

Grundlagen des Rechts

1.1 Die Funktion des Rechts im ärztlichen Alltag

Eine der wichtigsten Funktionen des Rechts besteht darin, das Zusammenleben der Menschen zu ordnen. Mit dem Recht sollen das Verhalten der Menschen, ihre Einstellung und Erwartung so gesteuert werden, dass Konflikte möglichst vermieden werden.

Im medizinischen Alltag müssen zahlreiche Entscheidungen getroffen werden, die auf einer Abwägung verschiedener, sich teilweise entgegenstehender Interessen oder Ziele beruhen. Beispielsweise besteht ein Zielkonflikt bei der Aufklärung des Patienten¹ über Operationsrisiken: Einerseits hat die Patientin ein Interesse an einer umfassenden Kenntnis aller bekannten Gefahren; andererseits soll sie nicht so sehr verängstigt werden, dass sie sich gegen einen grundsätzlich notwendigen Eingriff entscheidet.

Während in einigen dieser Situationen dem Arzt ein weites Ermessen eingeräumt wird, sind in anderen Fällen Rechtsnormen vorhanden, die die Entscheidung vorgeben oder zumindest wesentlich steuern. Gewisse Entscheidungen von grosser Tragweite sollen und können weder ausschliesslich von den Betroffenen selbst noch von den beteiligten Medizinalpersonen getroffen werden.

Hinzu kommt, dass gerade das Medizinrecht einen Lebensbereich betrifft, der in der Bevölkerung mit einer erhöhten Sensibilität wahrgenommen wird. Die zugrunde liegenden ethischen und gesellschaftspolitischen Fragen sind umstritten (z. B. Spätabort, Zwangsmedikation, Genome Editing); gleichzeitig stehen zentrale Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit oder persönliche Freiheit auf dem Spiel. Daher besteht in der Praxis das Bedürfnis nach klaren Leitlinien, die dabei helfen, das eigene Verhalten auszurichten. Zudem soll der Einzelne zumindest teilweise von der Verantwortung entbunden werden, solche Entscheidungen im Alleingang treffen zu müssen. Es ist deshalb Sache der Rechtsordnung, diese Ziel- oder Interessenkonflikte – gestützt auf das Ergebnis einer vorgängig vorgenommenen Wertung und einer politischen Diskussion – zu regeln.

Die Schwierigkeit besteht nun allerdings darin, dass Rechtsnormen das Gleichgewicht suchen müssen zwischen abstrakten Regeln und Entscheidungen von Einzelfällen mit ihren jeweiligen Besonderheiten. Der Gesetzgeber muss sich auf den Erlass von allgemeinen Normen beschränken und darauf vertrauen, dass die Behörden und Bürger die Normen im Einzelfall angemessen umsetzen. Dies

1 In dieser Publikation werden abwechselnd männliche und weibliche Formulierungen verwendet, gemeint sind jeweils die Angehörigen aller Geschlechtergruppen.

heisst aber auch: Wer jemals mit dem Recht zu tun gehabt hat, weiss, wie viel Unschärfe mit zahlreichen rechtlichen Normen verbunden ist und wie schwierig es ist, einen Juristen zu einer klaren und abschliessenden Aussage zu einer Rechtsfrage zu bewegen.

1.2 Stufen des Rechts

Die gesetzlichen Regelungen sind hierarchisch aufgebaut und werden meist konkreter, je weiter unten sie in der Hierarchie eingereiht sind.

Verfassung

Auf der obersten Stufe steht in der Schweiz das Verfassungsrecht, d. h. die Bundesverfassung und in den Kantonen die Kantonsverfassungen. Auch wenn es sich dabei meist nur um relativ allgemein gehaltene Bestimmungen handelt, bilden diese die Basis und den Ausgangspunkt für die gesamte Rechtsordnung. Grundsätzlich ebenfalls Verfassungsrang haben zentrale Staatsverträge wie insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention sowie die bilateralen Abkommen mit der EU.

Aus der Sicht der Patientin von grosser Bedeutung sind vor allem die in den *Grundrechtskatalogen* der Bundesverfassung wie auch der Europäischen Menschenrechtskonvention garantierten Rechte auf Leben und persönliche Freiheit sowie das Recht auf Privatsphäre. Das Recht auf Leben schützt die Gesamtheit der physischen und psychischen Funktionen in umfassender Weise. Das Grundrecht der persönlichen Freiheit beinhaltet das Recht, über den eigenen Körper zu bestimmen und ohne Zustimmung keine körperlichen Eingriffe hinnehmen zu müssen. Im Weiteren garantiert das Recht auch die psychische Unversehrtheit sowie die Bewegungsfreiheit, die etwa bei der Zwangseinweisung in Anstalten oder in Pflegeheime tangiert sein kann. Das Recht auf Privatsphäre schützt insbesondere Patientendaten (z. B. in der Krankengeschichte) vor unbefugtem Zugriff.

Im Gegensatz zum Recht auf Leben können das Recht auf persönliche Freiheit sowie auf Privatsphäre aber eingeschränkt werden – Beispiele sind die zwangsweise Blutentnahme oder die medikamentöse Zwangsbehandlung –, sofern dafür eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist, ein öffentliches Interesse vorliegt und der Eingriff verhältnismässig ist.

Die Bundesverfassung enthält ausserdem eine Reihe von sogenannten *Kompetenznormen*. Dadurch wird die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers begründet, etwa um eine Kranken- und Unfallversicherung zu schaffen, die Gesundheit zu schützen, den Umgang mit Lebensmitteln oder Heilmitteln zu regeln, übertragbare Krankheiten zu bekämpfen oder Gesetze im Bereich der Humanforschung, der Fortpflanzungs- und der Transplantationsmedizin zu erlassen. Alle diese Bereiche werden durch spezielle Bundesgesetze weiter ausgeführt.

Gesetze und Verordnungen

Auf der nächsttieferen Stufe des Gesetzesrechts findet sich eine Reihe von Spezialgesetzen. Während langer Zeit gab es nur vereinzelte Regelungen, die speziell auf die ärztliche Tätigkeit zugeschnitten waren. Es handelte sich dabei um Lebensbereiche, die als so bedeutsam empfunden wurden, dass auf eine Normierung nicht verzichtet werden konnte; Beispiele dafür sind etwa die Abtreibungsfrage oder die Regelung des Arztgeheimnisses im Strafgesetzbuch (StGB). Ebenfalls auf Gesetzesstufe ist seit längerer Zeit das Sozialversicherungsrecht geregelt, wobei für den medizinischen Alltag insbesondere das Krankenversicherungsgesetz (KVG) von Bedeutung ist. Siehe zur Entwicklung der letzten Jahre unter Kap. 1.4.

Die gesetzlichen Regelungen werden durch eine Vielzahl von verbindlichen eidgenössischen und kantonalen Verordnungen weiter konkretisiert und ausgeführt.

1.3 Die privaten Regelwerke

In der Medizin hat neben den rechtlich verbindlichen Regelungen auch das sogenannte «soft law» eine grosse Bedeutung. Darunter versteht man nicht-staatliche Regeln. Sie binden zwar den staatlichen Richter nicht; in der Praxis können sie aber starken Einfluss auf Rechtsprechung und Gesetzgebung haben.

Standesrecht der FMH

Im Medizinrecht ist vor allem das Standesrecht wichtig: In der Schweiz gehört der überwiegende Teil der Ärzteschaft der Berufsorganisation FMH an. Diese hat 1997 eine Standesordnung erlassen, in der viele Grundsätze der ärztlichen Tätigkeit geregelt werden², wenn auch meist nur in allgemeiner Form (vgl. Kap. 2.4); die FMH-Standesordnung löste die Standesordnungen der kantonalen Ärzteschaften ab.

Die FMH erarbeitet auch Empfehlungen, beispielsweise 2016 zum Umgang mit Sozialen Medien³. Solche Empfehlungen sind im Unterschied zur Standesordnung für die Mitglieder nicht verbindliches Vereinsrecht. Sie sollen den überwiegenden Teil der Ärzteschaft bei ihrer Arbeit unterstützen.

Medizin-ethische Richtlinien der SAMW

Auch die medizin-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)⁴ sind von grosser Bedeutung. Im Anschluss an die erste Herztransplantation wurde bereits im Jahre 1969 die «Richtlinie für die Definition und Diagnose des Todes» veröffentlicht, die in kurzer Zeit zum un-

2 www.fmh.ch → über die FMH → Statuten und Reglemente → Standesordnung.
3 www.fmh.ch → Dienstleistungen → E-Health → Social-Media-Empfehlungen.
4 www.samw.ch → Publikationen → Richtlinien.

verzichtbaren Instrument in der ärztlichen Praxis geworden ist und der von allen Seiten Anerkennung zuteilwurde. Gestützt auf diesen Erfolg sah sich die Akademie veranlasst, weitere Richtlinien zu diversen Themenkomplexen zu erstellen; diese Richtlinien decken heute einen Grossteil der Medizin- und Bioethik ab. Ziel dieser Richtlinien ist es, den praktisch tätigen Arzt bei der täglichen Arbeit zu unterstützen. Es soll – beruhend auf der geltenden Rechtslage – ein verlässlicher, leicht zugänglicher Standard geschaffen werden; gleichzeitig werden Probleme und Abläufe offengelegt und dadurch eine öffentliche Diskussion ermöglicht. Trotz der grossen Bekanntheit dieser Richtlinien und ihres erheblichen Einflusses auf die Praxis darf nicht vergessen werden, dass ihr Erlass durch die SAMW keine staatliche Regelung mit formeller Bindungswirkung ist. Sie können deshalb nicht zwangsweise durchgesetzt werden, und ihre Verletzung zieht nicht, wie bei der Verletzung von staatlichem Recht, eine staatlich vorgesehene Sanktion nach sich. Eine wichtige Rolle spielen sie aber in der Rechtsauslegung, indem sie beispielsweise vom Bundesgericht häufig als Massstab für den Stand der medizinischen Wissenschaften herangezogen werden.

Indem allerdings die FMH fast alle Richtlinien der SAMW in die Standesordnung aufnimmt, werden sie auf die Stufe des Standesrechts erhoben und erhalten so für die überwiegende Zahl von Ärzten unmittelbare vereinsrechtliche Verbindlichkeit. Zudem haben die Parlamente auf Bundes- und Kantonsebene einzelne Richtlinien für verbindlich erklärt.

Klinische Guidelines

Zu den privaten Regelwerken gehören auch fachspezifische Richt- und Leitlinien, wie sie etwa in klinischen Guidelines für einzelne Indikationen oder Prozeduren formuliert sind. Sie streben an, den aktuellen Stand der Wissenschaft zu beschreiben und den Arzt dabei zu unterstützen, der Patientin die bestmögliche Therapie vorzuschlagen. Solche Guidelines können bei der rechtlichen Beurteilung eines Falls herangezogen werden, um abzuklären, was dem üblichen Standard der medizinischen Behandlung gemäss damaligem Stand der Wissenschaften entsprach.

Fachgesellschaften erlassen auch Empfehlungen, die faktisch eine Ergänzung der FMH-Standesordnung sind, beispielsweise die Richtlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe («gynécologie suisse», SGGG) zu sexuellen Übergriffen⁵.

5 www.sggg.ch → Fachthemen → Guidelines → Richtlinien sexuelle Übergriffe in der Arztpraxis (2011).

1.4 Gesundheitsgesetzgebung vom 19. Jahrhundert bis heute

Eine erste Serie von Gesetzen im Gesundheitsbereich wurde Ende des 19. Jahrhunderts erlassen. Seit den 1990er Jahren sind Gesundheitsfragen in Politik und Medien sehr präsent, was eine eigentliche Gesetzgebungswelle auslöste, die andauert.

In einer ersten Phase hatte der Gesetzgeber in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts das Freizügigkeitsgesetz für die Medizinalberufe (1877), das Epidemien-gesetz (1886) und das Lebensmittelgesetz (1905) geschaffen. Nach der Einführung des Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes (KUVG)⁶ und des Tuberkulosege-setzes (1928) schien es lange so, als halte sich der Gesetzgeber bewusst von me-dizinrechtlichen Themen fern. Die Richtlinien der SAMW waren deshalb trotz ihrer fehlenden staatlichen Legitimation während langer Zeit die einzige Orien-tierungshilfe für die Ärztin.

Seit den 1990er Jahren nimmt der Gesetzgeber eine immer aktivere Rolle im Ge-sundheitswesen ein. Zurzeit ist kein Ende der Gesetzgebungswelle abzusehen. Zu den wichtigsten Gesetzeserlassen im Gesundheitswesen zählen insbesondere:

- das Heilmittelgesetz (HMG), in Kraft seit 2002, revidiert 2016 sowie bezüg-lich der Verbesserung der Medizinproduktesicherheit 2019⁷;
- das Fortpflanzungsmedizin-gesetz (FMedG), in Kraft seit 2001 und revidiert 2014;
- das Stammzellenforschungsgesetz, in Kraft seit 2005;
- das Sterilisationsgesetz, in Kraft seit 2005;
- das Transplantationsgesetz, in Kraft seit 2007 und revidiert 2015;
- das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMG), in Kraft seit 2007 und revidiert 2018;
- das Humanforschungsgesetz (HFG), in Kraft seit 2014; dieses setzt den 2010 von Volk und Ständen angenommenen neuen Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen um;
- das Epidemien-gesetz (EpG) von 1970 wurde 2012 revidiert und ist in seiner revidierten Fassung seit 2016 in Kraft;
- das Medizinalberufegesetz (MedBG), in Kraft seit 2007, wurde mehrmals revidiert; dabei wurde insbesondere das Medizinalberuferegister⁸ auf ange-stellte Ärztinnen und Ärzte ausgedehnt;

6 Das KUVG trat am 1.1.1914 für die Krankenversicherung (KV) und am 1.1.1918 für die Unfallversicherung (UV) in Kraft.

7 www.admin.ch → Bundesrecht → Bundesblatt → BBl 2019 2589.

8 www.medregom.admin.ch

- das Gesundheitsberufegesetz (GesBG) von 2016, welches mit seiner Inkraftsetzung per 2020 auch die im öffentlichen Spital eigenverantwortlich tätigen Ärzte der Bewilligungspflicht nach MedBG unterstellt (vgl. Kap. 2.3);
- das Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG) ist 2017 in Kraft getreten; es sieht ein dezentrales virtuelles elektronisches Patientendossier als Sekundärdokumentation vor;
- das Krebsregistrierungsgesetz (KRG) von 2016 soll 2020 vollumfänglich in Kraft treten; es enthält Regeln zu klinischen Registern, und dies nicht nur für Krebserkrankungen;
- das Strahlenschutzgesetz (StSG) von 1991, zu welchem der Bundesrat per 2018 die Verordnungen revidiert und u.a. klinische Audits in Spitälern und Röntgeninstituten eingeführt hat.

Weiter können die Teilrevisionen der Bundesverfassung von 2009 und 2014 erwähnt werden, mit welchen die Komplementärmedizin und die medizinische Grundversorgung gestärkt werden sollten.

Im Bereich des Krankenversicherungsrechts (KVG) war für die medizinische Praxis insbesondere die Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung (2007, in Kraft 2012) von grosser Bedeutung, mit der Diagnosis Related Groups (DRG) eingeführt wurden, öffentliche und private Spitäler im Bereich der Finanzierung gleichgestellt wurden und der Kanton ökonomisch gesehen vom Spitalbetreiber zum Einkäufer gemacht wurde. Nach Ablehnung der Managed-Care-Vorlage im Juni 2012 wurde der Zulassungsstopp von 2002 mehrfach verlängert (vgl. Kap. 2.3)⁹. Am 2. Juli 2019 hat das Parlament die KVG-Revision «KVG. Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit»¹⁰ beschlossen und am 21. August 2019 hat der Bundesrat die Botschaft zu einer «KVG-Teilrevision betreffend Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 1»¹¹ dem Parlament übergeben.

Für die medizinische Praxis sind zudem zahlreiche Gesetzesbestimmungen relevant, die einen allgemeinen Anwendungsbereich haben. Zu nennen sind hier vor allem:

- die durch die neue Datenschutzgrundverordnung der EU¹² mitangestossene Revision des Schweizerischen Datenschutzgesetzes¹³; für die öffentlichen Spitäler werden die Revisionen der kantonalen Datenschutzgesetze Neuerungen bringen;

9 www.parlament.ch → Geschäft des Bundesrates 18.047 KVG. Zulassung von Leistungserbringern.

10 www.admin.ch → Bundesrecht → Bundesblatt → BBl 2019 4469.

11 www.bag.admin.ch → Versicherungen → Krankenversicherung → Laufende Revisionsprojekte → KVG-Revision: Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 1.

12 www.edoeb.admin.ch → Dokumentation → Rechtsgrundlagen International → Datenschutz-Grundverordnung der Europäischen Union.

13 www.parlament.ch → Geschäft des Bundesrates 17.059 Datenschutzgesetz. Totalrevision und Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz.

- die Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts im Zivilgesetzbuch (ZGB) (früher: Vormundschaftsrecht), das 2013 in Kraft trat und insbesondere die Patientenverfügung, die Vertretung bei medizinischen Massnahmen und die fürsorgliche Unterbringung neu regelte (vgl. Kap. 3.5);
- die Bestimmungen des Obligationenrechts über den allgemeinen Auftrag, die für das Behandlungsverhältnis zwischen Ärztin bzw. Spital und Patient massgebend sind;
- die Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts im Obligationenrecht, welche die Voraussetzungen und den Umfang von Schadenersatzansprüchen gegenüber Medizinalpersonen festlegen.

Gewisse Themen hat der Gesetzgeber bis anhin nicht anhand genommen. So entschied der Bundesrat im Bereich der Sterbehilfe, trotz verschiedener parlamentarischer Vorstösse auf eine ausdrückliche Regelung insbesondere der organisierten Suizidhilfe zu verzichten. Auch kennt das Bundesrecht keinen gesetzlich geschützten Rahmen für Qualitätssicherungsprogramme wie insbesondere Critical Incident Reporting System. Die Notwendigkeit einer solchen Regelung wurde im Bericht der National Institutes of Health (NIH) in den USA¹⁴ schon 1999 aufgezeigt. In der Schweiz wurde seit 2001¹⁵ darauf hingewiesen. Mit einem Bundesgerichtsentscheid von 2016¹⁶ ist der Gesetzgebungsbedarf erneut deutlich geworden.¹⁷

Trotz der vielen neuen Gesetze bleiben auch die Richtlinien der SAMW¹⁸ und das Standesrecht der FMH¹⁹ für das Medizinrecht wichtig, vor allem dort, wo sich der Gesetzgeber noch nicht zu einer eigenen Lösung durchringen konnte oder diese sehr allgemein gehalten ist.

14 www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25077248

15 Siehe etwa Kuhn HP, «Congress should pass legislation to extend protections ...», SÄZ 2001 S. 1394 ff.

16 Bundesgerichtsentscheid vom 8.12.2016 (1B_289/2016), deutsche Übersetzung i.A. der Stiftung Patientensicherheit.

17 Vgl. auch das Gutachten von O. Guillod und R. Christinat von Mai 2018; www.patientensicherheit.ch → CIRNET → Rechtsgutachten zum Bundesgerichtsentscheid BGer 1B_289/2016.

18 www.samw.ch → Publikationen → Richtlinien.

19 www.fmh.ch → Dienstleistungen → Recht → Statuten und weitere Reglemente → Standesordnung.