

# Pflegerecht

Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie

198 Restkostenfinanzierung und Wirtschaftlichkeitskontrolle

David Hofstetter/Alexander Rey

215 Klarstellungen des Bundesgerichts bei der Restfinanzierung der Pflegekosten – mögliche Auswirkungen und Impulse

Tomas Poledna/Ralph Trümpler

220 Ungenügende Personalausstattung verletzt Grundrechte in Schweizer Langzeiteinrichtungen

Andreas Kley/Tim Segessemann

234 «Nurse-to-patient ratio» und Skill- und Grade-Mix: Folgen des Pflegefachperson/Patienten-Verhältnisses und der Personalzusammensetzung

Claudia Leoni-Scheiber/Maria Müller Staub

243 Forum  
Ethische Entscheidungen von Gesundheitsfachpersonen



Stämpfli Verlag

4 | 18

# Ungenügende Personalausstattung verletzt Grundrechte in Schweizer Langzeiteinrichtungen



**Andreas Kley**

Prof. Dr. rer. publ., Lehrstuhl für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie, Universität Zürich



**Tim Segessemann**

MLaw, Assistent am Lehrstuhl für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie, Universität Zürich

## Inhaltsübersicht

- I. Fragestellung
- II. Konkrete Beispiele zu den Auswirkungen der gegenwärtigen Gesundheitspolitik
- III. Systemisches Versagen: Verweigerung einer menschengerechten Gesundheitsversorgung
- IV. Menschenrechte gegen systemische Defizite in der Gesundheitsversorgung
- V. Schutzpflichten aus dem Recht auf Leben (Art. 2 EMRK)
- VI. Schutzpflichten aus dem Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK)
- VII. Zusammenfassung

## I. Fragestellung

Die aktuelle Gesundheitspolitik von Bund und Kantonen steuert die Personalausstattung und die Qualität der Pflege in Pflegeheimen und Langzeiteinrichtungen. In ihren offiziellen Verlautbarungen bekunden sie durchwegs die Absicht, für Verbesserungen zu sorgen. So will die nationale Demenzstrategie 2014–2019 «die Behandlung, Betreuung und Pflege der an Demenz erkrankten Menschen (...) optimieren und die Lebensqualität der von Demenz Betroffenen (...) verbessern».<sup>1</sup> Der Bundesrat möchte

mit seiner Fachkräfteinitiative inländisches Personal gewinnen. Speziell hat er am 9. Dezember 2016 beschlossen, Fachkräfte für die Langzeitpflege zu gewinnen und das Pflegepersonal länger im Beruf zu halten.<sup>2</sup> Das soll durch eine Imagekampagne, Kurse für den Wiedereinstieg und durch eine Verbesserung der Arbeitsumgebung geschehen. Die Kantone sind zu einem erheblichen Teil für die Langzeiteinrichtungen verantwortlich und verfolgen ebenfalls ihre eigene Politik. Gemäss ihren Verlautbarungen sollen ebenfalls eine Verbesserung der Einrichtungen, mehr Effizienz und Kostensenkungen herbeigeführt werden.

Diese Verlautbarungen rücken ökonomische Überlegungen in den Vordergrund. Dabei ist das öffentliche Gesundheitswesen eine grundlegende und wichtige Staatsaufgabe, die für die Patienten von grösster Bedeutung ist. Thematisch geht es um das wichtigste individuelle Gut der Menschen: die Gesundheit. Die involvierten Gesundheitseinrichtungen wie Akutspitäler, Langzeiteinrichtungen, Pflegeheime und psychiatrische Kliniken bestimmen die grundrechtlichen Positionen der Patienten. Namentlich das Recht auf Leben und die persönliche Freiheit (Art. 10 BV bzw. Art. 2 EMRK) sowie die Freiheit des Privat- und Familienlebens (Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK) spielen eine herausragende Rolle.

<sup>1</sup> Nationale Demenzstrategie 2014–2019, Erreichte Resultate 2014–2016 und Prioritäten 2017–2019, BAG 2016, 4.

<sup>2</sup> Medienmitteilung vom 9. 12. 2016.

Gleichzeitig hat der schweizerische Gesundheitsmarkt aktuell ein Volumen von 85 Mrd. Franken.<sup>3</sup> Er ist für die beteiligten Akteure finanziell von allergrösster Bedeutung. Die zweckmässige Verteilung der Mittel ist zwar im schweizerischen Krankenversicherungsgesetz in Art. 32 Abs. 14<sup>4</sup> vorgeschrieben, aber faktisch dürften die Akteure ein starkes Interesse daran haben, aus dem Kuchen ein möglichst grosses Stück zu erhalten. «Die finanziellen Mittel, die einer Gesellschaft zur Erfüllung gesellschaftlich erwünschter Aufgaben zur Verfügung stehen, sind nicht unendlich.»<sup>5</sup> Es ist daher unvermeidlich, dass die Ressourcenverteilung von Konflikten begleitet ist. «In der alltäglichen medizinischen Praxis [spielt] die Kostenfrage eine erhebliche Rolle (...) und [es] findet verbreitet eine Art implizite oder verdeckte Rationierung statt.»<sup>6</sup> Bei dieser Auseinandersetzung um Ressourcen sind die verschiedensten Verteilungsmechanismen vorstellbar. In der Vergangenheit spielten vor allem staatliche, sozusagen planwirtschaftliche Zuteilungen eine grosse Rolle.<sup>7</sup> Diese werden in den letzten 20 Jahren vermehrt durch marktökonomische Elemente ergänzt und sogar abgelöst. Namentlich versuchen Bundesversammlung und Bundesrat eine Wettbewerbswirtschaft einzurichten, die für eine effiziente und zweckmässige Mittelverteilung sorgen soll.

Diese neuen Entwicklungen haben allerdings bedeutende Auswirkungen auf die Patienten: Sie beeinflussen die Qualität der Leistungen und beeinträchtigen ihr Wohl. Abschnitt II schildert beispielhaft einzelne Vorfälle und Massnahmen und deren Auswirkungen. Abschnitt III bringt diese Beispiele in den Zusammenhang mit dem Gesundheitssystem. Dabei zeigt es sich, dass die Auswirkungen die Grundrechte der Patienten zum Teil beeinträchtigen und zum Teil offensichtlich verletzen. Abschnitte IV–VI behandeln deshalb die Frage, wie diese Situation menschenrechtlich zu beurteilen ist. Dabei ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) besonders ergie-

big.<sup>8</sup> Der Strassburger Gerichtshof hatte Fälle zu beurteilen, die genau Konstellationen der Beispiele des nachfolgenden II. Abschnitts betreffen. Die Fälle beinhalten zwei verschiedene Ausgangslagen. Zum einen handelt es sich um staatliche Einrichtungen, in denen die Grundrechte kraft staatlicher Beteiligung direkt gelten. Zum andern handelt es sich um rein privatrechtliche Organisationen, in denen die Grundrechte nur bedingt gelten. Allerdings hat in diesen Fällen der Staat eine Verantwortung für die Patienten. Er muss dafür sorgen, dass deren Rechte nicht vonseiten privater Leistungserbringer verletzt werden.

## II. Konkrete Beispiele zu den Auswirkungen der gegenwärtigen Gesundheitspolitik

Im Folgenden werden 13 reale Beispiele geschildert. Diese zeigen, wie weit die ökonomische Ausrichtung der schweizerischen Gesundheitspolitik geht und dass unter Umständen die Interessen der Patienten grob missachtet werden. Diese Beispiele sind teils der Literatur entnommen, und teils beruhen sie auf Berichten des medizinischen Personals auf Tagungen und anderen Plattformen.

(1) Die Kantone sind für die korrekte Führung der Pflegeheime und Langzeiteinrichtungen verantwortlich. Eines der Aufsichtsmittel ist die Durchführung von Visitationen.<sup>9</sup> Verschiedene Kantone kündigen

8 Die beim Strassburger Gerichtshof für das vorliegende Thema viel interessanteren Fälle im Vergleich zum Bundesgericht rühren daher, dass das Rechtsschutzsystem der EMRK pragmatischer ausgestaltet ist: Das Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) setzt für die innerstaatliche Geltendmachung einzig voraus, dass der Beschwerdeführer (auch ohne förmliches Anfechtungsobjekt, wie i. d. R. in der Schweiz vorausgesetzt) in vertretbarer Weise darlegen kann, Opfer einer Konventionsverletzung geworden zu sein, GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 6. Aufl., München 2016, § 24 N. 194 f.; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, 53. Die wertvolle Studie von JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018, zeigt eindrücklich, dass das Konzept der Schutzpflichten im Bereich des schweizerischen Gesundheitswesens noch ganz unterentwickelt ist.

9 Siehe die bundesrechtliche Pflicht zur Aufsicht im Fall von Einrichtungen für urteilsunfähige Personen (Art. 387 ZGB) und als kantonale Regelungen, die allgemein gelten z. B. Thurgauische Verordnung des Regierungsrates über die Heimaufsicht vom 22. November 2005, syst. Gesetzessammlung Nr. 850.71; Appenzell A. Rh. Verordnung über die Heimaufsicht (Heimverordnung) vom 11. 12. 2007.

3 Medienmitteilung des BfS vom 19. 4. 2018, Nr. 2018-0216-D, welche die Zahlen für 2016 mit 80,7 Mrd. Fr. bezifferte.

4 Satz 1 bestimmt die WZW-Kriterien: «Die Leistungen nach den Art. 25–31 müssen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein.»

5 BGE 136 V 395, E. 7.5.

6 BGE 136 V 395, E. 7.5.

7 Nach PAUL R. VOGT, Zur Reform des schweizerischen Gesundheitswesens – ein auf Ethik und Medizin basiertes Konzept, Health Insurance Liability Law (HILL) 9 (2010), Ziff. 3, funktioniert im Gesundheitswesen nur ein «Mix zwischen Planwirtschaft und Leistungsanreizen».

diese Visitationen von Heimen und Pflegeeinrichtungen vorher an. Eine diplomierte Pflegefachperson berichtete: «Als ich am Morgen zur Arbeit erschien, da waren viele mir unbekannte Personen in Arbeitskleidung da und standen ratlos herum. Die Beamten der kantonalen Heimaufsicht erschienen eine halbe Stunde später. In der Zwischenzeit wurden die zusätzlichen Personen im ganzen Haus und auf den Abteilungen verteilt. Sie waren allerdings mangels Ausbildung nicht in der Lage, Arbeit zu leisten, weshalb sie die Beschäftigung mehr oder weniger gut mimten. Die Beamten der kantonalen Heimaufsicht inspizierten die Zimmer der Heimbewohner, die Arbeitsplätze und führten Protokoll. Nach drei Stunden zogen sie wieder ab. Das zusätzliche Personal verschwand darauf hin auch wieder. Wir hatten im Nachhinein erfahren, dass das Heim für ein paar Stunden Leiharbeiter angestellt hatte, welche eine gute und genügende Personalausstattung belegen sollten. Dass es seitens des Kantons eine Beanstandung gegeben hätte, wurde nicht bekannt.»

(2) Eine Pflegefachperson berichtet: «Am 1. August hatten wir einen Familienausflug auf das Rütli geplant und uns angemeldet. Der jeweils einen Monat zuvor bekannt gemachte Einsatzplan sah vor, dass ich frei hatte. Einen Tag vor dem 1. August blickte ich auf den elektronischen Einsatzplan und ich sah zu meinem grossen Erstaunen, dass ich neu Tagesdienst hatte. Die Pflegedienstleiterin erklärte mir dann auf meine Anfrage, dass eine Person krankheitsbedingt ausgefallen sei, weshalb ich nun wegen der grossen Personalknappheit einspringen müsse. Es gebe keine Wahl. Ich war sehr enttäuscht, aber musste mich fügen. In der Folge unternahm mein Mann den Ausflug mit den Kindern ohne mich.»

(3) Besucher von Pflegeheimen und Langzeiteinrichtungen berichten regelmässig von Misshandlungen und Ohrfeigen gegen Insassen durch nicht qualifiziertes Personal.<sup>10</sup> Die Pflege von verwirrten und dementen Patienten ist eine grosse persönliche und fachliche Herausforderung. Dafür braucht es nicht nur eine «ethische Grundhaltung»<sup>11</sup> als Voraussetzung, wesentlich wichtiger wäre genügend Zeit für die Betreuung dieser Patienten, Gesprächsräume und vor allem gut ausgebildetes Personal, das mit diesen Schwierigkeiten umzugehen weiss. Die positive «ethische Grundhaltung» ist nicht eine Voraussetzung, die die diplomierten Pflegefachpersonen mit-

bringen müssen, sondern sie ist die Konsequenz der Berufswahl, der fundierten Ausbildung und der Arbeitsumgebung, die eine – «ethische» – würdige Betreuung überhaupt erst ermöglicht. Es reicht nicht, rechtsähnliche ethische Leitlinien zu verfassen, sondern es müssen die Voraussetzungen geschaffen werden, welche eine ethische Grundhaltung entwickeln helfen und sie in den Betrieben lebbar machen.

(4) Vereinzelt begehen einzelne Beschäftigte Morde an Spital- oder Heiminsassen, in der Absicht aus «Mitleid» Patienten von ihrem Leiden zu «erlösen».<sup>12</sup> Der «Todespfleger von Luzern» ermordete zwischen 1995 und 2001 in verschiedenen Heimen nachgewiesenermassen 22 Heiminsassen.<sup>13</sup> Die vielen unerklärlichen Todesfälle in einem der betroffenen Heime fielen zunächst niemandem auf, obwohl sie auffällig zunahmen. Der Heimarzt wurde nebst dem Mörder wegen Verletzung von Meldepflichten im Falle aussergewöhnlicher Todesfälle verurteilt.<sup>14</sup>

(5) Der zunehmende Einsatz von Technik entpersonalisiert die Betreuung. Eine 85-jährige diplomierte Pflegefachfrau berichtete: «Zum ersten Mal war ich Patientin und ich erfuhr nun die Gegenseite meiner früheren Beschäftigung. Dabei hat sich viel geändert. Der Blutdruck oder die Körpertemperatur wird heute elektronisch gemessen. So wickelte mir die nur mit ihrem Namen angeschriebene Angestellte die Manschette um den Oberarm, schloss sie mit dem Klettverschluss und drückte auf den Knopf eines Apparätchens. Die Manschette blies sich auf und dann führte die Maschine die gewohnte Prozedur aus. Die Angestellte sprach während dieser Zeit kein Wort; sie blickte nur intensiv zur Decke. Ich konnte es nicht unterlassen, sie zu fragen: «Was sehen Sie dort?» – «Nichts», sagte sie verlegen, notierte die Werte und ging, ohne einen Satz mit mir ausgetauscht zu haben.»

(6) Der im vorigen Beispiel erwähnten Patientin war ferner aufgefallen, dass für jede Handlung, die früher eine einzige Pflegefachperson ausgeführt hatte, jeweils eine andere Person das Zimmer betrat und die Handlung vornahm. Dabei stellte sie fest, dass alle

10 Blick vom 20. 1. 2017 (Misshandlungen in mehreren Glarner Pflege- und Altersheimen); NZZ am Sonntag vom 7. 5. 2017, 22 f. (Anja Burri und Gordana Mijuk, Elend in den Altersheimen); NZZ vom 9. 12. 2009, Nr. 286, 19 (Pflegeskanal Entlisberg); Tagesanzeiger vom 27. 9. 2010 (Pflegeheim-Skandal Adliswil).

11 Demenzstrategie (Fn. 1), 34 f.

12 Die folgenden Belege sind beispielhaft: NZZ vom 29. 8. 2017, 22 (Morde in Deutschland an mindestens 90 Patienten); NZZ vom 8. 2. 2006, Nr. 32, 17 (Morde an 29 Patienten); NZZ vom 19. 4. 2007, Nr. 90, 13 (Morde an vier Patienten); NZZ vom 17. 10. 2003, Nr. 241, 19 (Morde an sechs Patienten in Frankreich); NZZ vom 25. 3. 2003, Nr. 70, 52 (Morde an vier Patienten in den Niederlanden); NZZ vom 10. 5. 1999, 18 (Morde an 150 Patienten in Rio de Janeiro); NZZ vom 1. 3. 1991, Nr. 50, 11 (Vier Morde von Hilfspflegerinnen), siehe ferner die folgende Fn. 13.

13 NZZ vom 10. 10. 2007, Nr. 235, 13; Urteil des Luzerner Obergerichts, II. Kammer, 3. Februar 2006 (OG 21 05 124).

14 Luzerner Obergericht, II. Kammer, 18. März 2008 (OG 21 07 156).

Personen, die Ärzte ausgenommen, nur mit ihrem Vornamen und Namen angeschrieben waren. Es gab keinerlei Hinweis auf deren Funktion und geschweige denn auf deren Ausbildung. Die Angestellten fragen nach dem Menü, bringen die Medikamente, lagern um, wechseln Verbände, messen den Blutdruck, helfen beim Waschen oder führen gymnastische Übungen durch. Die Pflegesituation ist durch Anonymität geprägt.

(7) Das Bundesamt für Statistik weist für das Spitalpersonal die Beschäftigtenzahlen für die Kantone aus. Im gesamtschweizerischen Durchschnitt sind im Jahr 2016 pro Spitalbett 3,7 Personen «Pflegepersonal» angestellt.<sup>15</sup> Die ganz unterschiedlichen Ausbildungsniveaus der Pflegenden werden nicht abgebildet. Die Zahlen sind damit ohne Aussagekraft. Der OECD-Bericht «Health at a Glance» (2016)<sup>16</sup> verzeichnet für die Schweiz eine Nurse-Population-Ratio von 17,6 auf 1000. Diese im internationalen Vergleich exorbitant hohe Zahl<sup>17</sup> suggeriert eine Überversorgung in der Pflege. Diese Zahlen kommen allerdings nur dadurch zustande, dass das Bundesamt für Statistik Pflegefachpersonen (nurses) und das Assistenzpersonal (health care assistants) zusammenzählt und in der Kategorie der «nurses» der OECD abliefern. Mit diesem statistischen Trick versteckt das Bundesamt für Statistik das Problem des Fachkräftemangels in der Pflege.

(8) Die unverbindlichen Lohnempfehlungen der Organisation der Arbeitswelt (OaA) Gesundheit des Kantons Zürich<sup>18</sup> suggerieren in der Darstellung, dass der Ausbildungslohn je höher er ist, je qualifizierter die Ausbildung ist. Tatsächlich ist es aber umgekehrt. Folgt man strikt den Empfehlungen der OaA inkl. 13. Monatslohn, so verdient die Fachfrau Gesundheit im 3. Jahr am meisten, nämlich Fr. 18 200.–. Die Absolventen der Höheren Fachschulen erhalten Fr. 18 000.– und jene der Fachhochschulen Fr. 6000.–. In deren obligatorischen 4. Jahr nach der Ausbildung erhalten sie Fr. 22 800.–, währenddem die schlechter qualifizierten Fachfrau Gesundheit den vollen Lohn, d. h. Fr. 58 000.– verdienen. Die Botschaft dieser Lohnempfehlungen ist eindeutig:

Die Lohnanreize machen eine Höherqualifizierung unattraktiv.

(9) Am 28. November 2017 hat die Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF) des Kantons Bern gemeinsam mit dem Verband Berner Pflege- und Betreuungszentren (vbb) die Stellenplanvorgaben für die Langzeitpflege neu festgelegt.<sup>19</sup> Ab 2018 senkte die Direktion den Anteil des diplomierten Pflegefachpersonals (Stufe FH und HF) von 20% auf 16%. Anstelle des spezifisch für die Pflege ausgebildeten diplomierten Pflegefachpersonals sollen andere Berufsgruppen die Lücke schliessen. Die Massnahme beeinträchtigt die Qualität der Pflege in den Langzeiteinrichtungen.

(10) Die von den Kantonen und Gemeinden als öffentlich-rechtliche Anstalten organisierten Spitäler und Einrichtungen sollen «privatisiert» werden. Das Ziel dieser Massnahme ist die Einführung von Wettbewerb und mehr Effizienz. Das ist schon verschiedentlich umgesetzt worden, derartige Vorlagen sind aber auch in der Volksabstimmung gescheitert.<sup>20</sup> Nicht selten übernehmen dann internationale Gesundheitskonzerne die Einrichtungen und betreiben die Gesundheitsversorgung als eine gewinnbringende Geschäftstätigkeit. Zudem weist der Gesundheitsmarkt wegen der staatlichen Rahmenbedingungen Eigenschaften auf, die den Marktmechanismus in eine kontraproduktive Richtung lenken. Der Staat hat begonnen, künstliche Wettbewerbe einzurichten. Die Fehlanreize führen zu gravierenden Veränderungen: Bei den Ärzten und dem Pflegepersonal verdrängt die extrinsische die intrinsische Motivation, die Qualität der Behandlung wird durch Quantität verdrängt, und die ärztliche und pflegerische Heiltätigkeit wird durch Bürokratie ersetzt.<sup>21</sup> Die organisierten Scheinwettbewerbe führen dazu, dass die Interessen der Patienten grob missachtet werden.

2012 führte der Bund bei der Vergütung stationärer medizinischer Leistungen das Fallpauschalen-System (Diagnosis-Related Groups, DRGs) ein.<sup>22</sup>

15 [https://www.atlas.bfs.admin.ch/maps/13/de/12755\\_7287\\_4422\\_7264/20989.html](https://www.atlas.bfs.admin.ch/maps/13/de/12755_7287_4422_7264/20989.html).

16 [http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance-europe\\_23056088](http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance-europe_23056088).

17 PASCAL STRUPLER, Kosten des Gesundheitssystems steigen stärker als in den Nachbarländern, Die Volkswirtschaft 03/2017, 6–10; 9.

18 OaA GZH, Lohnempfehlungen für Lernende Fachfrauen/Fachmänner Gesundheit EFZ, 1. 1. 2014; OaA GZH, Lohnempfehlungen für Studierende der Höheren Fachschulen und der Fachhochschulen in kantonalen Betrieben des Gesundheitswesens (Pflege und MTTB), 1. 4. 2015, <https://www.oda-g-zh.ch/de-ch/dokumente.html> (besucht am 3. 9. 2018).

19 Der Bund vom 23. 12. 2017, Nr. 300, 25 und Medienmitteilung des SBK, Sektion Bern vom 22. 12. 2017.

20 Die Vorlage einer Privatisierung des Kantonsspitals Winterthur (KSW) und der Integrierten Psychiatrie Winterthur – Zürcher Unterland wurde mit «Entfesselung der Spitäler» überschrieben und sollte zu mehr künstlichem Wettbewerb führen, NZZ vom 26. 4. 2017, 18. Sie scheiterte, NZZ vom 29. 9. 2017, 21.

21 MATHIAS BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe. Warum wir immer mehr Unsinn produzieren, Freiburg i. Br. 2010, 180 ff.; 211; VOGT (Fn. 7), Ziff. 3; Sonntagszeitung vom 20. 5. 2018, Nr. 20, 1; 35 f. (zu Wachstum der Krankenkassenbürokratie, hohen Maklerprovisionen sowie enorm hohen Managerlöhnen).

22 Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) (Spitalfinanzierung), Änderung vom 21. Dezember 2007, AS 2008, 2049.

Danach werden nicht mehr die medizinisch erforderlichen Handlungen einer Operation einzeln abgerechnet, sondern der Krankheitsfall wird pauschalisiert, und jeder Operationstyp erhält eine bestimmte Geldsumme als Vergütung für den Leistungserbringer. Die Folgen dieser aus der Autoindustrie entnommenen Preisgestaltung<sup>23</sup> sind tiefgreifend. Dazu zwei Beispiele: «Ein Patient tritt zur Operation einer Verengung der rechten Halsschlagader ein. Die allgemeine Abklärung vor der Operation ergibt zusätzlich mehrere, operationspflichtige Verengungen an den Herzkranzgefässen. Werden beide Eingriffe – an der Halsschlagader und am Herzen – simultan in einer Narkose durchgeführt, wird nur der Aufwand für die Eintrittsdiagnose vergütet, d. h. für die Operation an der Halsschlagader. In der DRG-Welt ist es finanziell lohnender, zunächst die Halsschlagader zu operieren und dann den Patienten – Risiko hin oder her – nach Hause zu entlassen, um ihn nach einem durch die DRG zeitlich vorgeschriebenen Intervall von 14 Tagen zur Herzoperation aufzubieten. Motto: medizinisch erforderliche Behandlungsabläufe werden aus finanziellen Gründen gezielt unterbrochen.»<sup>24</sup> Das zweite Beispiel: «Wird ein Patient nach einem operativen Eingriff z. B. während 17 Tagen künstlich beatmet, fällt er in eine bestimmte Fallpauschalen-Kategorie, z. B. in die 23 000-Euro-Kategorie. Ab dem 22. Beatmungstag würde er in die 38 000-Euro-Kategorie rutschen. Das ist die Summe – bzw. die Leistung –, welche die Klinik für 17 bzw. für 22 Tage künstliche Beatmung vergütet erhält. Statt am 18. Tag wird der Patient erst am 22. Tag nach der Operation von der künstlichen Beatmung entwöhnt, weil der (...) klinikeigene «DRG-Beauftragte», unbelastet von medizinischem Wissen, auf der Visite erklären wird, dass dieser Patient aus ökonomischen Gründen erst am 22. Tag nach der Operation extubiert werden soll oder darf. Dabei nimmt man das Auftreten einer Lungenentzündung mit einer 30%igen Chance, daran zu versterben, aus ökonomischen Gründen in Kauf.»<sup>25</sup> Solche Scheinwettbewerbe gefährden das Patientenwohl erheblich und treiben zusätzlich die Gesundheitskosten in die Höhe. Den Leistungserbringern geht es mit diesem künstlichen Wettbewerb gerade nicht mehr um die Behandlung und das Wohl der Patienten, sondern «um die Erwirtschaftung von Erträgen».<sup>26</sup> Im Ergeb-

nis wird der zentrale Grundsatz des Krankenversicherungsgesetzes ins Gegenteil verkehrt: «Die Wirksamkeit und (...) Zweckmässigkeit einer Behandlung als oberste Kriterien für OKP-pflichtige Leistungen werden faktisch in der Fallpauschalen-Abrechnung zweitrangig, auch wenn es im Gesetz anders steht».<sup>27</sup>

(11) Die Arbeitsbedingungen des Pflegefachpersonals sind extrem unterschiedlich und disparat geregelt.<sup>28</sup> Nach dem Zweiten Weltkrieg war dem Bundesrat klar geworden, dass die sichere und qualitativ hochstehende Versorgung der Bevölkerung eine wichtige öffentliche Aufgabe darstellt, die durch entsprechende Arbeitsbedingungen unterstützt sein muss. Er erliess zu diesem Zweck am 16. April 1947 einen Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal (Schwestern und Pfleger)<sup>29</sup> und erneuerte ihn periodisch.<sup>30</sup> Die 1971 erfolgte Revision gilt heute noch unverändert<sup>31</sup> und hat zur Folge, dass der Normalarbeitsvertrag völlig veraltet und faktisch ausser Gebrauch ist. Es herrschen schlechte und unattraktive Arbeitsbedingungen, die den Fachkräftemangel wesentlich mitverursachen. Es sind viel zu wenige diplomierte Pflegefachpersonen angestellt. Eine professionelle Betreuung ist nicht mehr sichergestellt.<sup>32</sup>

(12) Psychiatrische Kliniken, aber auch Langzeiteinrichtungen, entziehen dementen Insassen die Bewegungsfreiheit. Diese ist ein Grundrecht (Art. 10 BV), und ihre Einhaltung muss in derartigen Einrichtungen beaufsichtigt werden. Die nationale Kommission zur Verhütung der Folter (NKVF) ist aufgrund des OP-CAT<sup>33</sup> verpflichtet, diese Institutionen unangemeldet zu besuchen. Im Jahr 2016 hatte sie verschiedene psychiatrische Kliniken visitiert. Die Mittelausstattung der Kommission ist indessen ungenügend, sie ist seither nicht mehr in der Lage, alle diese Einrichtungen zu überwachen, und musste

23 MASCHA MADÖRIN, Ökonomisierung des Gesundheitswesens – Erkundungen aus der Sicht der Pflege, *zhaw Gesundheit*, Februar 2015, 2, 46 ff.; MASCHA MADÖRIN, Pflege ist keine Fliessbandarbeit, *Der Beobachter* vom 30. 9. 2014; VOGT (Fn. 7), Ziff. 3.

24 VOGT (Fn. 7), Ziff. 3.

25 VOGT (Fn. 7), Ziff. 3.

26 MADÖRIN, Ökonomisierung (Fn. 23), 50.

27 MADÖRIN, Ökonomisierung (Fn. 23), 51.

28 CHRISTOPH SENTI, Arbeitsrechtliche Vorschriften für Pflegeberufe in öffentlichen Spitälern, *ArbR* 2005, 67 ff.

29 Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, 1848–1947, Band VIII, 264 ff.

30 AS 1956, 1519. Die Revision erfolgte auf Antrag der Arbeitnehmerorganisation der Krankenschwestern und Pfleger und wollte vor allem den Nachwuchs stärken (Beschlussprotokoll des Bundesrates 15. 12.–17. 12. 1956, BAR E1004.1, Band 596); In AS 1963, 391 wiederum die Verbesserungen (Beschlussprotokoll des Bundesrates 6. 5.–7. 5. 1963, BAR E1004.1, Band 673).

31 AS 1971, 1832; SR 221.215.328.4.

32 Beispiel im Leserbrief von Barbara Gassmann, *NZZ* vom 4. 1. 2002, 56: Eine diplomierte Pflegefachperson für 15 Patienten, worunter drei akut erkrankt sind.

33 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 18. Dezember 2002, SR 0.105.1.

wegen einer Budgetkürzung auf weitere Besuche in psychiatrischen Einrichtungen verzichten.<sup>34</sup>

(13) Sedierung spart Kosten. Eine Ärztin besuchte ihre 93-jährige Mutter in einer Langzeiteinrichtung. Die Gemeinde hatte diese bis vor zwei Jahren betrieben, sie dann in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und schliesslich an den internationalen Gesundheitskonzern H. verkauft. Als sie ihre Mutter antraf, die immer lebhaft gewesen ist, fiel ihr der müde und apathische Zustand auf. Sie hatte zunächst Mühe, überhaupt Betreuungspersonal zu finden, und erst nach längerem Suchen traf sie eine Person an. Auf Nachfrage erklärte diese, die Mutter sei in den letzten Tagen sehr unruhig gewesen und habe deshalb medikamentös beruhigt werden müssen. Die Ärztin konnte erst nach energischer Intervention beim Hausarzt durchsetzen, dass die Verabreichung gestoppt wurde. Seither verhielt sich ihre Mutter wieder so wie immer: lebhaft und interessiert.

### III. Systemisches Versagen: Verweigerung einer menschengerechten Gesundheitsversorgung

Die Liste derartiger Vorgänge, die von der individuellen Ebene (Beispiele 1–6, 13) bis zur abstrakten politischen Ebene (Beispiele 7–12) reichen, liesse sich ohne Weiteres verlängern. Die Beispiele zeigen die systemischen Entwicklungen und Kräfte auf, die die schweizerische Gesundheitsversorgung bestimmen und deren Qualität beeinträchtigen. Das wird teilweise von der Politik anerkannt, allerdings hat sie bisher nur mit kleinformatigen Massnahmen darauf reagiert, etwa einer Imagekampagne für die Pflegeberufe.<sup>35</sup>

Die Beispiele illustrieren eine Reihe von aktuellen Entwicklungen im Gesundheitswesen und im Speziellen in der Pflege. Als Erstes hat in den letzten 25 Jahren der Beruf der diplomierten Pflegefachperson fundamentale Änderungen erfahren. Den Diplomierten wurden auf der Tertiärstufe nicht gleichwertig ausgebildete Kräfte zur Seite gestellt.<sup>36</sup> Der Bund

hat nicht nur die gesamte Berufssystematik umgestellt, vielmehr auch den Arbeitsinhalt erheblich geändert. Früher bestand die Arbeit der diplomierten Pflegefachperson in der Betreuung am Bett und im unmittelbaren Kontakt mit den Patienten. Die Beispiele 5 und 6 zeigen das geänderte Selbstverständnis. Der unmittelbare Kontakt mit den Patienten ist nicht mehr erwünscht. Vielmehr handelt es sich bei den Pflegenden um Personen, die im Hintergrund und sozusagen anonym arbeiten. Sie verbringen einen erheblichen Teil ihrer Arbeitszeit am Bildschirm, denn sie müssen die Handlungen, ähnlich wie die Ärzte<sup>37</sup>, dokumentieren. Diese Kosten werden nirgends ausgewiesen, sondern gelten als Pflegekosten.<sup>38</sup> Faktisch vermindert der Zeitaufwand für Administration die Leistungen zugunsten der Patienten. Der Verlust der persönlichen Kontakte äussert sich im Beispiel 13: Die gängige Praxis der Sedierung der Patienten erlaubt es, das Personal von den Betten abzu ziehen. Auf diese Weise lassen sich Personalkosten sparen. Die Anonymisierung des Kontaktes zwischen Patienten und Personal ist auch darauf zurückzuführen, dass sich der einstige Beruf der diplomierten Krankenschwester bzw. des Pflegers auf zahlreiche Teilberufe verteilt hat. Diese Leistungen werden nicht mehr von einer Person erbracht, sondern von den verschiedensten Berufsleuten mit unterschiedlichsten Ausbildungsniveaus (Beispiel 6).

Die vom Gesundheitssystem kollektiv und von den Institutionen auf Betriebsniveau geschaffenen Arbeitsbedingungen beeinflussen die Qualität und das Engagement des ausgebildeten Personals grundlegend. Die aktuelle Politik reagiert mit kosmetischen Massnahmen auf die an sich bekannten und anerkannten Probleme (zu wenig qualifiziertes Personal, rascher Ausstieg aus dem Beruf, Anstellung von ungeschultem Personal, Beizug von Ausländern, die unter schlechteren Bedingungen arbeiten). Aktuell werden 75% des gesamten Bedarfs an Pflegefachpersonen in Spitälern aus dem Ausland rekrutiert.<sup>39</sup> Irreführend ist die Verbreitung von Zahlen, die suggerieren, dass gar kein Problem bestehe (Beispiel 7). Die Schweiz bildet nach wie vor zu wenig diplomiertes Pflegefachpersonal aus. Da Arbeitsbe-

34 Tätigkeitsbericht Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) 2016, 9; Tätigkeitsbericht NKVF 2017, 32 ff. zu deren Aufgaben.

35 Medienmitteilung des BAG, Der Bundesrat ergreift Massnahmen gegen den Fachkräftemangel in der Pflege, Bern, 9. 12. 2016.

36 Zur Bildungssystematik: HELENA ZAUGG, Der Pflegeberuf in der Schweiz, in: Certified Nursing Education CNE. fortbildung, 3/2018, Berufspolitik, 12–16. Die Berufsprüfung mit Eidg. Fachausweis befindet sich auf der Tertiärstufe, obwohl sie mit einem Diplom HF oder einem Bachelor of Science absolut nicht zu vergleichen ist.

37 VOGT (Fn. 7), Ziff. 3: «Die Informationstechnologie produziert eine als wichtig aufgeschwatzte Datenhalde, die niemand braucht. Der PC hat das Stethoskop verdrängt, und bereits visitiert das Pflegepersonal den Patienten mit dem Computer, der für die Mehrzahl nichts anderes als eine überteuert eingekaufte, elektronische Schreibmaschine darstellt.»

38 MADÖRIN, Ökonomisierung (Fn. 23), 32.

39 CLÉMENCEMERÇAY/LAILA BURLA/MARCEL WIDMER, Gesundheitspersonal in der Schweiz, Bestandesaufnahme und Prognosen bis 2030 (OBSAN-Bericht 71), Neuchâtel 2016, 66.

dingungen schlecht und die Löhne tief angesetzt sind (Beispiele 2, 8, 9, 10, 11), wählen nach der FaGe-Ausbildung nicht sehr viele junge Menschen diesen Beruf.

Diese systemischen Veränderungen bedeuten zunächst eine Verschlechterung der Dienstleistungen in einem Bereich, der bis jetzt als eine zentrale Staatsaufgabe angesehen worden ist.<sup>40</sup> Die Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen des qualifizierten ausgebildeten Personals (FH oder HF) trifft nicht nur dieses, sondern vor allem eine weitere Personengruppe: Es sind die Schwächsten, nämlich die Patienten und bei den Langzeiteinrichtungen insbesondere Personen, die sich wegen ihres Zustandes nicht mehr wehren können. Bezogen auf diese Lage stellt sich ein grundsätzliches Problem: Der Staat lässt mit dieser Entwicklung zu, dass massiv in elementare Menschenrechte eingegriffen wird, nämlich in das Recht auf Leben sowie die Freiheit des Privat- und Familienlebens (Art. 10 und 13 BV bzw. Art. 2 und 8 EMRK). Der Rechtsstaat darf sich dieser Probleme nicht mittels Privatisierungen entledigen, sondern es ist seine Pflicht, derartige Missstände in jedem Fall zu verhindern.<sup>41</sup> Besonders gravierend ist es, dass das System der Fallpauschalen dazu führt, dass nicht abrechnungsfähige Behandlungen aus dem Blickfeld der Ärzte verschwinden (müssen), «weil sie in der Kostenrechnung nicht vorgesehen sind, auch wenn sie für den Behandlungserfolg relevant»<sup>42</sup> sind.

Morde und Misshandlungen (Beispiele 3 und 4) sind ein strafrechtlich zu ahndendes Verhalten.<sup>43</sup> Sie stehen ausser Diskussion. Die Misshandlungen kommen in aller Regel nicht durch diplomiertes Pflegefachpersonal zustande, sondern durch ungelernete und ungenügend gebildete Personen. Der Umgang mit Aggression seitens der Patienten bedarf einer sorgfältigen Schulung, und das ausgebildete Pflegeteam muss Zeit erhalten, um die schwierigen Fälle in Gesprächen zu beurteilen. In keinem Fall darf Gewalt (Beispiel 3) angewendet werden. Eine andere Form der Misshandlung stellt die Sedierung von Heiminsassen (Beispiel 13) dar.<sup>44</sup> Diese raubt ihnen die Lebensqualität. Es handelt sich um grobe und sogar vorsätzliche Verletzungen der ärztlichen Sorgfaltspflicht.

Um den wahren Zustand der Pflegequalität und der Arbeitsbedingungen zu verbergen, verschleiern Politik und Praxis die Fakten. Es ist typisch, dass die Funktionen und die Ausbildung nur noch ungenügend ausgewiesen werden (Beispiel 6). Unter dem Motto «Pflegen kann schliesslich ja jeder» fehlen entsprechende Berufsbezeichnungen, vor allem die Bezeichnung der diplomierten Pflegefachperson. Diese Verschleierung findet ihre Fortsetzung im Bereich der Statistik, indem das Bundesamt für Statistik die Zahl der «nurses», d. h. der Diplomierten (Bachelor FH oder HF-Abschluss) gegenüber der OECD nicht mehr ausweist (Beispiel 7). Die empfohlenen Löhne deklariert Oda Gesundheit des Kantons Zürich (Beispiel 8) auf verwirrende Weise, indem sich die Lohn tabellen nur bei den Fachpersonen Gesundheit, nicht aber bei den diplomierten Pflegefachpersonen auf das ganze Jahr beziehen. Da vermeint die schnelle Leserin, dass die Diplomierten in der Ausbildungszeit mehr verdienen, es ist aber bezogen auf das ganze Ausbildungsjahr genau das Gegenteil der Fall. Die Jahreslöhne zeigen, dass eine qualifizierende Ausbildung des Personals gar nicht erwünscht ist. Grundrechtlich stellt sich ferner die Frage nach dem Vorliegen einer indirekten Diskriminierung<sup>45</sup>, denn es handelt sich um einen typischen Frauenberuf.

Die in den Beispielen 1 und 12 thematisierte ungenügende Aufsicht lässt zu, dass es nicht nur zu einer schlechten Betreuungsqualität kommt, vielmehr werden dadurch erst die eigentlichen Straftaten der Beispiele 3 und 4 möglich. Die Ankündigung von Visitationen erlaubt es den Heimen, ihre ungenügende Personalausstattung auf Dauer beizubehalten und dadurch Kosten einzusparen.<sup>46</sup> Sind sie als Aktiengesellschaften organisiert, so befriedigen sie damit die finanziellen Bedürfnisse der Aktionäre, nämlich einen höheren Gewinn, weil sie Kosten senken. Die fehlende Aufsicht führt dazu, dass sich die systemischen Mängel verschärfen und die Pflegequalität noch mehr leidet. Das beeinträchtigt ein zentrales öffentliches Interesse und ermöglicht im Extremfall grösste Menschenrechtsverletzungen.

Pflegewissenschaftliche Untersuchungen zeigen einen direkten Zusammenhang zwischen der Todesrate der Patienten oder Heimbewohner und der Zahl

40 VOGT (Fn. 7), Ziff. 2.

41 Präambel BV, Abs. 7: «... dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen»; Art. 7 BV.

42 MADÖRIN, Ökonomisierung (Fn. 23), S. 52.

43 EGMR, *X und Y gegen die Niederlande* (Beschwerde Nr. 8978/80).

44 Zu den engen Voraussetzungen der Zulässigkeit Art. 434 ZGB und dazu THOMAS GEISER/MARIO ETZENSBERGER, Komm. zu Art. 434/435 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2015, 2474 ff.

45 JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 695–701.

46 VOGT (Fn. 7), Ziff. 3.



der diplomierten Pflegefachpersonen.<sup>47</sup> Der Beitrag von Maria Müller in diesem Heft<sup>48</sup> legt die Zusammenhänge eindeutig dar. Es zeigt sich statistisch, was die hier vorgelegten Beispiele nur anschaulich machen konnten: Die Nurse-Patient-Ratio bestimmt die Lebensqualität und die Todesrate in den Langzeiteinrichtungen.

#### IV. Menschenrechte gegen systemische Defizite in der Gesundheitsversorgung

Nach klassischer Auffassung sind Grundrechte blosse Abwehrrechte mit negatorischer Funktion: Sie schützen Individuen vor übermässigen Eingriffen des Staates in deren Rechtsgüter. Die von Kantonen, Gemeinden oder andern öffentlich-rechtlichen Körperschaften geführten Einrichtungen haben die Grundrechte wie sie von Bundesverfassung und EMRK gewährleistet sind, umfassend zu respektieren. Der Staat ist direkt verpflichtet, die Einrichtungen so zu führen, dass Eingriffe, wie sie in den Beispielen 3, 4 und 13 geschildert sind, nicht vorkommen können. Bei privat geführten Einrichtungen ist die Sache komplizierter: Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV ist, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, an die Grundrechte gebunden und hat zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Die Frage, ob jegliches Angebot medizinischer Pflege der Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe gleichkommt, ist dabei nicht restlos geklärt – es herrscht hier eine juristische «Grauzone».<sup>49</sup>

Diese Frage der sogenannten «Drittwirkung» der Grundrechte unter Privaten soll deshalb in der Folge unter dem spezifischen Aspekt der staatlichen

Schutzpflichten angegangen werden:<sup>50</sup> Ein modernes Grundrechtsverständnis nimmt Staaten in die Pflicht, die Grundrechte in einem weitläufigeren Sinne in der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichen – dies ist der Grundgedanke von Art. 35 BV.<sup>51</sup> Sowohl die Rechtsprechung aus Strassburg wie auch aus Lausanne durchläuft in diesem Punkt eine andauernde Entwicklung. Grundrechte sind demnach nicht rein negatorische Abwehrrechte, sondern sie begründen auf der Basis von Schutzpflichten Ansprüche auf positive staatliche Massnahmen, um Grundrechtsverletzungen zu verhindern.

Das Bundesgericht<sup>52</sup> hat etwa anerkannt, dass aus einer objektiven Schutzpflicht individuelle Ansprüche auf staatliche Massnahmen abgeleitet werden können, wenn elementare Grundrechtspositionen akut gefährdet oder beeinträchtigt werden. Grundlage einer solchen Schutzpflicht ist die besondere Verletzlichkeit einer Person oder Gruppe.<sup>53</sup> Personen in medizinischer Pflege, insbesondere jene in fortgeschrittenem Alter, sind zweifelsohne als eine solche Gruppe anzusehen, in Anbetracht ihrer Abhängigkeit gegenüber fremder Hilfe.<sup>54</sup>

Die in Abschnitt III genannten pflegewissenschaftlichen Studien legen nahe, dass zur Verhinderung von solchen Eingriffen, wie in Abschnitt II dargestellt, spezifische staatliche Massnahmen Abhilfe verschaffen könnten; allen voran die fachliche Schulung von Pflegepersonal. In der Folge soll deshalb anhand von EGMR-Urteilen zum Gesundheitsbereich aufgezeigt werden, wie der Gerichtshof mit Schutzpflichten umgeht unter den Art. 2 (Recht auf Leben, im folgenden Abschnitt V) und 8 EMRK (Recht auf Privatleben, im folgenden Abschnitt VI).

#### V. Schutzpflichten aus dem Recht auf Leben (Art. 2 EMRK)

Der erste Satz von Art. 2 EMRK lautet: Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt. Be-

47 In Schweizer Akutspitälern sank allein zwischen 2010 und 2015 die Nurse-Patient-Ratio von 6,28 auf 5,58 und der Skill-Mix verminderte sich von 0,63 auf 0,59, siehe STEFANIE BACHNICK/DIETMAR AUSSERHOFER/JEAN-MARIE JANUEL/MARIA SCHUBERT/RENÉ SCHWENDIMANN/SABINA DE GEEST/MICHAEL SIMON, Matching Registered Nurse services with changing care demands (MatchRN): study protocol of a natural experiment multi-centre study, *Journal of Advanced Nursing* 2017, 1735–1746; LINDA H. AIKEN, Nurse staffing and education and hospital mortality in nine European countries: a retrospective observational study, *The Lancet* 383 (2014), 1824–30; CATHERINE BOSS/ALEXANDRE HÄDERLI, In jedem fünften Heim herrscht Pflegestress, *Sonntags-Zeitung* vom 1.4.2018, Nr. 13, 2 f. und vom 8.4.2018, Nr. 14, 7; 20.

48 In diesem Heft S. 234 ff.

49 MARIE CHERUBINI, Les droits fondamentaux des personnes âgées en EMS, Genf/Zürich/Basel 2016, Rz. 62 ff.

50 Zum Verhältnis von Schutzpflichten und Drittwirkung siehe CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL (Fn. 8), § 19 N. 8 f.

51 BBl 1997, 191 f.

52 BGE 126 II 300, E. 5a ff.

53 SAMANTHA BESSON, La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme: L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Laurence Burgogues-Larsen (Hrsg.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Brüssel 2014, 59 ff.; LOURDES PERONI/ALEXANDRA TIMMER, Vulnerable Groups: the Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law, *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), 1056 ff.

54 Vgl. analog EGMR, *Dodov gegen Bulgarien* (Beschwerde Nr. 59548/00), § 81; CHERUBINI (Fn. 49), Rz. 72 f.

reits diese Formulierung macht implizit klar, dass diese Norm nicht nur ein Abwehrrecht aufstellt – EMRK-Staaten werden direkt zu legislativen Massnahmen aufgefordert. Bereits der allererste Fall<sup>55</sup>, in welchem sich Strassburg mit Art. 2 EMRK befasste, berührte Fragestellungen um staatliche Pflichten in der Ausführung von Antiterroroperationen.

Als «Leading Case» zu den Schutzpflichten im Pflegebereich gilt der tragische Fall *Powell*<sup>56</sup>: Der zehnjährige Robert Powell wird im Dezember 1989 mit starken Krampferscheinungen und Übelkeitsanfällen ins Spital eingeliefert. Obschon der behandelnde Arzt eine Addison-Erkrankung vermutet, werden die gebotenen Tests durch den Hausarzt nicht durchgeführt. Die Eltern werden nie über die vermutete Erkrankung informiert. Über die nächsten vier Monate verschlechtert sich der Zustand des Kindes, worauf die Eltern um medizinischen Rat bei vier weiteren Ärzten ersuchen, die sich untereinander nur mangelhaft über Roberts medizinische Vorgeschichte austauschen. Als das Kind im April 1990 kollabiert und in Ohnmacht fällt, bringen ihn seine Eltern – entgegen Beteuerungen der visitierenden Hausärztin, dass kein Grund zur Sorge bestehe – ins Spital. Dort wird Robert sofort an eine Herz-Lungen-Maschine angeschlossen und verstirbt am selben Tag infolge Herzstillstands. Es stellt sich später heraus, dass der Junge tatsächlich an der Addison-Krankheit gelitten hatte, die behandelbar ist, sofern früh genug diagnostiziert. Roberts Eltern verlangen aus Verdacht auf Behandlungsfehler eine Legalinspektion, welche nicht durchgeführt wird, da gemäss Behörden die Addison-Krankheit als natürliche Todesursache zu taxieren sei.

In der Folge akzeptieren die Powells eine Entschädigung seitens des regionalen Gesundheitsamtes und verfolgen individuelle Entschädigungsansprüche aus Sorgfaltspflichtverletzung gegen die Ärzte nicht weiter. Vor dem Strassburger Gerichtshof argumentieren sie, dass aus Art. 2 EMRK eine staatliche Schutzpflicht erwächst, die Todesursache zu untersuchen und Familienangehörige entsprechend aufzuklären.

Der Gerichtshof erachtet die Beschwerde gegen das Vereinigte Königreich aus prozessualen Gründen als unzulässig: Solange die Powells ihre Haftungsklage innerstaatlich gegen die Ärzte nicht weiterziehen, seien sie nicht beschwerdeberechtigt im Sinne von Art. 34 EMRK. Er macht aber zugleich eine wichtige materielle Aussage: Der Gerichtshof akzeptierte in seinem Urteil erstmals ausdrücklich – wenn auch

zaghaf –, dass Handlungen oder Unterlassungen eines Staates im Gebiet der Gesundheitspolitik unter Umständen dessen Schutzpflichten unter dem positiven Aspekt von Art. 2 verletzen können.<sup>57</sup> Grundsätzlich, führt er weiter aus, könne nicht davon ausgegangen werden, dass ärztliche Kunstfehler oder fahrlässig mangelhafte Koordination unter dem medizinischen Personal ausreichen, um einen Staat unter Art. 2 EMRK zur Verantwortung zu ziehen, allerdings *vorausgesetzt, dass eine hinreichende Gesetzgebung besteht, um hohe professionelle Standards im Pflege- und Gesundheitsbereich zu gewährleisten*. Dieses Diktum hat in der weiteren Strassburger Rechtsprechung zum Gesundheitswesen eine zentrale Rolle eingenommen, und dessen Anwendungsbereich wurde seit *Powell* schrittweise ausgeweitet, wie die folgenden Beispiele zeigen.

Ein weiterer Fall aus den 1990er-Jahren, welcher eine Entwicklung in diese Richtung andeutet, ist der zwischenstaatliche Disput *Zypern gegen die Türkei*.<sup>58</sup> Dieser reiht sich ein in eine Serie von Entscheidungen des Gerichtshofes, die sich der militärischen Besetzung Nordzyperns durch die Türkei im Sommer 1974 annehmen, welche auf einen griechischen Anschlussversuch erfolgte. Dabei befasste sich der EGMR unter anderem mit der Frage, ob der fehlende Zugang zu medizinischer Pflege gegenüber Zyperngriechen durch die türkischen Behörden eine Verletzung von Art. 2 EMRK darstellt. Dabei spielt der Gerichtshof wiederum auf die Entwicklung von Schutzpflichten im Gesundheitsbereich an. Er stellt zunächst fest, dass die Verweigerung gegenüber Einzelpersonen von Gesundheitsversorgung, welche der generellen Bevölkerung zukommt, die positive Schutzpflicht unter Art. 2 EMRK tangiert.<sup>59</sup> Zugleich lässt der EGMR ausdrücklich (und kaum zufällig)<sup>60</sup> die Frage unbeantwortet im Raum stehen, ob Art. 2 EMRK Vertragsstaaten dazu anhalten könne, einen bestimmten Mindeststandard im Pflegebereich zu gewährleisten. Materiell gesehen bleibt es in diesem Fall bei zögerlichen Anspielungen: Der Gerichtshof weist die Beschwerde ab.

55 EGMR, *McCann gegen das Vereinigte Königreich* (Beschwerde Nr. 18984/91).

56 EGMR, *Powell gegen das Vereinigte Königreich* (Beschwerde Nr. 45305/99).

57 «[I]t cannot be excluded that the acts and omissions of the authorities in the field of health care policy may in certain circumstances engage their responsibility under the positive limb of Article 2.»

58 EGMR, *Zypern gegen die Türkei* (Beschwerde Nr. 25781/94).

59 *Zypern gegen die Türkei* (Fn. 58), § 219.

60 Siehe ALASTAIR R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford/Portland/Oregon 2004, 26. MOWBRAY sah diesen Entscheid zu Recht als Vorbote einer expansiven Entwicklung von positiven Schutzpflichten in der Strassburger Rechtsprechung im Gesundheitsbereich; diese sei im *Zypern*-Urteil in einem frühen Entwicklungsstadium.

Einen entscheidenden Impuls lieferte das Urteil in Sachen *Arskaya*<sup>61</sup>: Die Beschwerde betraf den Sohn der Beschwerdeführerin, S., der aufgrund Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht verstorben war. S. wird mit Lungenentzündung und Tuberkulose hospitalisiert. «Aus Angst um sein Leben» verweigert S. die dringend notwendige Bronchoskopie sowie unabdingbare Injektionen. Obwohl der Patient psychisch instabil ist – er halluziniert etwa –, fahren die Ärzte mit weniger invasiven Massnahmen fort. Das Spitalpersonal entscheidet, in strikter Anwendung der lokalen Spitalverordnung, dass der Patient nicht auf die Intensivstation eines anderen Spitals zu verlegen ist – denn die Verordnung sieht dies nur vor, wenn toxischer Schock oder Asthmaanfall vorliegt. Eine Woche nach Hospitalisierung bescheinigt ein Psychiater, dass der Patient an einer paranoiden Persönlichkeitsstörung leidet, und charakterisiert dessen emotionalen und psychologischen Zustand als «extrem instabil». Gleichentags verstirbt S.

In der Folge werden – mit reichlicher Verzögerung – ein Disziplinarverfahren sowie ein Strafprozess eingeleitet. Obwohl Disziplinarmaßnahmen ausgesprochen werden, geht aus dem Schlussbericht des Disziplinarverfahrens nicht hervor, dass die Defizite der Behandlung für den Tod des S. kausal waren. Vielmehr wird suggeriert, dass S. aufgrund seiner Behandlungsverweigerung die Verantwortung trägt. Das Strafverfahren wird erst über sieben Jahre nach dem Tod des S. abgeschlossen – nachdem dieses wiederholt eingestellt worden und zentrales Beweismaterial verloren gegangen ist.

Der Gerichtshof sieht in *Arskaya* zwei Schutzpflichten verletzt, welche unter Art. 2 fallen.<sup>62</sup> Zunächst haben Staaten unter der betreffenden Norm zu gewährleisten, dass unter einem effektiven und unabhängigen Rechtssystem Mechanismen bestehen, um die Ursachen des Ablebens von Patienten zu bestimmen und die verantwortlichen Personen zur Rechenschaft zu ziehen – dabei spielt es gemäss EGMR explizit keine Rolle, ob diese Patienten in Obhut einer öffentlich-rechtlichen oder privaten Einrichtung waren.<sup>63</sup> Der Gerichtshof wertet dabei die defizitären Disziplinar- und Strafverfahren in der Ukraine als Verletzung ebendieser Untersuchungspflicht.

Mit der zweiten Schutzpflicht, welche der Gerichtshof in *Arskaya* unter Art. 2 EMRK subsumiert, geht er aber noch entscheidend weiter: So sieht er Staaten generell dazu angehalten, rechtliche Vor-

schriften zu erlassen, welche Spitäler dazu zwingt, angemessene Massnahmen vorzunehmen, um das Leben ihrer Patienten zu beschützen. Es genügt nicht, dass die entsprechende Gesetzgebung rein theoretischen Schutz bietet, sondern sie muss effektiv in Einzelfällen greifen.<sup>64</sup> Dabei rügt der Entscheid die mangelhafte Regulierung der Koordination zwischen den Spitälern des städtischen Gesundheitswesens. Der Gerichtshof stützt sich dabei auf den Bericht des Untersuchungsausschusses des Disziplinarverfahrens, welcher weitreichende Änderungsvorschläge zur Spitalverordnung vorbringt. Dies gibt dem EGMR «keinen Grund zur Annahme, dass das entsprechende Regelwerk seinen Zweck erfüllen konnte».<sup>65</sup> Die vielleicht zentrale Frage in diesem Fall wurde ebenfalls auf die lückenhafte Gesetzgebung zurückgeführt. Die Ärzte waren sich nie im Klaren darüber, ob der Wille von S., die Behandlung zu verweigern, zu beachten war oder nicht. Der Gerichtshof kommt zum Schluss, dass diese Frage deshalb nicht zeitgemäss angegangen wurde, weil die innerstaatliche Gesetzgebung in dieser Frage unzureichend sei. Diese regelte nämlich nicht, unter welchen Voraussetzungen die Weigerung eines Patienten, sich behandeln zu lassen, für das Spitalpersonal massgebend ist.<sup>66</sup>

In *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal*<sup>67</sup> führte die Grosse Kammer des Gerichtshofs weiter aus, nach welchen Kriterien ein effektiv funktionierender Regelungsrahmen im Gesundheitswesen unter Art. 2 EMRK zu beurteilen ist. Die staatliche Regulierungspflicht ist dabei breit zu verstehen: Sie ist nicht nur theoretisch zu gewährleisten, sondern es muss effektive Anwendung (inklusive Überwachung und Durchsetzung) bestehen.<sup>68</sup> Eine Verletzung der entsprechenden Schutzpflicht kann zweierlei Gestalt annehmen: (1) das Leben eines Patienten wird bewusst aufs Spiel gesetzt, oder (2) eine *systematische oder strukturelle Unzulänglichkeit des Spitaldienstes* führt dazu, dass ein Patient nicht notfallmässig behandelt wird, obschon die Behörden sich des konkreten Risikos bewusst sind oder sein müssten – es also versäumen, Massnahmen zu ergreifen, das Risiko zu minimieren.

Dem Fall liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Ehemann der Beschwerdeführerin unterzieht

61 EGMR, *Arskaya gegen Ukraine* (Beschwerde Nr. 45076/05).

62 *Arskaya* (Fn. 61), § 63.

63 Vgl. EGMR, *Calvelli und Ciglio gegen Italien* (Beschwerde Nr. 32967/96), § 49.

64 *Arskaya* (Fn. 61), § 66. Vgl. EGMR, *Dodov gegen Bulgarien* (Beschwerde Nr. 59548/00), § 82; *Calvelli und Ciglio gegen Italien* (Fn. 63), § 51; *Vo gegen Frankreich* (Beschwerde Nr. 53924/00), § 89.

65 *Arskaya* (Fn. 61), § 86.

66 *Arskaya* (Fn. 61), § 88.

67 EGMR, *Lopes de Sousa Fernandes gegen Portugal* (Beschwerde Nr. 56080/13).

68 *Lopes* (Fn. 67), § 189. Vgl. *Arskaya* (Fn. 61) und weitere Beispiele in Fn. 64.

sich einer Nasenoperation, infolge welcher er umgehend sehr starke Kopfschmerzen erleidet und die Notfallaufnahme aufsucht. Die Diagnose lautet auf Hirnhautentzündung. Der Patient wird stabilisiert und eine Woche später aus dem Spital entlassen. Über die nächsten zwei Monate sucht er wiederholt das Spital auf, da seine Schmerzen andauern. Das Ärzteteam formt mehrere Hypothesen, die allesamt ausgeschlossen werden. In der Folge verschlechtert sich die Gesundheitslage des Patienten zusehends, und er verstirbt im Spital rund drei Monate nach der ursprünglichen Operation.

Die Kammer des Strassburger Gerichtshofes urteilte zunächst, dass die Hirnhautentzündung früher hätte diagnostiziert werden müssen, und sah aufgrund der fehlenden Koordination zwischen der HNO-Abteilung und der Notfallabteilung des Spitals die systemische Mangelhaftigkeit im Spitalwesen bestätigt, die eine materielle Verletzung von Art. 2 EMRK bedeutet. Sie entwickelt somit die Rechtsprechung aus *Powell* entscheidend weiter. Die Grosse Kammer hingegen revidiert in der Folge diesen Entscheid auf Beschwerde der portugiesischen Regierung. Sie führt dabei nach folgenden Kriterien aus, dass die Unzulänglichkeit über individuell nachlässiges Verhalten hinausgehen muss:<sup>69</sup> (1) Eine Notfallbehandlung wird nicht vorgenommen, obwohl ein Arzt so bewusst das Leben des Patienten riskiert; (2) die Unzulänglichkeit muss systematisch sein in dem Sinne, dass kein Einzelfall vorliegt, in dem etwas «schief gegangen» ist; und (3) es muss ein Kausalzusammenhang bestehen zwischen der bemängelten Unzulänglichkeit und dem Schadensereignis. Gemessen an diesen (enorm strengen) Kriterien fand die Grosse Kammer keine materielle Verletzung der EMRK vorliegend. Unter dem prozeduralen Aspekt – angesichts der langen Dauer des Administrativsowie des Strafverfahrens – stellte der EGMR dennoch eine Konventionsverletzung fest.

Diese Tour d’Horizon der wichtigsten Entscheide aus Strassburg zu Schutzpflichten im Gesundheitswesen unter Art. 2 EMRK zeigt, dass in diesem Feld rege Bewegung und Debatte herrscht (nicht zuletzt innerhalb des Gerichtshofs, wie im Fall *Lopes*). Unbestritten ist: Unter der EMRK obliegen den Vertragsstaaten eine Reihe von Schutzpflichten, deren Auslegung über die Jahre eine eher expansive Tendenz erfahren hat. Aber es ist gleichwohl zu betonen: Obschon der EGMR (etwa in Urteilen wie *Arskaya*) nicht davor zurückschreckt, Regierungen für mangelnde Regelungsdichte in der Gesetzgebung in die Pflicht zu nehmen, ist er bewusst zurückhaltend, eine Konven-

tionsverletzung anzunehmen. Zum einen hat dies mit der Natur von Art. 2 EMRK zu tun: regelmässig das erstgenannte subjektive Recht in internationalen Menschenrechtskatalogen (nebst der EMRK etwa auch im sog. UNO-Pakt II<sup>70</sup>), wird das Recht auf Leben bisweilen als das «fundamentalste»<sup>71</sup> aller Grundrechte bezeichnet. Gerade aufgrund dieser herausragenden Position soll diese Norm denn auch nur auf krasse Menschenrechtsverletzungen Anwendung finden. Andererseits gibt sich der EGMR in der Anwendung positiver Schutzpflichten generell zurückhaltend. Die folgenden Fallbeispiele aus Strassburg zu Art. 8 EMRK sollen dies illustrieren.

## VI. Schutzpflichten aus dem Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK)

Art. 8 EMRK schützt das Recht jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Darunter lässt sich eine lange Liste von Lebenssachverhalten fassen. So setzte sich der Gerichtshof bis anhin unter diesem Artikel 8 beispielsweise mit folgendem Pflichtenpektrum auseinander: Schutz vor sexuellen Übergriffen,<sup>72</sup> Anerkennung von Familiennamen<sup>73</sup> und Vaterschaft,<sup>74</sup> Gewährung alternativer Lebensstile<sup>75</sup> oder gar Schutz vor Umweltverschmutzung.<sup>76</sup> In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist dabei das zu schützende Interesse der zentrale Faktor in der Analyse, ob wirklich eine spezifische Schutzpflicht aus Art. 8 greift: Es müssen «fundamentale Werte» oder «essentielle Aspekte» des Privatlebens betroffen sein.<sup>77</sup> Weiter kann etwa die Diskrepanz zwischen der gesellschaftlichen Realität und der rechtlichen Normierung ein Indiz sein, dass ein Staat eine Schutzpflicht betreffend Privat- und Familienleben vernachlässigt.<sup>78</sup> Letztlich ist immer entscheidend, welche Belastung dem Gemeinwesen mit der Anerkennung einer vermeintlichen Schutzpflicht auf-

<sup>69</sup> *Lopes* (Fn. 67), § 194 ff.

<sup>70</sup> Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2).

<sup>71</sup> UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, CCPR General Comment No. 6, § 1.

<sup>72</sup> *X und Y gegen die Niederlande* (Fn. 43).

<sup>73</sup> EGMR, *Burghartz gegen die Schweiz* (Beschwerde Nr. 16213/90).

<sup>74</sup> EGMR, *Mikulic gegen Kroatien* (Beschwerde Nr. 53176/99).

<sup>75</sup> EGMR, *Chapman gegen das Vereinigte Königreich* (Beschwerde Nr. 27238/95).

<sup>76</sup> EGMR, *Lopez Ostra gegen Spanien* (Beschwerde Nr. 16798/90).

<sup>77</sup> EGMR, *Hämäläinen gegen Finnland* (Beschwerde Nr. 37359/09), § 66.

<sup>78</sup> *Hämäläinen* (Fn. 77), § 66.

erlegt würde bzw. wie persönlich das Begehren ist.<sup>79</sup> In seiner Praxis hat der EGMR diese Grundsätze folgendermassen angewendet:

Die Beschwerde in *Botta gegen Italien* lautete dahingehend, dass der Strand im Badeort, wo Botta seine Ferien verbrachte, nicht behindertengerecht zugänglich war, wie durch die italienische Gesetzgebung verlangt. In seiner Entscheidung wies der Gerichtshof Bottas Begehren ab und stellte dabei insbesondere auf den fehlenden Konnex zum Privatleben des Beschwerdeführers ab: Zugang zu einem Strand fern des Wohnorts betreffe eine solch breite Tragweite von interpersonalen Beziehungen, dass kein Bezug zum Privatleben Bottas angenommen werden könne.<sup>80</sup> Zudem führte der EGMR aus – ohne dies weiter zu erläutern –, dass dem Staat in Umsetzung seiner Schutzpflichten zudem ein Ermessensspielraum («margin of appreciation»/«marge d'appréciation») zukomme. Dieser Ermessensspielraum ist letztlich oft das Kernargument von staatlicher Seite gegen eine expansive Interpretation von Schutzpflichten. Die Fälle *Sentges* und *Furdik* illustrieren dies expliziter.

In *Sentges gegen die Niederlande*<sup>81</sup> hatte der Gerichtshof über die Bereitstellung von Mitteln durch die Krankenkasse zu beurteilen: S., 14-jährig, leidet an Muskelschwund, infolge welchem er jegliche Körperkontrolle verliert. Die Eltern ersuchen bei der Krankenkasse um die Finanzierung einer elektrischen Prothese, welche S. erheblich unabhängiger machen würde. Die Krankenkasse verweigert diese Leistung mit dem Argument, welchem die nationalen Gerichte folgen, dass die betreffende Prothese nicht zu den gesetzlich anerkannten Heilmitteln zähle.

Der Gerichtshof akzeptierte, dass im Gegensatz zu *Botta gegen Italien* vorliegend ein genügend starker Konnex zum Privatleben des Beschwerdeführers bestand. Er betrachtete die Beschwerde für unzulässig, und zwar diesmal explizit aufgrund des staatlichen Ermessensspielraums: Dieser müsse *besonders* weitläufig sein in Fällen, in denen es letztlich um die prioritäre Verteilung begrenzter staatlicher Ressourcen geht. Diese Vorgehensweise kennzeichnet eine Reihe von Entscheidungen des Gerichtshofs betreffend

die Ressourcen des öffentlichen Gesundheitswesens.<sup>82</sup>

Im Urteil *Furdik*<sup>83</sup> erläutert der Gerichtshof erstmals die Begründung für dieses Grundprinzip: Schutzpflichten im Gesundheitsbereich seien dergestalt zu interpretieren, dass den Behörden keine exzessive Belastung aufgebürdet wird. Dabei sei insbesondere die «Unvorhersehbarkeit zwischenmenschlicher Kontakte» zu berücksichtigen sowie «operationelle Entscheidungen betreffend Prioritäten und Ressourcen». Da staatliche Behörden darüber besser im Bilde seien, sollte ihnen diese Beurteilung zukommen und nicht einem internationalen Gericht. Der EGMR kommt daher zum Schluss: Die Wahl der Mittel zur Umsetzung einer Schutzpflicht liegt im staatlichen Ermessensspielraum. Es gebe, so der Gerichtshof, verschiedenste Wege, Konventionsrechte zu sichern; selbst wenn der Staat ein bestimmtes Mittel nicht zur Anwendung bringt, das gesetzlich vorgesehen ist, kann dieser die gebotene Schutzpflicht mit anderen Mitteln erfüllen. Der Strassburger Gerichtshof gibt sich hier also auf den ersten Blick äusserst «interventionsscheu». Was diese Lesart nur allzu leicht vergessen lässt: Die Freiheit in der Wahl der Umsetzungsmittel entbindet Staaten unter der EMRK nicht davon, ihre Schutzpflichten auch effektiv wahrzunehmen. Man könnte umgekehrt formulieren: *Nur solange die gebotene Schutzpflicht auch erfüllt wird, besteht eine freie Wahl der Mittel.*

Diese Feststellung scheint sich denn auch durch die jüngste Rechtsprechung aus dem Gesundheitsbereich unter Art. 8 EMRK zu bestätigen. Das Urteil des EGMR im Fall *McDonald*<sup>84</sup> aus dem Jahr 2014 nämlich zeigt eine differenziertere Herangehensweise. Elaine McDonald, geboren 1943, lebt in London und ist gehbehindert. Seit 2007 weist ihr die lokale Behörde nächtliches Pflegepersonal zu, um sie beim Toilettengang zu unterstützen; ein Pflegeplan, gestützt auf eine Untersuchung des Bedarfs der Betreuten, weist aus, dass sie auf diese Assistenz angewiesen ist. Im November 2008 reduziert die lokale Behörde den wöchentlich gewährten Betrag zur Pflege McDonalds. Begründet wird dieser Schritt damit, dass McDonald Inkontinenzeinlagen verwenden könne und deshalb nicht auf nächtliche Pflege angewiesen sei. Nach einer Übergangsphase, in der ein Kompromiss gefunden wird (McDonalds Partner und eine Pflegeperson betreuen dabei alternierend), stellt die Behörde im

79 EGMR, *Botta gegen Italien* (Beschwerde Nr. 21439/93), §§ 34 f. Demgemäss sei Art. 8 nicht anwendbar in Situationen, die «interpersonale Beziehungen eines solch indeterminierten Umfangs» betreffen, sodass keine erkennbare Verbindung zwischen der staatlichen Massnahme und dem Privatleben eines Individuums auszumachen ist.

80 *Botta* (Fn. 79), § 35.

81 EGMR, *Sentges gegen die Niederlande* (Beschwerde Nr. 27677/02).

82 Vgl. z. B. EGMR, *Pentiacova gegen Moldawien* (Beschwerde Nr. 14462/03).

83 EGMR, *Furdik gegen die Slowakei* (Beschwerde Nr. 42994/05).

84 EGMR, *McDonald gegen das Vereinigte Königreich* (Beschwerde Nr. 4241/12).

September 2009 die nächtliche Pflege ein. Eine gerichtliche Beschwerde McDonalds wird abgewiesen; die Behörde habe Flexibilität in der Entscheidung, wie sie den Bedürfnissen der Beschwerdeführerin gerecht werde. Daraufhin unternimmt die lokale Behörde im November 2009 eine erneute Beurteilung des Pflegebedarfs und kommt zum Schluss, dass die Verwendung von Inkontinenzeinlagen angemessen sei. Aufgrund des neuen Pflegeplans weisen die weiteren innerstaatlichen Instanzen die Beschwerde ab, denn die Behörde habe nun die Frage des Pflegebedarfs geregelt.

Art. 8 EMRK ist gemäss Strassburger Rechtsprechung vorliegend klar betroffen. Unter Art. 8 finden insbesondere Fragen einer würdigen Lebensqualität Anwendung, da «in einer Ära zunehmenden medizinischen Fortschritts viele Menschen besorgt sind, in einer Weise leben zu müssen, die zentralen Vorstellungen über ihr Leben und ihre Identität zuwiderlaufen».<sup>85</sup> Insbesondere stützt sich der EGMR dabei auf McDonalds Argument, dass es herabwürdigend sei, Hygieneeinlagen zu tragen, obwohl man seine Körperfunktionen unter Kontrolle hat. In diesem Fall, so das Urteil, gehe es um nichts weniger als um die Essenz der Konvention: Respekt gegenüber der Menschenwürde und individueller Freiheit.<sup>86</sup>

Der Gerichtshof beschäftigt sich sodann in seinem Urteil mit der technischen Frage, ob der vorliegende Fall als Vernachlässigung einer Schutzpflicht oder als Eingriff zu charakterisieren sei, dem ein Abwehrrecht entgegensteht. Er sieht in der ursprünglichen behördlichen Anordnung, dass die Pflege zu reduzieren sei, eher ein staatliches Tun denn ein Unterlassen und prüft den Fall daher als klassischen Grundrechtseingriff.<sup>87</sup> Auf diese Unterscheidung ist sogleich nochmals zurückzukommen – so viel vorweg: Sie spielt für die eigentlich Prüfung der Konventionsverletzung eine praktisch vernachlässigbare Rolle.

Ein Eingriff verstösst nicht gegen Art. 8 EMRK, wenn er auf gesetzlicher Grundlage basiert, ein legitimes Ziel verfolgt und notwendig ist in einer demokratischen Gesellschaft zur Erreichung dieses Ziels. Im Gegensatz zu den innerstaatlichen Gerichten fokussiert der EGMR auf die Zeitspanne zwischen der Reduktion des Pflegebeitrags und der Neubeurteilung des Bedarfs im November 2009. Da in diesem Zeitraum keine gesetzliche Grundlage für die Beitragsreduktion vorhanden war, stellt der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 8 fest. Der entscheidende Punkt hierbei ist: Standards, welche sich ein Vertragsstaat

selbst auferlegt, muss er befolgen. Eine Praxis, welche nicht auf solider gesetzlicher Grundlage fusst, verstösst nach *McDonald* gegen die Konvention – ohne dass der Gerichtshof hier den staatlichen Ermessensspielraum anspricht.

Diese Urteile zu Art. 8 EMRK zeigen auf, weshalb der EGMR sich im Bereich der Schutzpflichten nicht von seiner – innerstaatlich gern kritisierten – «interventionistischen» Seite zeigt: Welche Staatsaufgaben auszuführen sind, so die Annahme, liegt im Ermessensspielraum der staatlichen Gesetzgebung. Dieser Spielraum ist, wenn es um Schutzpflichten geht, umso weiter zu fassen. Dabei ist aber interessant, dass sich der EGMR mit der Abgrenzungsfrage von Abwehrrecht und Schutzpflicht nicht selten schwertut:<sup>88</sup> Im Fall *Hämäläinen*<sup>89</sup> konzentriert sich die *dissenting opinion* der Richter Sajó, Keller und Lemmens gar darauf, dass der gesamte Fall entgegen der Mehrheitsmeinung nicht unter dem Schutzpflichtaspekt zu beurteilen sei.<sup>90</sup> Die Grosse Kammer spricht das Problem anderweitig direkt an: «The boundaries between the State's positive and negative obligations not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. Whether the case is analysed in terms of a positive duty of the State or in terms of an interference by a public authority which needs to be justified, the criteria to be applied do not differ in substance.»<sup>91</sup> Praktisch besteht natürlich zugunsten der EMRK-Staaten ein grosser Unterschied: Sie geniessen einen grösseren Spielraum, wenn die Prüfung unter dem Stichwort Schutzpflicht abgehandelt wird. Ob an diesem Grundsatz festzuhalten ist, gerade wenn keine klaren Abgrenzungskriterien vorliegen, ist somit ernsthaft zu hinterfragen. Dafür spricht auch, dass der EGMR jüngst die besondere Schutzbedürftigkeit einer Person (auf welcher das Konzept der Schutzpflichten ja gerade fusst) als Kriterium heranzieht, um den staatlichen Ermessensspielraum zu schmälern.<sup>92</sup> Das Urteil *McDonald* zeigt schliesslich, dass der Gerichtshof – ähnlich dem Fall *Arskaya* – unter Art. 8 EMRK ebenfalls nicht davor zurückschreckt, auf Defizite in der Gesetzgebung hinzuweisen.

88 Siehe dazu KERSTIN BLAU, Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles «Vo/Frankreich», ZEuS 3 (2005), 411.

89 Siehe Fn. 77.

90 *Hämäläinen* (Fn. 77), Dissenting opinion, § 4.

91 EGMR, *Broniowski gegen Polen* (Beschwerde Nr. 31443/96), § 144.

92 EGMR, *Södermann gegen Schweden* (Beschwerde Nr. 5786/08), § 81. Siehe dazu HEIKE KRIEGER, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, ZaöRV 74 (2014), 212; LOURDES PERONI/ALEXANDRA TIMMER (Fn. 53), 1082.

85 *McDonald* (Fn. 84), § 47. Siehe auch EGMR, *Pretty gegen das Vereinigte Königreich* (Beschwerde Nr. 2346/02), § 61.

86 *McDonald* (Fn. 84), § 47.

87 *McDonald* (Fn. 84), § 48.

## VII. Zusammenfassung

Diese Erkenntnisse zu den menschenrechtlichen Standards im Pflegebereich verdeutlichen den akuten Handlungsbedarf in der schweizerischen Gesundheitspolitik. Die Europäische Menschenrechtskonvention soll dabei nicht als externer Störfaktor angesehen werden; vielmehr soll sie als konstruktiver Ansporn dienen, die realen Missstände, welche hier aufgezeigt wurden, anzupacken. Die Strassburger Rechtsprechung zu den Schutzpflichten darf dabei nicht überbewertet werden – ein individueller Anspruch auf Erhöhung der Ressourcen im Gesundheitsbereich besteht (zumindest heute) nicht. Die Ressourcenallokation ist Sache der Politik, nicht der Rechtsprechung. Aber es ist ebenso Sache der Politik, einen klaren und effektiven *rechtlichen* Rahmen zur Regulierung der Gesundheitsberufe zu schaffen, und insbesondere die Rechtsstellung älterer Menschen in Pflegeeinrichtungen klarer zu definieren und zu schützen – und hier ist die EGMR-Rechtsprechung einschlägig.<sup>93</sup> Deren Analyse zeigt, dass die Praxis zu den Schutzpflichten eine expansive Tendenz hat. Angesichts der zum Teil gravierenden Eingriffe im Pflegealltag wäre es dringend geboten, strenger und engmaschiger zu regulieren. Das Pflegepersonal und seine Ausbildung ist der entscheidende Gegenstand einer «hinreichenden Gesetzgebung», welche hohe professionelle Standards im Pflegebereich gewährleistet. Die «margin of appreciation» stellt nach wie vor eine ernste Hürde für die Durchsetzung von Ansprüchen dar, aber diese ist nicht in Stein gemeisselt. So ist zu erwarten, dass der Gerichtshof vorsätzliche Eingriffe, die beispielhaft

in Abschnitt II aufgeführt sind (wie z. B. das Verabreichen nicht gebotener Beruhigungsmittel), strenger beurteilt als Kommunikationsfehler unter dem Pflegepersonal.<sup>94</sup>

Diese fallbezogene Darstellung zeigt klar, dass die lückenhafte und unübersichtliche Regulierung der Schweiz ungenügend ist. Im Schweizer Kontext ist dabei das Augenmerk auf die Ausbildung und den stufengerechten Einsatz sowie die Entlohnung des Pflegepersonals zu legen. Die jüngsten Studien der Pflegewissenschaft sprechen hier eine deutliche Sprache: Gute Pflege ist nicht das Resultat einer vagen «ethischen Grundhaltung», sondern bedingt ein fachlich ausgebildetes Pflegepersonal, das kompetenzgerecht eingesetzt ist und für den Kontakt mit den Patienten über hinreichend Zeit verfügt.

Die Grundrechte der Patienten werden daher nicht zuletzt aufgrund einer lückenhaften Gesetzgebung tangiert. Dies steht bei direkten Eingriffen in die Integrität der Patienten ausser Frage, aber nimmt den Staat überdies in die Pflicht, konkrete Massnahmen zu ergreifen. Die besprochenen Fallbeispiele zeigen auf, dass Schutzpflichten im Gesundheitswesen an Bedeutung gewinnen.

Letztlich rufen die besprochenen EGMR-Fälle aber vor allem eines eindrücklich in Erinnerung: Das Gesundheitswesen hat sich nicht in erster Linie einer abstrakten wirtschaftlichen Effizienz zu verschreiben, sondern es geht darum, das Wohl der Patienten zu gewährleisten. Damit dieser Fokus nicht verloren geht, sind hohe professionelle Standards in der Pflege und die dafür nötige Regelung der fachlichen Ausbildung und des kompetenzgerechten Einsatzes unabdingbar.

93 Vgl. CHERUBINI (Fn. 49), Rz. 75 ff.

94 Vgl. etwa Lopes (Fn. 67).