

Kurzgutachten betreffend Kompetenzregelung der Medizinaltechnik in sozialen Institutionen unter Einbezug des rechtlichen Handlungsspielraums

von Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.

Inhaltsverzeichnis:

1. Einleitung	1
2. Einleitende Bemerkungen	2
3. Gesundheitspolizeiliche Zulässigkeit der Delegation	2
3.1. Allgemeines	2
3.2. Bewilligungspflichtige Pflegeverrichtungen	3
3.3. Unselbstständigerwerdende Ausübung einer Pfl egetätigkeit.....	4
4. Sozialversicherungsrechtliche Zulässigkeit der Delegation	5
5. Delegation und Hilfspersonenhaftung	6
5.1. Allgemeines.....	6
5.2. Grundsätzliche Zulässigkeit des Bezugs von Hilfspersonen	6
5.3. Unzulässigkeit der Delegation von Pflegeverrichtungen des Kernbereichs der diplomierten Pfl egetätigkeit.....	7
5.4. Hilfspersonenhaftung	9
5.5. Organisationshaftung	10
6. Zusammenfassung	11

1. Einleitung

Mit E-Mail vom 02.02.2017 wurde der Gutachter von Irène Mahnig-Lipp, stellvertretende Leiterin der Weiterbildung vom CURAVIVA ersucht, ein Kurzgutachten betreffend Kompetenzregelung der Medizinaltechnik in sozialen Institutionen unter Einbezug des rechtlichen Handlungsspielraums zu erstatten.

Im Gutachtensauftrag wurden folgende Fragen gestellt:

- Kann der Betrieb aus rechtlicher Sicht argumentieren, dass in familienähnlichen Strukturen, Betreuungspersonal, das nicht über umfassende medizinaltechnische Kompetenzen verfügt, in einer vergleichbaren Rolle wie Angehörige handeln kann?
- Würde es reichen, wenn diese Personen eine spezifische Schulung mit Kompetenznachweis für die entsprechende Handlung erhalten?

Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an diesen Fragen sowie der geschilderten Ausgangslage und dem erwähnten exemplarischen Beispiel der Verabreichung von Insulin an einen Bewohner einer sozialen Institution durch eine nicht diplomierte Arbeitnehmerin bzw. Pflegehilfskraft.

2. Einleitende Bemerkungen

Die zu beurteilende Fragestellung betrifft eine zentrale Problematik im Zusammenhang mit medizinischen Dienst- und Sachleistungen. Weder der Bundesgesetzgeber noch der kantonale Gesetzgeber kennen eine detaillierte Regulierung, unter welchen Voraussetzungen die Vornahme von medizinischen Dienst- und Sachleistungen an eine nicht diplomierte Pflegefachperson bzw. Hilfskräfte delegiert werden kann. Die Beantwortung der gestellten Fragen kann folglich nicht auf eine bestimmte Gesetzesbestimmung abgestützt werden, sondern erfolgt unter Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze des Delegationsrechts und des kantonalen Gesundheitspolizeirechts sowie des Bundessozialversicherungsrechts.

Die Delegation von medizinischen Dienst- und Sachleistungen an nicht diplomiertes Pflegepersonal befindet sich im Gravitationsbereich von diversen rechtlichen Spannungsfeldern:

- Bewilligungspflichtige versus nicht bewilligungspflichtige Pflege (Gesundheitspolizeiliche Zulässigkeit der Delegation)
- Vergütungspflichtige versus nicht vergütungspflichtige Pflege (sozialversicherungsrechtliche Zulässigkeit der Delegation)
- Persönliche Ausführungspflicht des Beauftragten versus Zulässigkeit des Beizugs von Hilfspersonen (Delegation und Hilfspersonenhaftung)

3. Gesundheitspolizeiliche Zulässigkeit der Delegation

3.1. Allgemeines

Die medizinischen Berufe sind bundesrechtlich geregelt. Das Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG) vom 30. September 2016 regelt die Ausbildung und Ausübung der folgenden Gesundheitsberufe:

- Pflegefachfrau und Pflegefachmann
- Physiotherapeutin und Physiotherapeut
- Ergotherapeutin und Ergotherapeut
- Hebamme
- Ernährungsberaterin und Ernährungsberater
- Optometristin und Optometrist
- Osteopathin und Osteopath

Die Ausbildungsbestimmungen des Gesundheitsberufegesetzes beziehen sich hinsichtlich des Bereichs der Pflege lediglich auf die Bachelorausbildung. Das Gesundheitsberufegesetz regelt sodann die Ausübung des Berufes der Pflegefachfrau bzw. des Pflegefachmannes in eigener fachlicher Verantwortung. Pflegefachpersonen, welche ihren Beruf in eigener fachlicher Verantwortung ausführen möchten, bedürfen einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Beruf ausgeübt wird (vgl. Art. 11 GesBG).

Das kantonale Gesundheitspolizeirecht sieht unterschiedliche Regelungen hinsichtlich der Bewilligungsvoraussetzungen für die selbstständigerwerbende Tätigkeit von Pflegefachpersonen vor. Pflegefachpersonen wird in der Regel die Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung erteilt, wenn die gesuchstellende Person über ein eidgenössisch anerkanntes Diplom im Bereich der Krankenpflege verfügt und zwei Jahre unter der fachlichen Verantwortung einer Pflegefachperson, welche die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt, praktisch berufstätig war¹.

3.2. Bewilligungspflichtige Pflegeverrichtungen

Vom Gesundheitsberufegesetz nicht geregelt sind die Bewilligungspflicht von pflegerischen Tätigkeiten und die unselbstständigerwerbende Ausübung eines Pflege(hilf)berufes. Das kantonale Gesundheitspolizeirecht regelt die bewilligungspflichtigen Pflegeverrichtungen, wenn überhaupt, nur rudimentär. Die kantonalen Gesundheitsgesetze gehen allgemein davon aus, dass medizinische Dienst- und Sachleistungen, die mit einer konkreten Gefahr für Personen verbunden sind, bewilligungspflichtig sind.

Im Kanton Zürich beispielsweise erklärt § 3 des Gesundheitsgesetzes folgende medizinische Tätigkeiten für bewilligungspflichtig:

- Krankheiten, Verletzungen, sonstige gesundheitliche Beeinträchtigungen oder Schwangerschaften nach den Erkenntnissen der anerkannten Wissenschaften oder im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung feststellt oder behandelt,
- sich in einem Beruf betätigt, den die Krankenversicherungsgesetzgebung zur Gruppe der Leistungserbringer zählt,
- übertragbare, die Allgemeinheit gefährdende Krankheiten feststellt oder behandelt,
- Verrichtungen zur Veränderung der Empfängnis- und Zeugungsfähigkeit vornimmt,
- instrumentale Eingriffe in den Körperöffnungen oder körperverletzend unter der Haut vornimmt:
 1. an Kranken, Verletzten, gesundheitlich anderweitig Beeinträchtigten oder Schwangeren,
 2. im Rahmen der Gesundheitsförderung oder Prävention,
- Arzneimittel und Medizinprodukte in Verkehr bringt, deren Abgabe nach Bundesrecht bewilligungspflichtig ist,
- unter einem eidgenössisch anerkannten Diplom der Komplementärmedizin tätig wird.

¹ Vgl. § 27 der Verordnung des Kantons Zürich über die nichtuniversitären Medizinberufe [nuMedBV] vom 24. November 2010.

Andere Kantone kennen ähnliche oder anders formulierte Umschreibungen der bewilligungspflichtigen medizinischen Dienst- und Sachleistungen. Die wie auch immer textlich gefassten gesetzlichen Bestimmungen äussern sich nicht mit letzter Klarheit über die bewilligungspflichtigen pflegerischen Verrichtungen. Lediglich ausnahmsweise wird festgehalten, welche pflegerischen Verrichtungen bewilligungspflichtig bzw. nicht bewilligungspflichtig sind.

Art. 4 der Verordnung des Kantons St. Gallen über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege vom 21. Juni 2011 definiert beispielsweise, welche medizinischen Tätigkeiten nicht als Ausübung eines bewilligungspflichtigen Berufes der Gesundheitspflege gelten. Dazu zählen:

- Gesundheits- und Sportmassage;
- Gymnastik und unbedenkliche physikalische Anwendungen bei gesunden Personen zur Hebung des Wohlbefindens und der Leistungsfähigkeit sowie Haltungsturnen;
- äussere ungefährliche kosmetische Behandlungen mit für die Gesundheit unbedenklichen Mitteln und Methoden;
- Bildung und Schulung von Menschen mit körperlicher oder geistiger Behinderung;
- Übungsbehandlung von Sprachstörungen;
- psychologische Beratung und psychotechnische Beurteilung gesunder Personen;
- Anfertigen und Anpassen von Hilfsgeräten und Hilfsmitteln ohne Heilwirkung, soweit nicht besondere Bestimmungen Ausnahmen vorsehen.

3.3. Unselbstständigerwerdende Ausübung einer Pflegetätigkeit

Die kantonalen Gesundheitsgesetze gehen allgemein davon aus, dass die Ausübung von an sich bewilligungspflichtigen medizinischen Dienstleistungen durch unselbstständigerwerbende Personen in einem Spital, einem Betagten- oder Altersheim oder für eine Organisation der Hilfe und Pflege zuhause nicht bewilligungspflichtig ist, aber eine fachliche Aufsicht durch einen Bewilligungsinhaber erfordert².

Die kantonalen Gesundheitsgesetze schweigen sich regelmässig darüber hinaus, welche pflegerischen Tätigkeiten an nicht diplomierte Hilfskräfte delegiert werden können. Gemäss § 11 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Zürich vom 2. April 2007 dürfen nur Verrichtungen übertragen werden, zu deren Ausführung auch die selbstständig Tätigen berechtigt sind und die nicht deren persönliche Berufsausübung erfordern. Unter welchen Voraussetzungen die persönliche Berufsausübung notwendig ist, wird nicht näher umschrieben³.

² Vgl. z.B. Art. 33 Verordnung des Kantons St. Gallen über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege vom 21. Juni 2011.

³ Siehe dazu infra Ziffer 5.2.

4. Sozialversicherungsrechtliche Zulässigkeit der Delegation

Die obligatorische Heilungskostenversicherung gemäss UVG und KVG basiert auf dem Grundsatz, dass lediglich versicherte Pflegeleistungen, welche von anerkannten Leistungserbringern erbracht worden sind, vom jeweiligen Sozialversicherungsträger vergütet werden muss. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass anerkannte Leistungserbringer versicherte Behandlungsmassnahmen an nicht anerkannte Leistungserbringer delegieren können.

So ist etwa die psychotherapeutische Behandlung durch einen von einem Arzt angestellten (nichtärztlichen) Psychologen oder Psychotherapeuten in den Praxisräumen dieses Arztes und unter dessen Aufsicht und Verantwortlichkeit «ärztliche Behandlung» im Sinne des KVG und damit als von den Krankenkassen entschädigungspflichtige Leistung zu qualifizieren, sofern die betreffende therapeutische Vorkehr nach den Geboten der ärztlichen Wissenschaft und Berufsethik sowie nach den Umständen des konkreten Falles grundsätzlich an eine solche (unselbständige) Hilfsperson delegierbar ist⁴.

Im Kontext mit Pflegeleistungen musste das Bundesgericht die Frage klären, ob Art. 49 bzw. 51 KVV die Anstellung von nicht diplomierten Pflegepersonal untersagt bzw. nur versicherte Pflegeleistungen, welche von diplomiertem Pflegepersonal ausgeführt werden, vom obligatorischen Heilungskostenversicherer vergütet werden müssen. Aus dem gesetzlichen Hinweis, wonach die sozialversicherungsrechtliche Zulassung einer Organisation der Krankenpflege und Hilfe zu Hause Fachpersonal, das eine den Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat, voraussetzt⁵, kann nicht abgeleitet werden, dass nicht diplomiertes Pflegepersonal nicht angestellt werden kann bzw. der obligatorische Krankenpflegeversicherer nicht verpflichtet ist, gemäss Art. 7 KLV versicherte Pflegeleistungen, die von Hilfskräften ausgeführt worden sind, zu vergüten. Es ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere zulässig, pflegende Angehörige anzustellen⁶.

Soweit eine Delegation an nicht diplomiertes Personal erfolgt, ist eine *hinreichende Überwachung und Betreuung durch das diplomierte Fachpersonal des anerkannten Leistungserbringers Voraussetzung für die Leistungspflicht des obligatorischen Krankenpflegeversicherers*. Mit Bezug auf die Delegation von Pflegeleistungen an den Ehemann einer an Multiple Sklerose erkrankten Frau das Bundesgericht fest, dass Art und Umfang der Überwachung und Betreuung im pflichtgemässen Ermessen der Leitung des Spitex-Vereins und des für die Anordnung der Pflegeleistungen zuständigen Arztes liege⁷.

⁴ Vgl. BGE 107 V 46 ff.

⁵ Vgl. Art. 51 lit. c KVV.

⁶ Vgl. Urteile Bundesgericht vom 21.06.2006 (K 156/04) E. 4 und vom 19.12.2007 (8C_597/2007) E. 5.

⁷ Vgl. Urteil Bundesgericht vom 19.12.2007 (8C_597/2007) E. 5.2.

5. Delegation und Hilfspersonenhaftung

5.1. Allgemeines

Der Aufenthalt in einer sozialen Institution wird einerseits durch den «Betreuungsvertrag»⁸ und andererseits durch die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts normiert⁹. Beim Betreuungsvertrag handelte sich um einen Innominatvertrag, d.h. um einen nicht im Gesetz geregelten Vertragstypus, der insbesondere auftrags- und mietrechtliche Komponenten aufweist. Das Auftragsrecht geht dabei davon aus, dass die beauftragte Person den übernommenen Auftrag persönlich auszuführen hat. Eine Übertragung der Auftragserteilung an einen Dritten ist zulässig, wenn der Auftraggeber eine entsprechende Einwilligung gegeben hat oder die Delegation Übungsgemäss als zulässig erachtet wird¹⁰.

5.2. Grundsätzliche Zulässigkeit des Beizugs von Hilfspersonen

Soweit es sich bei dem fraglichen Dienstleistungserbringer um eine juristische Person handelt, ist von vornherein klar, dass der Beizug von Hilfspersonen unabdingbar ist, weil die juristische Person selber bzw. ihre Organe in der Regel nicht persönlich den Auftrag erfüllen können. Der Patient bzw. Heimbewohner hat zwar eine freie Wahl unter den zugelassenen medizinischen Dienstleistungserbringern¹¹, ihm steht aber weder eine Personal- noch eine Therapiewahlfreiheit innerhalb eines bestimmten Dienstleistungsbetriebes zu¹². Über den Einsatz des Personals und die Art und Weise der Behandlung entscheidet der jeweilige Arzt bzw. die jeweilige Pflegefachperson im Rahmen ihres Ermessens¹³.

Der Dienstleistungserbringer hat im Zusammenhang mit der Auswahl des Personals bzw. der Massnahmen die übliche Sorgfalt walten zu lassen. Im Haftpflichtrecht gilt dabei ein *objektivierter Sorgfaltsbegriff*. Der Mangel an Sorgfalt wird durch den Vergleich des tatsächlichen Verhaltens des Schädigers mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der Situation des Schädigers festgestellt. Jede negative Abweichung von diesem geforderten *Durchschnittsverhalten* gilt als sorgfaltswidrig und damit als fahrlässig. Allerdings ist dieser objektivierte Sorgfaltsmassstab nicht starr für alle Schädiger gleich zu handhaben. Die erforderliche Sorgfalt ist nur für die einer bestimmten Kategorie angehörenden Schädiger dieselbe¹⁴.

Die Anforderungen an die aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag abgeleitete objektive Sorgfaltspflicht lassen sich nicht allgemeingültig festlegen. Sie richten sich vielmehr nach den *Umständen des Einzelfalles*, namentlich nach der Art der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum und der Zeit, die dem Arzt zur Verfügung

⁸ Vgl. Art. 382 Abs. 1 ZGB.

⁹ Vgl. Art. 382 ff. ZGB.

¹⁰ Vgl. Art. 398 Abs. 3 OR.

¹¹ Vgl. Art. 41 KVG.

¹² Vgl. Urteil Bundesgericht vom 16.01.1998 (2P.207/1997) = Pra 1988 Nr. 97 E. 2a und b.

¹³ Vgl. BGE 130 I 337 E. 5.3.

¹⁴ Vgl. Urteil Bundesgericht vom 10.04.2008 (4A_22/2008) E. 4.

steht, sowie nach Ausbildung, Leistungsfähigkeit und Ausstattung, die objektiv vom Medizinalpersonal bzw. von der vertraglich verpflichteten Institution erwartet werden dürfen. Zu beachten ist, dass die Haftung des Arztes oder einer Klinik nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht auf grobe Verstöße gegen Regeln der ärztlichen Kunst beschränkt ist. Vielmehr sind Kranke stets fachgerecht zu behandeln, und es ist zum Schutz ihres Lebens oder ihrer Gesundheit die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt aufzuwenden. Ein Arzt oder eine Klinik hat grundsätzlich für jede Pflichtverletzung einzustehen¹⁵.

5.3. Unzulässigkeit der Delegation von Pflegeverrichtungen des Kernbereichs der diplomierten Pfl egetätigkeit

Sowohl eine vertikal als auch eine horizontale Delegation sind dann unzulässig, wenn *Verrichtungen aus dem Kernbereich des jeweiligen Medizinberufes* weiterdelegiert werden sollen. An nichtärztliches Hilfspersonal können keine genuin ärztlichen Aufgaben, insbesondere fachärztliche Eingriffe, delegiert werden¹⁶. Eine Delegation ist in Bezug auf Vorbereitungsmaßnahmen für ärztliche Untersuchungen, Eingriffs- und Sicherheitsaufklärung¹⁷ sowie Psychotherapie möglich¹⁸, nicht aber betreffend die Diagnose¹⁹ und chirurgische Eingriffe bzw. Eingriffe in den Leichnam²⁰ sowie die Abgabe von verschreibungspflichtigen Medikamenten²¹. Ein niedergelassener Kinderarzt darf bei Erkrankung eines Säuglings mit Brechdurchfall seinen Angestellten grundsätzlich nicht das Ausfüllen eines blanko unterschriebenen Folgerezepts überlassen²².

Die Übertragung der Behandlung auf einen Krankengymnasten, der die für diese Behandlung notwendige Zusatzausbildung nicht besitzt, stellt einen Behandlungsfehler dar und begründet die Vermutung dafür, dass der Mangel an Ausbildung für später aufgetretene gesundheitliche Beeinträchtigungen des Patienten ursächlich geworden ist. Für die Beschäftigung eines Krankengymnasten, der die für eine Behandlung notwendige Zusatzausbildung nicht besitzt, gelten die arzt haftungsrechtlichen Grundsätze der Anfängeroperation²³. Eine Arzthelferin ist insbesondere berechtigt, einen Gerätetisch zur Vorbereitung einer augenärztlichen Spaltlampenuntersuchung herunterzufahren²⁴. Nicht delegierbar ist lediglich die Bedienung eines Medizinalgerätes an eine nichtärztliche Fachperson, wenn der Bedienungsvorgang zum Kernbereich der ärztlichen Behandlung gehört.

¹⁵ Vgl. z.B. Urteil Bundesgericht vom 13.06.2000 (4C.53/2000) E. 1b.

¹⁶ Vgl. Urteile BGH vom 14.02.1995 (VI ZR 272/93) = NJW 1995, 1611 = VersR 1995, 706 und vom 08.05.1979 (VI ZR 58/78) = NJW 1979, 1935 = VersR 1979, 718.

¹⁷ Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3b und c. Der Spitalarzt ist selbst aufklärungspflichtig und darf nicht darauf vertrauen, dass der Frauenarzt die Patientin ausreichend über Vor- und Nachteile sowie Risiken der geplanten Sterilisation nach der Methode Pomeroy aufgeklärt hat (vgl. Urteil BGer vom 01.12.1998 [4C.276/1993] = Pra 2000 Nr. 28 E. b/bb).

¹⁸ Vgl. BGE 110 V 187 = Pra 1985 Nr. 26 E. 5.

¹⁹ Vgl. BGE 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3 (Haftung des Hausarztes für Telefondiagnose bzw. -auskünfte der Arztgehilfin).

²⁰ Vgl. BGE 129 IV 172 = Pra 2003 Nr. 182 E. 2.3.

²¹ Vgl. Art. 24 HMG.

²² Vgl. Urteil OLG Köln vom 22.09.2010 (5 U 211/08) = VersR 2011, 760.

²³ Vgl. Urteil KG vom 14.04.2008 (20 U 183/06) = VersR 2008, 1267.

²⁴ Vgl. Urteil OLG Hamm 3 U 42/09 vom 27. Januar 2010 = BeckRS 2014, 20214.

Die schweizerische Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – noch nicht mit der Frage ersten ansetzen müssen, welche pflegerischen Tätigkeiten zum Kernbereich des Pflegeberufes zählen und nicht delegiert werden können. Das Landgericht Waldshut-Tiengen hat 2004 die Leiterin einer Seniorenresidenz wegen Anstiftung zur Körperverletzung verurteilt, weil sie die – ärztlich verordnete und medizinisch notwendige – *Gabe von Insulin in zahlreichen Fällen an eine angeleitete Hilfskraft* delegiert hatte. Die Strafkammer stellte fest, dass die Delegation der ärztlichen Massnahme «Injektion» auf Pflegefachkräfte dem in einer stationären Pflegeeinrichtung zu erwartenden üblichen und ordentlichen Standard entspricht. Demgegenüber erfüllt die Übertragung dieser Verrichtung auf angeleitete Hilfskräfte nach Ansicht der Strafrichter diesen Standard bereits deshalb nicht, weil die Ärzte in das Delegationsgeschehen nicht involviert sind²⁵.

Das Sozialgericht Speyer hat in einem sozialversicherungsrechtlichen Verfahren den *Einsatz von angeleiteten Pflegekräften im Tätigkeitsbereich der Behandlungspflege als Qualitätsmangel* eingestuft. Konkret wurde die Gabe von Medikamenten, Verbandswechsel bei enteraler Nahrungsversorgung per Sonde und subrapubischem Dauerkatheter und die Einbringung von Augentropfen durch angeleitete Pflegefachkräfte beanstandet²⁶. Zulässig ist das Verabreichen von Einläufen durch einen Krankenpflegeschüler²⁷.

Die deutsche Praxis wirft die Frage auf, ob auch in der Schweiz ein Behandlungspflege-delegationsverbot für Pflegeassistentenpersonal und Laien gilt. Die kantonalen Pflegeversorgungserlasse schweigen sich dazu mehrheitlich aus. *Indirekte Delegationsverbote* statuieren die Bewilligungsvoraussetzungen, die – meistens in Pflegeheimen – eine bestimmte *Quote von diplomierten Pflegefachkräften* verlangen. Die Bandbreite der gesetzlichen Quoten reicht von der stetigen Anwesenheit diplomierter Pflegefachkräfte²⁸, über relative Quoten, z. B. angemessenes Verhältnis²⁹, bis hin zu fixen Quoten, z. B. 50 % des Pflegepersonals³⁰. Der Kassensturz hat 2013 eine Umfrage bei den Kantonen gemacht und online die nachfolgende Übersichtstabelle veröffentlicht³¹:

²⁵ Vgl. Urteil LG Waldshut-Tiengen vom 23.03.2004 (2 S 13 Js 10959/99) = PflR 2004, 511 = RDG 2007, 178.

²⁶ Vgl. Urteil SG Speyer vom 27.07.2005 (S 3 P 122/03) = PflR 2006, 188 = RDG 2006, 117.



























²⁷ Vgl. Urteil OLG Frankfurt vom 05.04.1984 (1 184/83).

²⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 3 PflHR FR.

²⁹ Vgl. § 7 lit. b AbPV SH.

³⁰ Vgl. Art. 32^{bis} Abs. 2 lit. b GesG SG.

³¹ Vgl. <https://www.srf.ch/sendungen/kassensturz-esspresso/themen/gesundheit/pflegeheime-zu-wenig-diplomiertes-personal> (zuletzt besucht am 02.04.2017).

	Vorgaben zum Personal-Schlüssel	Mindestanteil an diplomierten Pflegefachleuten*	Mindestanteil an Fachpersonal mit Fähigkeitsausweis**	Vorgaben zum Pflegepersonal	Kontrolle
 AG	ja	20%	20%	Ja	Ja
 AI	nein	-	-	Nein	Nein
 AR	ja	16.5%	16.5%	Ja	Ja. Bei den ordentlichen Kontroll- und Aufsichtsbesuchen, bei Beschwerden oder Hinweisen sowie auf Wunsch der Verantwortlichen (Heim oder Trägerschaft).
 BE	ja	20%	30%	Ja	Ja, einmal jährlich alle Heime und bei Bedarf
 BL	nein	(1)	(1)	Nein	Durch paritätische Qualitäts-Kommission
 BS	ja	(2)	(2)	Ja	Mindestens ein Aufsichtsbesuch innerhalb einer Vertragsperiode von fünf Jahren aufgrund der Qualitätsrichtlinien "Qualivita", welche zusammen mit den Kantonen Solothurn und Basel-Landschaft ausgearbeitet wurden.
 FR	ja	15%	10%	Ja	Ja, einmal jährlich durch Kantonsarzt und Gesundheitsamt
 GE	k.A.				
 GL	nein	(3)	(3)	Nein	Nein
 GR	ja	20%	20%	Ja	4 x jährlich Eingabe an Kanton = Selbstdiklaration / Überprüfung auch anhand der Bewohnerlisten und Leistungsdaten für die Auszahlung der Leistungsbeiträge möglich. Wenn Auffälligkeiten, Besuch vor Ort, Verfügung von Aufträgen (Frist zur Berichtigung der Defizite). Kann ein Defizit in 3 Monaten nicht behoben werden, wird ein Aufnahmestopp verfügt oder Abschlussschritt beschlossen.
 JU	ja	15%	15%	Ja	Ja, anlässlich Inspektionsbesuche
 LU	nein	-	-	Nein	Nein
 NE	ja	20%		Ja	Ja
 NW	ja	16.5%	16.5%	Ja. Der Gesamtstellenplan im Bereich der Betreuung und Pflege setzt sich zusammen aus 2/3 Pflegeassistentenpersonal (Pflicht SFK-Kurs) und 1/3 diplomiertes Betreuungs- und Fachpersonal	Ja
 OW	nein	-	-	Nein	Nein
 SG	ja	(4)	(4)	Ja	Ja: Einhaltung der Mindestkriterien wird punktuell überprüft (z. B. bei Bauvorhaben, Konzeptänderungen, Aufnahme von Mehrplätzen in die kantonale Pflegeheimliste).
 SH	ja	20%	30%	Ja, in Relation zu den Pflegeminuten / Schweregrad der Klienten/innen; es wird das BESA-System verwendet	Ja, Selbstdiklaration der Heime.
 SO	ja	20%	20%	Keine bindende Mindestgrösse.	2. Ja, regelmässige Aufsichtsbesuche, alle 2 Jahre wird eine Stellenplanstatistik gemacht
 SZ	ja	5%	35%	Ja, gemäss Richtstellenplan in Abhängigkeit mit den BESA-Minuten.	Ja, Mittels jährlichem Q-Reporting und der Kostenrechnung, welche die Heime jeweils Anfang Jahr dem Kanton zukommen lassen müssen.
 TG	ja	20%	20%	Keine Angaben	Keine Angaben
 TI	ja	28%	12%	Nein (ausser Nachtschicht: mindestens 2 Pflegefachleute)	Ja. Heime werden vom Ufficio del medico cantonale und Ufficio degli anziani e delle cure a domicilio systematisch kontrolliert.
 UR	ja	20%	20%	Ja	Ja. Einmal jährlich gemäss Selbstdiklaration. Zusätzliche Prüfung bei regelmässigen Heimvisitationen sowie bei allfälligen Beschwerden.
 VS	ja	20%	20%	Ja	Ja, monatlich über die Finanzen, zusätzlich über Kontrollbesuche.
 VD	k.A.				
 ZG	ja	20%	30%	Ja	Ja. Anlässlich Erteilung oder Erneuerung der Betriebsbewilligung und bei Beschwerden.
 ZH	ja	25%	25%	Ja, gemäss Pflegebedarf und Anzahl bewohnende überprüft.	Ja, jährlich durch gesundheitspolizeiliche Aufsicht

Legende

* Tertiäre Ausbildungsstufe: FH, HF altrechtliche Diplome

** Sekundäre Ausbildungsstufe: FaGe; FaBe

(1: Empfehlung, dass in einem Alters- und Pflegeheim mindestens 50 % der Pflegekräfte einen Abschluss auf Tertiär- oder Sekundarstufe haben

(2: Im Kanton BS muss der Anteil an diplomiertem Fachpersonal (Tertiäre Ausbildung: FH, HF, altrechtliche Diplome) und Fachpersonal mit Ausbildung Sekundarstufe II (FaGe, FaBe) insgesamt mindestens 40% betragen.

(3: Der Kanton GL ist zur Zeit daran, einen Betreuungsschlüssel zu definieren. Ob dieser bindend sein wird, ist noch offen.

(4: Im Kanton SG muss der Anteil der diplomierten und Berufsfachleuten (Sekundarstufe II) zusammen mindestens 30% betragen.

5.4. Hilfspersonenhaftung

Die Problematik der Zulässigkeit einer Delegation von Pflegeverrichtungen an Hilfspersonal wird in haftpflichtrechtlicher Hinsicht insoweit relativiert, als der Gesetzgeber in Art. 55 und 101 OR eine Hilfspersonenhaftung vorsieht, wenn der Vertragspartner befugt oder unbefugt die Erfüllung von vertraglichen Verpflichtungen an Hilfspersonen delegiert. Im ausservertraglichen Bereich kann sich der «Geschäftsherr» (Dienstleistungserbringer) von der Haftung entlassen, wenn er nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotenen Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden, den die Hilfsperson verursacht

hat, zu verhindern³². Im vertraglichen Bereich besteht diese Entlastungsmöglichkeit nicht; der Vertragspartner haftet allerdings, wenn er unbefugterweise einen Dritten zur Vertragserfüllung bezieht bzw. die Vertragserfüllung an diesen delegiert³³.

Die Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit dem Entlastungsbeweis Sorgfaltsgrundsätze entwickelt und dabei erkannt, dass eine Haftungsbefreiung dann möglich ist, wenn der Geschäftsherr die beigezogene Hilfsperson hinreichend ausgewählt, instruiert und beaufsichtigt hat (Sorgfalt betreffend das Auswählen, die Instruktion und die Beaufsichtigung einer Hilfsperson – *cura in eligendo, in instruendo et in custodiendo*). Das Bundesgericht hat sodann erwogen, dass sich die vom Geschäftsherrn gemäss Art. 55 Abs. 1 OR verlangte Sorgfalt nicht nur auf richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfspersonen erstreckt, sondern der Geschäftsherr darüber hinaus für eine *zweckmässige Arbeitsorganisation und nötigenfalls für die Endkontrolle seiner Erzeugnisse* zu sorgen hat, wenn damit eine Schädigung Dritter verhindert werden kann³⁴.

5.5. Organisationshaftung

Diese Organisationsorgfalt gilt dabei ganz generell für medizinische Dienstleistungsunternehmen. Heime und Spitäler sind verpflichtet, nicht nur die für die zugelassenen medizinischen Behandlungen notwendigen Geräte anzuschaffen und zu unterhalten, sondern auch dafür besorgt zu sein, dass die Hilfspersonen in der Bedienung der angeschafften Geräte instruiert und überwacht werden. Zudem hat das Dienstleistungsunternehmen für eine kontinuierliche Ausbildung des Personals zu sorgen und sicherzustellen, dass nur Personen medizinische Geräte bedienen, die hierfür hinreichend instruiert worden sind.

Die Rechtsprechung geht dabei davon aus, dass das Dienstleistungsunternehmen im Rahmen der Ausstattungssorgfalt nicht nur für Ausstattungsmängel und vermeidbare Bedienungsfehler, sondern auch für Schäden, welche durch defekte Geräte verursacht worden sind, haftungsrechtlich einzustehen hat. Das Spital bzw. das Heim haftet für eine Fehlfunktion ihrer Medizintechnik, welche nicht auf einem Produktfehler, einem Kontrollfehler oder auf einem sonstigen technischen Bedienungsfehler beruht³⁵. Kommt es bei einer Blutdruckmessung infolge eines Defekts des Messgeräts oder aufgrund eines vermeidbaren Bedienungsfehlers zu einem übermässigen Druckaufbau und einem anschliessenden explosionsartigen Abplatzen des Schlauchs, hat das Spital für die auf diesem Vorgang beruhenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen einzustehen³⁶.

³² Vgl. Art. 55 Abs. 1 OR.

³³ Vgl. Art. 399 Abs. 1 OR.

³⁴ Vgl. BGE 110 II 456 E. 3a.

³⁵ Vgl. Urteil OLG Hamm 3 U 42/09 vom 27. Januar 2010 = BeckRS 2014, 20214 (Herunterfahren eines Gerätetisches zur Vorbereitung einer augenärztlichen Spaltlampenuntersuchung).

³⁶ Vgl. Urteil OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.10.1999 – 8 U 216/98 = BeckRS 2000, 03714

6. Zusammenfassung

Die Delegation von (versicherten) medizinischen Dienstleistungen an angestellte Hilfskräfte, welche selber nicht über ein Pflegediplom verfügen bzw. nicht selbstständig als anerkannter Leistungserbringer tätig sein könnten, ist sowohl in gesundheitspolizeilicher als auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich zulässig. Eine Delegation ist insoweit unzulässig, als es sich bei der fraglichen Verrichtung um eine solche aus dem Kernbereich des jeweiligen Medizinberufes handelt.

Ihre Fragen lassen sich wie folgt beantworten:

- Kann der Betrieb aus rechtlicher Sicht argumentieren, dass in familienähnlichen Strukturen, Betreuungspersonal, das nicht über umfassende medizinische Kompetenzen verfügt, in einer vergleichbaren Rolle wie Angehörige handeln kann?

Nein. Gesundheitspolizeilich wird zwischen der informellen Pflege und Betreuung innerhalb einer Familie und der formellen Pflege und Betreuung durch externe Dienstleistungserbringer unterschieden. Die kantonalen Gesundheitsgesetze regeln die informelle Pflege durch Angehörige nicht, während die formelle Pflege durch familienfremde Dritte grundsätzlich bewilligungspflichtig ist. Nicht bewilligungspflichtig sind in der Regel nur medizinische Dienstleistungen ohne Gefährdungspotenzial.

Von einer formellen Pflege ist dann auszugehen, wenn der Pflegedienstleistungserbringer eine Erwerbsabsicht hat. Die selbstständigerwerbende Ausübung eines Pflegeberufes ist bewilligungspflichtig. Die unselbstständigerwerbende Ausübung einer Pflege Tätigkeit durch nicht diplomierte Arbeitnehmer ist nicht bewilligungspflichtig, darf aber nur unter der Aufsicht von diplomiertem Pflegepersonal bzw. innerhalb eines Dienstleistungsunternehmens, welches im Besitz einer Betriebsbewilligung ist, erfolgen.

Die Pflegeverrichtung, welche an nicht diplomiertes Hilfspersonal delegiert werden soll, darf nicht zum Kernbereich der bewilligungspflichtigen Pflege Tätigkeit gehören. Nach der deutschen Rechtsprechung handelt es sich bei der Verabreichung von Insulin um eine pflegerische Verrichtung aus dem Kernbereich einer diplomierten Pflegefachperson.

- Würde es reichen, wenn diese Personen eine spezifische Schulung mit Kompetenznachweis für die entsprechende Handlung erhalten?

Ja. Der Beizug von nicht diplomierten Arbeitnehmern für die Ausübung von delegierbaren medizinischen Dienst- und Sachleistungen ist zulässig, wenn die Arbeitnehmer sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht werden. Eine spezifische Schulung mit Kompetenznachweis erfüllt die erforderliche Sorgfalt in Bezug auf die Auswahl und die Instruktion, nicht aber die Überwachung.

Es ist zu empfehlen, betriebsinterne Weisungen, welche die Delegation von Tätigkeiten regeln, zu erlassen und diese bzw. die Kompetenznachweise (Delegationsbefugnis an bestimmte nicht diplomierte Hilfskräfte) der kantonalen Aufsichtsbehörde zur Genehmigung bzw. zur Feststellung der gesundheitspolizeilichen Zulässigkeit zu unterbreiten. Beim Betriebshaftpflichtversicherer ist – im Hinblick auf allfällige konkrete Schadenfälle – ergänzend abzuklären, ob in Bezug auf die Delegation von an sich bewilligungspflichtigen Pflegeleistungen an nicht diplomierte Hilfskräfte (Arbeitnehmer) allfällige Deckungsausschlüsse bestehen bzw. zusätzliche Deckungsabreden notwendig sind.

* * *

Das vorliegende Gutachten wurde auf Grund der erhaltenen Angaben und übergebenen Unterlagen sowie den persönlich gemachten Feststellungen und Abklärungen nach bestem Wissen und Gewissen weisungsfrei erstellt. Die Begutachtung erfolgt unter Ausschluss einer Gewähr für die Übernahme der gutachterlichen Schlussfolgerungen durch die beteiligten Versicherer bzw. zuständigen Gerichte.

3. April 2017

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'H' followed by a long, sweeping stroke that curves upwards and to the right.

Prof. Dr. iur. Hardy Landolt LL.M.