbst eine Regelung treffen.

Hierbei hat er oder sie wie ein Gesetzgeber vorzugehen.<sup>9</sup> Es muss eine generell-abstrakte Norm aufgestellt werden, welche praktikabel ist, eine gerechte Ordnung schafft und logisch sowie widerspruchsfrei ist. Hierbei muss von denselben Wertungen wie bei den restlichen Normen des Gesetzes ausgegangen werden und die bestehenden Normen sind zu respektieren (entgegen dem richtigen Gesetzgeber, welcher die Möglichkeit hätte, im Rahmen einer Revision nicht nur Lücken zu füllen, sondern auch Änderungen an bestehendem Recht vorzunehmen).

### 1.1.4

#### Konflikte zwischen Normen

Zwischen der Verfassung, Gesetzen und Verordnungen, zwischen kantonalem und eidgenössischem Recht, aber auch zwischen älteren und jüngeren, allgemeineren und speziellen Normen, kann es zu Widersprüchen kommen.

So sehen beispielsweise verschiedene kantonale Gesundheitsgesetze oder Verordnungen vor, dass eine Patientin oder ein Patient für die Kosten der Kopien des Behandlungsdossiers aufkommen muss. Gleichzeitig sehen die kantonalen Datenschutzgesetze die Kostenlosigkeit für die Herausgabe der Kopien des Behandlungsdossiers vor. Was gilt nun?<sup>10</sup>

8 Art. 5 Abs. 4 BV.

9 Art. 1 Abs. 2 ZGB.

10 Auflösung des Beispiels siehe hinten S. 132

Widersprüche zwischen verschiedenen Erlassen können mit folgenden Faustregeln aufgelöst werden:

- Bundesrecht bricht kantonales Recht.
- Die höhere Norm geht grundsätzlich der tieferangigeren vor.<sup>11</sup>
- Jüngerer Recht geht älterem vor.
- Spezielleres Recht geht dem allgemeineren vor.

### 1.1.5

#### Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Normen

Das Schweizer Recht kennt eine Zweiteilung der Rechtsordnung: öffentliches und privates Recht.<sup>12</sup> Zu beachten ist, dass die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht nach rein formellen Kriterien geschehen darf. Ein Gesetz kann nicht einfach integral dem einen Bereich zugewiesen werden, wenn sein grundsätzliches Ziel dem einen Bereich zuzuordnen ist. Vielmehr ist jede Norm für sich alleine zu beurteilen. In diesem Sinne ist es durchaus möglich – und kommt auch häufig vor –, dass in einem Erlass sowohl öffentlich-rechtliche Bestimmungen, als auch privatrechtliche Regelungen anzutreffen sind.

### 1.1.5.1

#### Öffentliches Recht

Zur Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht soll zunächst der Begriff des öffentlichen Rechts geklärt werden. Anschliessend wird auf das Legalitätsprinzip eingegangen, das für das öffentliche Recht von wesentlicher Bedeutung ist. Schliesslich werden die Rechtsanwendung und die Verfahren sowie die Rechtsgebiete des öffentlichen Rechts beschrieben.

<sup>11</sup> Die Verfassung steht zuoberst, gefolgt von den Gesetzen und den Verordnungen (vgl. vorne S. 23 Abb. 1).

<sup>12</sup> Diese Unterscheidung manifestiert sich u. a. bei der Behandlungspflicht (siehe hinten Ziffer 3.3).

### 1.1.5.1.1

#### Umschreibung

Bestimmungen des öffentlichen Rechts regeln Rechtsbeziehungen unter Gemeinwesen (Bund, Kantone, Gemeinden, öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften) untereinander und zwischen dem Gemeinwesen und Privaten. Das Verhältnis vom Gemeinwesen und Privaten ist hierbei dadurch gekennzeichnet, dass sie sich nicht als gleichwertige Verhandlungspartner gegenüberstehen, sondern das Gemeinwesen als „Obrigkeit“ auftritt. Es besteht ein sogenanntes „Subordinationsverhältnis“. Das Rechtsverhältnis entsteht zudem nicht zwingend durch einen Vertrag, sondern das Gemeinwesen regelt die Beziehung einseitig und zwar mittels Verfügung. Um diese Macht des Gemeinwesens in die richtigen Bahnen zu lenken, ist das öffentliche Recht durch das Legalitätsprinzip (Gesetzmassigkeitsprinzip) gekennzeichnet.

### 1.1.5.1.2

#### Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip ist ein fundamentales Prinzip der schweizerischen Rechtsordnung. Es bedeutet, dass sich jede staatliche Handlung an das Recht halten muss. Die in einem Gesetz vorgesehenen Regelungen sind für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich und sie dürfen davon keine Ausnahmen machen, es sei denn eine solche sei ebenfalls im Gesetz vorgesehen. Ebenso darf die öffentliche Hand keine Handlungen vornehmen, die nicht vom Gesetz zugelassen werden.

Das Legalitätsprinzip verfolgt mehrere Funktionen:

- Funktion der Rechtssicherheit: Staatliches Handeln wird durch die Bindung an das Gesetz voraussehbar und somit entsteht Rechtssicherheit.
- Funktion der Rechtsgleichheit: Die Behörden werden zur Anwendung der Regelungen gezwungen. Rechtsungleiche und willkürliche Entscheide werden ausgeschlossen.

- Schutzfunktion: Staatliche Eingriffe gegenüber Bürgern bedürfen einer gesetzlichen Ermächtigung. Ohne Ermächtigung darf kein Eingriff erfolgen.

### 1.1.5.1.3

#### Rechtsanwendung und Verfahren

Das öffentliche Recht wird normalerweise durch Verwaltungsbehörden und in der Regel durch Verfügung angewendet. Übernehmen Private Aufgaben für die Verwaltung, haben auch dieses öffentliche Recht anzuwenden. So haben z.B. Listenspitäler die Weigerung der Herausgabe der Behandlungsdokumentation gestützt auf öffentliches Recht zu verfügen. Solche Verfügungen können anschliessend bei den oberen Instanzen angefochten und schliesslich ans Verwaltungsgericht gezogen werden.

### 1.1.5.1.4

#### Rechtsgebiete des öffentlichen Rechts

Das öffentliche Recht wird in verschiedene Rechtsgebiete unterteilt (s. Abb. 3, S. 25):

- öffentliches Recht im engeren Sinne:
  - Staatsrecht (Bundesverfassung, kantonale Verfassungen)
  - Verwaltungsrecht (Medizinberufegesetz, Submissionsgesetz, Umweltschutzgesetz, Gesundheitsgesetz der Kantone usw.)
  - Sozialversicherungsrecht (Krankenversicherungsgesetz, Unfallversicherungsgesetz, Alters- und Hinterlassenenversicherungsgesetz usw.)
- Strafrecht:
  - Normen des Strafgesetzbuches und Strafbestimmungen im Strassenverkehrsgesetz, aber auch Strafbestimmungen in anderen Spezialgesetzen (wie z.B. dem Datenschutzgesetz)
- Verfahrensrecht:
  - Zivilprozessrecht (Zivilprozessordnung des Bundes)
  - Strafprozessrecht (Strafprozessordnung des Bundes)

- Verwaltungsverfahrensrecht (Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes oder der Kantone)
- Vollstreckungsrecht (Straf- und Massnahmenvollzugsgesetze der Kantone).

### 1.1.5.2

#### Privatrecht

Im Folgenden werden die Begriffe des Privatrechts und der Privatautonomie erläutert. Im Anschluss werden die Vertragsfreiheit, eine Form der Privatautonomie, sowie privatrechtliche Verfahren und Beispiele für privatrechtliche Erlasse dargelegt.

### 1.1.5.2.1

#### Umschreibung

Das Privatrecht regelt Rechtsbeziehungen zwischen Privaten. Tritt jedoch ein Gemeinwesen wie ein Privater auf, so untersteht auch er dem Privatrecht, so zum Beispiel, wenn eine Stadtverwaltung Druckerpapier einkauft. Dieser Kaufvertrag wird gemäss Privatrecht (dem Obligationenrecht) abgewickelt.

### 1.1.5.2.2

#### Privatautonomie

Im Gegensatz zum öffentlichen Recht ist das Privatrecht weniger stark von zwingenden Normen durchdrungen, sondern von der Privatautonomie geprägt, dem Recht, seine privaten Rechtsverhältnisse nach eigener Entscheidung zu gestalten. Die Privatautonomie äussert sich insbesondere in der Vertragsfreiheit, aber auch in der Vereinigungsfreiheit, im Recht, über sein Eigentum frei zu verfügen, oder in der Eheschlussfreiheit.

Der Staat beschränkt die Privatautonomie nur dort, wo dies zum Schutz übergeordneter Interessen erforderlich ist. Oftmals wird zum Schutz der schwächeren Partei oder zur Siche-

Die Patientin entscheidet zum Beispiel, von welcher Spitex sie Dienstleistungen beziehen will.

Die Patientin entscheidet zum Beispiel, von welcher Spitex sie Dienstleistungen beziehen will.

Ziel der Privatrechtsordnung ist es demnach, den Bürgern möglichst grossen Gestaltungsspielraum zu gewähren, ihnen aber dennoch Spielregeln vorzugeben, die sie nicht verletzen dürfen.

### 1.1.5.2.3

#### Vertragsfreiheit

Eine Ausgestaltung der Privatautonomie ist die Vertragsfreiheit.<sup>13</sup> Sie soll den Parteien ermöglichen, im Rahmen der gesetzlichen Schranken, ihre Rechtsbeziehung autonom zu ordnen.

So hält Artikel 19 Abs. 1 OR fest: „Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.“

Die Vertragsfreiheit umfasst mehrere Teilaspekte:

- die Abschlussfreiheit:  
Jedermann ist in seiner Entscheidung frei, einen Vertrag abzuschliessen oder nicht. Es besteht grundsätzlich kein Zwang, einen Vertrag abzuschliessen. Ob z. B. eine Patientin die Dienstleistungen eines Spitexdienstleistungsanbieters in Anspruch nehmen will und den Betreuungsvertrag abschliessen will, entscheidet nur sie.
- die Freiheit der Partnerwahl:  
Niemand muss mit einem bestimmten Partner einen Vertrag abschliessen. Jedermann ist frei in der Wahl seines Vertragspartners.

<sup>13</sup> Die Wirtschaftsfreiheit, die Vereinigungsfreiheit, die Eigentums-garantie und die Testierfreiheit sind weitere Formen der Privatautonomie.

Die Patientin entscheidet zum Beispiel, von welcher Spitex sie Dienstleistungen beziehen will.

- die Aufhebungs- und Änderungsfreiheit:  
Ein einmal geschlossener Vertrag kann geändert oder aufgehoben werden, wenn beide Parteien damit einverstanden sind. Erschöpft sich die Leistung nicht in einer einmaligen Leistung (z. B. Übergabe des Kaufpreises bei einem Kauf), sondern wird über eine längere Dauer eine Leistung geschuldet (z. B. Spitexdienstleistungen bis zur vollständigen Genesung), muss dieses Dauerschuldverhältnis durch eine einseitige Kündigung möglich sein.
- die Inhaltliche Freiheit:  
Grundsätzlich können die Parteien den Inhalt ihres Vertrages im Rahmen des Gesetzes frei wählen.<sup>14</sup> Einzig die zwingenden Bestimmungen des Gesetzes sind zu beachten, und ein Vertrag mit einem unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Inhalt entfaltet keine Rechtswirkung (er ist nichtig)<sup>15</sup>. Artikel 27 ZGB verbietet zudem eine übermässige vertragliche Bindung. Das heisst, ein Vertrag darf die Parteien nicht zu lange oder in einer anderen die Persönlichkeit zu stark einengenden Art und Weise binden.
- die Typenfreiheit:  
Das Obligationenrecht sieht zwar zahlreiche Vertragsformen vor (z. B. Kaufvertrag, Auftrag, Miete usw.). Es steht den Parteien jedoch frei, ob sie ihre Vereinbarung in einen solchen Vertragstyp kleiden wollen oder ob sie eine Vereinbarung abschliessen wollen, die nicht gesetzlich geregelt ist.

### 1.1.5.2.4

#### Verfahren

Das Privatrecht wird auf Klage hin von Zivilgerichten angewendet. Die Urteile können an das Obergericht weitergezogen werden.

<sup>14</sup> Art. 19 Abs. 1 OR.

<sup>15</sup> Art. 20 OR.