

mer eine Person mit der Aufsicht der 17-jährigen Teenagerin zu betrauen. Das führte zudem zum Kompromiss, einfache Menüs, die schnell zubereitet waren, alle satt machten, aber nicht wirklich meinen Vorstellungen von gesunder, ausgewogener Ernährung entsprachen, zuzubereiten.

Was beinahe besinnlich begonnen hatte, artete nach einigen Tagen in puren Stress aus. Wohlgemeinte Aktivierungsspiele waren nur so lange in Ordnung, wie die 10-jährige Schwester mitmachte. Danach sackte die Motivation wie eine senkrechte Felswand in den Talgrund. Fehlender Bewegungsradius, chaotische Tagesstrukturen, schlaflose Nächte und unruhige Tage trugen nicht gerade zur Aufhellung der Stimmung bei.

Irgendwann hatte man das Gefühl, den tiefsten Punkt erreicht zu haben. Durch den Ausfall der Heizung wurde dieser Tiefpunkt dann jedoch noch untergraben. Wir sassen in Hausquarantäne und konnten keine Handwerker empfangen ... Da kam uns

zugute, dass unsere Heizung mit etwas Geschick per Telefonanweisung gewartet werden konnte. Während das Haus wieder warm wurde, blieb die Stimmung eher frostig.

Die bohrenden, unbeantworteten Fragen liessen einen auch in einer ruhigen Minute nicht wirklich pausieren.

#### Quarantänetheater 5. Akt: Happy End mit Hindernis!

Wir gingen ohne nennenswerten Schaden wieder in die Normalität zurück. Alle Familienangehörige durften gesund bleiben.

Die Müdigkeit allerdings liess sich nicht so einfach, wie der abgelagerte Staub, wieder wegwischen. Nach der Quarantäne fehlten uns die Entlastungsmöglichkeiten. Etliche Angebote wurden kurzfristig gestrichen.



## Pandemie und Patientenrechte – ein spannungsvolles Verhältnis!

### Hardy Landolt

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

### I. Verfassungsmässige und gesetzliche Patientenrechte

Patienten und insbesondere pflegebedürftige Personen sind den Ärzten und Pflegefachpersonen nicht schutzlos ausgeliefert. Befinden sich pflegebedürftige Personen in staatlichen Institutionen, sind einerseits die verfassungsmässigen Grundrechte und andererseits die kantonalen Patientenrechteerlasse anwendbar. Die verfassungsmässigen Grundrechte gelten zwar unmittelbar nur gegenüber öffentlich-rechtlichen Pflegedienstleistungsbetrieben, mittelbar sind sie auch für das privatrechtliche Pflegedienstleistungsverhältnis von Bedeutung.

Einerseits statuierte Art. 35 Abs. 2 BV, dass Privatpersonen, welche staatliche Aufgaben wahrnehmen, an die Grundrechte gebunden und verpflichtet sind, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Die Erbringung von Pflegedienstleistungen stellt eine staatliche Aufgabe dar, weshalb die verfassungsmässigen Grund-

rechte integral im Zusammenhang mit Pflegedienstleistungen anwendbar sind. Andererseits haben die staatlichen Gesundheitsbehörden dafür zu sorgen, dass die verfassungsmässigen Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privatpersonen wirksam werden.<sup>1</sup>

Dieser Umsetzungsverpflichtung sind Bund und Kantone durch den Erlass von diversen gesetzlichen Bestimmungen nachgekommen. Der Bund hat beispielsweise im Zusammenhang mit der Reform des Erwachsenenschutzrechtes Wohn- und Pflegeeinrichtungen verpflichtet, schriftliche Betreuungsverträge abzuschliessen. Sodann regeln Art. 383 ff. ZGB die Voraussetzungen für Einschränkungen der räumlichen und körperlichen Bewegungsfreiheit von urteilsunfähigen Bewohnern einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung. Schliesslich sind die Wohn- und Pflege-

<sup>1</sup> Vgl. Art. 35 Abs. 3 BV.

einrichtungen verpflichtet, die Persönlichkeit von urteilsunfähigen Bewohnern zu schützen und den Kontakt mit Personen ausserhalb der Einrichtung zu fördern.<sup>2</sup>

Nach dem Wortlaut des Gesetzgebers gelten diese Vorschriften nur in Bezug auf urteilsunfähige Bewohner. Für urteilsfähige Bewohner sind die verfassungsmässigen Grundrechte und gegebenenfalls kantonale Patientenrechteerlasse massgeblich.<sup>3</sup> Die kantonalen Patientenrechteerlasse gelten mitunter nur für Spitäler<sup>4</sup> oder für andere stationäre Gesundheitsbetriebe, nicht aber für das ambulante Pflegedienstleistungsverhältnis<sup>5</sup>. Ein Teil der Kantone statuiert generell, dass die Inhaber einer Berufsausübungsbewilligung für medizinische Dienstleistungen die Rechte und Interessen der Patienten wahren müssen, ohne dass die einzelnen Patientenrechte explizit erwähnt werden.<sup>6</sup> Andere kantonale Gesundheitsgesetze statuieren diese Berufspflichten ebenfalls, erwähnen aber einzelne Patientenrechte.<sup>7</sup> Die kantonalen Patientenrechteerlasse können die verfassungsmässigen Grundrechte nicht einschränken, sondern diese nur konkretisieren oder erweitern.

## II. Voraussetzungen für die Einschränkung von Patientenrechten

Es ist deshalb davon auszugehen, dass (mindestens) die verfassungsmässigen Grundrechte (Selbstbestimmung,<sup>8</sup> physische und psychische Unversehrtheit,<sup>9</sup> Bewegungsfreiheit<sup>10</sup> sowie Achtung des Privat- und Familienlebens<sup>11</sup>) immer zu respektieren sind. Die besonderen verfassungsmässigen Grundrechte werden dabei ergänzt durch die Verpflichtung, die Men-

schenswürde einer jeden Person zu achten<sup>12</sup> und keine Person unmenschlich zu behandeln.<sup>13</sup> Bei diesen Grundrechten handelt es sich um Freiheitsrechte, die einzuschränken den verpflichteten Personen grundsätzlich untersagt ist.

Eine Einschränkung von Grundrechten setzt voraus, dass eine gesetzliche Grundlage besteht, und die infrage stehende Massnahme ein schützenswertes Interesse verfolgt und verhältnismässig vollzogen wird.<sup>14</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, können Massnahmen auch gegen den Willen der betroffenen Person angeordnet und vollzogen werden. Unzulässig bleiben aber Massnahmen, deren Auswirkungen den Kernbereich der verfassungsmässigen Grundrechte aushöhlen würde.<sup>15</sup>

## III. Patientenrechtliche Bestimmungen des Epidemiengesetzes

### A. Allgemeines

Diese Ausgangslage ändert sich im Fall einer Pandemie grundsätzlich nicht. Das Epidemiengesetz regelt den Schutz der Menschen vor übertragbaren Krankheiten. Es enthält einerseits eine Kompetenzordnung, in der festgelegt wird, in welchen Situationen Bund und Kantone zum Erlass von Massnahmen ermächtigt sind. Andererseits werden nationale Programme<sup>16</sup> und allgemeine Verhütungsmassnahmen, wozu insbesondere Erkennungs- und Überwachungsmassnahmen<sup>17</sup> und Impfungen<sup>18</sup> zählen, sowie Bekämpfungsmassnahmen gegenüber einzelnen Personen<sup>19</sup> und der gesamten Bevölkerung<sup>20</sup> vorgesehen.

Das Epidemiengesetz unterscheidet dabei den normalen Ausbruch einer übertragbaren Krankheit, eine besondere Lage<sup>21</sup> und eine ausserordentliche Lage<sup>22</sup>. Diese Unterscheidung ist für die Frage entscheidend, ob der Bund oder die Kantone zuständig sind, Verhütungs- und/oder Bekämpfungsmassnahmen anzuordnen. Im Falle einer Pandemie besteht eine besondere Lage und kann der Bundesrat nach Anhörung der Kantone Bekämpfungsmassnahmen gegenüber einzelnen Personen, Personengruppen oder der ge-

2 Vgl. Art. 386 Abs. 1 ZGB.

3 Diese können unter [www.lexfind.ch](http://www.lexfind.ch) gesucht und ausgedruckt werden.

4 Siehe z. B. Art. 1 Verordnung des Kantons St. Gallen über die Rechtsstellung der Patientinnen und Patienten vom 13. Dezember 2016.

5 Vgl. z. B. § 1 Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich vom 5. April 2004, wonach für ambulante Institutionen lediglich der 3. Abschnitt gilt, in welchem die Zwangsmassnahmen, nicht aber die Patientenrechte, welche im 2. Abschnitt geregelt sind, thematisiert werden.

6 So z. B. Art. 13 Abs. 1 lit. c und e Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Schaffhausen vom 21. Mai 2012.

7 Vgl. z. B. Art. 40 ff. Gesetz über das Gesundheitswesen (Gesundheitsgesetz, GesG) des Kantons Glarus vom 6. Mai 2007.

8 Vgl. Art. 10 Abs. 2 BV.

9 Vgl. Art. 10 Abs. 2 BV.

10 Vgl. Art. 10 Abs. 2 BV.

11 Vgl. Art. 13 f. BV und Art. 8 EMRK.

12 Vgl. Art. 7 BV.

13 Vgl. Art. 10 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK.

14 Vgl. Art. 36 Abs. 1 bis 3 sowie Art. 31 Abs. 1 BV.

15 Vgl. Art. 36 Abs. 4 BV.

16 Vgl. Art. 5 EpG.

17 Vgl. Art. 11 ff. EpG.

18 Vgl. Art. 20 ff. EpG.

19 Vgl. Art. 30 ff. EpG.

20 Vgl. Art. 40 EpG.

21 Vgl. Art. 6 EpG.

22 Vgl. Art. 7 EpG.

samen Bevölkerung vorsehen.<sup>23</sup> In einer ausserordentlichen Lage kann der Bundesrat ohne Anhörung der Kantone die notwendigen Massnahmen anordnen.<sup>24</sup>

#### B. Individuelle Bekämpfungsmassnahmen

Die individuellen Bekämpfungsmassnahmen beinhalten folgende Massnahmen:

- Identifizierung und Benachrichtigung von krankheitsverdächtigen und erkrankten Personen,<sup>25</sup>
- medizinische Überwachung von krankheitsverdächtigen und erkrankten Personen,<sup>26</sup>
- ärztliche Untersuchung und Behandlung von krankheitsverdächtigen und erkrankten Personen,<sup>27</sup>
- Quarantäne und Absonderung von krankheitsverdächtigen und erkrankten Personen<sup>28</sup> und
- Einschränkung bestimmter Tätigkeiten und der Berufsausübung von krankheitsverdächtigen und erkrankten Personen<sup>29</sup>.

Diese Bekämpfungsmassnahmen dürfen nur angeordnet werden, wenn weniger einschneidende Massnahmen, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern, nicht ausreichen oder nicht geeignet sind und die Massnahmen dazu dienen, eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit Dritter abzuwenden.<sup>30</sup> Die Massnahmen müssen sodann erforderlich und zumutbar sein.<sup>31</sup> Mit diesen Einschränkungen werden letztlich die allgemeinen Einschränkungs Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 2 und 3 BV (Wirksamkeit, Notwendigkeit und Angemessenheit) konkretisiert, nicht aber aufgehoben. Es ist deshalb auch während einer Pandemie unzulässig, die verfassungsmässigen Grundrechte vollständig aufzuheben.

#### IV. Fehlen von epidemierechtlichen Vorschriften in Bezug auf pflegebedürftige Personen

Mit Bezug auf die Patientenrechte von pflegebedürftigen Personen ist in diesem Zusammenhang kritisch anzumerken, dass der Bund weder im Covid-19-Ge-

setz<sup>32</sup> noch in den früher erlassenen Verordnungen über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19-Verordnung 3)<sup>33</sup> und über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage)<sup>34</sup> konkrete Massnahmen mit Bezug auf Pflegedienstleistungsunternehmen bzw. pflegebedürftige Personen vorgesehen hat. Sowohl das Bundesgesetz als auch die beiden Verordnungen bezwecken lediglich, die Versorgung der Bevölkerung mit wichtigen medizinischen Gütern und hinreichende Kapazitäten, die für die Behandlung von Covid-19-Erkrankungen und für weitere medizinisch dringend angezeigte Untersuchungen und Behandlungen erforderlich sind, sicherzustellen.<sup>35</sup>

Das Schweigen des Bundesgesetzgebers irritiert nicht zuletzt deshalb, weil das Bundesamt für Gesundheit Bewohner von Alters- und Pflegeheimen zu den besonders gefährdeten Personen zählt<sup>36</sup> und zu Beginn der Pandemie betont wurde, dass der Schutz von besonders gefährdeten Personen im Vordergrund stehe. Anlässlich einer Medienmitteilung vom 6. März 2020 wurde beispielsweise darauf hingewiesen, dass der Schutz besonders gefährdeter Personen vom Bundesrat gleichentags ins Zentrum gerückt worden sei.<sup>37</sup> Warum in der Folge nur der Schutz von besonders gefährdeten Arbeitnehmern geregelt worden ist, ist nicht nachvollziehbar. Das Bundesamt für Gesundheit hat erst Ende Oktober 2020 Informationen und Empfehlungen für sozialmedizinische Institutionen, wozu insbesondere Alters- und Pflegeheime zählen, im Internet veröffentlicht.<sup>38</sup>

Darin wird in Bezug auf Heimbewohner vorgesehen, dass jede Institution ein Schutzkonzept erlässt, in welchem die in der Empfehlung erwähnten

32 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020 (SR 818.102).

33 Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3) vom 19. Juni 2020 (SR 818.101.24).

34 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 19. Juni 2020 (SR 818.101.26).

35 Vgl. Art. 3 Covid-19-Gesetz.

36 <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/besonders-gefaehrdete-menschen.html> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2020).

37 <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78381.html> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2020).

38 COVID-19: Informationen und Empfehlungen für sozialmedizinische Institutionen wie Alters- und Pflegeheime (gültig ab 26. 10. 2020).

23 Vgl. Art. 6 Abs. 2 EpG.

24 Vgl. Art. 7 EpG.

25 Vgl. Art. 33 EpG.

26 Vgl. Art. 34 EpG.

27 Vgl. Art. 36 f. EpG.

28 Vgl. Art. 35 EpG.

29 Vgl. Art. 38 EpG.

30 Vgl. Art. 30 Abs. 1 EpG.

31 Vgl. Art. 30 Abs. 2 EpG.

Grundprinzipien abgebildet werden. Diese beinhalten eine tägliche Überprüfung und Dokumentation von allfälligen Symptomen, welche die vom Bundesamt für Gesundheit verabschiedeten Testkriterien erfüllt, und Isolierung, gegebenenfalls auch in einem Mehrbettzimmer, bis das Testergebnis vorliegt. Ebenso wird angeregt, dass die zu erlassenden Schutzkonzepte hinsichtlich der Umsetzung der ethischen Postulate, welche in der schweizerischen Ärztezeitung veröffentlicht worden sind,<sup>39</sup> überprüft werden.

Im fraglichen Postulat wird aber lediglich angeregt, die verfassungsmässig garantierten Freiheitsrechte der Bewohner vollumfänglich zu gewährleisten. Es kommt hinzu, dass auch die meisten Kantone es unterlassen haben, die Massnahmen, welche gegenüber pflegebedürftigen Personen zu ergreifen bzw. vom Pflegedienstleistungsunternehmen zu vollziehen sind, zu regeln. Pflegerrelevante Pandemievorschriften finden sich nur vereinzelt im kantonalen Recht, so etwa in Bezug auf Besuchsverbote<sup>40</sup> oder die Verpflichtung, Richtlinien des Kantonsarztes zu befolgen.<sup>41</sup>

Das Fehlen von klaren gesetzlichen Vorschriften ist verfassungsmässig bedenklich, da verfassungsmässige Grundrechte gegen den Willen von urteilsfähigen Personen nur eingeschränkt werden dürfen, wenn eine hinreichende gesetzliche Grundlage besteht. Selbst wenn die betroffene Person in eine konkrete Massnahme einwilligt, kann diese nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit vollzogen werden. Es besteht keine Rechtssicherheit, wenn sowohl

hinsichtlich der Schutzkonzepte als auch hinsichtlich der Kriterien, welche im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung anzuwenden sind, Unklarheiten bestehen.

In solchen Situationen ist es offensichtlich, dass unzulässige faktische Grundrechtsverletzungen erfolgen. Vor allem urteilsunfähige und hochbetagte Personen, die zwar noch urteilsfähig, aber eingeschränkt wehrhaft sind, werden Opfer von Grundrechtsverletzungen. Entsprechend ist nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die Erwachsenenschutzbehörde gefordert, klare Regeln zum Schutz von urteilsunfähigen und betagten Personen zu erlassen und auch zu vollziehen. Absolute Besuchsverbote, länger andauernde Isolation und ein unbegleitetes Sterben – da und dort Realitäten des Heimlebens – sind menschenunwürdig und grundrechtswidrig. Diese Umstände wurden medial kritisiert, blieben aber ohne ein rechtsstaatliches Echo!

Es ist zu hoffen, dass die Covid-Pandemie nicht sprichwörtlich wie die Revolution, die ihre Kinder verschlingt, die Patientenrechte von pflegebedürftigen Personen weiterhin ausser Kraft setzt. Der Gesetzgeber auf Bundesebene ist herausgefordert, die Kriterien, welche im Zusammenhang mit Einschränkungen von Patientenrechten im stationären und ambulanten Pflegebereich zu beachten sind, in rechtsstaatlich hinreichender Weise zu umschreiben. Ebenfalls ist aus rechtsstaatlicher Sicht zu fordern, die Modalitäten des Rechtsschutzes für Heimbewohner zu regeln.

39 SÄZ 2020, 843 ff.

40 Siehe z. B. § 3a Verordnung des Regierungsrats des Kantons Luzern über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (VCov19) vom 13. Oktober 2020 und Art. 10 Vollzugsverordnung des Regierungsrats des Kantons St. Gallen zur eidgenössischen Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 12. Dezember 2020.

41 Vgl. z. B. Art. 4 Verordnung des Regierungsrats des Kantons Freiburg über kantonale Massnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus vom 10. 11. 2020.

Melden Sie uns Ihre Themenvorschläge an [redaktion@pflegerecht.ch](mailto:redaktion@pflegerecht.ch)