

# 1. Grundlagen des Rechts

# 1. 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 entgegensehender Interessen oder Ziele beruhen. Beispielsweise besteht ein Zielkonflikt bei der Aufklärung des Patienten 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 und der Ärztin 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 selber 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 zu Grunde liegenden ethischen und gesellschaftspolitischen Fragen sind umstritten (z.B. Abtreibung, Sterbehilfe, Zwangsmedikation); 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 konkreten Regeln für den spezifischen Einzelfall. Der Gesetzgeber beschränkt sich in der Regel auf den Erlass von allgemeinen Normen und vertraut darauf, dass die Behörden und Bürger passende Anwendungen finden. Dies 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.

Prognosen über die rechtliche Beurteilung eines Verhaltens sind in vielen Einzelfällen nicht möglich oder wenigstens nicht eindeutig; was Recht ist, stellt sich daher manchmal erst im Nachhinein heraus. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Recht nicht nur Leitlinie im Rahmen der praktischen Tätigkeit des Arztes, die es ihm ermöglicht, die Konsequenzen des eigenen Verhaltens abzusehen, sondern erscheint auch gleichzeitig als Damoklesschwert über den Köpfen der handelnden Personen. Sie müssen sich ständig die Frage stellen, wie eine hypothetische Richterin nachträglich über ihr Verhalten entscheiden würde. Die massgeblichen Normen sollten hingegen zumindest im Strafrecht so bestimmt sein, dass sie die Folgen des eigenen Verhaltens möglichst als vorhersehbar erscheinen lassen.

## 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. das Recht der Bundesverfassung und der einzelnen Kantonsverfassungen. Auch wenn es sich dabei meist nur um relativ allgemein gehaltene Bestimmungen handelt, bilden diese Artikel die Basis und den Ausgangspunkt für die gesamte Rechtsordnung. Aus der Sicht der Patientin von grosser Bedeutung ist vor allem das im *Grundrechtskatalog* der Bundesverfassung und in der Europäischen Menschenrechtskonvention garantierte Recht auf Leben und persönliche Freiheit. 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 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 tangiert sein kann.

Im Gegensatz zum Recht auf Leben kann das Recht auf persönliche Freiheit aber eingeschränkt werden – Beispiele sind die zwangsweise Blutentnahme oder die medikamentöse Zwangsbehandlung –, sofern dafür ein öffentliches Interesse vorliegt, der Eingriff verhältnismässig und ausserdem eine gesetzliche Grundlage dafür vorhanden 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 Fortpflanzungsmedizin oder der Transplantationsmedizin zu erlassen. Alle diese Bereiche werden durch spezielle Bundesgesetze weiter ausgeführt.

Faktisch ebenfalls Verfassungsrang haben Staatsverträge wie insbesondere die bilateralen Abkommen mit der EU.

### **Gesetze und Verordnungen**

Auf der nächsttieferen Stufe des *Gesetzesrechts* finden sich eine Reihe von Spezialgesetzen. Während langer Zeit gab es jedoch 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, beispielsweise die Abtreibungsfrage oder die Regelung des Arztgeheimnisses im Strafgesetzbuch. Auch die Bestimmungen über die Krankenkassen sind seit längerem auf dieser Stufe geregelt.

Gerade wegen dieser spärlichen Zahl von Spezialgesetzen sind für das Medizinrecht auch die allgemeinen Gesetzesbestimmungen bedeutend. Diese richten sich zwar nicht speziell an Medizinalpersonen, sind aber in der ärztlichen Praxis relevant. Zu nennen sind hier vor allem

- die Bestimmungen des Obligationenrechts über den allgemeinen Auftrag, die auf den Arztvertrag angewandt werden;
- die Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts, welche die Voraussetzungen und den Umfang von Schadenersatzansprüchen gegenüber Medizinalpersonen festlegen;
- die strafrechtlichen Bestimmungen, namentlich die Delikte gegen Leib und Leben (z.B. Körperverletzung, Tötung oder die Beihilfe zum Selbstmord) und die strafbaren Handlungen gegen Berufspflichten (vor allem Verletzung des Berufsgeheimnisses);
- das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb.

In den letzten Jahren hat der Bund eine Reihe von Spezialgesetzen erlassen, die sich spezifisch an die Medizinalpersonen richten. So wurden das Fortpflanzungsmedizingesetz (2002), das Sterilisationsgesetz (2005), das Transplantationsgesetz (2007) sowie das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen (2007) in Kraft gesetzt; nur bei der Frage der Sterbehilfe ist der Bundesrat nach ausführlicher Prüfung zum Ergebnis gelangt, dass eine gesetzliche Lösung nicht erforderlich sei.

Für das Medizinrecht zentral sind ausserdem das Heilmittelgesetz (2002) und das Medizinalberufegesetz (2007). Ausserdem finden sich in vielen kantonalen Gesetzen Regelungen, die sich spezifisch an den Arzt richten, so etwa über die Selbstdispensation, Spitalgesetze, Gesundheitsgesetze etc. Diese unterscheiden sich von Kanton zu Kanton.

Auf der untersten Stufe, aber immer noch verbindlich, stehen die eidgenössischen und kantonalen *Verordnungen*, mit denen einzelne Gesetze weiter konkretisiert und ausgeführt werden.

## **Kompetenzaufteilung Bund – Kantone**

Grundsätzlich sind nach wie vor die Kantone für die Gesetzgebung im Gesundheitswesen zuständig. Angesichts der zunehmenden Zahl von Spezialgesetzen des Bundes ist dies faktisch nur noch eine Restzuständigkeit. Insbesondere versucht der Bund zunehmend, das Gesundheitswesen über das Krankenversicherungsgesetz zu steuern.<sup>2</sup>

## **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 die überwiegende Zahl von Ärztinnen und Ärzten der Berufsorganisation FMH an. Diese hat eine Standesordnung erlassen, in der viele Grundsätze der ärztlichen Tätigkeit geregelt werden, wenn auch meist nur in allgemeiner Form (vgl. Kap. 2.2).

### **Medizinisch-ethisch Richtlinien der SAMW**

Auch die medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) 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 unverzichtbaren Instrument in der ärztlichen Praxis geworden ist und der von allen Seiten Anerkennung zuteil wurde. Gestützt auf diesen Erfolg sah sich die Akademie veranlasst, weitere Richtlinien zu diversen Themenkomplexen zu erstellen; diese Richtlinien decken heute beinahe die gesamte Bioethikdiskussion 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 offen gelegt und dadurch eine öffentliche Diskussion ermöglicht.

Trotz der grossen Bekanntheit dieser Richtlinien und ihrem erheblichen Einfluss auf die Praxis darf nicht vergessen werden, dass ihr Erlass durch die SAMW keine staatliche Regelung mit formeller Bindungswirkung ist.

---

2 Die indirekte Steuerung des Gesundheitswesens über die Krankenversicherung führt zu Schwierigkeiten, vgl. etwa die Probleme mit der Versichertenkarte und mit eHealth.

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 praktisch 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 standesinterne, also vereinsrechtliche, Verbindlichkeit. Zudem haben verschiedene Kantone einzelne Richtlinien auf dem Wege des Gesetzesrechts für verbindlich erklärt; die Richtlinien werden auf diese Weise auf die Stufe von formellen Gesetzen erhoben. Ihnen kommt damit innerhalb des Kantons die gleiche Verbindlichkeit zu wie allen anderen Gesetzen.

### **Klinische Guidelines**

Zu den privaten Regelwerken gehören auch Richtlinien, wie sie etwa in klinischen Guidelines für einzelne Indikationen formuliert sind. Sie beschreiben den aktuellen Stand der Wissenschaft und sollen den Arzt dabei unterstützen, dem Patienten die bestmögliche Therapie vorzuschlagen. Solche Guidelines können bei der rechtlichen Beurteilung eines Falls herangezogen werden, um abzuklären, was dem üblichen Stand der medizinischen Behandlung gemäss aktuellem Stand der Wissenschaften entspricht. Klinische Guidelines haben sich in der Schweizer Gerichtspraxis im Sozialversicherungsrecht bereits in diesem Sinne etabliert, waren aber bisher in Haftpflichturteilen noch nicht relevant.

## **1.4 Tendenzen für die Zukunft**

In den letzten Jahren wurde eine Reihe von Gesetzen geschaffen, die sich mit neuen Entwicklungen in der Medizin befassen. Diese betreffen nicht nur den Umgang mit neuen Technologien, sondern zunehmend auch den Umgang mit Patientinnen und Patienten.

Während langer Zeit schien es so, als halte sich der Gesetzgeber bewusst von den medizinrechtlichen Themen fern. Viele neuere Entwicklungen der Medizin wurden vom Gesetzgeber weitgehend ignoriert, obwohl die bestehende Rechtsordnung mit ihrem herkömmlichen Instrumentarium die neuen Fragen nicht mehr befriedigend beantworten konnte. Die Richtlinien der SAMW waren deshalb trotz ihrer fehlenden staatlichen Legitimation während langer Zeit die einzige Orientierungshilfe für den Arzt und die Ärztin.

Erst in den letzten Jahren hat der Gesetzgeber eine aktivere Rolle eingenommen und ist seiner Aufgabe wieder nachgekommen, für Rechtssicherheit zu sorgen. In den letzten Jahren wurden denn auch Gesetze geschaffen, um etwa genetische Untersuchungen von Menschen, die Fortpflanzungsmedizin, die Transplantation oder die Forschung mit Patienten und humanem Material spezifisch zu regeln. Mit der Ausarbeitung solcher Gesetze ist meist eine breite Diskussion verbunden, die gleichzeitig das Bewusstsein in der Öffentlichkeit für diese heiklen Themen stärkt und dazu beiträgt, besser legitimierte Regelungen hervorzubringen.

Trotz der vielen neuen Gesetze bleiben auch die Richtlinien der SAMW und das Landesrecht der FMH 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.