

Pflege und Recht

Das Recht ist für viele von uns ein weites, fernes, irgendwie exotisches Land, aber rau und ungastlich, mehr Kamtschatka denn Karibik. Wer die Reise – in den seltensten Fällen freiwillig – unternimmt, zieht sich besser warm an und rüstet sich solide aus. Im vorliegenden «Reisehandbuch Recht» finden Sie alles, was Sie zum Überleben brauchen: die Thermowäsche und das Expeditionsequipment, vom Mückenspray zum Infrarotfernglas. Aber der Trip lohnt sich. Denn vergessen wir nicht: wer richtig reist, stellt bald fest, dass man in der Ferne nicht zuletzt sich selbst und seine eigene Kultur verstehen lernt.

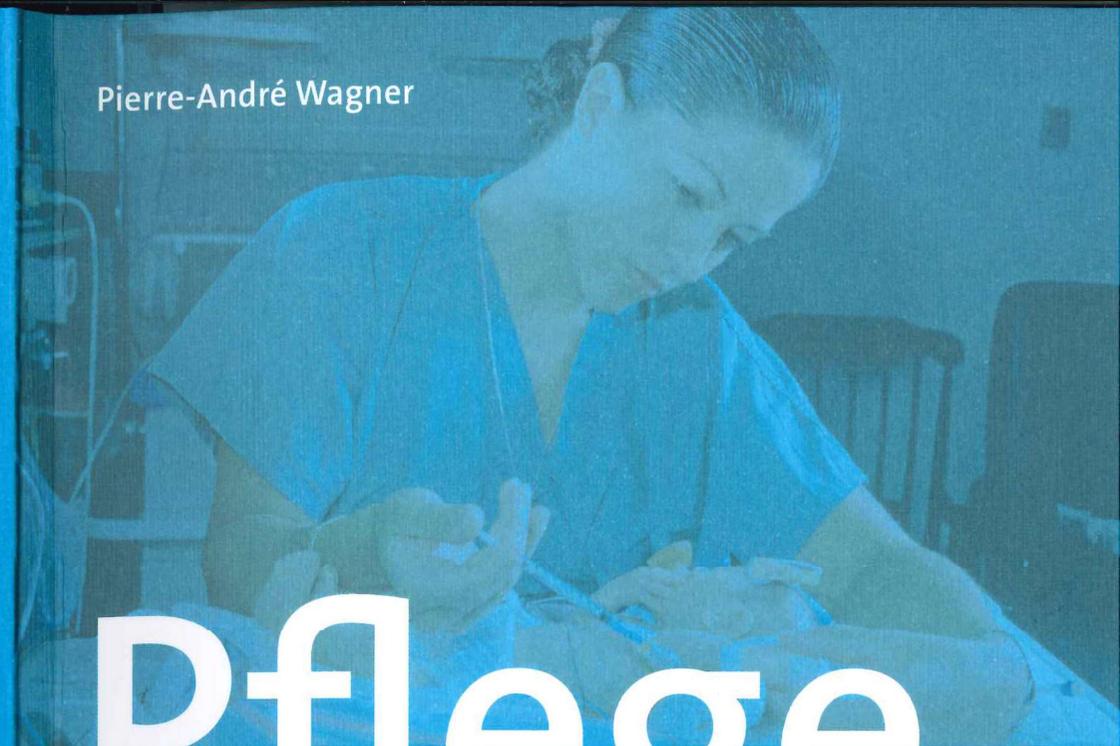


SBK
ASI Schweizer Berufsverband der
Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner

Die Stimme der Pflege

ISBN 978-3-033-02155-6

Pierre-André Wagner



Pflege und Recht

Ein Reiseführer für Pflegefachfrauen
und Pflegefachmänner



SBK
ASI Schweizer Berufsverband der
Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner

Pflege und Recht

7. Die Berufspflichten

7.1 Grundsätzliches zum Inhalt und Umfang der Berufspflichten

Woher wissen wir, was zu den Berufspflichten der Pflegenden gehört? Entgegen einer weit verbreiteten Meinung gibt es nirgends, und schon gar nicht in irgendeinem Gesetz, eine Aufzählung, einen schön abschliessenden Katalog der Aufgaben und Verrichtungen, die die Gesundheits- und Krankenpflege ausmachen. In den (kantonalen) Gesetzen über die Ausübung der Gesundheitsberufe finden wir kaum mehr als eine Liste von Gesundheitsberufen; weitere Gesetze enthalten vereinzelte Bestimmungen, die indirekt Berufspflichten entsprechen (meistens in der Gestalt von Verboten bzw. Straftatbeständen wie der Verletzung des Berufsgeheimnisses oder der fahrlässigen Tötung). Auch der bereits erwähnte Katalog in Art. 7 der Leistungsverordnung (KLV) zum KVG ist von begrenzter Aussagekraft, zumal er sich nicht darüber auslässt, für welche Verrichtungen die Pflege überhaupt zuständig ist, sondern nur darüber, welche Pflegeverrichtungen von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bezahlt werden (müssen).

Was zunächst als unpraktisch erscheinen mag – das Fehlen einer übersichtlichen Liste von Berufspflichten – hat einen einfachen Grund und einen grossen Vorteil: Jene Berufspflichten sind nämlich «relativ»; und zwar natürlich nicht in dem Sinn, dass sie mehr oder weniger bindend, sondern dass ihr Inhalt von einer Reihe von Umständen abhängig ist. Eine schematische Aufzählung von Berufspflichten würde diesem Umstand und damit der Realität der Berufspraxis nicht gerecht.

Von welchen Faktoren sind nun Inhalt und Umfang der Berufspflichten einer diplomierten oder angehenden Pflegefachfrau konkret abhängig? Vor allem

- von ihrer Aus- und ihren Weiterbildungen;
- von ihren Kenntnissen, ihrem Wissen, ihrer Erfahrung;
- von ihrem Pflichtenheft.

Morgens um vier wird ein 10 Monate altes Baby auf der Notfallstation eines Kantonsspitals eingeliefert. Die von Assistenzarzt A. und dem Notfallpfleger N. verabreichten Medikamente bleiben gegen das Fieber und die Krämpfe wirkungslos. Der daraufhin beigezogene Chefarzt C. weist sie an, dem Säugling einen Benzodiazepinantagonisten zu injizieren. Sowohl A. wie auch N. wissen, dass das Medikament kontraindiziert ist; während A. die Verordnung wortlos entgegennimmt, bringt N. Zweifel zum Ausdruck, begnügt sich aber damit, eine Bestätigung zu erbitten. Kurz nach Verabreichung des Arzneimittels stirbt das Baby. Das gegen die drei Beteiligten angestrebte Strafverfahren wegen fahrlässiger Tötung endet mit Freisprüchen, da nicht zweifelsfrei ermittelt werden kann, dass der Tod nicht auch ohne den – offensichtlichen – Fehler eingetreten wäre. Im parallel dazu geführten Disziplinarverfahren wird jedem der Beteiligten ein Verweis erteilt. Während C. seine Verwarnung akzeptiert, rekurrieren A. und N. an das Verwaltungsgericht. Dieses bestätigt den Verweis gegen A. und hebt den Verweis gegen N. auf – mit der Begründung, ein Pflegefachmann, wie kompetent er auch immer sein möge, sei und bleibe eine Hilfsperson. Ich halte dieses Urteil wiederum für offensichtlich falsch. Besitzt eine Pflegefachperson aufgrund ihrer Ausbildung und Erfahrung genügend pharmakologische Kenntnisse, um einen so gravierenden wie offenkundigen Fehler zu erkennen, ist sie dazu verpflichtet, mit aller Entschiedenheit darauf aufmerksam zu machen und auf jeden Fall die Ausführung der Verordnung zu verweigern oder gar zu verhindern.

7.2 Das Weisungsrecht des Arbeitgebers

Zudem hat der Arbeitgeber (in diesem Zusammenhang ist dies nicht nur im rechtlichen Sinn zu verstehen, es handelt sich also nicht nur um die Institution, sondern auch um den Arzt im Rahmen seiner Verordnungsbefugnis, um die Pflegedienstleiterin als Vorgesetzte oder um die diplomierte Pflegefachfrau

im Verhältnis zu den unter ihrer Verantwortung tätigen Mitarbeiterinnen) das Recht – und die Pflicht –, seinem Personal Weisungen und Instruktionen zu erteilen. Spiegelbildlich hat der Arbeitnehmer das Recht – und die Pflicht –, nötigenfalls solche einzuholen. Jenes Weisungsrecht untersteht bestimmten Anforderungen, es ist also weder grenzenlos, noch darf es beliebig ausgeübt werden. So dürfen Weisungen namentlich weder unzweckmässig noch rechtswidrig sein; genauso wenig dürfen sie die Pflegefachperson oder ihre Patienten einer unnötigen oder unverhältnismässigen Gefahr aussetzen.

Arbeitnehmerinnen können sich deshalb weigern, eine Weisung zu befolgen, wenn (qualitativer oder quantitativer) Personalmangel deren korrekte Ausführung verunmöglicht; dafür haben sie aber die Pflicht, sich mit Nachdruck um Abhilfe zu bemühen.

Somit untersteht auch das Weisungsrecht der (unten näher zu betrachtenden) Sorgfaltspflicht als typischer Berufspflicht. Sorgfalt muss die Person, die die Weisung erteilt, walten lassen

- bei der Auswahl der Person, die die Weisung ausführen soll;
- falls erforderlich bei der Instruktion jener Person;
- falls erforderlich, bei der Überwachung der Ausführung der Weisung.

7.3 Delegation

Weisungen können in einer Delegation bestehen, also in der Übertragung einer Aufgabe, für die grundsätzlich der Delegierende zuständig ist, an eine andere, diesem typischerweise unterstellte Person (klassisches Beispiel ist die ärztliche Verordnung an eine Pflegefachperson; eine Delegation stellt aber auch die Übertragung einer pflegerischen Aufgabe durch eine Pflegefachperson an eine Assistentin). Auch hier sind wir mit dem Umstand konfrontiert, dass im Einzelfall zu klären bleibt, was zum ärztlichen und was zum pflegerischen Kompetenzbereich gehört (die gleiche Frage stellt sich in der

Abgrenzung der Kompetenzen der diplomierten Pflegefachpersonen und ihres Assistenzpersonals). Auch jene Abgrenzung ist «relativ»; wenig hilfreich oder irreführend sind deshalb pauschale Aussagen wie die, dass «Diagnose und Therapie ausschliesslich ärztliche Kompetenzen darstellen». Es kann sich dabei um nicht mehr als einen Grundsatz handeln, der viele Ausnahmen zulässt. In der Tat gehört es zu den Kernaufgaben der Pflege, Komplikationen und weitere Zustandsänderungen zu erfassen, in diesem Rahmen sehr wohl auch medizinische Diagnosen zu stellen, Beobachtungen zu analysieren und die erforderlichen Massnahmen – selbstverständlich auch therapeutischer Art – zu treffen. Zwischen ärztlichen und pflegerischen Aufgaben besteht somit eine fließende Grenze und Überschneidungen.

Massgebend dafür, ob eine bestimmte Verrichtung delegiert werden darf, sind deren Komplikationsdichte (oder Komplexität) und deren Gefährdungsnähe (oder Gefährlichkeit). Danach wird zwischen grundsätzlich delegierbaren, grundsätzlich nicht delegierbaren und je nach Umständen im Einzelfall delegierbaren Verrichtungen unterschieden.

- Venenpunktionen bilden Bestandteil der Grundausbildung der Pflegenden, Blutentnahmen können deshalb ohne weiteres an die Pflege delegiert werden, da der Arzt davon ausgehen darf, dass sie die Technik beherrscht, sie sich der Folgen beispielsweise einer unhygienischen Ausführung bewusst ist und die den Risiken angemessene Sorgfalt wird walten lassen.
- Hingegen schliessen die Komplexität und die Risiken einer Lumbalpunktion eine Übertragung an das Pflegepersonal wohl prinzipiell aus.
- Obschon sie nicht in der Grundausbildung gelehrt werden, können Arterienpunktionen je nach Weiterbildungsstand, etwa auf der Intensivstation, an die Pflege delegiert werden. Das Gleiche gilt für die Durchführung von Chemotherapien durch das auf onkologischem Gebiet spezialisierte Pflegepersonal.

Die «Mechanik» der Verantwortung bei einer Delegation gestaltet sich also folgendermassen:

- **Der Delegierende trägt die sog. Anordnungsverantwortung;** er muss sich fragen, ob die betreffende Verrichtung überhaupt und wenn ja, wann/unter welchen Voraussetzungen abgegeben werden darf, und welche Qualifikationen die Delegationsempfängerin aufweisen muss, um eine korrekte Ausführung sicher zu stellen. Kommt der Delegierende nach bestem Wissen und Gewissen und nach sorgfältiger Abwägung der Umstände zum Schluss, dass die Delegation zulässig ist, greift das
- **Übernahmeverschulden der Delegationsempfängerin,** die sich ihrerseits zu fragen hat, ob sie die betreffende Verrichtung überhaupt und wenn ja, wann/unter welchen Voraussetzungen übernehmen darf, und welche Qualifikationen sie selbst aufweisen muss, damit die korrekte Ausführung gewährleistet ist. Es kann beispielsweise sein, dass sie bei einer grundsätzlich delegierbaren Tätigkeit wie einem Verbandswechsel, einer Injektion etc. zum Schluss kommt, dass sie aufgrund der gegebenen Umstände – besondere Komplexität oder Gefährlichkeit – die Verantwortung nicht übernehmen kann. Mit der Meldung an den Delegierenden geht die Verantwortung auf diesen zurück. (Erinnert sei hier ebenfalls an das bereits erwähnte Vetorecht der Weisungsempfängerin gegen gefährliche, unzweckmässige oder rechtswidrige Weisungen, s.o. S. 30). Kommt die Delegationsempfängerin nach bestem Wissen und Gewissen und nach sorgfältiger Prüfung der Umstände zum Schluss, dass sie in der Lage ist, die delegierte Massnahme auszuführen, greift ihre
- **Durchführungsverantwortung,** also ihre Verantwortung dafür, wie sie die delegierte Verrichtung ausführt. Ihre im nächsten Abschnitt näher beschriebene Sorgfaltspflicht verlangt, dass sie die Aufgabe «lege artis», will heissen: unter Befolgung der Regeln der Kunst, erfüllt.

7.4 Die wichtigsten Berufspflichten

7.4.1 Die Sorgfaltspflicht

Wie vorstehend erwähnt, muss die Pflege von Rechts wegen «lege artis» ausgeführt werden. Auch diese sog. Sorgfaltspflicht ist «relativ» zu verstehen, d. h. immer bezogen auf eine bestimmte Verrichtung, auf die Umstände, unter denen sie vorgenommen wird, auf den zu jenem Zeitpunkt bestehenden Stand des Pflegewissens, auf geltende Richtlinien, Weisungen, Schemata, Standards u. dgl. Daraus lässt sich der Massstab ableiten, der anzusetzen ist an (z. B.)

- die Patientenbeobachtung: fällt mir auf, wenn ein von mir gepflegter Neugeborener zyanotische Extremitäten aufweist? Welche Schlüsse ziehe ich? Was unternehme ich?
- die Handhabung von Infusionen und Transfusionen: welche Grundsätze und Vorsichtsmassnahmen sind im Hinblick auf deren Vorbereitung, An-/Umhängen, Verabreichung zu befolgen?
- die Durchführung von Injektionen;
- die allgemeine Hygiene (Kleidungsvorschriften, Vorschriften in Bezug auf die Händereinigung und -desinfektion, auf die Entsorgung kontaminierten Materials, auf die Reinigung von Räumen und Gerätschaften);
- die Handhabung von Geräten und Maschinen: so starb vor einigen Jahren ein Patient an einer Luftembolie, nachdem der im Übrigen erfahrene Kardiotechniker einen Schlauch der Herz-Lungenmaschine verkehrt herum montiert hatte;
- die postoperative Überwachung: in dem nach Herzoperationen nicht seltenen Zustand der Verwirrtheit riss sich ein betagter Patient mehrmals die Infusionsschläuche aus. Aus Sicherheitsgründen verriegelte das Pflegepersonal die Zimmerfenster. In der Nacht stürzte der Patient aus dem Fenster des Nachbarzimmers zu Tode. Nach einem langjährigen Prozess verurteilte das Bundesgericht das Spital zu Schadenersatz und Genugtuung zugunsten der Hinterbliebenen, mit der

Begründung, das Spital hätte eine Sitzwache stellen sollen. Das Verhalten verwirrter Patienten sei definitionsgemäss unberechenbar, eine Sitzwache hätte das Unglück mit überwiegender Sicherheit abgewendet, und deren Kosten wären auch zumutbar gewesen.

7.4.2 Die Schweigepflicht

*«Keine Pflege ohne Vertrauen,
kein Vertrauen ohne Vertraulichkeit,
keine Vertraulichkeit ohne Geheimnis»*

Bernard Hoerni

Jeder Mensch hat von Verfassungs wegen (Art. 13 BV) Anspruch auf die Achtung seiner Privatsphäre; dazu gehört explizit der Schutz vor Missbrauch der über ihn bestehenden Daten.

Art. 321 StGB dehnt die den Angehörigen bestimmter Berufe, darunter den Ärzten, auferlegte Verschwiegenheit auf deren «Hilfspersonen» aus. Bekanntlich trifft diese Charakterisierung nur begrenzt auf die Pflege zu: wie verhält es sich mit Geheimnissen, die Pflegende in der Ausübung des autonomen Bereichs ihres Berufes, also eben nicht als ärztliche Hilfspersonen, wahrnehmen? Diese «Lücke» ist insofern bedeutungslos, als sie von Art. 35 des eidg. Datenschutzgesetzes (und, für Personen, die in einem kantonalen öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis stehen, von den kantonalen Datenschutzvorschriften) gefüllt wird, dessen Inhalt mit dem von Art. 321 StGB praktisch identisch ist.

Wann ist das Berufsgeheimnis verletzt?

- Es muss um ein «Geheimnis» gehen: darunter fällt alles, was der Patient den ihn betreuenden Berufsleuten zwecks Ausführung ihres Auftrags anvertraut oder was diese bei der Ausübung ihrer Berufstätigkeit wahrnehmen.

- Jenes Geheimnis muss «offenbart» worden sein. Dies wirft die Frage auf, wie absolut das Berufsgeheimnis zu verstehen ist. Ist etwa die Weitergabe von Angaben über den Patienten durch den Arzt an Pflegefachpersonen zulässig? Ist die Weitergabe von Informationen am Pflegerapport ohne die Einwilligung des Patienten strafbar? Man geht davon aus, dass jeder Patient, der sich in Behandlung bzw. Pflege begibt, der Weitergabe von Daten stillschweigend zustimmt, solange die Empfänger ebenfalls geheimnisverpflichtet und berufsbedingt an seiner Betreuung oder Behandlung beteiligt sind.

Das Berufsgeheimnis muss übrigens auch den Eltern eines urteilsfähigen Unmündigen entgegen gehalten werden. In begründeten Fällen besteht die Möglichkeit, sich von der Aufsichtsbehörde (diese wird in der kantonalen Gesundheitsgesetzgebung bezeichnet) vom Berufsgeheimnis entbinden zu lassen.

Eine in ihrer Kindheit schwer misshandelte Frau vergiftete im Alter von 42 Jahren ihre Eltern. Die Behörden glaubten an einen natürlichen Tod. Die Täterin musste daraufhin wegen schwerer Depressionen und Selbstmordversuchen mehrmals stationär psychiatrisch behandelt werden. Sie beichtet ihr Verbrechen einer Pflegefachfrau und ihren Ärzten, die ihr, auch aus therapeutischen Gründen, nahelegen, sich selbst anzuzeigen. Sie weigert sich. Da sie sich auch der Bitte der Ärzte widersetzt, sie vom Berufsgeheimnis zu befreien, gelangen diese an die Aufsichtsbehörde. Weil jene Kommission befürchtet, die Mörderin könnte sich selbst und ihre Kinder umbringen, entscheidet sie zugunsten der Ärzte und entbindet diese vom Arztgeheimnis, was diesen erlauben würde, ihre Patientin bei der Strafbehörde anzuzeigen. Die Patientin rekurriert gegen diesen Entscheid. Noch bevor die Rekursinstanz entscheiden kann, beschliesst die Patientin, sich selbst anzuzeigen.

In bestimmten Fällen (z.B. bei Beobachtungen, die auf Verbrechen oder Vergehen gegen Leib, Leben, die öffentliche Gesundheit oder die sexuelle Integrität schliessen lassen) sehen eidgenössische und kantonale Gesetze ein Anzeigerecht und je nach dem eine Anzeigepflicht vor. So erlaubt Art. 364 StGB den dem Berufsgeheimnis unterstehenden Personen, strafbare Handlungen an Unmündigen in deren Interesse der Vormundschaftsbehörde zu melden. Art. 14 SVG erlaubt es dem Arzt, die Strassenverkehrsbehörden von der Fahruntüchtigkeit seines Patienten in Kenntnis zu setzen.

Beruft sich ein Patient auf das Berufsgeheimnis, um die Durchsetzung von Honoraransprüchen (eines Arztes, einer freiberuflichen Pflegefachfrau) zu vereiteln, so gilt dies als rechtsmissbräuchlich.

7.4.3 Die Sicherungspflicht

Die Spitäler (und alle anderen Institutionen der Gesundheitsversorgung) sowie deren Personal trifft eine sog. Sicherungspflicht: diese bezieht sich nicht auf die Pflege und Betreuung an sich, sondern auf den Rahmen, in dem diese stattfinden. Im Wesentlichen bedeutet die Sicherungspflicht die Verantwortung dafür, dass dem Patienten aus seinem Aufenthalt, aus der Obhut, in die er sich begibt, kein Schaden erwächst. Auch diese Pflicht ist, im bisher bereits mehrmals erwähnten Sinn, relativ: Ihr Umfang und ihr Inhalt sind abhängig vom Zustand des Patienten, von der Art (Sucht, Demenz ...) und den Auswirkungen seiner Erkrankung oder ihrer Behandlung (Schwäche, Bettlägerigkeit, Immobilität, Suizidgefahr, Verwirrtheit).

- Wie engmaschig hat die Überwachung eines Patienten bei akuter Selbstgefährdung zu sein? Braucht er allenfalls eine Sitzwache (s.o. S. 33 f.)?
- Darf ein Patient bei erkennbarer narkosebedingter Schwäche mobilisiert werden?
- Ist die Personaldotation qualitativ und quantitativ genügend, um die Sicherheit der Patienten zu gewährleisten?

- Ist alles Gebotene und Zumutbare unternommen worden, um Stürze, nosokomiale Infektionen, Liegegeschwüre oder Selbstmorde zu verhindern?
- Bestehen Regeln im Hinblick auf die Aufbewahrung, die Handhabung, die Verabreichung, die Dokumentation etc. der Medikamente bzw. der dem Betäubungsmittelgesetz unterstehenden Substanzen?
- Eine herzschwache Altersheimbewohnerin ertrank in der Badewanne, weil die sie betreuende Pflegeassistentin sie allein gelassen hatte, während sie den im Abteilungsbüro vergessenen Föhn holte. Das Gericht verurteilte die Pflegeassistentin wegen fahrlässiger Tötung und sprach die Abteilungsleiterin und die Pflegedienstleiterin vom gleichen Vorwurf frei; Erstere hatte ihre Mitarbeiterinnen nachweislich wiederholt angewiesen, Heimbewohnerinnen unter keinen Umständen alleine im Bad zu lassen; Letztere sei zwar für die Qualität des von ihr angestellten Personals grundsätzlich verantwortlich, sie habe aber weder die Aufgabe noch die Möglichkeit, den Mitarbeiterinnen in der Pflege direkte Weisungen zu erteilen bzw. die Einhaltung bestehender Weisungen zu kontrollieren und eine Pflegeassistentin mit langer Erfahrung zu beaufsichtigen.
- Ein schwer suizidgefährdeter Patient konnte aus der geschlossenen Abteilung entkommen und sich das Leben nehmen, weil die Tür der Abteilung von innen zwar nur mit Schlüssel, die Abteilung von aussen aber weiterhin für Besucher frei zugänglich war. Der Patient, der das Eintreffen eines Besuchers ausgenützt haben muss, konnte auch das Haus verlassen, weil zwischen dem Dienstschluss des Logenpersonals und der automatischen nächtlichen Verriegelung der Klinikzugänge eine Lücke von einer Stunde klaffte. Das Personal habe, so das Gericht, seine Sorgfaltspflicht in diesem Fall nicht verletzt; der Fehler habe vielmehr in der Organisation und den Abläufen der Klinik gelegen.
- Eine demenzkranke, sehbehinderte 92-jährige Frau versuchte, zwei Tage nach ihrem Heimeintritt nach Hause zu gehen; das Personal holte sie aus dem Garten zurück, verabreichte ihr ein Beruhigungsmittel und zog sich zur Kaffeepause zurück. Beim erneuten Versuch, das Heim zu verlassen,

stürzte sie zu Tode. Die Angehörigen wehrten sich gegen die Einstellung der Strafverfolgung. Das Bundesgericht wies ihre Beschwerde mit der Begründung ab, nach Einnahme des Medikaments habe sich die Heimbewohnerin beruhigt und für das Personal habe keine erkennbare Gefahr mehr bestanden.

7.4.4 Die Dokumentationspflicht

Auch hier gilt: Eine gesetzliche Regelung, die über den Grundsatz hinaus gehen würde, dass die Pflege zu dokumentieren ist, und die klar, explizit und erschöpfend aufzählen würde, wie die Pflegedokumentation auszusehen hat und was dokumentiert werden muss, darf oder eben nicht darf, gibt es nicht. Der Rechtsprechung lassen sich ebenfalls nur indirekte Hinweise entnehmen. Und auch hier gilt: die Dokumentationspflicht ist relativ, da ihr Inhalt und Umfang von einer Reihe von Faktoren abhängt.

Die Pflegedokumentation verfolgt eine Vielzahl von Zwecken, wobei jeder Zweck auf ein bestimmtes «Zielpublikum» ausgerichtet ist:

1. Sie stellt für jede einzelne Pflegenden ein Arbeitsinstrument i. S. des Pflegeprozesses, ja die unabdingbare Voraussetzung dafür dar, dass sie ihre Pflege nach den Regeln der Kunst erbringen kann.
2. Sie ist ein Kommunikationsmittel und soll allen an der Pflege, Betreuung und Behandlung Beteiligten ermöglichen, ihre Arbeit mit der geforderten Sorgfalt auszuführen;
(beides ist kein Selbstzweck, sondern bietet Gewähr, dass der Patient eine angemessene Pflege erhält und dass keine Pflegefehler bzw. Sorgfaltpflichtverletzungen geschehen).
3. Den Krankenversicherungen gegenüber erlaubt sie den Nachweis, dass die erbrachte Pflege wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich ist und somit den Anforderungen des KVG (Art. 32 i. V. m. Art. 25) genügt.
4. Im Sinne des Patientenrechts dient sie der Transparenz der Pflege und der

Rechenschaft dem Patienten gegenüber und ermöglicht ihm dadurch erst, seine Rechte einzufordern.

5. Sie dient der Beweissicherung bzw. Absicherung im Streitfall; kurz und bündig ausgedrückt steht dieser Zweck unter dem Motto: was muss ich festhalten, was darf ich festhalten und wie muss ich es formulieren, damit ich keine Scherereien kriege? Hier herrscht der Grundsatz, dass eher die Ausnahme als die regelhafte Dienstleistung festzuhalten ist.

Die Desinfektion vor einer Blutentnahme ist Routine und muss deshalb nicht dokumentiert werden. Entzündet sich die Einstichstelle, liegt es am Patienten zu beweisen, dass der Grund in einer mangelhaften Desinfektion besteht. Dass die Desinfektion nicht dokumentiert wurde, ist kein Fehler, weshalb der Patient daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

Schon aus diesem Grund, wie auch aufgrund der freien Beweiswürdigung durch die Gerichte, ist die oft gemachte pauschale Aussage, wonach «das, was nicht dokumentiert wurde, als nicht gemacht gilt», unzutreffend. Welche Bedeutung kommt der Dokumentation im Prozess zu? Es muss unterschieden werden:

- Im Zivilrecht (wo es um die Wiedergutmachung eines Schadens, um Schadenersatz geht) führen Dokumentationsfehler zu einer Umkehr der Beweislast; eine fehler- oder lückenhafte Dokumentation wird als Indiz betrachtet, dass die nicht dokumentierte Verrichtung nicht vorgenommen wurde – aber eben auch nur als Indiz, das also widerlegt werden darf, z. B. durch Zeugenaussagen.

Wird die viertelstündliche Überwachung eines Patienten verordnet und erleidet der Patient eine Komplikation, für die er eine lückenhafte Überwachung verantwortlich macht, so hat die Pflegenden, wenn das Überwachungsblatt zwischen 11.20 und 11.50 keinen Eintrag enthält, zu beweisen, dass sie den Patienten um 11.35 doch korrekt überwacht hat.

- Im Strafrecht (wo es um die Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung durch Strafe geht) gelten strenge Beweismassstäbe (aufgrund des Grundsatzes der Unschuldsvermutung): die Gerichte sind auch hier in ihrer Würdigung frei in dem Sinn, dass eine Verrichtung, die nicht protokolliert wurde, keinesfalls automatisch als nicht erbracht gilt!
6. Schliesslich hat die Dokumentation auch noch einen arbeitsrechtlichen und betriebsorganisatorischen – sowie berufspolitischen! – Zweck: Sie macht die erbrachte Arbeit sichtbar und belegt den Wert und den Nutzen der Pflege: Pflege passiert nicht einfach, sie ist nicht bloss ein amorpher, diffuser Kostenfaktor; sondern klar beschriebene Leistungen bewirken einen klar feststellbaren, nachweisbaren und messbaren Erfolg.

Die gesetzlichen Grundlagen

Jede dieser Zwecksetzungen hat ihre eigenen rechtlichen Rahmenbedingungen, Anforderungen und Fragestellungen. Wichtig ist: jede rechtliche Anforderung an die Pflegedokumentation entspricht einem pflegerischen Anliegen, Zweck oder Ziel – rechtliche Anforderungen als Selbstzweck gibt es nicht. Die wesentlichsten Grundlagen:

Die Bundesverfassung: Von überragender Bedeutung sind

- Art. 10, der das Recht auf Leben und persönliche Freiheit garantiert und daraus abgeleitet
- Art. 36, wonach Einschränkungen von Grundrechten nur unter der Voraussetzung zulässig sind, dass eine gesetzliche Grundlage besteht, der Eingriff im öffentlichen Interesse erfolgt, verhältnismässig bleibt und das betroffene Grundrecht nicht seines Sinnes entleert, sondern dessen Kerngehalt wahrt.

Bundesgesetze

- Das Obligationenrecht (OR): Die Pflegedokumentation muss alle haftpflichtrelevanten Umstände enthalten; anders herum ausgedrückt: Dokumentationsfehler haben haftpflichtrechtliche Konsequenzen.
- Das Strafgesetzbuch (StGB): desgleichen muss die Dokumentation alle Tatsachen enthalten, die für eine allfällige strafrechtliche Haftung von Bedeutung sind. Der Besondere Teil zählt die geschützten Rechtsgüter auf und stellt bestimmte Taten oder Unterlassungen, die sie verletzen oder gefährden, unter Strafe. Dem Allgemeinen Teil können die Voraussetzungen der Strafbarkeit entnommen werden, z. B. das Fehlen einer aufgeklärten Einwilligung, zumal jede invasive Pflegeverrichtung im Prinzip eine Körperverletzung darstellt.
- Das Krankenversicherungsgesetz (KVG) und dessen Verordnungen: welche Anforderungen müssen Leistungen der Krankenpflege und die Berufsleute, die sie erbringen, erfüllen, um eine Zahlungspflicht der Krankenkassen zu begründen?

Eine freiberuflich auf pädiatrischem Gebiet tätige Pflegefachfrau stellte der Krankenkasse 30 Minuten Behandlungspflege für einen Verbandswechsel in Rechnung. Da der angeforderten Dokumentation keine besonderen Umstände zu entnehmen waren, kürzte die Kasse die abgegoltene Zeit auf 10 Minuten. Im Gespräch zwischen Kasse und Pflegefachfrau stellte sich heraus, dass die 30 Minuten angesichts der heiklen Lage des Verbands an Hals und Kiefer, der Unruhe und Angst des Kleinkindes und des Umstands, dass auch noch ein Geschwisterchen in Schach gehalten werden musste, durchaus gerechtfertigt waren.

Fallbeispiel

- Das Betäubungsmittelgesetz (BetMG) und das Heilmittelgesetz (HMG): was gilt als Betäubungs- bzw. als Heilmittel, welche Grundsätze sind bei deren Handhabung zu beachten?
- Das Datenschutzgesetz (DSG): welche Daten sind geschützt und wie und

wie weit? Was ist bei der Verwendung und Handhabung von Patientendaten zu beachten?

Kantonale Gesetze (deren genaue Bezeichnung ist von Kanton zu Kanton unterschiedlich)

- Manche Gesundheitsgesetze verpflichten die Berufe des Gesundheitswesens ausdrücklich, ihre Tätigkeit zu dokumentieren.
- Patientenrechtserlasse begründen Ansprüche, deren Wahrung aus der Dokumentation hervorgehen muss.
- Heilmittelverordnungen führen das eidgenössische Heilmittelrecht aus.
- Das in der Schweiz immer noch vorwiegend kantonale Verfahrensrecht (Zivilprozessrecht, Strafprozessrecht, Verwaltungsverfahrenrecht) stellt bspw. Beweisgrundsätze auf, was sich ebenfalls auf die Anforderungen an die Pflegedokumentation auswirkt.

Standesregeln

- Das «Dokument über die Reglementierung der Berufsausübung des diplomierten Pflegepersonals» des Schweizer Berufsverbands der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (SBK) führt die Dokumentationspflicht unter den Sorgfaltspflichten auf.
- Auch dem ICN-Ethikkodex für Pflegenden lassen sich übergeordnete Grundsätze, die sich auf die Dokumentationspflicht auswirken, entnehmen.

Richtlinien, Weisungen, Standards, Schemata auf Ebene der einzelnen Institutionen, z.B.

- betr. Sicherheitsmassnahmen beim Umgang mit Arzneimitteln, die dem BetMG unterstehen, oder ein erhöhtes Gefahrenpotenzial aufweisen (Digoxin, Insulin, KCl, Antikoagulantien)
- betr. Kontrolle bestimmter Verbände (z.B. ZVK)
- betr. Bluttransfusionen
- betr. Patientensicherheit in bestimmten Situationen.

Dürfen betagte, herzschwache Heimbewohner alleine im Bad gelassen werden (s.o. S. 37)? Was muss unternommen werden, um das Entweichen von suizidgefährdeten Patienten zu verhindern bzw. wenn es einem solchen Patienten gelingen sollte, zu entweichen (s.o. S. 37 und u. S. 59)?

Die RICH (Rationing of Nursing in Switzerland CH)-Studie hat belegt, dass in der Pflege befremdlicherweise zuerst bei der Dokumentation rationiert, sprich Zeit gespart wird. Dabei versteckt sich hinter einem Behandlungsfehler bei genauer Betrachtung oft ein Dokumentationsfehler.

Anlässlich der Verlegung eines operierten Patienten von der IPS auf die Station wird ein wichtiges Medikament nicht in die Dokumentation der Station übertragen; die Ärztin merkt erst nach mehreren Tagen, dass der Patient das Arzneimittel aufgrund dieses Dokumentationsfehlers nicht erhält.

Nach der Rückverlegung eines Patienten ins Alters- und Pflegeheim missversteht die zuständige Pflegefachfrau die telefonisch übermittelte Dosierung des verordneten Blutverdünnungsmedikamentes. Kurz darauf stirbt der Patient. Da der Kausalzusammenhang zwischen der zehnfachen Dosierung und dem Tod des Patienten rechtsmedizinisch nicht erstellt werden konnte, wurde das Strafverfahren wegen fahrlässiger Tötung eingestellt; die Pflegefachfrau wurde allerdings wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung zu einer bedingten Strafe von 200 Stunden gemeinnütziger Arbeit verurteilt. Der ihr vorgeworfene Fehler bestand darin, sich beim behandelnden Arzt hinsichtlich der Richtigkeit der auch ihr aufgefallenen, hohen Dosierung nicht rückversichert zu haben.

7.5 Critical Incident Reporting System (CIRS)

Dieses ursprünglich in der zivilen Luftfahrt entwickelte, von manchen Spitälern übernommene Instrument bezweckt einen Paradigmenwechsel im Umgang mit Fehlern. Dabei muss präzisiert werden, dass es nur solche Fehler erfasst, die keine rechtlich relevanten Folgen hatten (sog. «near misses»). Die Kultur und das Selbstverständnis der Medizin und der Krankenpflege waren seit jeher von hohen ethischen Ansprüchen geprägt, die keine Fehler zulies- sen; passierte das Unannehmliche dann doch, wurde es mit aller Härte be- straft. Ursprung und auch Folge dieses Denkens war das Verdrängen der in anderen Berufen selbstverständlichen Erkenntnis, dass Fehler unvermeidbar sind, und es nur darum gehen kann, aus ihnen zu lernen, damit mindestens vermieden wird, dass sich der gleiche Fehler wiederholt. Vielleicht ist das Be- wusstsein der eigenen Grenzen (wie es beispielsweise Studien über die Ein- schätzung der eigenen Übermüdung belegen) in der Luftfahrt aufgrund der katastrophalen Folgen auch kleinster Fehler signifikant höher entwickelt als in den medizinischen Berufen. CIRS bedeutet im Wesentlichen, dass (selbst gemachte oder beobachtete) Fehler anonym gemeldet und genau beschrie- ben werden. Aufgrund der Analyse der Vorfälle werden Vorschläge erarbei- tet, die deren Wiederholung möglichst ausschliessen sollen. Kommt durch die Fehlerfolgen jemand zu Schaden, kommen die juristischen Mechanismen zum Tragen; doch auch in diesem Fall muss betont werden, dass das Spital an einer restlosen Aufklärung interessiert sein sollte.

8. Patientenrecht und Pflegebeziehung

8.1 Selbstbestimmungsrecht, Autonomie, Menschenwürde

Im Gegensatz zum Paternalismus früherer Zeiten postuliert das heutige Pflegeverständnis die Autonomie und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Der Patient hat Teil an der jedem Menschen innewohnenden, von Verfassungen wegen unantastbaren Würde (Art. 7 BV). Die vielschichtige faktische Abhängigkeit des Patienten (von den Personen, die ihn pflegen und den Institutionen, in denen die Pflege erbracht wird; von der Krankheit und ihren Auswirkungen), ja zuweilen sein Ausgeliefertsein, tangieren diese grundsätzliche Autonomie nicht nur nicht – sie rechtfertigen vielmehr ihren besonderen Schutz.

Aus dem Schutz der Menschenwürde lässt sich zunächst die Verpflichtung des Staates ableiten, für eine angemessene Gesundheitsversorgung zu sorgen, also dafür, dass kranke, leidende, behinderte und sterbende Menschen behandelt und gepflegt werden (und zwar unabhängig von ihrem Geldbeutel).

8.2 Einwilligung

Der Schutz der Menschenwürde gebietet weiter, dass die Patientin zu ihrer Behandlung und Pflege zustimmen muss. Diese Zustimmung erfolgt entweder real oder so, dass der Arzt, die Pflegenden etc. aus rechtlich anerkannten Gründen davon ausgehen dürfen, dass sie im Sinne des Patientenwillens handeln. Wie denn?

In eine medizinische oder pflegerische Massnahme wirksam einwilligen kann nur der urteilsfähige Patient. Die Urteilsfähigkeit wie sie Art. 16 ZGB definiert, hat zwei Seiten: eine erkenntnis- und eine verhaltensmässige. Es ist also die Fähigkeit, sowohl die Tragweite bestimmter Sachverhalte zu verstehen, als auch, danach zu handeln. Die Urteilsfähigkeit ist im bereits mehrmals erwähnten Sinn «relativ» zu verstehen, nämlich bezogen auf eine be-

8. Patientenrecht und Pflegebeziehung

stimmte Handlung oder Behandlung (Eingriff o. dgl.) und auf den Zeitpunkt, zu dem der Patient dieser zustimmt oder nicht. Die Urteilsfähigkeit wird ab einem Alter von ca. 15 Jahren vermutet, d. h., dass sie bis zum Beweis des Gegenteils als gegeben gilt; unter ca. 10 Jahren wird umgekehrt Urteilsunfähigkeit vermutet; dazwischen muss die Urteilsfähigkeit von Fall zu Fall abgeklärt werden. Als Urteilsunfähigkeitsgründe gelten nebst dem Alter Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Drogeneinfluss etc. Es sei hier betont, dass Urteilsfähigkeit und Vernunft nicht notwendigerweise korrelieren: die Weigerung, in eine nach allen medizinischen Massstäben indizierte und sinnvolle, ja notwendige Behandlung einzuwilligen, darf keinesfalls als Indiz für fehlende Urteilsfähigkeit interpretiert werden.

Bei urteilsunfähigen Patienten ist es die gesetzliche Vertreterin, die in medizinische oder pflegerische Massnahmen einwilligen muss. Davon gibt es Ausnahmen: wo es um sog. absolut höchstpersönliche Rechte geht, ist gar keine Einwilligung *möglich* (z. B. bei drohender bleibender schwerer Beeinträchtigung infolge des fraglichen Eingriffes, oder bei Sterilisationen). Zweitens ist in Notfällen keine Einwilligung *nötig* (ausser der Eingriff widerspreche dem ausdrücklichen oder mutmasslichen Patientenwillen). Verweigert der gesetzliche Vertreter die Einwilligung zu einem lebenswichtigen Eingriff, ist der Arzt befugt, die Vormundschaftsbehörde anzurufen.

8.3 Aufklärungspflicht

Eine rechtsgültige Einwilligung setzt ihrerseits eine hinreichende Aufklärung voraus – über den Eingriff und die damit verbundenen Risiken, über das von der Patientin erwartete therapiegerechte Verhalten, über die Versicherungslage, grundsätzlich also über jeden Umstand, der geeignet ist, den Entscheid der Patientin zu beeinflussen. Wie weit die Aufklärung reichen muss, hängt von den Umständen – insb. der Schwere des Eingriffes – ab; bei nicht invasiven und grundsätzlich risikolosen Verrichtungen wird von der stillschwei-

genden Einwilligung des Patienten ausgegangen. Es wird ebenfalls angenommen, dass allgemeine Komplikationsrisiken (Nachblutungen, Infektionen, Embolien) auch allgemein bekannt sind und keiner besonderen Erwähnung bedürfen. Das Gleiche gilt für seltene und aussergewöhnliche Komplikationen. Ausnahmen von der Aufklärungspflicht bestehen namentlich in Notfällen und allenfalls wenn der Patient nicht aufgeklärt werden will. In absoluten Ausnahmesituationen erlaubt die Rechtsprechung, dem urteilsfähigen Patienten Auskünfte über seinen Gesundheitszustand vorzuenthalten – nämlich wenn ernsthaft befürchtet wird, dass der Patient diese Informationen nicht verkraften würde (dies wird als «therapeutisches Privileg» bezeichnet).

Die Einwilligung kann entweder tatsächlich vorliegen oder hypothetisch eruiert werden, wobei wiederum zu unterscheiden ist, ob der mutmasslicher Wille (aufgrund einer Patientenverfügung oder konkreter Hinweise darüber, was dieser konkrete Patient in dieser konkreten Situation wollen würde, könnte er sich äussern) bekannt oder nicht bekannt ist: in letzterem Fall ist aufgrund der Umstände zu entscheiden.

8.4 Einsicht in die Dokumentation

Aus dem Grundsatz, dass nur der aufgeklärte, sprich umfassend informierte Patient rechtsgültig in seine Behandlung einwilligen kann, ergibt sich die Pflicht aller an der Betreuung Beteiligten, eine vollständige Dokumentation zu führen, und der Anspruch des Patienten darauf, die gesamte über ihn angelegte Dokumentation ohne weitere Begründung und grundsätzlich unentgeltlich einzusehen. In begründeten Ausnahmefällen kann die Einsicht dort verweigert werden, wo sie die überwiegenden Interessen von Drittpersonen berühren würde. Hingegen wird im Zusammenhang mit dem Einsichtsrecht kein therapeutisches Privileg anerkannt. Im Übrigen ist das Einsichtsrecht höchstpersönlich, und nur ausnahmsweise, bei Urteilsunfähigkeit, auf den gesetzlichen Vertreter übertragbar, und zwar ausschliesslich in begrenztem,

zur Wahrung der Interessen des Vertretenen nötigem Umfang. Das Recht des Patienten auf vertraulichen Umgang mit seinen Daten ist im Zusammenhang mit der Schweigepflicht bereits erwähnt worden.

8.5 Zwangsmassnahmen

Von einer Einwilligung abgesehen wird (definitionsgemäss) bei Zwangsmassnahmen. Diese können verschiedener Art sein: mit ihnen kann die (körperliche oder räumliche) Bewegungsfreiheit des Patienten, oder schon sein Bewegungswille beschränkt werden, und zwar physisch oder pharmazeutisch. Da Zwangsmassnahmen einen gravierenden Eingriff in die persönliche Würde und Freiheit darstellen, sind sie an strenge Voraussetzungen gebunden, und zwar schon auf Verfassungsebene (Art. 36 BV):

- Es muss eine gesetzliche Grundlage für die Massnahme bestehen; eine solche bilden z. B. die Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE, Art. 397a ff. ZGB); die Voraussetzungen und Modalitäten von Zwangsmassnahmen (zulässige Gründe, zulässige Massnahmen, regelmässige Überprüfung ihrer Notwendigkeit, Überwachungs- und Dokumentationspflicht, Zuständigkeiten, Beschwerderecht) bilden in den meisten Kantonen Gegenstand detaillierter Regelungen.
- Die Massnahme muss im überwiegenden Interesse der Öffentlichkeit oder Dritter liegen.
- Sie muss verhältnismässig sein, d. h., dass sie überhaupt geeignet sein muss, das verfolgte Ziel zu erreichen und auch nicht darüber hinaus schiessen darf.
- Sie darf das Recht (hier also auf persönliche Freiheit) einschränken, aber auf keinen Fall so weit gehen, dass sie es komplett aushöhlt oder seines Sinnes entleert.

8.6 Patientenverfügungen

Mit einer Patientenverfügung erklärt ein urteilsfähiger Mensch im Hinblick auf eine Situation, in der er nicht mehr urteilsfähig sein sollte, welche Behandlungen und medizinischen Massnahmen er akzeptiert oder nicht. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt wird diese Möglichkeit ausdrücklich nur in einigen kantonalen Gesetzen geregelt. Patientenverfügungen (die keiner besonderen Form bedürfen) sind bindend, solange sie sich klar auf die fragliche Situation beziehen und kein Hinweis darauf vorliegt, dass der Patient, wäre er urteilsfähig, nun anders entscheiden würde.

Der Wille des Patienten wirkt mitunter über seinen Tod hinaus: so dürfen laut Transplantationsgesetz einer Person nur dann Organe entnommen werden, wenn sie dazu zugestimmt hat. Ist die Haltung des Verstorbenen nicht dokumentiert und auch seinen nächsten Angehörigen nicht bekannt, so dürfen nur letztere einer Organentnahme zustimmen.

Anlässlich einer vom Parlament beschlossenen ZGB-Revision, deren Referendumsfrist zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht abgelaufen war, soll das Vormundschaftsrecht modernisiert und die Patientenverfügung eine klare gesetzliche Regelung erhalten, unter anderem indem die Möglichkeit geschaffen wird, einer oder mehreren Personen den Einwilligungsentscheid für den Fall zu übertragen, dass der Verfügende selber die erforderliche Urteilsfähigkeit nicht besitzt. Des weiteren soll der Rechtsschutz bei der fürsorglichen Freiheitsentziehung (neu: «fürsorgliche Unterbringung in einer Einrichtung») im Namen des Selbstbestimmungsrechts verbessert werden.

8.7 Pflichten der Patienten

Das Gesetz auferlegt dem Patienten aber auch Pflichten und Obliegenheiten. So ist der Patient, der sich in Pflege und Behandlung begibt und dazu eingewilligt hat, gehalten, alles zu unterlassen, was seine Gesundheit weiter beeinträchtigen bzw. den Erfolg der Behandlung vereiteln könnte; er muss dem Personal auch alle zum Zweck der Behandlung und Pflege erforderlichen Informationen liefern. Widersetzt sich der Patient Weisungen, befolgt er Verordnungen nicht oder bricht er die Behandlung ab, muss er die Verantwortung dafür schriftlich übernehmen. Sowie der Patient Anspruch auf Achtung seiner Grundrechte (z.B. Glaubens und Gewissensfreiheit) hat, muss er sich aber auch an die Hausordnung halten und die Persönlichkeit der ihn betreuenden Personen achten und respektieren. Verbale oder körperliche Gewalt oder sexuelle Belästigung rechtfertigen die Entlassung des Patienten (sofern sein Gesundheitszustand es erlaubt).

9. Haftung

9.1 Die zivilrechtliche Haftung

Bei der zivilrechtlichen Haftung fordert jemand von jemandem, der ihm einen Schaden zugefügt hat, den Ersatz dieses Schadens (in Geld) sowie gegebenenfalls Genugtuung (in Geld) für erlittene seelische Unbill. Die Voraussetzungen der Haftpflicht sind laut OR

1. ein unerlaubtes Verhalten (Handlung oder Unterlassung), in der Regel eine Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflicht. Es kann sich dabei um einen Fehler
 - technischer Art (Fehlgriff, Überdosierung, lückenhafte Überwachung u. dgl.) oder
 - berufsethischer Art handeln (z. B. fehlende oder mangelhafte Aufklärung des Patienten über die Risiken eines Eingriffes, Weitergabe sensibler Patientendaten an Unbefugte, Missachtung des Patientenwillens u. dgl.);
2. ein schuldhaftes, d. h. vorsätzliches oder mindestens fahrlässiges Verhalten. In der Formulierung der Rechtsprechung wird danach gefragt, ob ein umsichtiger Angehöriger des betreffenden Berufs unter vergleichbaren Umständen anders gehandelt hätte. Man kann davon ausgehen, dass die Gerichte dabei in aller Regel den sog. «human factor», die naturgegebene Fehlbarkeit des Menschen, berücksichtigen, und ihm diese nicht als Schuld anrechnen. Bei der Medizin und bei der Pflege handelt es sich eben nicht um exakte Wissenschaften, weshalb die Angehörigen dieser Berufe tagtäglich Entscheidungen treffen, von denen sich erst nachträglich herausstellt (herausstellen kann), dass sie falsch waren;
3. ein Schaden (dem, ob er materieller und/oder seelischer Art ist, ein finanzieller Gegenwert entsprechen muss);
4. ein Kausalzusammenhang zwischen unerlaubtem, schuldhaftem Verhalten und dem Schaden. Ein natürlicher («naturgesetzlicher») Zusammenhang («wenn A nicht passiert wäre, wäre B nicht eingetreten») reicht dabei nicht, sondern die Gerichte verlangen einen sog. «adäquaten» Kausalzusammenhang: der Fehler muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet sein, den fraglichen Schaden zu verursachen.

9. Haftung

Ein Auto kollidiert mit einem Güterzug; die Bahnlinie verläuft parallel zu einem Kanal; der Güterzug entgleist, stürzt in den Kanal, versenkt ein paar Frachtkähne und blockiert wochenlang den Schiffsverkehr. Zwischen dem verspäteten Bremsmanöver des Autofahrers und der vereitelten Lieferung der Schiffsfracht besteht zwar ein natürlicher, aber kein adäquater Kausalzusammenhang – die Entfernung zwischen Ursache und Wirkung übersteigt sozusagen den gewöhnlichen Lauf der Dinge und die allgemeine Lebenserfahrung.

Fallbeispiel

Ein an sich gegebener adäquater Kausalzusammenhang darf auch nicht durch überwiegendes Verschulden des Opfers oder Dritter unterbrochen worden sein.

Eine HIV-positive Patientin unterzog sich auf spitalärztliche Anordnung einer Tritherapie. Um deren Nebenwirkungen abzumildern, nahm sie von sich aus ein rezeptpflichtiges Medikament, das ihrer Mutter gehörte. Infolge der verheerenden Interaktionen musste ihr ein Fuss amputiert werden. Ihre Klage gegen das Spital begründete sie u. a. damit, sie sei unzureichend über die Risiken einer Selbstmedikation aufgeklärt worden. Laut Bundesgericht erreichte das erhebliche Selbstverschulden aber nicht ein Mass, dass die Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes als Schadensursache in den Hintergrund hätte treten lassen. Es berücksichtigte das Selbstverschulden des Opfers aber bei der Berechnung des Schadenersatzes.

Fallbeispiel

Dem Grundsatz nach gelten diese Regeln, ob der Patient (bzw. seine Angehörigen) seine Ansprüche gegen ein Spital, gegen Angestellte desselben, gegen Privatärzte oder gegen freiberufliche Pflegefachleute geltend macht. Bei Angestellten übernimmt in aller Regel zunächst die Institution die Haftung, und behält sich vor, gegen die schuldigen Mitarbeiter bei schwerem Verschulden (i. d. R. Vorsatz und Grobfahrlässigkeit) zurück zu greifen. Die Vorteile für den Patienten sind, dass

- er nicht die für den Schaden verantwortliche Person herausfinden muss, bei der Komplexität der Abläufe im Spital ein oft mühseliges bis aussichtsloses Unterfangen;
- er die Gewissheit eines solventen Schuldigen hat.

Im Bereich der öffentlichrechtlichen Institutionen besteht eine öffentliche, als sog. «Kausalhaftung» ausgestaltete, d. h. im Unterschied zum Privatrecht verschuldensunabhängige Haftung des Staates, auch hier mit Möglichkeit des Rückgriffs gegen die schuldigen Angestellten bei schwerem Verschulden; die Haftungsgrundsätze sind denen bei der privatrechtlichen Haftung im Übrigen analog.

9.2 Die strafrechtliche Haftung

«Arbeiten wir eigentlich mit einem Fuss im Gefängnis?», fragen sich manche Pflegefachleute immer wieder. Lassen Sie uns von folgendem anschaulichen Fallbeispiel ausgehen.

An einem späten Nachmittag wurde eine schwer drogenabhängige Frau in «verladnem» Zustand in eine psychiatrische Klinik eingeliefert. Obschon die Abteilung, auf der die Patientin bereits bekannt war, voll belegt war, übernahm sie deren ärztliche und pflegerische Betreuung. Da insbesondere das in diesem Fall indizierte Isolierzimmer nicht frei war, wurde die Patientin in das Isolierzimmer einer benachbarten

Fallbeispiel

Station untergebracht. Die diensthabende Ärztin verordnete die Verabreichung eines Beruhigungsmittels, die Abschirmung der Patientin und deren stündliche Überwachung mit Weck- und Vitalzeichenkontrolle. Dies liest sich im Pflegebericht folgendermassen: 20.30: «gut weckbar» - 21.30: «erschwert weckbar» (ohne dass irgendwelche Massnahmen getroffen oder Konsequenzen gezogen worden wären) - 22.15: «nichts Ausserordentliches»; daraufhin verordnete die Ärztin, ohne die Patientin selber wieder gesehen zu haben, die Ausdehnung des Überwachungsintervalls auf 2 Stunden. Die folgenden Einträge in den Pflegebericht lauten: 00.15: «schlafend»; überlastungsbedingt erfolgte die nächste Überwachung erst um 03.00: dito. Um ca. 05.00 stellte die Pflegefachfrau den Tod der Patientin fest. Die Ärztin und die beiden zuständigen Pflegefachfrauen wurden wegen fahrlässiger Tötung angeklagt. Das von der Strafverfolgungsbehörde eingeholte Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin ermittelte, dass der Tod zwischen 23.00 und 01.00 eingetreten sei und das Opfer zwischen 22.00 und 24.00 zweifellos nochmals Heroin konsumiert habe.

Zu welchen Überlegungen dieser Fall die Gerichte veranlasst hat, wird am Ende dieses Abschnitts dargelegt. Die folgenden Erläuterungen sollen helfen, deren Urteil nachzuvollziehen.

Das Strafrecht gehört zum öffentliches Recht: Wird ein Mensch (z. B.) verletzt oder bestohlen, so geht es dem Strafrecht nicht in erster Linie um das Opfer dieser Missetaten, sondern darum, dass jemand sich über den gesellschaftlichen Konsens hinweggesetzt hat, dass es verwerflich ist, sich am Eigentum anderer zu vergreifen, ihnen weh zu tun u. dgl. (deshalb ist das Opfer im Strafrecht grundsätzlich nicht Partei). Zweck des Strafrechts ist der Schutz der öffentlichen Ordnung, bestimmter gesellschaftlicher Grundwerte.

Anders als im Zivilprozess treten also nicht zwei grundsätzlich als gleich betrachtete Parteien einander gegenüber, sondern der Staat als Garant und

Beschützer dieser Werte und der mutmassliche Straftäter. Um diese Waffenungleichheit zu neutralisieren, setzt das Strafrecht der Staatsgewalt klare Grenzen. So statuiert Art. 1 StGB das sog. Legalitätsprinzip, was bedeutet, dass alles erlaubt ist, was nicht ausdrücklich verboten ist; es kann mit anderen Worten niemand für ein Verhalten bestraft werden, das nicht ausdrücklich unter Strafe steht. Des Weiteren gilt der Angeklagte bis zum Beweis des Gegenteils als unschuldig. An diesen Beweis werden zudem besonders hohe Anforderungen gesetzt («im Zweifel für den Angeklagten»). Eine weitere «Spezialität» ist, dass sich das Strafrecht in aller Regel nur gegen natürliche Personen, und nicht gegen Organisationen richtet. Kommt ein Patient infolge eines Behandlungsfehlers zu Schaden, werden jene Personen belangt, deren Verhalten diesen Schaden verursacht hat.

So richtete sich der Strafprozess wegen des Ertrinkungstodes der Heimbewohnerin [s.o. S. 37] gegen die Pflegeassistentin, die sie betreut hatte, gegen deren Abteilungsleiterin und gegen die Pflegedienstleiterin. Demgegenüber richteten sich die Schadenersatzforderungen der Angehörigen des zu Tode gestürzten Patienten nicht gegen die Mitarbeiterinnen, die entschieden hatten, eine Sitzwache sei nicht nötig, sondern gegen das Spital [s.o. S. 33 f.].

Das heisst auch, dass hier das Spital nicht schützend vor seinen Mitarbeitern steht; dafür ist die strafrechtliche Haftung nicht proportional zur Schwere des Schadens, sondern zur Schwere des Verschuldens: wer einem Pianisten bei einem Handgelenke fahrlässig einen Finger bricht, wird sich mit einer hohen Schadenersatzforderung konfrontiert sehen, aber eine eher tiefe Strafe gewärtigen müssen.

Strafprozess und Zivilprozess sind begrifflich klar auseinander zu halten. Wird ein Patient geschädigt, kommt es nicht notwendigerweise zu beidem: werden keine zivilrechtlichen Ansprüche erhoben, kommt es höchstens zu einem Strafprozess. Es kann aber auch sein, dass es nur zum Zivilprozess kommt, wenn ein Antragsdelikt, aber kein Strafantrag vorliegt.

In der Pflegepraxis fallen vor allem folgende Delikte in Betracht:

Tötungsdelikte

- Vorsätzliche Tötung (als Grundtatbestand der Tötung);
- Mord (als besonders skrupellose oder verwerfliche Tötungsform);
- Totschlag (aufgrund einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder seelischen Belastung);
- Tötung aus achtenswerten Beweggründen (aus Mitleid)

Wohl wegen z.T. unerträglicher Arbeitsbedingungen sowie des im Pflegeberuf nach wie vor verbreiteten «Helfersyndroms» kommt es immer wieder zu Fällen, in denen überforderte Pflegenden Patienten töten. Die Strafgerichte gelangen in den meisten Fällen zur Überzeugung, dass die Täter nicht aus echtem Mitleid, sondern wohl eher aus Selbstmitleid und aus der Unfähigkeit heraus handeln, ihre Gefühle zu bewältigen. Zu diesem Schluss kam auch das Gericht, dass 2006 einen Pflegefachmann wegen siebenfachen Mordes und fünfzehnfacher vorsätzlicher Tötung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilte; es warf ihm vor, nach seinen eigenen Gefühlen und Wertmassstäben selbstherrlich über Leben oder Tod anderer Menschen entschieden zu haben.

Fallbeispiel

- Fahrlässige Tötung – sie stellt wohl die Regel bei Behandlungsfehlern dar;
- Beihilfe zum Suizid (die straflos ist, wenn beim Täter keine selbstsüchtigen Beweggründe vorliegen; in berufsethischen Positionspapieren haben SBK und FMH indessen klar gestellt, dass Tötung auf Verlangen und Beihilfe zum Selbstmord nicht Teil des medizinischen und pflegerischen Auftrags sind);
- Sterbehilfe
 - Passive Sterbehilfe (also der Verzicht auf lebenserhaltende Massnahmen), die straflos und auch berufsethisch akzeptiert ist;

- Aktive Sterbehilfe
 - die (straflose) indirekte aktive Sterbehilfe (bspw. wenn in der Palliativpflege ein Medikament verabreicht wird, das primär Schmerzlinderung bezweckt, das aber potenziell lebensverkürzende Nebenwirkungen hat);
 - die (strafbare) direkte aktive Sterbehilfe (Euthanasie).

Körperverletzungsdelikte

Abgestuft nach der Schwere der Verletzung:

- die Tötlichkeiten,
- die einfache und
- die schwere Körperverletzung.

Bei Behandlungsfehlern steht auch hier der Vorwurf der fahrlässigen Begehung dieser Delikte im Vordergrund. In Frage kommen ebenfalls sog. Gefährdungsdelikte wie

- Aussetzen eines Hilflosen
- Unterlassen der Nothilfe

Beim ersten Besuch der für eine Spitexorganisation tätigen Pflegefachfrau Carla Marzahn bei ihrer Patientin X. schlief diese und war nicht weckbar; als Frau Marzahn zwei Stunden später zurückkehrte, war die Patientin verstorben – wie die Obduktion ergab, an einer Medikamentenvergiftung. Aufgrund des im gerichtsmedizinischen Gutachten erhobenen Vorwurfs, Frau Marzahn hätte versuchen sollen, die Patientin zu reanimieren, wurde eine Strafuntersuchung wegen fahrlässiger Tötung und unterlassener Nothilfe eröffnet. Auf Antrag der Untersuchungsrichterin hob die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung auf, da nicht erwiesen sei, dass Reanimationsversuche das Leben der Patientin gerettet hätten.

Fallbeispiel

Zwei schwer medikamentensüchtige Borderline-Patientinnen brachen aus einer Psychiatrieklinik aus; die eine starb in einem nahe gelegenen Waldstück, in dem sie sich gemeinsam versteckt hatten, an einer Schlafmittelüberdosis. Zwar hatte die andere Patientin per Handy frühzeitig einen Hilferuf abgesetzt; aufgrund der einschlägigen Vorgeschichte jener Patientinnen, ihrer Einschätzung der Situation, der klinikinternen Weisungen und des Mangels an Pflege- und Sicherheitspersonal verzichteten die Pflegenden darauf, sofort eine Suchaktion auszulösen. Als sie auch noch von einem besorgten Angehörigen alarmiert wurden, kam ihre Hilfe zu spät. In ihrer Panik fälschten sie den Zeitpunkt des ersten Hilferufs. Gegen die beiden an jenem Nachmittag tätigen Pflegefachfrauen sowie deren Pflegeassistentin wurde eine Strafverfolgung wegen fahrlässiger Tötung und wegen Aussetzung einer Hilflosen eröffnet. Der aufwändige, langwierige Prozess endete mit drei Freisprüchen: der Pflegeassistentin, so die Richter, könne mangels Garantenstellung kein Vorwurf gemacht werden; zwischen der – erwiesenen – falschen Situationseinschätzung durch die (bezeugtermassen qualifizierten und engagierten) Pflegefachfrauen und dem Tod ihrer Patientin fehle der Kausalzusammenhang, da nicht erstellt werden konnte, dass frühere Hilfe deren Leben gerettet hätte; und eine Verurteilung wegen Aussetzung setze mindestens Eventualvorsatz voraus, der offensichtlich nicht gegeben sei.

Fallbeispiel

Nötigungsdelikte

- Freiheitsberaubung, vor allem im Zusammenhang mit Zwangsmassnahmen

Vermögensdelikte

- Betrug

Ein Psychiater baute sich ein ganzes Imperium von Kliniken, therapeutischen Wohnungen und Praxen auf, und wies das Personal an, die Pflege von Patienten zu dokumentieren, die diese Pflege nie empfangen hatten und damit den Krankenkassen und anderen Kostenträgern gegenüber Leistungen zu verrechnen, die nie erbracht worden waren. Das gesamte – pflegerische, medizinische, therapeutische und administrative – Personal wurde wegen Beihilfe zum Versicherungsbetrug unter Anklage gestellt. Interessant war im Übrigen, dass die Anklage wegen Urkundenfälschung fallen gelassen wurde, weil die Pflegedokumentation keine Urkunde im rechtlichen Sinn darstelle.

Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität

- Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung, Schändung (d. h. der sexuelle Missbrauch urteils- oder widerstandsunfähiger Personen), sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen (wozu stationär betreute PatientInnen gehören), sexuelle Belästigung.

Die Voraussetzungen der strafrechtlichen Haftung werden stufenweise geprüft:

1. Sind die einzelnen Merkmale der Strafbestimmung erfüllt? Dabei wird unterschieden zwischen
 - objektiven Tatbestandsmerkmalen: Erstens muss das, was im Strafrecht makabrerweise als «Erfolg» bezeichnet wird (z. B. der Tod eines Menschen) eingetreten sein, zweitens muss dem Angeklagten ein bestimmtes Verhalten vorgeworfen werden, drittens muss jenes Verhalten die (oder eine wesentliche) Ursache für den Erfolg sein; und
 - subjektiven Tatbestandsmerkmalen, nämlich dem Verschulden (also Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Wo das Strafgesetz nichts anderes bestimmt, ist nur die vorsätzliche Begehung strafbar).

2. Ist der Tatbestand erfüllt, so muss das Verhalten des Angeklagten auch noch rechtswidrig sein. Dies ist es, wenn kein Rechtfertigungsgrund wie Notwehr vorliegt.
3. Keine Strafe ohne Schuld: War der Urheber der zwar tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Tat überhaupt schuldig? War er sich des Unrechts seiner Tat überhaupt bewusst oder hätte er sich dessen bewusst sein müssen? Und war das von ihm erwartete rechtmässige Verhalten überhaupt zumutbar?
4. Zuletzt setzt die Strafbarkeit (u. a.) noch voraus
 - dass (bei Antragsdelikten) ein Strafantrag vorliegt
 - dass die Verjährung noch nicht eingetreten ist, usw.

Im Fallbeispiel der Drogenpatientin sprach der erstinstanzliche Richter die Angeklagten nach jahrelanger Verfahrensdauer aufgrund folgender Überlegungen der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen schuldig: verschiedene Handlungen (u. a. die Durchsuchung der Patientin nach Drogen anlässlich der Einlieferung, ihre engmaschige Überwachung), die die berufliche Sorgfaltspflicht geboten hätte, durch die der Tod der Patientin hätte abgewendet werden können und zu der die Angeklagten aufgrund ihrer Garantstellung verpflichtet gewesen wären, seien fahrlässig unterlassen worden. Es sei, so der Richter, zu einem «Zusammenwirken verschiedener vermeidbarer Unterlassungen» und zu einer «Anhäufung zum Teil geringer Fehler» mit fatalen Folgen gekommen. Das Urteil lautete auf geringfügige bedingte Gefängnisstrafen und Bussen, ein Strafmass, das der Richter auch damit begründete, dass das Personal in diesem Fall die Konsequenzen einer Sparpolitik habe ausbaden müssen, die im Gesundheitswesen mit unnachgiebiger Härte den Hebel ansetze.

Nach weiteren zwei Jahren stiess das Obergericht dieses Urteil um. Es entschied, dass weder die Ärztin noch die Pflegenden die Verantwortung für den Tod der Patientin trügen und sprach sie frei. Zwei Obergutachten seien

zu grundlegend unterschiedlichen Ergebnissen gelangt, womit sich eine schlüssige Klärung der Ereignisse unmöglich erweise. Die Voraussetzung, dass die – erwiesenen – Unterlassungen für den Erfolg überhaupt relevant sein sollen (d. h. dass der Tod der Patientin bei «richtigem» Verhalten nicht nur zufällig ausgeblieben bzw. nicht trotzdem eingetreten wäre), sei nicht erfüllt; insbesondere sei nicht erwiesen, dass das Verhängnis auch bei halbstündlicher Überwachung nicht trotzdem eingetreten wäre. Damit fehle es am Kausalzusammenhang zwischen den begangenen Sorgfaltspflichtverletzungen und dem Drogentod der Patientin.

9.3 Entlastungsanzeigen

Aufgrund zunehmenden Spardrucks müssen Pflegende immer öfter Aufgaben übernehmen, die ihre Kräfte, ihre Möglichkeiten und ihre Kompetenzen übersteigen.

So wurden Pflegende auf der Erwachsenen-Notfallstation eines grossen Spitals angewiesen, bei Personalmangel Notfalltransporte von Neugeborenen zu begleiten. In einem anderen Spital sollte die Pflegende im Nachtdienst auf der regelmässig vollen IMC nebst ihren sieben Patienten (davon ein beatmeter Patient) den REA-Sucher übernehmen.

Ein Auftrag, der die Sicherheit der Patienten bedroht und die Weisungsempfänger der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzt, ist unzulässig [s.o. S. 30] und darf bzw. muss zurückgewiesen werden. Würde dies allerdings den Patienten noch unmittelbarer gefährden, und lässt sich im Gespräch mit den Vorgesetzten keine bessere Lösung finden, können die Pflegenden ihre Vorgesetzten mittels Entlastungsanzeige mit ihrer Verantwortung konfrontieren. Sie besteht aus einer Mitteilung, mit der eine Pflegefachperson (oder ein Pflegeteam) ihre Vorgesetzten schriftlich davon in Kenntnis setzt, eine erteilte Weisung sei unzulässig, und genau erläutert, weshalb. Jede Person

bzw. jede Hierarchiestufe, die die Anzeige gegenzeichnet, weist die Verantwortung damit der nächst höheren Stufe zu. Dies kann den Unterzeichnenden eine allfällige Strafverfolgung kaum ersparen, wirkt sich aber, wie das erstinstanzliche Urteil im Fall der Drogenpatientin vermuten lässt, mindestens strafmildernd aus und bewirkt die Ausdehnung der Strafverfolgung auf die verantwortlichen Vorgesetzten.

Mit diesem Schreiben erkläre ich, XY, tätig auf der Notfallabteilung des Spitals Z., in aller Form, dass ich jegliche Verantwortung für Komplikationen oder Zwischenfälle anlässlich mir anvertrauter bzw. aufgelegter Transporte von neonatologischen PatientInnen strikte von mir weise.

Gemäss meinen Verpflichtungen als Mitarbeiterin und als Arbeitnehmerin habe ich meine Vorgesetzten über die Gründe restlos aufgeklärt: als Pflegefachfrau gilt meine Verantwortung in erster Linie den Patienten; ich verfüge aber nicht über die Kompetenzen und das Know-How, um neonatologische PatientInnen fachgerecht zu betreuen und deren Sicherheit zu gewährleisten. Trotz Interventionen meines direkten Vorgesetzten, des Abteilungsleiters, wurde daran festgehalten, dass gewisse Transporte vom Team der Notfallstation durchgeführt werden sollen. Alternativ soll ich, falls die Transporte von den Pflegefachpersonen Pädiatrie begleitet werden, deren Abteilung – auf welcher ich keine Einführung erhalten habe – betreuen.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist nicht absolut; selbst- oder drittgefährdende Weisungen sowie Weisungen, die widerrechtlich sind oder den Empfänger dem Risiko rechtlicher Sanktionen aussetzen, sind unzulässig. Der Grund für die Übertragung der Transportbegleitung an das Notfallteam liegt in den seit längerer Zeit absehbaren fehlenden personellen Ressourcen der Abteilung Pädiatrie. Der Arbeitgeber hat es versäumt, eine vorausschauende und nachhaltige

Personalpolitik zu betreiben. Es kann nicht sein, dass die – potenziell verheerenden – Konsequenzen nun auf die PatientInnen und das Personal abgewälzt werden.

Ich werde, falls ich den Auftrag dazu erhalte, die Transporte begleiten, wider besseres Wissen und Gewissen, und im Wissen, dass ich mich damit einer Sorgfaltspflichtverletzung schuldig mache. Ich mache dies unter Druck, und in einem ausgesprochenen berufsethischen Dilemma.

Unterschrift:

Unterschrift der Vorgesetzten (eingesehen und einverstanden):

10. Arbeitsrecht

Wer eine Rechtsfrage zu lösen trachtet, sieht sich auch auf arbeitsrechtlichem Gebiet mit zwei Hauptaufgaben konfrontiert: er muss zunächst die anwendbare(n) Rechtsbestimmung(en), und dann deren Sinn ermitteln.

Der breite Strom des Arbeitsrechts wird aus drei grossen Quellen gespiesen: dem – privatrechtlichen – Obligationenrecht mit seinen Bestimmungen über die verschiedenen Arten von Arbeitsverträgen; dem – öffentlichrechtlichen – Arbeitsgesetz mit seinen Mindestvorschriften für die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen; und dem staatlichen Personalrecht (der Kantone, der Bezirke, der Gemeinden und welcher Körperschaft auch immer Trägerin eines Spitals, eines Heims, einer Spitexorganisation, einer Mütter- und Väterberatungsstelle etc. sein mag). Ebenfalls von überragender Bedeutung, auch wenn es einen ganz spezifischen Aspekt regelt, ist das Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG). Wie bereits dargelegt, ist die Kenntnis der Geschichte, des Kerngedankens und des Zweckes jener Gesetzeswerke zum Verständnis, zur Auslegung der jeweiligen Bestimmungen unerlässlich.

10.1 Obligationenrecht (OR)

Im Kern des **OR** (als eines der Eckpfeiler der liberalen Rechtsordnung der Schweiz) liegt die Vorstellung, dass Personen ihre Rechtsbeziehungen auf grundsätzlich gleichberechtigter Basis frei miteinander aushandeln: die Vertragsfreiheit bildet Grundlage und Zweck des OR. Auf einer ersten Stufe (im sog. Allgemeinen Teil) regelt es ganz generell, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Vertrag zustande kommt (bzw. wie mit Störfällen umzugehen ist), und auf der zweiten Stufe die einzelnen Vertragsarten – darunter die Arbeitsverträge – und deren Inhalt; diese Bestimmungen (bzw. die dazu gefällten Gerichtsentscheide) beantworten Fragen wie: muss ein Arbeitsvertrag schriftlich abgeschlossen werden? Gibt es Fragen, die der Stellenanbieter mir beim Vorstellungsgespräch nicht stellen darf? Darf die Probezeit eine bestimmte Dauer nicht überschreiten? Wann gilt eine Kündigung

10. Arbeitsrecht

als missbräuchlich? Was kann ich dagegen unternehmen? Worauf habe ich Anspruch, wenn das Gericht die Kündigung als missbräuchlich einstuft? Darf der Arbeitgeber mich zwingen, kurzfristig Dienste zu übernehmen, oder mir umgekehrt bei tiefem Arbeitsanfall absagen? Auf welche Leistungen habe ich wie lange Anspruch, wenn ich krank werde? Usw. usf.

- Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) wird von einem bestimmten Arbeitgeber mit einem bestimmten Arbeitnehmer geschlossen. Dem Wesen des Privatrechts entsprechend, haben die Vertragsparteien in der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich freie Hand; die Regeln des OR kommen nur dann zur Anwendung, wenn der Vertrag keine andere Lösung vorsieht. Trotz seiner Verwurzelung im Gedanken der Freiheit und Selbstverantwortung kann sich aber auch das OR der Erkenntnis nicht verschliessen, dass zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ein Machtgefälle besteht, das einen bestimmten Schutz der Letzteren rechtfertigt. Deshalb enthält das Arbeitsvertragsrecht nebst sog. «dispositiven», also fakultativen Bestimmungen, die abweichenden Vertragsbestimmungen weichen müssen, sog. «zwingende» Vorschriften, die die Parteien nicht unterbieten dürfen. Die Wiederherstellung einer gewissen Waffengleichheit bezwecken auch die beiden weiteren, vom OR vorgesehenen Arten von Arbeitsverträgen:
- Der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) wird von Gewerkschaften ausgehandelt und regelt die Arbeitsverhältnisse einer Vielzahl von Angestellten, z. B. aller MitarbeiterInnen eines Spitals oder einer Gruppe von Spitälern.
- Der Normalarbeitsvertrag (NAV) ist streng genommen gar kein Vertrag, sondern die staatliche Festsetzung von Mindestvorschriften über die vertraglichen Arbeitsverhältnisse in bestimmten Branchen, von denen angenommen wird, dass sie einen tiefen gewerkschaftlichen Organisationsgrad aufweisen; eine dieser Branchen ist die Krankenpflege.

10.2 Arbeitsgesetz (ArG)

Auch wenn es zweifellos ein soziales Schutzziel verfolgt, entspringt das **ArG** der nicht minder liberalen Erkenntnis, dass schrankenlose Ausbeutung sich auf die Dauer nicht auszahlt, und dass auch die Mächtigen ein Interesse an friedlichen Verhältnissen haben. Der preussische Reichskanzler Bismarck als Urheber des ersten Arbeitsgesetzes wusste, dass er damit der sozialistischen Revolution den Wind aus den Segeln nahm. Es bleibt dabei, dass das ArG ein Arbeitnehmerschutzgesetz ist, was von wesentlicher Bedeutung für das bessere Verständnis seiner Regelungen ist. Die Verwaltung hat im Auftrag des Gesetzgebers einzelne Bereiche in einer Reihe von Verordnungen zum Arbeitsgesetz genauer geregelt. Die Verordnung 1 ist eine klassische Ausführungsverordnung, die Verordnung 2 enthält Sonderbestimmungen für einzelne Branchen, die Verordnung 3 regelt die Gesundheitsvorsorge, die Verordnung 5 den Schutz jugendlicher Arbeitnehmer; eine weitere Verordnung führt aus, wie im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft beurteilt werden soll, ob bestimmte Arbeiten als beschwerlich oder gefährlich zu gelten haben.

In ihrem Verhältnis zum übergeordneten ArG zeichnen sich insbesondere die Verordnungen 1 und 2 durch eine eigentümliche Mechanik aus: im Gegensatz zum Grundsatz, wonach Verordnungen sich an den Rahmen des Gesetzes zu halten haben, enthalten jene Verordnungen durchaus (Ausnahme-) Regelungen, die vom Arbeitsgesetz abweichen; dies ist (nur) zulässig, weil und insofern die betreffenden Regelungen auf ein «Nullsummenspiel» hinauslaufen: wird eine vom Gesetz festgelegte Grenze zugunsten der Arbeitgeber aufgeweicht, so sorgen die an diese Ausnahme geknüpften, restriktiven Bedingungen dafür, dass das Gleichgewicht der übergeordneten gesetzlichen Vorgaben gewahrt bleibt.

Dies lässt sich am Beispiel der zulässigen Dauer der Nachtarbeit veranschaulichen: weil das Arbeitsgesetz die Gesundheit der Arbeitnehmer schützt und weil bekannt ist, dass Nachtarbeit gesundheitlich belastender ist als Arbeit im Tageszeitraum, ist sie grundsätzlich verboten. Da klar ist, dass bestimmte Arbeiten aus gesellschaftlichen, wirtschaftlichen oder technischen Gründen (auch) in der Nacht erbracht werden müssen, sieht schon das Gesetz die Möglichkeit von Ausnahmen vor. In der Nacht darf aber nicht so lange gearbeitet werden, wie am Tag: laut Gesetz darf Nachtarbeit nicht länger als neun Stunden innerhalb eines Zeitraumes von zehn Stunden dauern. Das Gesetz ermächtigt den Ordnungsgeber aber, die zulässige Dauer auf zehn Stunden Arbeit innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Stunden zu erhöhen; dafür müssen laut Verordnung 1 (ArGV1) allerdings folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- der Arbeitnehmer darf keinen ausserordentlichen physischen, psychischen und mentalen Belastungen ausgesetzt sein;
- die Eignung des Arbeitnehmers muss in einer medizinischen Untersuchung festgestellt worden sein.

Auch die Branchenverordnung (ArGV 2) erlaubt, in den Krankenanstalten und Kliniken die Dauer der Nachtarbeit auf zehn Stunden (innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Stunden) herauf zu setzen – aber nur, wenn ein grosser Teil Präsenzzeit darstellt, eine Ruhegelegenheit vorhanden ist und eine tägliche Ruhezeit von 12 Stunden gewährt wird.

Damit ist die Liste der auf das Pflegepersonal anwendbaren Bestimmungen zur Dauer der Nachtarbeit aber immer noch nicht vollständig. Denn das Gesetz ermächtigt die für die Umsetzung des Arbeitsgesetzes verantwortliche Bundesbehörde, das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), für bestimmte Branchen oder Kategorien von Arbeitnehmern zeitlich befristete sog. Globalbewilligungen zu erlassen,

dort wo die Bedürfnisse der Branche «geringfügige Abweichungen» von Gesetz oder Verordnung gerechtfertigt erscheinen lassen. Seit einigen Jahren besteht eine (jährlich erneuerte) Globalbewilligung für die Nacharbeit in Spitälern und Kliniken. Diese erhöht die maximale Dauer der Nacharbeit von zehn auf zwölf Stunden innert eines Zeitraumes vom 12 Stunden – allerdings unter der nochmals verschärften Bedingung, dass davon mindestens 4 Stunden Ruhezeit darstellen. Die Bedingungen, dass eine Ruhegelegenheit vorhanden sein muss, dass die Pausen als Arbeitszeit gelten und dass im Anschluss 12 Stunden Ruhezeit gewährt werden müssen, bleiben.

Die nicht zu unterschätzende Tragweite vermeintlich technischer Aspekte zeigt das Beispiel der Pikettdienste. Diese Arbeitsform findet im ArG gar keine Erwähnung, sondern wird auf der Ebene der ArGV 1 eingeführt. Ihr Zweck: die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen und «ähnliche Sonderereignisse». Laut Verordnung gelten Pikettdienste, die im Betrieb geleistet werden (man spricht von Arbeitsbereitschaft), vollumfänglich als Arbeitszeit, während bei Pikettdiensten von zuhause aus (sog. Rufbereitschaft) nur die Dauer der tatsächlichen Einsätze zuzüglich Wegzeit an die Arbeitszeit angerechnet werden. Was ist nun, wenn Mitarbeiter nach Hause geschickt werden, aber innerhalb von einer Viertelstunde einsatzbereit sein müssen? Das SECO hat in einer Wegleitung eine von der Arbeitgeberschaft vehement bekämpfte Faustregel aufgestellt: muss die Mitarbeiterin innert 30 Minuten oder schneller da sein, gilt ihr Pikettdienst als Arbeitsbereitschaft, auch wenn sie ihn von zuhause leistet (leisten muss). Der Grund ist einfach: aufgrund der Einschränkungen und Belastungen, die sie mit sich bringen, können solche Dienste vernünftigerweise nicht der Freizeit zugerechnet werden. Diese Frage bildet seit Jahren Gegenstand harter Verhandlungen und soll nun vom Bun-

Beispiel

desrat auf Verordnungsebene geregelt werden. (In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass sich das ArG, seinem Zweck entsprechend, nur zur Anrechnung an die Arbeitszeit ausspricht, und nicht zu dem für die angerechnete Arbeitszeit geschuldeten Lohn; d. h., dass es dem Arbeitgeber gestattet ist, Pikettdienste und reguläre Arbeitseinsätze zu unterschiedlichen Ansätzen zu entlohnen – dies muss aber im Arbeitsvertrag ausdrücklich so geregelt sein).

Beim Arbeitsgesetz (und seinen Verordnungen) wird unterschieden zwischen Bestimmungen, die unmittelbar dem Gesundheitsschutz zuzurechnen sind (so die Vorschriften zum Schutz der jugendlichen Arbeitnehmer, der schwangeren Frauen, der stillenden Mütter), und solche, bei denen dieser Zweck selbstverständlich auch eine Rolle spielt, die aber als «Arbeits- und Ruhezeitvorschriften» bezeichnet werden. Dieser Unterscheidung kommt im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich des ArG grosse Bedeutung zu: im Gegensatz zu den Bestimmungen über den Gesundheitsschutz sind die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen auf öffentlich-rechtliche Institutionen nicht anwendbar, wenn diese keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und die Mehrheit ihres Personals öffentlich-rechtlich angestellt ist. Auf diese Arbeitsverhältnisse ist das staatliche Personalrecht anwendbar.

10.3 Gleichstellungsgesetz (GIG)

In den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts musste der Gesetzgeber erkennen, dass der Markt nicht nur im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, sondern auch zwischen den Geschlechtern nicht alles richtet. Das – auf alle Arbeitsverhältnisse in der Schweiz anwendbare – GIG soll verhindern, dass Menschen an ihrem Arbeitsplatz wegen ihres Geschlechts diskriminiert werden.

10.4 Anwendbares Recht

Zusammenfassend: wer in einem Betrieb angestellt ist, der

1. öffentlichrechtlich ist,
2. keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt (also in der Verwaltung eingegliedert ist), und
3. die Mehrheit seiner Anstellungsverhältnisse öffentlichrechtlich regelt, untersteht dem entsprechenden öffentlichen Personalgesetz (des Kantons, bspw.), den Vorschriften des ArG über den Gesundheitsschutz und dem GIG. Es kann allerdings sein, dass das Personalgesetz selber bestimmte Punkte nicht regelt und auf die Regelung des OR verweist, das dann «subsidiär» gilt.

Auf alle anderen Arbeitsverhältnisse sind das OR, das gesamte ArG und das GIG anwendbar.

Nun kann es aber sein, dass sich nicht nur einer, sondern mehreren der im Einzelfall überhaupt in Frage kommenden Rechtsquellen eine Antwort auf eine bestimmte arbeitsrechtliche Frage entnehmen lässt. Beispiel:

Eine Pflegefachfrau möchte wissen, wie ihre Überstunden abgegolten werden müssen. Sie arbeitet in einem privatrechtlich organisierten Spital.

- Ihr Arbeitsvertrag ist dazu stumm, verweist aber auf das Personalreglement des Betriebes, das festhält, Überstunden würden nicht bezahlt; es sieht aber vor, dass sie 1:1 kompensiert werden;
- das Spital ist einem GAV angeschlossen, der einen Lohnzuschlag von 30% pro Überstunde vorschreibt;
- das OR seinerseits sieht einen Lohnzuschlag von 25% vor, wobei die entsprechende Bestimmung dispositiver Art ist;
- das ArG schliesslich äussert sich nicht zu den Überstunden, son-

Fallbeispiel

dern, seinem Schutzzweck entsprechend, nur zur Überzeit. Der Unterschied: Überstunden sind Arbeitsstunden, die über das vertraglich vereinbarte Pensum, Überzeit solche, die über die maximale gesetzliche Wochenarbeitszeit von 50 Stunden (in der Pflege) hinaus geleistet werden. Das ArG verpflichtet den Arbeitgeber, für Überzeit einen Lohnzuschlag von 25% zu bezahlen.

Was ist nun die Antwort auf die Frage der Pflegefachfrau? Welche dieser verschiedenen Antworten nun die richtige ist, ergibt sich aus dem Umstand, dass sich die aufgezählten Antworten nicht auf der gleichen Stufe befinden; sie stehen in einem hierarchischen Verhältnis zueinander. In der Reihenfolge von der stärksten zur schwächsten:

1. Zwingendes Gesetzesrecht
2. Unabdingbare Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages (GAV)
3. Einzelarbeitsvertrag (mit Einbezug eines allfälligen Firmenreglements)
4. Normalarbeitsvertrag (NAV)
5. Dispositive Bestimmungen des Obligationenrechts (OR)
6. Weisungen des Arbeitgebers (z. B. Hausordnung u. dgl.)

Mit Ausnahme des Arbeitsgesetzes, das aber wie gesagt erst bei Überzeitarbeit zum Tragen kommt, existieren keine zwingenden Gesetzesbestimmungen zur Abgeltung von Überstunden. Zur Anwendung kommt im vorliegenden Fall also die Regelung im GAV.

Die soeben dargelegte Hierarchie der Normen gilt nicht uneingeschränkt, sondern unter Vorbehalt des sog. **Günstigkeitsprinzips**:

Eine rangtiefere Norm geht der ranghöheren vor, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger ist.

Wäre die Regelung im Einzelarbeitsvertrag grosszügiger als die gesamtarbeitsvertraglichen Vorgaben und würde bspw. einen Lohnzuschlag von 50% vorsehen, würde erstere zur Anwendung kommen.

Im ganz an Anfang dieses Leitfadens geschilderten Fall der fristlosen Entlassung einer Pflegefachfrau aufgrund eines Medikamentenfehlers besteht die Schwierigkeit nicht darin, die anwendbare Norm zu finden – es handelt sich dabei offenkundig um Art. 337 OR über die fristlose Kündigung – sondern darin, einer äusserst knapp formulierten Gesetzesbestimmung eine konkrete Antwort zu entlocken: der Arbeitsvertrag, so das OR, könne jederzeit fristlos aufgelöst werden, wenn «wichtige Gründe» vorliegen. Glücklicherweise lässt es uns darüber, was «wichtige Gründe» sind, nicht ganz im Dunkeln, sondern führt dazu aus, als wichtiger Grund gelte namentlich «jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf».

Trotz allem, was die Anwälte der Klinik, unter anderem gestützt auf Pflegelehrbücher, vorbrachten, um das Vorgehen des Arbeitgebers zu rechtfertigen, kann ausgeschlossen werden, dass das Verhalten der Arbeitnehmerin auch nur entfernt der Definition des wichtigen Grundes entspricht. Natürlich kann nicht geleugnet werden, dass die Pflegefachfrau sorgfaltswidrig und fahrlässig gehandelt und einen Fehler begangen hat, der unter anderen Umständen (anderes Medikament z. B.) für den Patienten schlimme Folgen hätte haben können. Einmal abgesehen davon, wie fragwürdig im Lichte der neueren Entwicklungen in der Fehlerkultur (vgl. CIRS) die drakonische Bestrafung von Fehlern erscheinen mag, belegen zahlreiche Studien, wie häufig solche Fehler im Spitalalltag sind.

Da der Patient nicht zu Schaden gekommen ist, entfallen die Voraussetzungen sowohl der zivil- wie auch der strafrechtlichen Haftung. Wir haben es mit einer «near miss»-Situation zu tun, in der ein weit-

Beispiel

sichtiges Fehlermanagement nicht schwere arbeitsvertragliche Sanktionen, sondern eine sorgfältige Fehleranalyse nahelegen sollte.

Aus rechtlicher Sicht stimmt, dass ein früher erteilter Verweis die Messlatte dafür, was das Gesetz als Entlassungsgrund anerkennt, senken kann. Wichtig ist hier, dass die ein Jahr zuvor ausgesprochene Verwarnung (deren Rechtfertigung ohnehin diskutabel ist) ohne Bedeutung ist, weil sie eine völlig anderes gelagerte Verfehlung sanktionierte, nämlich eine Kompetenzüberschreitung.

Entscheidend ist aber, dass die von der Rechtsprechung anerkannten wichtigen Gründe praktisch nie mit dem Inhalt (also der Qualität) der Arbeit, sondern in aller Regel mit der Haltung oder Einstellung des Arbeitnehmers zu tun hat (er kommt regelmässig unentschuldig zu spät zur Arbeit, beschimpft seinen vorgesetzten aufs Wüteste vor den Kollegen, u. dgl.). Die Pflegefachfrau hat sich im Umgang mit dem begangenen Fehler auch nichts zuschulden kommen lassen, hat ihn nicht zu leugnen oder gar zu vertuschen versucht, sondern hat ihn umgehend an die direkte Vorgesetzte und dann an die Pflegedienstleitung gemeldet.

Dass die Gerichte hohe Ansprüche an die vom Gesetz geforderten «wichtigen Gründe» setzen, hat zwei weitere Gründe: eine fristlose Kündigung trifft die Arbeitnehmerin schwer; und dem Arbeitgeber steht immer die Alternative zur Verfügung, eine ordentliche Kündigung auszusprechen, allenfalls – in den Fällen, in denen er von einer Weiterbeschäftigung der fehlbaren Mitarbeiterin absehen möchte – verbunden mit ihrer sofortigen Freistellung. Aus diesen Gründen ist anzunehmen, dass das Arbeitsgericht die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt bezeichnet hätte.

Dies hat nach OR nicht die Wiedereinstellung zur Folge; aber der

Arbeitgeber hätte der Arbeitnehmerin eine nach den Umständen bemessene Entschädigung sowie Schadenersatz (z.B. für den entgangenen Lohn) bezahlen müssen. Realität, auch im vorliegenden Fall, ist, dass die Parteien einem – immer risikoverhafteten und potenziell kostspieligen – Gerichtsverfahren einen Vergleich vorziehen.

Die Bestimmung über das Arbeitszeugnis, Art. 330a OR, steht im Mittelpunkt vieler arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen. Danach hat der Arbeitnehmer Anspruch auf ein Zeugnis, «das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht».

Ivana Engler, seit kurzem geschieden, alleinerziehende Mutter zweier Kleinkinder, arbeitete seit sechs Monaten als Pflegefachfrau im Spital Y, als ihr jüngstes Kind tödlich verunfallte. Sie verfiel in eine Depression, aufgrund derer sie vier Monate lang arbeitsunfähig war. Nachdem sie ihre tiefe Krise überwunden und noch ein Jahr im Spital Y gearbeitet hatte, kündigt sie, um im Interesse des Kindes eine Stelle in der Stadt, in der dessen Vater lebt, zu suchen. In dem im Übrigen tadellosen Arbeitszeugnis wird erwähnt, dass Frau Engler krankheits halber vier Monate ausgefallen ist.

Fallbeispiel

Das Arbeitszeugnis ist sowohl für den beruflichen Fortgang der Arbeitnehmerin, als, spiegelbildlich, für die Anstellungsentscheidung künftiger Arbeitgeber von zentraler Bedeutung. Es befindet sich in einem Spannungsfeld möglicherweise widersprüchlicher Bedürfnisse: es darf die berufliche Entwicklung der Arbeitnehmerin nicht ungebührlich behindern; aber der spätere Arbeitgeber muss sich auf seine Angaben verlassen können (der frühere Arbeitgeber haftet ihm gegenüber, wenn ihm aus einer verschwiegenen Tatsache ein Schaden erwächst). Die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen widerspiegeln diese Spannung: das Arbeitszeugnis, so die Gerichte, soll sowohl wahrheitsgetreu als auch wohlwollend formuliert sein. Wie verhält es sich vor diesem Hintergrund mit der Erwähnung einer längeren Krankheitsabwesenheit?

Die Frage lässt sich nicht pauschal beantworten. Sie entspricht in etwa der Frage, ob bzw. welche Krankheiten beim Anstellungsgespräch angegeben werden müssen bzw. verschwiegen werden dürfen. Das entscheidende Kriterium – der Bezug zur beruflichen Tätigkeit – lässt einen weiten Interpretationsspielraum zu. So muss eine Infektion mit dem HIV- oder dem Hepatitis-B-Virus von einer Bewerberin für eine Stelle im OP wohl angegeben werden, ein Rückenleiden eher nicht, auch wenn Krankheitsausfälle zu erwarten sind, da möglichst verhindert werden muss, dass Krankheiten faktisch zu einem Berufsverbot führen. In diesem Licht lässt sich die Erwähnung der depressionsbedingten Absenz sachlich nicht rechtfertigen. Ivana Englers Krankheit hatte keinen Einfluss auf die Qualität ihrer Arbeit. Sie hat sich erholt und die auslösende Situation bewältigt, es ist nach menschlichem Ermessen nicht anzunehmen, dass diese Episode für einen späteren Arbeitgeber von irgendwelcher Bedeutung sein wird.

10.5 Diskriminierungsverbot

In einem nach wie vor grossmehrheitlich von Frauen ausgeübten Beruf wie der Pflege kommt dem Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts eine beträchtliche Bedeutung zu. In einer ganzen Reihe internationaler, für die Schweiz bindender Abkommen sowie in Art. 8 BV ist der Grundsatz der Gleichberechtigung von Frau und Mann und ihr Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit verankert. Was Gleichstellung im Erwerbsleben gebietet und zu bedeuten hat, lässt sich dem GlG entnehmen. Eine der wichtigsten Errungenschaften des GlG besteht darin, dass es nicht nur die plumpe und relativ einfach zu erfassende sog. direkte Diskriminierung verbietet, sondern auch die viel subtilere und heimtückischere sog. indirekte Diskriminierung. Von direkter Diskriminierung spricht man, wenn ein Mensch einfach aufgrund seines Geschlechts schlechter behandelt wird; dies wäre der Fall, wenn eine Pflegefachfrau bei gleicher Ausbildung, gleicher Erfahrung etc. weniger verdienen würde als ihr Kollege auf der gleichen Abteilung; diese

Diskriminierungsform ist relativ einfach zu entlarven. Anders die indirekte Diskriminierung, die sich dadurch auszeichnet, dass Männer und Frauen offiziell gleich behandelt werden, die Ungleichbehandlung also nicht an das Geschlecht knüpft, sondern an Umstände, die – aus geschichtlichen, psychologischen, sozialen, wirtschaftlichen Gründen – beide Geschlechter unterschiedlich treffen.

So ist bekannt, dass Teilzeitarbeit überwiegend von Frauen ausgeübt wird – u. a. weil Frauen nach wie vor erheblich weniger verdienen und weniger Karrieremöglichkeiten haben als Männer, weil gesellschaftlich nach wie vor erwartet wird, dass Frauen den grösseren Teil der Haushaltsarbeit und der Kinderbetreuung leisten, usw. Übernimmt ein Arbeitgeber grundsätzlich nur die Weiterbildungskosten des zu 80% oder mehr angestellten Personals, so ist diese Regelung zwar vordergründig geschlechtsneutral. Sie benachteiligt aber überproportional das weibliche Personal, das dadurch indirekt diskriminiert wird – es sei denn, der Arbeitgeber kann seine Richtlinie sachlich begründen. Irrelevant ist auf jeden Fall, ob er mit Absicht diskriminiert; entscheidend ist einzig die diskriminierende Wirkung einer Regelung. Nicht jede Regelung, die ein Geschlecht stärker trifft als das andere, ist an sich diskriminierend; die Ungleichbehandlung muss ausserdem einer sachlichen Rechtfertigung entbehren: Stellt eine Airline keine Menschen mit mehr als 180 cm Körpergrösse als Flight Attendants ein, so wirkt sich dies überproportional zulasten der Männer aus, ist aber nicht diskriminierend, weil durch die Kabinenverhältnisse sachlich gerechtfertigt.

10.5.1 Lohndiskriminierung

Eine klassische Form von indirekter Diskriminierung ist die weiterhin verbreitete Lohndiskriminierung des Pflegepersonals (beider Geschlechter!) im Vergleich zu männlichen Berufen. Da das GlG verlangt, dass die sich vergleichenden Berufe beim gleichen Arbeitgeber angestellt sind, und die Kantone nach wie vor zu den grossen Arbeitgebern im Gesundheitswesen zählen, hat

es sich eingebürgert, die Löhne der Pflegenden an denen der Polizisten (und Polizistinnen ...) zu messen. Die hochkomplexe Aufgabe, den «Wert» verschiedener Berufe zu quantifizieren und zu vergleichen, wird von den Gerichten im Rahmen der Lohngleichheitsprozesse regelmässig an spezialisierte Wissenschaftler übertragen. Diese haben eine Reihe von Kriterien aufgestellt und vergleichen die Ausbildungen, die jeweilige Verantwortung, die intellektuellen und körperlichen Anforderungen usw. Am Ende steht pro Beruf eine Punktezahl; entspricht die LohnEinstufung eines Berufes (innerhalb eines bestimmten Ermessensspielraumes) dieser Punktezahl, ist sie sachlich fundiert. LohnEinstufungen, die der errechneten Punktezahl nicht mindestens annähernd entsprechen, sind diskriminierend und müssen korrigiert werden. Da Lohnansprüche erst nach fünf Jahren verjähren, können die KlägerInnen Lohnnachzahlungen für die fünf Jahre vor Prozessbeginn fordern. Hat der Prozess selber fünf Jahre gedauert, steht ihnen also ausser der Anhebung ihres Lohnes auf diskriminierungsfreiem Niveau die Differenz zwischen dem ihnen tatsächlich überwiesenen und dem geschuldeten, diskriminierungsfreien Lohn für zehn Jahre zu.

Im März 2001 urteilte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, die Löhne der beim Kanton angestellten Angehörigen einer Reihe von weiblich identifizierten Berufen (wie der Pflege, der Physiotherapie, der Hebammen) seien diskriminierend. Der Kanton Zürich musste die jährliche Lohnsumme um 70 Mio. Fr. erhöhen (was einer Anhebung des Monatslohns von Fr. 500 bis 800 gleichkam) und Lohnnachzahlungen in der Höhe von 270 Mio. Fr. ausrichten.

Obschon gewonnene Lohngleichheitsprozesse im Prinzip nur dem beklagten Arbeitgeber entgegen gehalten werden können, sorgt der Arbeitsmarkt für eine generelle Anhebung des Lohnniveaus dadurch, dass auch nicht direkt betroffene Arbeitgeber ihrem Sog ausgesetzt sind. Es bleibt dabei, dass die Gerichte den haargenau gleichen Lohnunterschied zwischen Polizei und Pflege in Zürich als diskriminierend und einen Kanton weiter als diskrimi-

nierungsfrei einstufen können. Verbunden mit den hohen Kosten solcher Prozesse legt der hohe symbolische Negativwert einer Niederlage die Frage nach dem Kosten-Nutzen-Verhältnis solcher Prozesse nahe. Denn spektakuläre Siege dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gleichberechtigung, insbesondere die Aufdeckung indirekter Diskriminierung vor Gericht einen schweren Stand hat.

Mit dem GlG beabsichtigte der Gesetzgeber ein Stück weit, die Marktkräfte dort zu korrigieren, wo sie Diskriminierung ausnützen oder selber fördern (den Arbeitsmarkt interessiert es nicht, ob jemand schlechter bezahlt wird, weil er schlechter arbeitet, oder weil er das falsche Geschlecht hat). Das Bundesgericht setzte sich in einem Entscheid über den Lohn einer Lehrerin für Krankenpflege über diese gesetzgeberische Absicht hinweg, indem es festhielt, der Grund für ihren (im Vergleich zu Berufsschullehrern in technischen Berufen) tiefen Lohn sei nicht ihr Geschlecht, sondern der tiefe Marktwert ihrer Arbeit.

Weil er erkannte, wie begrenzt die diesbezüglichen Möglichkeiten der Arbeitnehmer sind, erleichterte der Gesetzgeber im GlG deren Beweislast, indem sie die Diskriminierung nur glaubhaft machen müssen; gelingt ihnen dies, liegt es am Arbeitgeber zu beweisen, dass er nicht diskriminiert. Auch diese Vorgabe des Gesetzgebers wurde vom Bundesgericht im Lohngleichheitsprozess des Genfer Pflegepersonals grob missachtet: das Bundesgericht hielt den Klägerinnen vor, die Diskriminierung nicht einmal glaubhaft gemacht zu haben – obschon ein vom Arbeitgeber selbst in Auftrag gegebenes Gutachten die Diskriminierung zahlenmässig bewies.

Ein besonders abstruses Verständnis des GlG legte das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen an den Tag, als es die Lohngleichheitsklagen verschiedener beim Kanton angestellter Gesundheitsberufe (Pflegerinnen, Hebammen, Röntgenassistentinnen, TOA und Laborantinnen) abwies: zwar seien die Pflegerinnen tatsächlich zu tief eingestuft; da aber bspw. die TOA zu hoch

eingestuft seien, stelle die zu tiefe Entlohnung der Pflegerinnen keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar (der Prozess ist zum Zeitpunkt der Drucklegung beim Bundesgericht hängig).

10.5.2 Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft/Mutterschaft

Diskriminierung manifestiert sich allerdings bei weitem nicht nur auf der Ebene des Lohnes. Am Laufmeter wird das Gesetz im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft verletzt. Der an sich gut ausgebaute gesetzliche Schutz bleibt allzu oft toter Buchstabe, sei es aus Unkenntnis, sei es, weil die unter hohem Arbeits- und Gruppendruck stehende Mitarbeiterin sich scheut, ihn einzufordern.

Schwangere Frauen dürfen keine Überstunden leisten, dürfen auf blosser Anzeige hin der Arbeit fernbleiben oder den Arbeitsplatz verlassen, ab viertem Schwangerschaftsmonat alle zwei Stunden mindestens zehn Minuten Pause beziehen, ab sechstem Schwangerschaftsmonat nicht länger als vier Stunden pro Tag stehende Arbeit verrichten, acht Wochen vor der Geburt abends und nachts nicht mehr beschäftigt werden (kann der Arbeitgeber ihnen keine gleichwertige Arbeit im Tageszeitraum zuweisen, sind sie unter Bezahlung von 80% ihres Lohnes freizustellen; stillenden Müttern ist die erforderliche Zeit zum Stillen freizugeben, wobei die Stillzeit im Betrieb vollumfänglich, ausserhalb des Betriebs zur Hälfte als Arbeitszeit zählt).

Beispiel

Der Schutz bezieht sich nicht nur auf die konkrete Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen, sondern greift schon, bevor eine Anstellung überhaupt vorliegt: so darf der Arbeitgeber eine Stellenbewerberin unter gar keinen Umständen nach ihrer Familienplanung, geschweige denn nach einer bestehenden Schwangerschaft fragen; tut er es doch, ist die Arbeitnehmerin berechtigt, zu lügen, ohne dass sie irgendwelche Konsequenzen zu gewärtigen hätte.

Alexa Markovic erhielt eine befristete Anstellung als Pflegefachfrau in einem städtischen Alters- und Pflegeheim. Aufgrund ihrer ausgezeichneten Leistungen stellte ihr Vorgesetzter ihr in Aussicht, sie nach Ablauf ihres befristeten Vertrages unbefristet anzustellen, erledigte die entsprechenden Formalitäten bei der Fremdenpolizei und buchte Weiterbildungen für sie. Nachdem Frau Markovic kurz vor Ablauf der befristeten Stelle gemeldet hatte, sie sei schwanger, wurde ihr kundgetan, die ihr in Aussicht gestellte Stelle könne aufgrund der tieferen Bettenbelegung nicht besetzt werden; was den Arbeitgeber nicht daran hinderte, sie ein paar Tage später öffentlich auszuschreiben. Drei Instanzen wiesen Frau Markovics' Klage aus formjuristischen Gründen ab; erst das Verwaltungsgericht erachtete das Vorgehen des Arbeitgebers als klar diskriminierend und sprach der Pflegefachfrau eine Entschädigung von gut Fr. 10 000 (entsprechend zwei Monatslöhnen) zu.

Fallbeispiel

Nach Abschluss des Arbeitsvertrages mit einem öffentlich-rechtlichen Spital teilte Saskia Ehrenfels ihrem Arbeitgeber mit, sie sei schwanger. Dieser kündigte ihr noch bevor sie ihre Stelle antreten konnte. Das von Frau Ehrenfels eingeleitete Rekursverfahren konnte mit einem Vergleich erledigt werden, in dem das Spital sich verpflichtete, ihr einen Jahreslohn auszuzahlen.

Fallbeispiel

10.5.3 Sexuelle Belästigung

Das Gesetz sagt nicht genau, welches Verhalten als sexuell belästigend gilt. Im allgemeinen versteht die Rechtswissenschaft darunter sexistische Bemerkungen, Witze oder Redensweisen, unerwünschte Blicke, Annäherungen, Gesten oder Zudringlichkeiten, die unerwünschte Konfrontation mit pornografischem Material sowie selbstverständlich jede Form von sexueller Nötigung und Gewalt. Das GIG zählt zur sexuellen Belästigung die Androhung von

Nachteilen, die Ausübung von Druck und das Versprechen von Vorteilen in der Absicht, sich sexuelle Vorteile zu verschaffen. Das Gesetz schützt die Arbeitnehmerin gleich nach zwei Richtungen hin: StGB und OR erlauben dem Opfer, gegen den Täter straf- und zivilrechtlich vorzugehen und von ihm Schadenersatz und Genugtuung zu verlangen; sodann begründet das GIG Entschädigungs-, Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche gegen den Arbeitgeber, der nicht darlegen kann, dass er alles zumutbare unternommen hat, um sein Personal vor Belästigung zu schützen. Es gilt des Weiteren zu beachten, dass Verfahren nach GIG kostenlos sind und dass das klagende Opfer (sowie allfällige Zeugen) von sexueller Belästigung während des Prozesses und sechs Monate darüber hinaus vor Racheekündigung geschützt ist.

Eine vom Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann und vom SECO, also von den in Sachen GIG und ArG federführenden Behörden, in Auftrag gegebene Studie hat gezeigt, dass die Berufe des Gesundheitswesens einem besonders hohen Risiko sexueller Belästigung ausgesetzt sind, und zwar sowohl seitens anderer Mitarbeiter als auch seitens von Patienten. Solche Übergriffe verletzen nicht nur die Opfer in ihrer persönlichen Integrität, sie schaden auch ihrer Produktivität, der Qualität ihrer Arbeit sowie der Attraktivität des Berufes und gefährden damit letztendlich die Gesundheitsversorgung.

Die in einem Pflegeheim tätige Pflegefachfrau Paula L. wird von ihrem Vorgesetzten verbal sexuell belästigt. Nachdem ihr Freund beim Heimleiter vorstellig geworden ist, veranstaltet dieser eine Konfrontation, anlässlich derer der Täter alles abstreitet. Paula L. widerruft unter Druck und aus Angst ihre Aussage und wird entlassen. Vor der zuständigen Schlichtungsstelle schliessen die Parteien einen Vergleich ab, in dem der Arbeitgeber einwilligt, Paula L. zwei Monatslöhne und eine symbolische Genugtuung zu bezahlen.

Fallbeispiel

10.6 Mobbing

Mobbing wird vom Bundesgericht als ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten definiert, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll. Einerseits sind der Phantasie der Täter keine Grenzen gesetzt: man wird ständig unterbrochen, kritisiert, wie Luft behandelt, eingeschüchtert, über- oder unterfordert, usw. usf. Andererseits sind die Grenzen zum «normalen» persönlichen oder Arbeitskonflikt fließend. Dies hat zur Folge, dass Mobbing vor Gericht oft schwer zu beweisen ist, und dass die Kosten/Nutzenrechnung bei Mobbing-Prozessen überdurchschnittlich oft nicht aufgeht.

Der Arbeitgeber ist rechtlich verpflichtet, alles Zumutbare zu unternehmen, damit es in seinem Betrieb gar nicht erst zu Mobbing kommt, bzw. gegen Mobbing einzuschreiten und gemobbte Arbeitnehmerinnen zu schützen; denn Mobbing, wie sexuelle Belästigung bzw. jede Form von Diskriminierung, verletzt die Persönlichkeit der Mitarbeiterin. Diese nicht nur zu respektieren, sondern auch zu schützen, wird dem Arbeitgeber von verschiedenen Gesetzen zur Pflicht gemacht: bei Widerhandlung machen ihn das OR (bzw. das öffentliche Personalrecht) haftbar und das ArG strafbar. Der oder die Täter ihrerseits können aufgrund diverser Tatbestände des StGB belangt werden (üble Nachrede, Verleumdung, Beschimpfung, Drohung, Nötigung etc.).

Frau P., Pflegedienstleiterin, kommt mit der starken, unbequemen Persönlichkeit der ihr unterstellten Pflegefachfrau Marina K. nicht klar. Nachdem Frau K. auch ins Fadenkreuz einer Arbeitskollegin geraten ist, von der sie systematisch gemobbt wird, bittet sie Frau P. um eine Aussprache. Die Pflegedienstleiterin verweigert Marina K. nicht nur das gewünschte Gespräch – sie entlässt sie umgehend, angeblich wegen ihrer Leistungsdefizite. Das Gericht verurteilte den Arbeitgeber

Fallbeispiel

wegen missbräuchlicher Kündigung zur Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 15 000 und zu Fr. 5 000 Genugtuung. Es führte dazu aus, der Arbeitgeber sei verpflichtet, seine Angestellten vor ungerechtfertigten Angriffen seitens ihrer Mitarbeiterinnen zu schützen und alle angemessenen Massnahmen zu treffen, um angespannte Verhältnisse zu entschärfen. Auf keinen Fall dürfe er willkürlich Partei ergreifen und das Mobbingopfer nach dem Motto «Aus den Augen aus dem Sinn» entlassen.

Als besonders missbräuchlich qualifiziert das Bundesgericht das Verhalten des Arbeitgebers, der sich auf die von ihm mitverschuldete Vergiftung des Arbeitsklimas beruft, um dem Mobbing-Opfer zu kündigen.

10.7 Gewalt

Wenig bekannt, doch durch Studien eindeutig belegt ist, dass die Pflege zu den Berufen gehört, die mit Abstand mit dem höchsten Gewaltrisiko konfrontiert sind. Kranke und verletzte Menschen (und deren Angehörige) befinden sich oft in extrem belastenden Ausnahmesituationen, ausserdem wirkt sich die Krankheit unter Umständen persönlichkeitsverändernd aus. Dass der Arbeitgeber gehalten ist, seine Mitarbeiterinnen auch vor Gewalt zu schützen, ergibt sich aus seiner allgemeinen Fürsorgepflicht – der Pflicht, die Persönlichkeit der Arbeitnehmerinnen zu wahren und zu schützen und deshalb u.a. alle erforderlichen Massnahmen und Vorkehrungen zu treffen, um das Gewaltrisiko zu minimieren bzw. die Opfer zu unterstützen. In der Realität scheint es leider immer noch Arbeitgeber, aber auch Gerichte, zu geben, die der Ansicht sind, wer den Pflegeberuf ergreife, müsse sich damit abfinden, mitunter Prügel einzustecken.

10.8 Whistleblowerschutz

Das Spiegelbild der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist die Treuepflicht des Arbeitnehmers – die Pflicht, sein Handeln nach den Interessen des Arbeitgebers auszurichten und alles zu unterlassen, was ihm schaden könnte. Als Pflegende sind wir allerdings nicht nur unserem Arbeitgeber, sondern auch unseren Patienten, der Gesellschaft – der Gemeinschaft der Bürger, Steuer- und Krankenkassenprämienzahler – und dem Recht verpflichtet. Erleben wir z. B., dass die Sicherheit von Patienten aus finanziellen Gründen aufs Spiel gesetzt und dass der Betrieb auf unsere Warnungen nicht eingeht, befinden wir uns in einem Dilemma, aus dem uns unsere Rechtsordnung kaum heraus helfen kann. Im Gegensatz zu anderen Ländern geniessen «Whistleblower» (Mitarbeiter, die Zeugen von Missständen wurden und nach erfolglosem Bemühen des Dienstweges die Behörden bzw. die Öffentlichkeit alarmieren) nur unzureichenden gesetzlichen Schutz. Dies ist nicht zuletzt die Folge der praktisch schrankenlosen Kündigungsfreiheit, die es dem Arbeitgeber erlaubt, missliebigen Mitarbeitern den Laufpass zu geben, solange er minimale Form- und Fristanfordernisse einhält. Zwar gelten Rachekündigungen als missbräuchlich; den Beweis, dass Rache der entscheidende Kündigungsgrund war, obliegt der Mitarbeiterin und ist in der Regel schwer zu erbringen; hinzu kommt, dass eine missbräuchliche Kündigung zwar Entschädigungsansprüche auslöst, aber wirksam bleibt. Angesichts der grossen Dienste, die Whistleblower der Öffentlichkeit oftmals erweisen, sind im Parlament Bestrebungen im Gang, deren Schutz im OR auszubauen.

10.9 Verweigerung aus Gewissensgründen

Manchmal sind es ureigene, persönliche, ethische Wertmassstäbe, die es einer Pflegefachfrau verbieten, einen bestimmten Auftrag zu erfüllen (oder ihr im Gegenteil gebieten, sich über bestimmte Verbote hinweg zu setzen). Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, das Recht der Angehörigen von Gesund-

heitsberufen auf Verweigerung aus Gewissensgründen zu regeln; er überlässt es den Institutionen, intern zu gewährleisten, dass in ethischen Grenzsituationen nach klaren Regeln entschieden und auf die Überzeugungen und Wertvorstellungen des betroffenen Personals Rücksicht genommen wird.

10.10 Impfwang

Darf ein Spital sein Pflegepersonal zwingen, sich – bspw. gegen die Grippe oder die Masern – impfen zu lassen bzw. gegen Mitarbeiterinnen Sanktionen ergreifen, die eine Impfung verweigern? Die Anordnung einer Impfpflicht bedeutet einen Eingriff in das verfassungsmässig garantierte Recht auf körperliche Integrität. Eingriffe in verfassungsmässige Rechte setzen eine gesetzliche Grundlage voraus, müssen im öffentlichen Interesse liegen und dazu noch verhältnismässig sein. Die Verhältnis- und Zweckmässigkeit eines Impfwangs muss insbesondere dann verneint werden, wenn ein zeitlich befristetes Arbeitsverbot den gleichen Zweck erfüllen würde. Die mit einem solchen Arbeitsverbot – oder mit einer eingetretenen Erkrankung – verbundenen Absenzen sind auf jeden Fall an die Arbeitszeit anzurechnen. Bezweckt die Impfung den Schutz des Personals selber – wie es auf die Hepatitis-B-, nicht aber auf die Grippe- oder Masernimpfung zutrifft – gibt das Arbeitnehmerschutzrecht die gesetzliche Grundlage ab. Anders bei Impfungen, die in erster Linie zum Schutz der Patienten (und der anderen Mitarbeiterinnen) erfolgen sollen. In solchen Fällen stellt das eidg. Epidemien-gesetz den Kantonen anheim, einen Impfwang zu statuieren oder zeitlich begrenzte Berufsausübungsverbote auszusprechen.