

Pflegerecht

Pflegerecht – Pflegewissenschaft

66 Vorentwurf zum Gesundheitsberufegesetz

Thomas Gächter, Marianne Kaufmann

76 Bedarfsmeldung – Kostengutsprache

Brigitte Blum-Schneider, Martina Filippo

89 Assistenzbeitrag: Rolle der IV-Stelle bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen der Assistenzperson

Monika Wehrli

98 Ehe- und güterrechtliche Konsequenzen der unentgeltlichen Pflege des Ehegatten

Max B. Berger, Gian Sandro Genna



Stämpfli Verlag

2|14

Inhalt

EDITORIAL	65	RECHTSPRECHUNG	111
WISSENSCHAFT.....	66	DER KONKRETE FALL.....	123
GESETZGEBUNG	108	NEUIGKEITEN.....	125

Impressum

Schriftleiter

Prof. Dr. Hardy Landolt, LL.M.
Landolt Rechtsanwälte
Schweizerhofstrasse 14, Postfach, 8750 Glarus
Tel. 055 646 50 50, Fax 055 646 50 51
E-Mail: redaktion@pflugerecht.ch
www.pflugerecht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «Pflugerecht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im Februar, Mai, August, November.

Abonnementspreise 2014

AboPlus (Zeitschrift und Onlinezugang)

– Schweiz: CHF 100.50

– Ausland: CHF 116.–

Onlineabo: CHF 84.–

Einzelheft: CHF 22.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MwSt.

Abonnemente

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88

E-Mail: periodika@staempfli.com

Inserate

Tel. 031 300 63 89, Fax 031 300 63 90

E-Mail: inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2014

Gesamtherstellung: Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland,
Printausgabe ISSN 2235-2953
Onlineausgabe ISSN 2235-6851

Herausgeber

Hardy Landolt

Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungs- sowie Gesundheitsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar in Glarus

Gemeinsam mit:

Iren Bischofberger

Prof. Dr., Prorektorin der Kalaidos Fachhochschule Gesundheit und Fachbereichsleiterin Forschung bei Careum F+E, Forschungsinstitut der Kalaidos FH Departement Gesundheit, Zürich

Brigitte Blum-Schneider

MLaw, Doktorandin SNF an der Universität Zürich

Peter Breitschmid

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich

Christiana Fountoulakis

Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Freiburg

Thomas Gächter

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich, zugleich Kompetenzzentrum MERH UZH

Stephanie Hrubesch-Millauer

Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Bern

Ueli Kieser

Prof. Dr. iur., Vizedirektor am Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen,

Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Lehrbeauftragter an der Universität Bern, Rechtsanwalt in Zürich, Ersatzrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Tanja Manser

Prof. Dr. phil., Professorin für Psychologie an der Universität Freiburg

Julian Mausbach

Dr. iur., Geschäftsführer Kompetenzzentrum MERH UZH, Zürich

Peter Mösch Payot

lic. iur., LL.M., Dozent am Institut Sozialarbeit und Recht der Hochschule Luzern

Kurt Pärli

Prof. Dr. iur., Dozent und Leiter Zentrum für Sozialrecht der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften sowie Privatdozent an der Universität St. Gallen

René Schwendimann

Dr. sc. cur., Leiter Bereich Lehre am Institut für Pflegewissenschaft der Universität Basel

Der konkrete Fall

Berufsrecht

Berufsverbot für kontaminierte Pflegeperson?

Frage:

In unserem Spital taucht die Frage eines allfälligen Berufsverbotes für Pflegepersonal auf. Hintergrund der Frage ist eine Patientin mit einem multiresistenten Keim, d. h., auch wenn die eigentliche Infektion ausgeheilt ist, bleibt die Person Keimträgerin.

Es besteht in dieser Situation ein gewisses Risiko, dass Pflegepersonen, die sich um die fragliche Patientin kümmern, ebenfalls mit dem Keim kontaminiert werden. Das heisst nun nicht, dass diese Personen zwingend erkranken, sie bleiben aber Keimträger.

Nun geistert unter dem Personal das Schreckgespenst herum, dass kontaminierte Pflegepersonen mit einem lebenslangen Berufsverbot belegt werden könnten. In Deutschland ist diese Thematik vor ein paar Jahren im Zusammenhang mit HIV-positiven Pflegepersonen diskutiert worden. Schlussendlich wurde von einem Berufsverbot abgesehen, da das HI-Virus nur über Körperflüssigkeit übertragen werden kann und die Übertragungswahrscheinlichkeit im Rahmen der beruflichen Tätigkeit bei Einhaltung hygienischer Standards praktisch ausgeschlossen ist. Bei den Keimen unserer Patientin hingegen genügt ein simpler Kontakt für eine Übertragung.

Gibt es für ein Berufsverbot in einer solchen Situation überhaupt eine rechtliche Handhabe?

Anfrage von H., Pflegedienst eines Kantonsspitals, an die Redaktion

Antwort:

Für die Beantwortung der Frage ist vorerst die grundrechtliche Dimension eines Berufsverbotes zu erläutern. Art. 27 der Bundesverfassung (BV) enthält das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit. Teil der Wirtschaftsfreiheit bildet nach Art. 27 Abs. 2 BV die Berufsfreiheit. Die Berufsfreiheit schützt die freie Wahl des Berufes, den freien Berufszugang und die Berufsausübung.¹ Wie jedes Grundrecht kann auch die Berufsfreiheit eingeschränkt werden. Eine Einschrän-

kung ist nach Art. 36 Abs. 1–4 BV indes nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt oder zum Schutze der Grundrechte Dritter erfolgt, verhältnismässig ist und der Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzt wird. Bei schweren Grundrechtseingriffen ist gemäss Art. 36 Abs. 1 BV eine ausdrückliche Gesetzesgrundlage erforderlich. Ein Berufsverbot stellt unstreitig einen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit dar und bedarf deshalb einer ausdrücklichen Gesetzesgrundlage.

Im schweizerischen Recht finden sich verschiedene Rechtsgrundlagen, auf deren Basis zeitlich beschränkte Berufsverbote ausgesprochen werden können.

Berufsverbote können als Teil der *strafrechtlichen Sanktion* nach Begehen einer Straftat bei der Berufsausübung ausgesprochen werden (Art. 67 StGB). Zweck des strafrechtlichen Berufsverbotes ist der Schutz der Personen vor einem potenziellen weiteren Missbrauch der beruflichen Stellung des Täters.² Zulässig ist gemäss Bundesgericht auch ein durch die kantonale Behörde ausgesprochenes Berufsverbot an einen Pfleger, dem in einem noch laufenden Strafverfahren sexuelle Delikte gegen Patienten/-innen vorgeworfen werden.³ Auch wenn strafrechtlich noch nicht feststand, ob der Pfleger die Delikte tatsächlich begangen hatte, stand für das Bundesgericht der Schutz wehrloser Patienten/-innen vor möglichen weiteren Übergriffen über dem Interesse des Pflegers an der weiteren Ausübung seines Berufes.⁴ Die strafrechtlichen Tätigkeits- und Berufsverbote werden künftig wesentlich strenger ausfallen. Das Parlament hat im Dezember 2013 das «Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot» angenommen.⁵ Das Gesetz sieht für besonders extreme Fälle ein lebenslanges Berufsverbot vor.⁶

² STRATENWERTH, GÜNTER/WOHLERS, WOLFGANG, Schweizerisches Strafrecht, Handkommentar, 3. Auflage, Bern 2012, N 4 zu Art. 67 StGB.

³ Urteil des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 18. Dezember 2012, 2C-866/2012, siehe dazu: LANDOLT, HARDY, Pflegerecht 2013, S. 236.

⁴ Urteil des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 18. Dezember 2012, 2C-866/2012, E. 3.

⁵ Zum Gesetz siehe: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/9683.pdf> (zuletzt besucht am 4. März 2014).

⁶ Zu den Hintergründen des Gesetzes siehe: <https://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/kriminalitaet/gesetzgebung/berufsverbot.html> (zuletzt besucht am 4. März 2014).

¹ BGE 122 I 130, E. 3a.

Ein Berufs- bzw. Tätigkeitsverbot kann auch gestützt auf Art. 19 Abs. 2 Epidemien-gesetz (EpG)⁷ ausgesprochen werden. Eine solche Massnahme kommt nur in Frage, wenn so die Ausbreitung bzw. Weiterausbreitung einer Epidemie wirksam verhindert werden kann. Das epidemienrechtliche Berufsverbot zielt auf den *Schutz der Bevölkerung*. Diskutiert wurden Berufsverbote im Zusammenhang mit Prostitution und HIV-Epidemie.⁸

Ein gestützt auf das Epidemien-gesetz ausgesprochenes Berufsverbot muss dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen, das heisst, ein Berufsverbot muss vorab überhaupt geeignet sein, die Ausbreitung der Epidemie zu verhindern. Dieses Ziel darf sich auch nicht durch eine mildere Massnahme realisieren lassen und das Verbot muss zumutbar sein. Art. 20 EpG sieht vor, dass die Kantone den betroffenen Berufsleuten eine *Entschädigung für den Erwerbsausfall* ausrichten können. Im revidierten Epidemien-gesetz⁹, das nicht vor 2016 in Kraft treten wird, werden das Berufsverbot und die Entschädigung etwas präziser formuliert. Art. 38 EpG Abs. 1 (neu) lautet: «Einer Person, die krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet, kann die Ausübung bestimmter Tätigkeiten oder ihres Berufs ganz oder teilweise untersagt werden. Sie kann verpflichtet werden, einen Wechsel des Wohnkantons, ihrer Tätigkeit oder Berufsausübung der zuständigen kantonalen Behörde unverzüglich zu melden.» Gemäss Art. 64 EpG (neu) kann die anordnende Behörde von einem Berufsverbot betroffenen Personen eine Entschädigung ausrichten, soweit die Schäden nicht anderweitig berücksichtigt werden.

Dem *Schutz der Arbeitnehmer/innen* dient das im Recht der obligatorischen Unfallversicherung verankerte Tätigkeitsverbot. Nach Art. 82 Unfallversicherungsgesetz (UVG) ist der Arbeitgeber verpflichtet, zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten alle Massnahmen zu treffen, die nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind. Art. 84 Abs. 2 UVG

sieht vor, dass die Durchführungsorgane der Unfallversicherung versicherte Personen, «die hinsichtlich Berufsunfällen oder Berufskrankheiten durch bestimmte Arbeiten besonders gefährdet sind, von diesen Arbeiten ausschliessen» (können). Die betroffenen Arbeitnehmer/innen haben Anspruch auf eine Entschädigung. Die Modalitäten sind in der Verordnung über die Unfallverhütung (VUV)¹⁰ geregelt.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Berufsverbote können also auf der Grundlage unterschiedlicher gesetzlicher Grundlagen ausgesprochen werden. Beim in Ihrer Anfrage skizzierten Fall wäre die Anwendung des epidemienrechtlichen Berufsverbotes zu prüfen. Das auf dem Unfallversicherungsgesetz basierende Berufsverbot kommt nur zum Tragen, wenn der Schutz der betroffenen Arbeitnehmerin bzw. des betroffenen Arbeitnehmers bezweckt wird. Zu schützen wären jedoch vorliegend die Patienten/-innen. Wie erwähnt sieht das Epidemien-gesetz – sowohl in der noch geltenden wie künftigen Version – vor, dass von einem Berufsverbot betroffene Personen entschädigt werden. Zudem wären auch Leistungen der Unfallversicherung zu prüfen (Berufskrankheit, Art. 9 UVG).

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Leiter Zentrum für Sozialrecht, ZHAW, Winterthur, Privatdozent Universität St. Gallen

Der konkrete Fall

In dieser Rubrik beantworten unsere Spezialisten Leserfragen. Die Fragestellerin oder der Fragesteller wird namentlich genannt oder bleibt auf Wunsch anonym. Wir behalten uns vor, lange Fragen gekürzt abzdrukken. Es besteht kein Recht auf Beantwortung bzw. Publikation.

Bitte senden Sie uns Ihre Fragen per E-Mail an: redaktion@pfleregerecht.ch

⁷ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemien-gesetz) vom 18. Dezember 1970, SR 818.101.

⁸ Siehe dazu HÜRLIMANN, BRIGITTE, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Freiburg, 2004, S. 38.

⁹ Die Vorlage zur Revision des Epidemien-gesetzes wurde am 22. September 2013 in einer Referendumsabstimmung angenommen. Das revidierte Epidemien-gesetz wird nicht vor 2016 in Kraft treten, siehe: http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=de#sprungmarke0_18 (zuletzt besucht am 4. März 2014).

¹⁰ Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV) vom 19. Dezember 1983, SR 832.30.