

Kerstin Noëlle Vokinger

Matthias Kradolfer

Philipp Egli

(Hrsg.)

Begegnungen

*Beiträge von Assistierenden
zum 50. Geburtstag
von Thomas Gächter*

Kerstin Noëlle Vokinger
Matthias Kradolfer
Philipp Egli
(Hrsg.)

Begegnungen

*Beiträge von Assistierenden
zum 50. Geburtstag
von Thomas Gächter*



Begegnungen von Kerstin Noëlle Vokinger, Matthias Kradolfer und Philipp Egli (Hrsg.) wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](#) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2021 – CC BY-NC-ND (Work), CC BY-SA (Text)

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:

978-3-03805-367-5 (Print – Hardcover)

978-3-03805-366-8 (Print – Softcover)

978-3-03805-427-6 (PDF)

978-3-03805-428-3 (ePub)

978-3-03805-429-0 (mobi/Kindle)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-367>

Version: 1.01-20210506

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch, sowie als E-Book in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL: <https://eizpublishing.ch/publikationen/begegnungen/>.

Vorwort

Alfred Kölz (1944–2003) schrieb in seinen «Beobachtungen»: «Ein Hemmnis für die Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnis bilden die immer zahlreicher und umfangreicher werdenden Festschriften»¹. Die Herausgeber dieses Sammelbandes lassen offen, ob die Einschätzung von Kölz zutrifft. Seine Worte waren Mahnung genug, Thomas Gächter, der am 19. Juni 2021 50 Jahre alt wird und zu den akademischen «Schülern» von Kölz zählt, nicht mit einer «traditionellen» Festschrift zu überraschen.

Dieses Buch ist also keine Festschrift – was ist es dann? Es versammelt Beiträge von (ehemaligen) Assistentinnen und Assistenten, die am Lehrstuhl von Thomas Gächter persönliche wie wissenschaftliche Erlebnisse sammeln durften. Gemeinsam ist den Beiträgen, dass sie aus gedanklichen Begegnungen mit Thomas Gächter heraus entstanden sind. Einige Autorinnen und Autoren entwickeln ein gemeinsames Thema weiter, andere spinnen frühere Gedanken fort. Die thematische Klammer des Buches bilden also die Begegnungen mit dem Jubilar. Wir alle erlebten ihn als Lehrer, Förderer und Begleiter. Neben seinem Scharfsinn beeindruckten sein Tatendrang und die unerschrockene intellektuelle Offenheit für Neues. Die in diesem Band versammelte Vielfalt zeigt eindrücklich die thematische Breite des Schaffens von Thomas Gächter.

Dem Konzept dieses Sammelbands entspricht es, dass die einzelnen Beiträge eher kurz und ohne überschwänglichen wissenschaftlichen Apparat gehalten sind. Wenn es dabei gelingt, auch über den Tellerrand der alltäglichen Juristerei hinauszublicken, wäre ein Anliegen der Herausgeber erfüllt.

Die Autorinnen und Autoren mussten einen anspruchsvollen Zeitplan meistern. Die zeitliche Komponente ist verantwortlich dafür, dass nicht alle «Ehemaligen» des Lehrstuhls mitwirken konnten.

Schliesslich danken wir der Hauptbibliothek der Universität Zürich, die einen Teil der Druckkosten übernommen hat.

Die Herausgeber

¹ Monika Kölz (Hrsg.), Alfred Kölz (1944–2003) – Beobachtungen, Zürich/St. Gallen 2008, S. 18.

Inhalt

Sozialversicherungsrecht

<u>Als die Stunde des Polizeigeistes schlug – Gedanken zur frühen Regulierung der betrieblichen Personalvorsorge</u> <i>Philipp Egli</i>	3
<u>Angehörigenpflege – Jetzt muss etwas getan werden!</u> <i>Martina Filippo</i>	15
<u>Besteht eine Pflicht des ehemaligen Arbeitgebers zur Sanierung einer Rentnerkasse?</u> <i>Maya Geckeler Hunziker</i>	29
<u>Von Fledermäusen und Teufeln – Wie die Angst vor dem Missbrauch das schweizerische Sozialversicherungsrecht veränderte</u> <i>Michael E. Meier</i>	37
<u>Invalidität und Justiz – oder warum es für Long-COVID keine Spezialrechtsprechung braucht</u> <i>Eva Slavik</i>	49

Gesundheitsrecht

<u>Leistungsaufschub nach KVG bei Kindern und Jugendlichen</u> <i>Brigitte Blum-Schneider</i>	59
<u>Das «weisse Blut» und weitere Erzählungen</u> <i>Caroline Brugger Schmidt</i>	71
<u>Auswirkungen der sich in Revision befindenden Spitalplanungsgesetzgebung auf die ärztlichen Vergütungssysteme von Listenspitälern des Kantons Zürich</u> <i>Silvio Hauser</i>	85
<u>Mehr Organe braucht das Land</u> <i>Dania Tremp</i>	95
<u>Informed Consent in der Medizin – Quo vadis?</u> <i>Kerstin Noëlle Vokinger</i>	107

Öffentliches Recht

<u>Prinzipien und Grundsätze als Hilfestellung für die Praxis – am Beispiel des Hungerstreiks im Gefängnis</u>	
<u>Meret Baumann</u>	119
<u>Covid-19: Schlaglichter auf das Verhältnis zwischen «Recht» und «Wissenschaft»</u>	
<u>Kaspar Gerber</u>	131
<u>Staatliche Schutzpflichten gegenüber künftigen Generationen?</u>	
<u>Matthias Kradolfer</u>	143
<u>Die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung im Lichte der Covid-19-Pandemie</u>	
<u>Jürg Marcel Tiefenthal</u>	155

Lehrstuhlleben

<u>Häppchen aus dem Sozialversicherungsrecht und Delikatessen aus dem Lehrstuhlleben</u>	
<u>Matthias Appenzeller/Petra Betschart-Koller/ Danka Dusek/Sarah Hack-Leoni/Michael E. Meier/ Thuy Xuan Truong/Dominique Vogt</u>	169

Autorenverzeichnis

Matthias Appenzeller, BLaw, wissenschaftlicher Hilfsassistent am Lehrstuhl Gächter, Universität Zürich

Meret Baumann, Dr. iur., Rechtsanwältin, Generalsekretärin Sicherheitsdirektion Kanton Zug

Petra Betschart-Koller, MLaw, wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl Gächter, Universität Zürich

Brigitte Blum-Schneider, Dr. iur., Helsana Versicherungen AG

Caroline Brugger Schmidt, lic. iur., EMSS, Bezirksrichterin, Rechtsberatung diabetesschweiz und selbständig tätige Juristin

Danka Dusek, Sekretärin, Universität Zürich

Philipp Egli, Dr. iur., Rechtsanwalt, Dozent und Leiter des Zentrums für Sozialrecht, ZHAW

Martina Filippo, Dr. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Sozialrecht, ZHAW

Maya Geckeler Hunziker, Dr. iur., Stabsmitarbeiterin Geschäftsleitung Erziehungsdepartement Kanton Schaffhausen

Kaspar Gerber, Dr. iur., LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter (Postdoc) am Lehrstuhl Gächter, Mitglied des Kompetenzzentrums Medizin – Ethik – Recht Helvetiae, Universität Zürich

Sarah Hack-Leoni, MLaw, wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl Gächter, Universität Zürich

Silvio Hauser, Dr. iur., Stadtspital Waid und Triemli, Zürich

Matthias Kradolfer, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberrichter, nebenamtlicher Bundesrichter

Michael E. Meier, Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent an der Universität Zürich

Eva Slavik, Dr. iur., Dozentin an der ZHAW, Richterin am Sozialversicherungsgericht Zürich

Jürg Marcel Tiefenthal, Dr. iur., Richter am Bundesverwaltungsgericht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Dania Tremp, Dr. iur., Rechtsanwältin, Projektleiterin / Rechtsdienst GDK

Thuy Xuan Truong, MLaw, wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl
Gächter, Universität Zürich

Dominique Vogt, MLaw, wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl Gächter,
Universität Zürich

Kerstin Noëlle Vokinger, Prof. Dr. iur. et Dr. med., LL.M., Rechtsanwältin,
Universität Zürich

Sozialversicherungsrecht

Als die Stunde des Polizeigeistes schlug

Gedanken zur frühen Regulierung der betrieblichen Personalvorsorge

Philipp Egli

Inhalt

I. Schreckgespenster	3
II. Verborgener Sozialstaat	6
III. Sozialgesetzgebung im Aktienrecht	10
IV. Jäger und Paten des Polizeigeistes	12

I. Schreckgespenster

Wer wie Thomas Gächter die Ruhe der Nacht zum Arbeiten schätzt, wird sich von einer Geisterstunde nicht schrecken lassen. Einen klaren und kühlen Kopf zu bewahren, empfiehlt sich dabei nicht nur zur mitternächtlichen Stunde, sondern auch beim Blick in die Sozialgesetzgebung. Sie kennt ihre eigenen Schreckgespenster, wie sich beispielhaft an jener Zeit vor gut 70 Jahren zeigt, als die *Stunde des Polizeigeistes* schlug: Mit seinen Vorentwürfen zu einem Spezialgesetz über die betriebliche Personalvorsorge schuf der Bund in den Augen manch kritischer Beobachter ein bürokratisches Schreckgespenst. Was äusserlich als «kleines Spezialgesetz»¹ daherkam – 22 Paragraphen auf 7 Druckseiten –, erregte damals die Gemüter derjenigen Kreise, die vor dem Polizeigeist und damit vor der Gesinnung einer staatlichen Einmischung und Kontrolle erschauerten.²

Konkret richtete sich der Widerstand von Arbeitgebervertretern, Verbänden der Personalfürsorge und Teilen der Rechtslehre gegen den *Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Personalfürsorge privater Unternehmen vom 20. Juli*

¹ So SR Emil Klöti, in: Protokolle der Bundesversammlung, Ständerat, 2. Sitzung, 8. Juni 1949, S. 33.

² Hans Gerold Wirz, Die Personal-Wohlfahrtseinrichtungen der Schweizerischen Privatwirtschaft – ihre Stellung im Steuerrecht und ihre Beaufsichtigung, Stäfa 1955, S. 133, 139.

1951.³ Der aus heutiger Sicht schlanke Vorentwurf sah eine einheitliche Regelung für alle Personalkassen privater Unternehmen vor.⁴ Er zielte namentlich auf eine *Stärkung der Rechtsstellung des Personals*, indem den Arbeitnehmenden ein Recht auf Mitwirkung in der Verwaltung der Personalkassen sowie ein Anspruch auf die satzungsgemässen Leistungen eingeräumt worden wäre.⁵ Vorgesehen war weiter eine Rückzahlung der eigenen Beiträge (zzgl. Zins) bei Auflösung des Dienstverhältnisses sowie eine Regelung des Rechtsmittelweges.⁶ Stiftungsurkunde und Statuten wären vor der Eintragung auf ihre Gesetzeskonformität zu prüfen gewesen und das Vermögen der Personalkasse wäre vom Geschäftsvermögen des Unternehmens zu trennen gewesen.⁷ Personalkassen wie auch Zuwendungen an Personalkassen blieben nach dem Vorentwurf von den direkten Steuern des Bundes befreit.⁸

Die Gegner der Vorlage sahen im Vorentwurf eine unnötige Reglementierung und *drohenden Staatszwang* in Gestalt von zahlreichen Zwangsvorschriften, die der bisherigen, auf Freiheit und Freiwilligkeit beruhenden privatrechtlichen Ordnung widersprachen.⁹

«Die Privatwirtschaft wird bevormundet (...) Wir haben hier ein Beispiel des Staatsinterventionismus vor uns, einen weiteren Schritt zur Bürokratisierung.»

Das war starker Tobak. Der Zürcher Zivilrechtsprofessor August Egger, der selbst an den Vorentwürfen mitgewirkt hatte, verwies nicht nur auf den «ge reizten Ton» der Debatte, sondern vor allem auch auf die *Defizite des damals geltenden (Stiftungs-)Rechts*.¹⁰ Bei einer gewöhnlichen Stiftung – so Egger –

³ Siehe zur Entstehung Wirz (Fn. 2), S. 119 ff. Es gab eine Reihe von Vorentwürfen. Ich beziehe mich nachfolgend – soweit nicht ausdrücklich anders erwähnt – auf den letzten Vorentwurf vom 20. Juli 1951 (nachfolgend: VE 1951), dazu eingehend: Werner Scherrer, Wohlfahrtseinrichtungen der privaten Unternehmungen, ZSR 1951, S. 305a ff.; Roger Voumard, Les fonds de bienfaisance des entreprises privées, ZSR 1951, S. 419a ff.; vgl. auch zu einer früheren Fassung Wolfhart F. Bürgi, Der Wohlfahrtsfonds privatwirtschaftlicher Unternehmungen im schweizerischen Recht, Zürich/St. Gallen 1950.

⁴ Zum Geltungsbereich: Art. 1 VE 1951.

⁵ Art. 8 und 12 VE 1951.

⁶ Art. 13 ff. VE 1951.

⁷ Art. 5 und Art. 9 VE 1951. Gerade das behördliche Prüfungsrecht rief starke Opposition hervor, vgl. Scherrer (Fn. 3), S. 384a ff.; Voumard (Fn. 3), S. 566a; vgl. auch Bürgi (Fn. 3), S. 85.

⁸ Art. 17 VE 1951. Das galt bereits zuvor, dazu unten II.

⁹ Zitat aus Votum von Alfred Matti, Sekretär des schweizerischen Verbandes für Personalfürsorge privatwirtschaftlicher Unternehmungen, in: ZSR 1951, S. 627a; zu Staatszwang und unnötiger Reglementierung: NZZ vom 17. Juni 1952 (Nr. 1328), Blatt 2.

¹⁰ Votum August Egger, in: ZSR 1951, S. 628a ff. Das Stiftungsrecht enthielt damals noch keine Sonderbestimmungen zur Personalvorsorge.

komme die Leistung der Stiftung über die Destinatäre wie eine Schenkung. Ganz anders sei dies bei Wohlfahrtseinrichtungen, bei denen die Destinatäre auf die Leistungen zählen, da sie Teil ihres Lebensstandards bilden. Was bei gewöhnlichen Stiftungen etwas Unerhörtes wäre – die Heranziehung der Destinatäre zu eigenen Beitragsleistungen –, bedeute hier eine höher entwickelte Form der Wohlfahrtsinstitution. Leistungen von Wohlfahrtseinrichtungen seien keine reine Liberalität, sondern ein besonders gestaltetes zusätzliches Entgelt für geleistete Arbeit.¹¹

Nachvollziehbar war daher für Egger das starke Interesse des Personals an den Wohlfahrtseinrichtungen, an der Verwendung der Mittel, an der eigenen Rechtsposition. Das Personal empfinde das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, wie es unser ganzes rechtsstaatliches Denken erzeuge: «Warum dann nicht dem offenkundigen Bedürfnis des Personals Rechnung tragen?»¹² Der autoritäre Charakter der Stiftung – die dauernde Beherrschung durch den Stifterwillen – bedürfe bei Wohlfahrtseinrichtungen der Milderung durch die Ausrichtung auf die Interessen der Betriebsgemeinschaft von Unternehmen und Personal, auf die «*human relations*». Egger ermahnte, man dürfe sich durch Doktrinarismus weder leiten noch schrecken lassen.¹³

Das primäre Anliegen von Egger war also eine *Stärkung der Rechtsstellung des Personals* und weniger eine Stärkung staatlicher Bevormundung. Egger war durchaus skeptisch gegenüber der «Tendenz, den Schwierigkeiten des Wirtschafts- und Soziallebens in raschem Zugriff mittelst der Gesetzgebungsmaschine zu begegnen».¹⁴ Doch sein differenziertes Votum blieb ungehört: Die Vorarbeiten versandeten und es sollten noch Jahrzehnte verstreichen, bis eine Spezialgesetzgebung zur beruflichen Vorsorge mehrheitsfähig wurde.¹⁵ Zu stark dachten die Gegner der Vorlage in der allzu einfachen «doktrinären» Gegenüberstellung von staatlichem Zwang und freiheitlicher Wirtschaft. Daraus ergab sich beinahe zwangsläufig ein grundlegendes Spannungsverhältnis zwi-

¹¹ Früher sprach man teilweise auch von *Assekuranzlohn*, was sich aber nicht durchsetzen konnte, vgl. Max Wolfensberger, *Die Wohlfahrtsfonds industrieller Unternehmungen im schweiz. Recht*, Bern 1927, S. 4 f.

¹² Egger (Fn. 10), S. 632a.

¹³ Egger (Fn. 10), S. 633a f.

¹⁴ August Egger, *Personalfürsorgeeinrichtungen*, *Werdendes Recht und organisatorische Gestaltung auf Grund des Vorentwurfes vom Juli 1945*, Rechtsgutachten vom 30. September 1946 erstattet der Justizabteilung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (zit. Rechtsgutachten), Fundstelle: Schweizerisches Bundesarchiv, Signatur: E4001C#1000/783#1279*, S. 34.

¹⁵ Zur weiteren Entwicklung, die zunächst in eine Vorlage zur *Ergänzung des Dienstvertrags- und des Stiftungsrechts* (BBl 1956 II 825) mündete, vgl. Wirz (Fn. 2), S. 134 ff.

schen den privaten Interessen an einer freiheitlichen Ordnung und den öffentlich-rechtlichen Interessen an der sozialen Sicherstellung des Arbeitnehmers.¹⁶

Und so sahen die Gegner Geister: Das Spezialgesetz erschien ihnen als Bevormundung durch den Staat und als Zersetzung der Zivilrechtsordnung¹⁷ – oder eben: als Schreckgespenst und Polizeigeist. Zweifelhaft erscheint mir, ob diese Kritik berechtigt war. Allenfalls jagten die Gegner der Vorlage Geister, für die sie selbst die Mitverantwortung trugen: Waren die Jäger des Polizeigeistes womöglich auch seine Paten? Bevor auf diese Frage zurückzukommen sein wird (IV.), lohnt es sich, einige Streiflichter auf die frühe Regelung der betrieblichen Personalvorsorge im Steuerrecht (II.) und im Aktienrecht (III.) zu werfen.

II. Verborgener Sozialstaat

Als sich die eben erwähnten Geisterjäger vor gut 70 Jahren berufen fühlten, gegen das Schreckgespenst einer Spezialgesetzgebung anzukämpfen, förderte der Staat bereits seit über 30 Jahren mit *Hunderten von Millionen Franken* die privaten Wohlfahrtseinrichtungen. Dies geschah allerdings nicht über ein Spezialgesetz oder direkte Geldzahlungen, sondern über die Befreiung von den kriegs- und krisenbedingten Steuern der ersten Jahrhunderthälfte.¹⁸ Diese später auch in das ordentliche Steuerrecht von Bund und Kantonen überführten Regelungen trugen massgeblich zum Aufblühen der privaten Wohlfahrtseinrichtungen bei.

Ab dem Jahr 1916 liess der Bund Wohlfahrtszuwendungen der Unternehmen als Steuerabzüge bei der Kriegsgewinnsteuer zu. Im Ergebnis leistete der Bund nach eigener Einschätzung «*gewaltige Beiträge*» durch die Steuerbefreiung der Wohlfahrtszuwendungen.¹⁹ Mitunter wurden die Steuerprivilegien gar als einer der «*allerwichtigsten*» Beschlüsse bezeichnet, die der Bundesrat im Rahmen der Vollmachten (*pleins pouvoirs*) des Ersten Weltkrieges getroffen hatte.²⁰ In der Tat: Bis ins Jahr 1921 belief sich das Total der (definitiv oder provisorisch) steuerbefreiten Zuwendungen bereits auf CHF 200 Millionen, bei

¹⁶ Bürgi (Fn. 3), S. 82.

¹⁷ Scherrer (Fn. 3), S. 413a.

¹⁸ Vgl. die Übersicht bei Wirz (Fn. 2), S. 149 ff.

¹⁹ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 10. Januar 1922 über das Postulat beider Räte betreffend die Sicherstellung der von der Kriegsgewinnsteuer befreiten Wohlfahrtszuwendungen, BBl 1922 I 97 ff. (zit. Bericht Wohlfahrtszuwendungen), S. 97 f.

²⁰ So NR Eduard Blumer, in: Protokolle der Bundesversammlung, Nationalrat, 1. Sitzung, 23. April 1923 (zit. NR 1923), S. 11.

Gesamteinnahmen durch die Kriegsgewinnsteuer von rund CHF 790 Millionen.²¹ Im Laufe der folgenden Jahrzehnte sollten es die einleitend erwähnten «Hundertern von Millionen Franken» werden.²²

Selbstredend war der Fiskus darum bemüht sicherzustellen, dass diese «gewaltigen Beiträge» *zweckentsprechend verwendet* wurden. Deshalb verlangte die eidgenössische Steuerverwaltung bereits früh, «dass die Zuwendung mit selbständiger juristischer Persönlichkeit ausgestattet werden müsse».²³ Im Alltag fiel die Durchsetzung und Kontrolle der Zweckbindung allerdings schwer – «ein etwas heikles Thema», wie der Bundesrat bald einmal in aller Zurückhaltung einräumen musste.²⁴

Allzu verlockend war für die Unternehmen die Steuerfreiheit: Möglicherweise ging es ihnen bisweilen «weniger um das Wohl ihrer Angestellten und Arbeiter, als vielmehr um die Reduktion ihrer Kriegsgewinnsteuerpflicht».²⁵ Eigennutz hinderte die Errichtung der Stiftung indes nicht.²⁶ Allerdings fehlte es den Unternehmen nicht selten am Willen oder an den Mitteln (oder an beidem), um die geforderte Sicherheit in Form einer tatsächlichen Ausscheidung und Überführung der Mittel in verselbständigte Stiftungen zu leisten. Selbst der Fiskus musste sich in den wirtschaftlich schwierigen Zeiten nach dem Ersten Weltkrieg damit begnügen, dass sich die Aktiven einer verselbständigten Wohl-

²¹ Bericht Wohlfahrtszuwendungen (Fn. 19), S. 100; NR 1923 (Fn. 20), S. 12; siehe auch Matthieu Leimgruber, *Solidarity without the State?*, Cambridge 2008, S. 68.

²² Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen vom 10. Oktober 1947 über die Beaufsichtigung von Personalfürsorgestiftungen (zit. KS 1947), BBl 1947 III 284 ff., 284.

²³ Bericht Wohlfahrtszuwendungen (Fn. 19), S. 98, mit Hinweis auf die Verfügung des Eidg. Finanzdepartements vom 3. Juli 1918, AS 34 763.

²⁴ So ein Zitat von BR Edmund Schulthess: «Es ist ein etwas heikles Thema, diese privaten Fonds, die in der letzten Zeit des Krieges und in der ersten Nachkriegszeit angelegt worden sind» (AB SR 1931 S. 69); aus der Praxis: Matthieu Leimgruber, *Profits de guerre, fiscalité et caisses de pension (1917-1927)*, *Aspects de la sécurité sociale* 4/2001, S. 15 ff.

²⁵ Zitat aus: BGE 51 II 465 E. 2 S. 469, wo das Bundesgericht gar von einer rechtmässigen «Schiebung» sprach. Auch konnten Wohlfahrtsfonds mit reinen Ermessensleistungen die Abhängigkeit des Personals vom Arbeitgeber *verschärfen*, vgl. Wolfensberger (Fn. 11), S. 6 ff., 81 f.: Wer opponiert, wenn er ansonsten Anstellung und Alterssicherung verliert?

²⁶ BGE 51 II 465; zu den Grenzen: BGE 52 I 273.

fahrtseinrichtung in einer ungesicherten Forderung gegenüber dem Unternehmen erschöpften.²⁷ Die Stiftungen dienten damit auch der steuerbegünstigten Selbstfinanzierung der Unternehmen.²⁸

In der Neuen Zürcher Zeitung war später zugespitzt von «Potemkinschen Stiftungen» die Rede,²⁹ das heisst von Stiftungen, deren Aktiven nur auf dem Papier Geldwert hatten. Heute würde man sie vielleicht als *Zombie*-Stiftungen bezeichnen – also Stiftungen, «die nicht leben, aber auch nicht sterben können».³⁰ Solche Stiftungen konnten nur beschränkt zur sozialen Fürsorge beitragen.

Kontrolle tat also Not. Stiftungsrechtlich war eine behördliche Aufsicht zur Sicherung des Stiftungszwecks schon damals gesetzlich vorgeschrieben;³¹ die staatliche Aufsicht ist bei Stiftungen «von alters her» bewährt.³² Weiter gingen die Steuerbehörden von Bund und Kantonen im Laufe der Jahrzehnte dazu über, detaillierte Regelungen zu den Voraussetzungen der Steuerbefreiung aufzustellen. Die beinahe 800-seitige (!) Dissertation von Hans Wirz aus dem Jahr 1955 zur Stellung der Wohlfahrtseinrichtungen im Steuer- und Aufsichtsrecht mit einer umfassenden Darstellung der damaligen Steuerpraxis von Bund und Kantonen lässt *Detailliertheit und Dichte* der steuerlich motivierten Regeln erahnen.³³ Die Themen der steuerlichen Regeln waren vielfältig und nahmen diejenigen des geplanten Spezialgesetzes vorweg.

Angesichts dieser zunehmenden Regulierung der Wohlfahrtseinrichtungen durch das Steuerrecht sprach Wirz kritisch von einer *kalten Revision* der zivilrechtlichen Strukturen.³⁴ Das öffentlich-rechtliche Steuerrecht überformte zunehmend das privatrechtliche Stiftungsrecht. Diese «expansive Kraft» des

²⁷ Verfügung des Eidg. Finanzdepartements vom 15. Oktober 1921, AS 37 754; eingehend: K. Böschenstein/H. Held, Bericht über die Durchführung der Eidgenössischen Kriegsgewinnsteuer, Bern 1929, Fundstelle: Schweizerisches Bundesarchiv, Signatur: E6300B#1969/255#7*, S. 44 ff., insb. S. 48; später auch Art. 673 Abs. 3 aOR, dazu unten Fn. 47; zu den Grenzen: BGE 72 I 205.

²⁸ Graziano Lusenti, Les institutions de prévoyance en Suisse, au Royaume-Uni et en Allemagne fédérale, Genf 1989, S. 70 ff., insb. S. 72.

²⁹ Ch. Kopf, Wohlfahrtseinrichtungen in der Privatwirtschaft, NZZ vom 21. April 1936 (Nr. 677), Blatt 5.

³⁰ Votum SR Gottfried Keller, AB SR 1931 S. 66.

³¹ Art. 84 ZGB; August Egger, Zürcher Kommentar, Einleitung und Personenrecht, 2. A., Zürich 1930, Art. 84 N 2.

³² Egger, Rechtsgutachten (Fn. 14), S. 11.

³³ Siehe Wirz (Fn. 2).

³⁴ Wirz (Fn. 2), S. 250, bezogen auf die Einführung von Rechtsansprüchen auf Geldleistungen; weiterführend Thomas Koller, Privatrecht und Steuerrecht, Bern 1993.

Steuerrechts geriet dort an rechtliche Grenzen, wo die Kantone mit ihrem Steuerrecht allzu stark in zivilrechtliche Strukturen eingriffen.³⁵ Die damit einhergehenden Spannungen zwischen Stiftungsrecht und Steuerrecht zeigten sich etwa dann, wenn Steuerbehörden eine Ausscheidung oder Sicherstellung des Stiftungsvermögens einforderten³⁶ oder die Steuerbefreiung von Anpassungen in den Stiftungsurkunden abhängig machten, die Stiftungsaufsicht aber vom Grundsatz der Unabänderlichkeit der Stiftungssatzungen ausging³⁷.

Lehre und Praxis fanden zwar Wege, um die beiden Rechtsordnungen aufeinander abzustimmen.³⁸ Auch drängte der Bundesrat die kantonale Stiftungsaufsicht geradezu zur Kontrolle: «Die steueramtliche Kontrolle allein führt ... nicht zum Ziel, wenn sie nicht durch eine ernsthafte, zeitlich unbegrenzte Kontrolle der Aufsichtsbehörde ergänzt wird.»³⁹ Doch die Gesetzgebung der Kantone blieb unterschiedlich, die kantonale Rechtspraxis uneinheitlich und die Rechtslage entsprechend *unübersichtlich*.

Auffallend ist, dass durch die «Hintertür» des Steuerrechts schon früh eine staatliche Regulierung der betrieblichen Personalvorsorge einsetzte.⁴⁰ In den Sozialwissenschaften wurde eine solche staatliche Sozialpolitik über das Steuerrecht auch schon als unsichtbarer oder *verborgener Sozialstaat* (*hidden welfare state*) bezeichnet.⁴¹ Möglicherweise war es diese «Unsichtbarkeit», die es Max Huber in seinem Geleitwort zur immerhin 800-seitigen Dissertation von Hans Wirz erlaubte, mit Blick auf die Wohlfahrtseinrichtungen ein Hohelied auf die private Initiative, die freie Wirtschaft und die betriebliche Sozialpolitik anzustimmen.⁴²

Eine spezialgesetzliche Regelung im Sinne von August Egger wäre allenfalls die Möglichkeit gewesen, dieses zunehmend *unübersichtliche Dickicht* von mehr oder weniger verborgenen steuerlichen (und stiftungsrechtlichen) Regeln durch klare und transparente (zivil-)rechtliche Grundsätze obsolet zu

³⁵ Art. 6 ZGB.

³⁶ Vgl. dazu aus aufsichtsrechtlicher Sicht BGE 75 I 269.

³⁷ Wilhelm Schönenberger, Abänderung von Stiftungssatzungen nach schweizerischem Zivilrecht, ZSR 1947, S. 41 ff.; Egger (Fn. 10), S. 629a.

³⁸ Schönenberger (Fn. 37), passim.

³⁹ KS 1947 (Fn. 22).

⁴⁰ Vgl. zum Verhältnis von Sozialrecht und Steuerrecht z.B. Hans Zacher, Das Sozialrecht im Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft, Bayerischer Wohlfahrtsdienst 1/1979, S. 1 ff., 3.

⁴¹ Vgl. Christopher Howard, The Hidden Welfare State, Tax Expenditures and Social Policy in the United States, Princeton 1997 (als Gegenbegriff zum «visible welfare state»).

⁴² Max Huber, Zum Geleit, in: Wirz (Fn. 2), S. VII.

machen.⁴³ In dieser Lesart wäre die Spezialgesetzgebung sogar ein Beitrag gegen den staatlichen Bürokratismus und für eine Stärkung der zivilrechtlichen Rechtsstellung des Personals gewesen – aber um dies so zu sehen, hätte man Privatrecht nicht einfach mit der Freiheit und Freiwilligkeit der (Aktien-)Gesellschaft gleichsetzen dürfen.

III. Sozialgesetzgebung im Aktienrecht

Es gab denn auch schon früh Regeln zu Wohlfahrtseinrichtungen im Aktienrecht,⁴⁴ was auf den ersten Blick überraschen mag: Zumindest in früheren Jahrzehnten galt die Aktiengesellschaft als die Kapitalgesellschaft schlechthin, deren Seele das *Gewinnstreben der Aktionäre* war.⁴⁵ Und doch verankerte die Revision des Obligationenrechts von 1936 im Aktienrecht eine Norm zur Gründung und Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen:

«Mit dieser Ordnung will dem Unternehmen der Aktiengesellschaften wenigstens nach einer Richtung in bezug auf die Gewinnverwendung eine soziale Funktion zugunsten der Arbeiter und Angestellten zugewiesen werden.»⁴⁶

Der damals geschaffene Art. 673 aOR sah vor, dass die Statuten einer Aktiengesellschaft Fonds zur Gründung und Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen für Angestellte und Arbeiter des Unternehmens vorsehen konnten. Dabei waren die Wohlfahrtszuwendungen aus dem Vermögen der Gesellschaft aus-

⁴³ Die Rechtsgrundlagen für die Spezialgesetzgebung sah Egger mit Bezug auf Stiftungen in Art. 64 aBV und Art. 84 ZGB, siehe Egger, Rechtsgutachten (Fn. 14), S. 11.

⁴⁴ Entsprechende Regelungen gab es auch für die Kommanditaktiengesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft, nicht aber für Personengesellschaften und Einzelunternehmen, vgl. F. Wolfhart Bürgi, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zürich 1957, Art. 673 N 8. Nicht eingegangen wird nachfolgend auf die Regelungen in der damaligen Fabrikgesetzgebung, vgl. Art. 78 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914 (BBl 1914 III 567 ff.).

⁴⁵ Alfred Siegwart, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Zürich 1945, Einl. N 220; ferner Walter R. Schluop, Mitbestimmung? Bemerkungen zum Verhältnis von Aktiengesellschaft, Unternehmen und öffentlichem Interesse, in: Max Boemle et al. (Hrsg.), Lebendiges Aktienrecht, FS Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, S. 311 ff.

⁴⁶ Eugen Huber, Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Dem schweizerischen Justiz- und Polizeidepartement erstattet im März 1920, S. 112.

zuscheiden und in eine Stiftung zu überführen.⁴⁷ Schliesslich hatte der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Rückerstattung der eigenen Beiträge (ohne Zins) bei Auflösung des Dienstverhältnisses.⁴⁸

Nach der damaligen Lehre wies diese Regelung einen «ausgesprochen sozialpolitischen Charakter» auf, ja sie wurde sogar als Weiterentwicklung (!) des modernen Sozialrechts bezeichnet: Ihre Besonderheit sah man in der Freiwilligkeit der Wohlfahrtszuwendungen, was es erlaubte, die Wohlfahrtseinrichtungen vollständig ins Privatrecht einzuordnen.⁴⁹ Die Bestimmungen traten in beschränktem Masse an die Stelle der (im ersten Anlauf gescheiterten) staatlichen Altersversicherung. Das Bundesgericht bezeichnete Art. 673 aOR gar ausdrücklich als «Ausschnitt aus der eidgenössischen Sozialgesetzgebung»:

«Die durch das revidierte Aktienrecht an die Generalversammlung verliehene Befugnis, Beiträge zugunsten von Wohlfahrtseinrichtungen für das Personal zu entrichten, ist ein Ausschnitt aus der eidgenössischen Sozialgesetzgebung mit der Besonderheit, dass der Staat auf Eingriffe verzichtet und es dem einzelnen Unternehmen überlässt, die zweckdienlichen Anordnungen zu treffen. Diesem Vertrauen in den sozialen Sinn der Aktiengesellschaft muss entsprechen, dass sie nicht durch ihre Satzung die erhaltene Kompetenz wegbedingen darf.»⁵⁰

Eine solche Wohlfahrt in privaten Händen und auf private Initiative lebte vom Vertrauen in den sozialen Sinn der Aktiengesellschaft, was das Bundesgericht dadurch förderte, dass es den Zuwendungen an Wohlfahrtseinrichtungen einen Vorrang vor dem Recht auf Dividende einräumte. In diesem (sehr bescheidenen) Umfang gewährte das Aktienrecht der Wohlfahrt die Vorfahrt vor dem Gewinnstreben einzelner Aktionäre; ihr Recht auf Dividende hatte zurückzutreten.⁵¹ Die Wohlfahrtszuwendungen blieben aber dem Mehrheitswillen der Aktionäre überlassen: Über die Zuwendungen beschloss die Generalversammlung; sie waren Ausdruck einer «dringlichen sozialen Pflicht gegenüber dem Personal».⁵²

⁴⁷ Das Gesetz erlaubte, dass das Stiftungsvermögen in einer Forderung an die Gesellschaft bestand (Art. 673 Abs. 3 aOR).

⁴⁸ Art. 673 Abs. 1-4 aOR in der Fassung vom 18. Dezember 1936 (in Kraft bis 30. Juni 1958); dazu eingehend die Kommentierung von Bürgi (Fn. 44). Die Norm wurde später ins Arbeitsrecht überführt, vgl. Art. 343^{bis} aOR (in der Fassung ab 1. Juli 1958 bis 31. Dezember 1971).

⁴⁹ Bürgi (Fn. 44), Art. 673 N 7, von dort auch das Zitat im Haupttext (Hervorhebung im Original).

⁵⁰ BGE 72 II 293 E. 4 S. 303 f.

⁵¹ Otto K. Kaufmann, Das Recht auf Dividende, St. Gallen 1947, S. 23 ff.; siehe auch Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 488 f.

⁵² BGE 72 II 293 E. 4 S. 306.

Dies waren für die damalige Zeit bemerkenswerte *Wandlungen im Wesen der juristischen Person*.⁵³ Man kann darin ein schwindendes Vertrauen in die unsichtbare Hand des Marktes und einen vorsichtigen Eingriff der sichtbaren Hand des Rechts erblicken.⁵⁴ Die Regelung gründete aber letztlich mehr in einer sozialen (moralischen) Pflicht als in einer eigentlichen Rechtspflicht. Die Stärkung des Rechts war denn auch das besondere Anliegen der geplanten Spezialgesetzgebung.

IV. Jäger und Paten des Polizeigeistes

Längst vorbei sind heute die Zeiten, in denen sich das Sozialrecht im Steuerrecht und im Aktienrecht verbarg. Der sichtbare und entfaltete Sozialstaat begnügt sich nicht mit der privaten Wohlfahrt und dem Vertrauen in den sozialen Sinn der (Aktien-)Gesellschaft. *Staat tut Not*. Hans-Peter Tschudi brachte das regulatorische Dilemma der privaten Wohlfahrt angesichts der gescheiterten Bemühungen um eine Spezialgesetzgebung treffend wie folgt auf den Punkt:⁵⁵

«Warum sind die ursprünglich weitgehenden Pläne des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes auf einen so bescheidenen Revisionsentwurf zusammengeschmolzen? Ich erblicke die Ursache darin, dass zwischen der Freiwilligkeit in der Äufnung von Wohlfahrtsfonds und der gesetzlichen Regelung ein fast unüberbrückbarer Gegensatz besteht. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Stiftung von Mitteln durch die Betriebe zur Unterstützung des Personals sehr zu begrüßen ist. Auch sind gesetzliche Bestimmungen, welche erreichen sollen, dass die Arbeitnehmer wirklich in den Genuss dieser Mittel kommen, erwünscht. Stellt der Gesetzgeber jedoch weitgehende Vorschriften auf, so empfindet der Unternehmer dies als unannehmbaren Eingriff. Wenn er freiwillig Mittel zur Verfügung stellt, will er in deren Verwendung möglichst nicht gebunden sein. Somit haben weitgehende gesetzliche Regelungen die Folge, dass die Unternehmer in der Bewilligung von Mitteln für Wohlfahrtszwecke zurückhaltend werden. Damit wird aber der beabsichtigte Schutz der Arbeitnehmer in sein Gegenteil verkehrt. Diese Problematik, welche der privaten Wohlfahrt innewohnt, hat zur Folge, dass sie die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer gegenüber den verschiedenen Risiken des Lebens, wie Alter, Krankheit, Invalidität, allein nicht erreichen kann. Dem Ausbau der staatlichen Sozialversicherung muss somit weiterhin die grösste Aufmerksamkeit geschenkt werden.»

Wie wir inzwischen wissen, hat auch die staatliche Wohlfahrt ihre Kosten. Gerade die berufliche Vorsorge ist ein gutes Beispiel für die Risiken staatlicher

⁵³ Wolfhart F. Bürgi, *Wandlungen im Wesen der juristischen Person*, in: *Staat und Wirtschaft*, FS Hans Nawiascky, Einsiedeln/Zürich/Köln 1950, S. 245 ff.

⁵⁴ Schlupep (Fn. 45), S. 325 f.

⁵⁵ *Votum SR Tschudi*, AB SR 1957 S. 235; in der Rechtstheorie ist mitunter gar von einem «regulatorischen *Trilemma*» die Rede, da mit Politik, Recht und Wirtschaft (mind.) drei Funktionsbereiche aufeinanderprallen, weiterführend Gunther Teubner, *Das regulatorische Trilemma*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 13 (1984), S. 109 ff.

Regulierung.⁵⁶ Überhaupt kann der Staat vielfach nur ungenügend kompensieren, was die Gesellschaft versäumt. Die Sozialziele brauchen zu ihrer Verwirklichung Staat und Gesellschaft. Das beste Rezept gegen überbordende staatliche Regulierung wäre daher: die Gesellschaft nimmt ihre soziale Verantwortung selbst wahr.⁵⁷ Der Staat hätte dann zwar den rechtlichen Rahmen zu setzen, müsste ihn aber nicht selbst ausfüllen. Die berufliche Vorsorge – dieses «Werk der Sozialpartner» – wäre an diesen Gedanken durchaus anschlussfähig (gewesen).⁵⁸

Genau auf diese *gesellschaftliche Verantwortung* und deren rechtliche Absicherung zielte das einleitend erwähnte Votum von August Egger ab, der denn auch ein engagierter Verfechter eines sozialen Zivilrechts war.⁵⁹ Ob aber das für einen solchen Ansatz trotz aller rechtlichen Absicherung unverzichtbare «Vertrauen in den sozialen Sinn der Aktiengesellschaft» belohnt würde, muss wohl bezweifelt werden. Allzu gerne überlässt die (Aktien-)Gesellschaft das Gemeinwohl dem Staat und ruft damit jenen Polizeigeist hervor, den sie später mit Verve bekämpft. Insofern können die Jäger des Polizeigeistes auch seine Paten sein: Sie jagen ein Schreckgespenst, das sie selbst mitverantworten.

In der betrieblichen Personalvorsorge zeichneten sich demnach bereits früh die regulatorischen Probleme des modernen Sozialstaates ab: das ewige Ringen zwischen individuellen und kollektiven Interessen: «Glücklich der Staat und die Zeit, wo diese beiden Grundelemente der Rechtsbildung sich zu einer erträglichen Harmonie verbunden haben!»⁶⁰ Dies macht bewusst: Sozialstaatlichkeit ist ein *fortwährender Auftrag*, wobei die Art und Weise der Problemlösung auch von der Einstellung der jeweiligen Epoche zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft abhängt.⁶¹

⁵⁶ Philipp Egli/Martina Filippo, Berufliche Vorsorge: Stösst die Logik an ihre Grenzen?, NZZ vom 11. Juni 2020, S. 7, zu den gesetzlich bedingten Pensionierungsverlusten.

⁵⁷ Vgl. zum «gesellschaftspolitischen» Subsidiaritätsprinzip Thomas Gächter, Grundstrukturen des schweizerischen Rechts der Sozialen Sicherheit, ZSR 2014 II, S. 5 ff., 60 ff.

⁵⁸ Das BVG ist «Rahmengesetz», vgl. Art. 6 und 49 BVG; zum «Werk der Sozialpartner» vgl. statt vieler: Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, S. 600.

⁵⁹ August Egger, Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. A., Zürich 1950.

⁶⁰ Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Bd. 4, Basel 1893, S. 300.

⁶¹ Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter, Allgemeines Staatsrecht, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 480; allgemein: Richard Bäuml, Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, ZBJV 1965, S. 81 ff.; Josef Esser, Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts, Heidelberg 1979, S. 5.

Die als «Polizeigeist» beschimpfte staatliche Einmischung und Kontrolle ist mitunter erforderlich, aber wohl häufig nur die zweitbeste Lösung gegenüber gesellschaftlicher (Eigen-)Verantwortung.⁶² Wer reguliert, sollte daher an seine Grenzen denken. Und wer Regulierung beklagt, sollte an seine Verantwortung denken. Wo es an einem von beidem fehlt, gerät Regulierung rasch zu einer tragischen Angelegenheit: *Ohne den Staat geht es nicht – und mit ihm auch nicht.*

So endet mein Beitrag in einer *Paradoxie* und damit ohne rechten Schluss.⁶³ Wer einen Ausweg finden will, braucht einen klaren und kühlen Kopf. Womit wir wieder am Anfang wären:

«Verehrtes Publikum, jetzt kein Verdross:
Wir wissen wohl, das ist kein rechter Schluss (...)
Wir stehen selbst enttäuscht und sehn betroffen
Den Vorhang zu und alle Fragen offen. (...)
Der einzige Ausweg wär aus diesem Ungemach:
Sie selber dächten auf der Stelle nach (...)»⁶⁴

⁶² Haller/Kölz/Gächter (Fn. 61), Rz. 87.

⁶³ Wenig tröstlich wird sein, dass Paradoxien in der modernen Gesellschaft unvermeidlich sind, vgl. Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1997, S. 1144.

⁶⁴ Ausschnitte aus: Bertolt Brecht, *Der gute Mensch von Sezuan*, Epilog, zit. nach Bertolt Brecht, *Gesammelte Werke*, Bd. 4, Frankfurt a.M. 1967, S. 1607; für einen möglichen Ausweg vgl. Gächter (Fn. 57), S. 63, wonach das Versicherungsprinzip (Sozialversicherung!) eine «geradezu modellhafte Verbindung von Solidarität und Subsidiarität» sei.

Angehörigenpflege – Jetzt muss etwas getan werden!

Martina Filippo

Inhalt

I.	Wie alles begann	15
II.	Ausgangslage	17
	1. Überalterung der Gesellschaft	17
	2. Pflegekräftemangel	18
	3. Zwischenfazit	19
III.	Probleme	19
	1. Absicherung der informell pflegenden Person	19
	2. Fehlende Definitionen	21
	3. «Versicherungsdschungel»	23
IV.	Neuste Entwicklungen	23
V.	Braucht es eine Pflegeversicherung?	25

I. Wie alles begann

Die meisten Studierenden der Rechtswissenschaft zieht es nach Abschluss des Studiums ins Anwaltspraktikum oder sie schreiben eine Doktorarbeit. Ich hatte andere Pläne: Seit meinem fünften Lebensjahr tanzte ich Ballett. Da ich meine Leidenschaft zum Beruf machen und der nächsten Generation diese Leidenschaft für die Bühne weitergeben wollte, absolvierte ich nach dem Studium eine Ausbildung zur Ballett- und Tanzpädagogin an der «Accademia Teatro alla Scala» in Mailand, Italien. Die Ausbildung dauerte zwei Jahre und war eine Mischung aus Präsenzunterricht für die Praxis und Theorie von zu Hause aus. Da sich die Ausbildung an Berufstätige richtete, war ich nicht zu 100% ausgelastet, weshalb ich eine Teilzeitstelle als Juristin suchte. Ich war jung und naiv und glaubte, Teilzeitstellen für Juristen würden auf der Strasse liegen. Aber weit gefehlt! Damals waren Teilzeitstellen generell rar und für Juristinnen und Juristen frisch ab Studium praktisch inexistent. Es hagelte Absage um Absage, z.T. mit dem Hinweis, dass ich für eine Vollzeitstelle zu einem Gespräch eingeladen werden würde, nicht aber für eine Teilzeitstelle. Anfangs scherzte ich, dass ich doktorieren würde, falls ich keine Teilzeitstelle finden sollte. Irgendwann wurde aus Spass Ernst. Eigentlich wollte ich das Anwaltspraktikum absolvieren und die Anwaltsprüfung bestehen, um dann als Anwältin in einer

Anwaltskanzlei zu arbeiten; selbstverständlich in Teilzeit, damit ich auch noch Ballett unterrichten könnte. Aber es kommt nicht immer alles so, wie man es sich vorstellt...

Nach einem Jahre des erfolglosen Bewerbens realisierte ich, dass dies ein hoffnungsloses Unterfangen war. Also informierte ich mich über das Doktorat. Leider war mein Lizenziat II nicht so brillant und ich war ein Fall von §10 Abs. 2 der Promotionsverordnung der Universität Zürich. Ich musste mir ein Fakultätsmitglied suchen, welches sich bereit erklären würde, meine Betreuung zu übernehmen. Strategisches Handeln war also angezeigt. Ich erinnerte mich mit grosser Freude an die Vorlesungen im Sozialversicherungsrecht, welche von Prof. Thomas Gächter gelesen wurden und bei mir auf grosses Interesse stiessen. Sozialversicherungsrecht war damals ein Wahlfach und wir waren dementsprechend wenige Studierende, die diese Vorlesung besuchten. Ich gehörte zu denjenigen Studierenden, die die Prüfungsfächer nach Interesse (und nicht nach möglichst geringem Lernaufwand) aussuchten. Und so hatte ich eine mündliche Prüfung bei Thomas Gächter im Sozialversicherungsrecht. Wir waren damals drei (!) Studierende, die diese Prüfung ablegten und ich war die einzige Frau (!). Ich schnitt ziemlich gut ab, was mir die Hoffnung gab, dass Thomas Gächter sich vielleicht – auch nach zwei Jahren – an mich erinnern könnte und sich bereit erklären würde, mein Doktorvater zu werden. Nervös griff ich zum Telefonhörer, bereit meinen zuvor auswendig gelernten Text vorzutragen und was sagte Thomas Gächter, nachdem ich meinen Namen gesagt habe? «Auf Sie habe ich gewartet.»

Planlos wie ich war, hatte ich nicht einmal ein mögliches Dissertations-Thema. «Irgendwas mit Sozialversicherungsrecht», war mein Wunsch. Thomas Gächter unterbreitete mit daraufhin ein paar Vorschläge und ich wählte das ungeheuer weite Feld «Angehörigenpflege». Seine damalige Assistentin Brigitte Blum-Schneider gab mir Starthilfe und so fing ich an zu diesem Thema zu recherchieren und schreiben. Einige Monate, nachdem ich mit meiner Dissertation begonnen hatte, bot mir Thomas Gächter eine Assistentenstelle bei ihm am Lehrstuhl an. Eine Teilzeitstelle! Mit allen Freiheiten der Welt! Flexible Arbeitszeiten, freie Arbeitsgestaltung, Möglichkeit zum Home-Office. Ich war im Paradies gelandet. Der einzige Nachteil: So eine Stelle und so einen Chef gibt es kein zweites Mal. Gibt es doch, wie ich mittlerweile weiss.¹

Ich bekam von Thomas Gächter zahlreiche Publikationsmöglichkeiten, die mir bis heute viele Türen geöffnet haben und sicher weiterhin öffnen werden. Gerade mein Dissertationsthema «Angehörigenpflege» ist in den letzten Jahren stark in den Fokus der Politik gerückt.

¹ Beste Grüsse an Philipp Egli.

Da das Thema «Angehörigenpflege» extrem breit ist und niemand genau weiss, wer denn eigentlich diese «Angehörige» sind, habe ich mein Thema darauf eingeschränkt, die sozialversicherungsrechtliche Absicherung unentgeltlich pflegender Personen im Erwerbsalter zu untersuchen.² Ich klärte ab, was informell pflegende Personen von den Sozialversicherungen für ihre Arbeit erhalten (nichts³), was die gepflegte Person von den Sozialversicherungen zur Finanzierung ihrer informellen Pflege erhält (wenig⁴) und wo der informell pflegenden Person Lücken in ihrer eigenen sozialversicherungsrechtlichen Absicherung entstehen (überall⁵), wenn sie ihr Arbeitspensum wegen der hohen Pflegebelastung reduzieren oder aufgeben muss.

Meine Dissertation erschien im Jahr 2016. In den letzten fünf Jahren scheint das Thema das Interesse der Politik und der Bundesämter geweckt zu haben. Ich erhielt im letzten Jahr und diesem Jahr verschiedene Anfragen, mich zu diesem Thema zu äussern. Tatsächlich wurde auch einiges im Bereich der «Angehörigenpflege» gemacht. Wurde aber genug getan?

II. Ausgangslage

1. Überalterung der Gesellschaft

Warum ist das Thema «pflegende Angehörige» überhaupt so wichtig? Laut einer OECD-Studie aus dem Jahr 2011 über Pflegebedürftigkeit und deren Auswirkungen droht eine Überalterung der Gesellschaft.⁶ Zumindest für die Schweiz scheint sich diese Prognose zu verwirklichen: Im Jahr 2019 gehörten bereits 18,7% der Wohnbevölkerung zur Gruppe der über 64-Jährigen. Parallel dazu steigt auch die Anzahl der pflege- und betreuungsbedürftigen Personen. Die Klientel von ambulanten Pflegediensten wuchs auf 394'400 Personen an. Dazu kommen etwa 164'600 pflegebedürftige Personen in den Pflegeheimen der Schweiz.⁷ Die Anzahl der pflegebedürftigen Personen in der Schweiz wird

² Martina Filippo, Sozialversicherungsrechtliche Absicherung unentgeltlich pflegender Personen im Erwerbsalter, Zürich/Basel/Genf, 2016.

³ Abgesehen von den Betreuungsgutschriften der AHV (Art. 29^{septies} AHVG).

⁴ Ausführlich dazu Filippo (Fn. 2), S. 57 ff.

⁵ Ausführlich dazu Filippo (Fn. 2), S. 101 ff.

⁶ Francesca Colombo/Ana Llana-Nolaz/Jérôme Mercier/Frits Tjadens, Help Wanted? Providing and paying for long-term care, OECD Health Policy Studies, OECD Publishing 2011.

⁷ <https://de.statista.com/themen/5019/pflege-in-der-schweiz/>.

also in den nächsten Jahren weiter ansteigen.⁸ Obwohl viele Menschen bei guter Gesundheit ein hohes Alter erreichen, steigt auch die Anzahl der pflegebedürftigen Personen.⁹

Auch die Anzahl der an Demenz erkrankten Personen steigt: Aktuell leben in der Schweiz über 144'300 Menschen mit Demenz und verursachen Gesamtkosten von geschätzten CHF 11,8 Mrd., wovon CHF 5,5 Mrd. von den Angehörigen getragen werden. Diese Kosten entsprechen dem Marktwert der unbezahlten Pflege- und Betreuungsleistungen durch Angehörige und Nahestehende.¹⁰ Die demografische Entwicklung in der Schweiz wird auch in naher Zukunft eine der grossen politischen Herausforderungen bleiben.

2. Pflegekräftemangel

Zur Überalterung der Gesellschaft hinzu kommt ein Mangel an qualifizierten Pflegefachkräften, welcher sich in Zukunft zu verschärfen droht. Da die Politik diesbezüglich weitgehend untätig blieb, lancierte der Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (SBK) eine eidgenössische Volksinitiative für eine starke Pflege. Die Initiative hat zum Ziel, dem Pflegekräftemangel durch Massnahmen wie die staatliche Unterstützung der Aus- und Weiterbildung von Pflegefachkräften, Erhöhung des Ausbildungslohnes und der Definition und Förderung von Weiterbildung entgegenzuwirken. Der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments wurde am 19. März 2021 verabschiedet.¹¹

Ein grosser Teil der Pflege- und Betreuungsaufgaben wird durch informell pflegende Personen, wie eben Angehörige, abgedeckt. Ungefähr 600'000 Personen – Kinder, Jugendliche, Erwachsene und gar hochaltrige Personen – übernehmen in der Schweiz Betreuungsaufgaben für Angehörige, wovon rund

⁸ Siehe auch Filippo (Fn. 2), S. 7 ff.

⁹ Eine Zusammenfassung weiterer Zahlen und Fakten mit zahlreichen Verweisen auf entsprechende Studien findet sich bei Filippo (Fn. 2), S. 7 ff.

¹⁰ Siehe dazu Demenz in der Schweiz 2020, Zahlen und Fakten, Alzheimer Schweiz (abrufbar unter <https://www.alzheimer-schweiz.ch/de/publikationen-produkte/produkt/demenz-in-der-schweiz-zahlen-und-fakten>).

¹¹ <https://www.curaviva.ch/News/Indirekter-Gegenvorschlag-zur-Pflegeinitiative/oJcLa0PA/PEZNL/?lang=de&m=0>.

zwei Drittel der Erwachsenen mit Betreuungsaufgaben erwerbstätig sind. Die zahlenmässig grösste Gruppe an betreuenden Angehörigen sind Frauen und Männer im Alter von 50 bis 65 Jahren.¹²

Im Hinblick auf den drohenden bzw. den sich bereits verwirklichten Pflegekräftemangel wird der Pflege und Betreuung durch informell pflegende Personen immer grössere Bedeutung zukommen.¹³

3. Zwischenfazit

Aus diesen beiden Gründen – der Überalterung der Gesellschaft und der damit einhergehenden steigenden Anzahl von pflege- und betreuungsbedürftigen Personen sowie dem Pflegekräftemangel – wird die Übernahme von Pflege- und Betreuungsaufgaben durch informell pflegende Personen an Bedeutung gewinnen. Durch die Kombination der Überalterung mit dem Pflegekräftemangel droht die Versorgung von pflege- und betreuungsbedürftigen Personen durch formelle Pflege und Betreuung allein nicht mehr gesichert zu sein. Zudem stellt sich die Frage nach den Kosten, d.h. wie soll künftig sowohl die formelle als auch die informelle Pflege und Betreuung finanziert werden? In Bezug auf die informelle Pflege sind die Kosten zwar vorläufig aufgeschoben, aber lange nicht aufgehoben.¹⁴

III. Probleme

1. Absicherung der informell pflegenden Person

Ein grosses Problem ist die fehlende sozialversicherungsrechtliche Absicherung der informell pflegenden und betreuenden Personen. Oft wächst der Pflege- und Betreuungsaufwand so stark, dass die informell pflegende Person – wenn sie noch im Erwerbsleben steht – ihr Arbeitspensum reduzieren oder ihre Erwerbstätigkeit gänzlich aufgeben muss. Problematisch ist, dass unser Sozialversicherungssystem weitgehend an den Erwerbsstatus knüpft und auf kontinuierliche Erwerbsbiografien in Vollzeit bei einem einzigen Arbeitgeber

¹² Zum Ganzen Synthesebericht, Förderprogramm «Entlastungsangebote für betreuende Angehörige 2017–2020», 7. Dezember 2020, S. 4 (abrufbar unter <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitspolitik/foerderprogramme-der-fachkraefteinitiative-plus/foerderprogramme-entlastung-angehoerige.html>).

¹³ Vgl. auch <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80596.html>.

¹⁴ <https://www.curaviva.ch/News/Indirekter-Gegenvorschlag-zur-Pflegeinitiative/oJcLa0PA/PEZNL/?lang=de&m=0>.

ausgerichtet ist. Fällt eine Person nicht in dieses Schema, können ihr schnell Lücken in ihrer eigenen sozialversicherungsrechtlichen Absicherung, insbesondere der Unfallversicherung und der beruflichen Vorsorge entstehen. Da die Höhe des Erwerbseinkommens auch massgebend Einfluss auf die Höhe von Taggeldern und Rente hat, wirkt sich Teilzeiterwerbstätigkeit direkt auf das Leistungsniveau aus.¹⁵

Auch wird die informelle Pflege durch die Sozialversicherungen kaum entschädigt, d.h. informell pflegende Personen erhalten keinerlei Vergütungen für ihren Erwerbsausfall.¹⁶ Die pflegebedürftige Person erhält gewisse Leistungen, welche sie zur Entschädigung einer informell pflegenden Person einsetzen könnte. Die Beträge sind aber relativ tief angesetzt und reichen kaum, diese Personen angemessen zu entschädigen, geschweige denn auch noch ihre sozialversicherungsrechtliche Absicherung damit sicherzustellen.¹⁷

Da die Rente der Alters- und Hinterlassenenversicherung nicht existenzsichernd ist, und es in den meisten Fällen auch an der beruflichen Vorsorge sowie der 3. Säule fehlen wird, werden diese Personen später auf Ergänzungsleistungen oder sogar Sozialhilfe angewiesen sein.¹⁸ Was dank informeller Pflege vorgängig eingespart wurde, wird später in Form von Bedarfsleistungen wieder ausgegeben. Das macht volkswirtschaftlich betrachtet wenig Sinn.

Die Erhaltung der Erwerbstätigkeit von informell pflegenden Personen dient nicht nur dazu, diese Menschen vor Armut im Alter zu bewahren, sondern ist auch eine wichtige Massnahme zum Schutz ihrer eigenen Gesundheit. Erwerbstätigkeit stellt nicht nur ihre finanzielle Unabhängigkeit sicher, sondern sorgt auch dafür, dass sie sozial integriert bleiben. Hier stehen auch die Arbeitgebenden und die Sozialpartnerinnen und -partner in der Pflicht. Mit flexiblen und zuverlässigen Lösungen können sie zu einer besseren Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung beitragen.¹⁹

Da die Pflege und Betreuung von Menschen mit gesundheitsbedingten Einschränkungen nicht einfach eingestellt oder aufgeschoben werden kann, braucht es ergänzend Entlastungsangebote, so dass informell pflegende und betreuende Personen, egal ob noch im Erwerbs- oder bereits im Pensionsalter,

¹⁵ Zum Ganzen Filippo (Fn. 2), S. 188.

¹⁶ Ob die Sozialversicherungen informelle Pflege- und Betreuungsleistungen überhaupt entschädigen sollen, ist zu diskutieren.

¹⁷ Ausführlich dazu Filippo (Fn. 2), S. 57 ff. m.w.H.

¹⁸ Filippo (Fn. 2), S. 134.

¹⁹ Synthesebericht (Fn. 12), S. 6.

entlastet werden und sich erholen können. Auch wenn Betreuung und Pflege nicht immer eine Bürde sondern auch eine schöne und erfüllende Aufgabe sein kann, benötigt jeder Mensch einmal eine Erholungspause oder muss im eigenen Krankheitsfall die Gewissheit haben, dass die Versorgung ihres Angehörigen sichergestellt ist. Solche Entlastungsangebote müssen sowohl einfach verfügbar als auch erschwinglich sein.

Die Verbesserung der Situation informell pflegender und betreuender Personen muss also auf verschiedenen Ebenen angegangen werden.

2. Fehlende Definitionen

In der Juristerei kommt den Definitionen eine wichtige Bedeutung zu. Im Bereich der Angehörigenpflege wird die Problematik der fehlenden Definition von Begriffen besonders deutlich. Was umgangssprachlich als «Angehörige» bezeichnet wird, existiert im Recht nicht. «Angehörige» ist kein juristischer Begriff, weder im Sozialversicherungs- noch im Familienrecht. Sind damit Verwandte gemeint? Verwandte in auf- und absteigender Linie oder in Seitenlinien? Sind damit nur Blutsverwandte gemeint oder auch angeheiratete? Gehört das stabile Konkubinat auch dazu? Auch wenn wir uns vom Angehörigen entfernen würden und stattdessen von der (informell oder unentgeltlich) «pflegenden Person» sprechen, würde das kaum helfen. Dem sogenannten Pflegesubjekt kommt im Sozialversicherungsrecht nur eine untergeordnete praktische Bedeutung zu: In der obligatorischen Krankenpflegeversicherung werden nur die Kosten entschädigt, welche durch einen anerkannten Leistungserbringer erbracht werden (Art. 35 Abs. 1 KVG). In der Regel sind pflegende Angehörige keine anerkannten Leistungserbringer, da sie die Anforderung von Art. 35 ff. KVG nicht erfüllen, weshalb ihre Leistungen nicht von den Sozialversicherungen vergütet werden.²⁰

Die Problematik der fehlenden Definitionen zieht sich weiter: Auch die Pflegehandlung ist nicht klar gesetzlich definiert. Art. 7 KLV umschreibt lediglich den Leistungsbereich der ambulanten Krankenpflege oder der Pflege im Pflegeheim. Je nachdem, ob es sich um Grund- oder Behandlungspflege handelt, wird die Vergütung unterschiedlich gehandhabt. So entschädigt die Unfallversicherung nur Leistungen der Behandlungspflege, nicht aber der Grundpflege an und für sich. Nur die akzessorische Grundpflege, also grundpflegerische Verrichtungen, die mit der Durchführung behandlungspflegerischer Massnah-

²⁰ Zum Ganzen Filippo (Fn. 2), S. 19.

men nötig sind – wie etwa die grundpflegerische Körperpflege nach behandlungspflegerischer Darmentleerung – werden von der Unfallversicherung vergütet.²¹

Ein weiteres Problem ist die gänzlich fehlende Definition von Hilfe und Betreuung bzw. deren weitgehende Absenz im Sozialversicherungsrecht. Die erfolgreiche Pflege einer pflegebedürftigen Person erschöpft sich nicht in der blossen Durchführung der sozialversicherungsrechtlich abgedeckten Pflegehandlungen. Im Zusammenhang mit der Pflege sind ganz viele weitere Handlungen, je nach Art der gesundheitlichen Einschränkung, Alter, Lebensumstände etc. der pflegebedürftigen Person notwendig, um ihren Gesundheitszustand zu erhalten, zu verbessern oder ihr eine würdevolle Begleitung bis zum Tod zu ermöglichen. Dies fängt bei häuslicher Leistungen an, erstreckt sich über organisatorische und administrative Aufgaben bis hin zum simplen «für jemanden da zu sein». Dieser Aspekt findet im Sozialversicherungsrecht kaum Beachtung.

Im Synthesebericht wurden die Resultate einer Bevölkerungsbefragung publiziert, mit den Unterstützungsaufgaben, die betreuende Angehörige übernehmen: Dazugehört Da-Sein, Beobachten, Finanzen und Administration, Hilfe im Alltag, Koordinieren und Planen, Aufpassen, medizinische Hilfe, Betreuen und Pflegen.²² Davon ist wenig bis gar nichts von den Sozialversicherungen abgedeckt. Es gibt gewisse Geldbeträge, wie etwa die Hilflosenentschädigung, der Assistenzbeitrag oder unter Umständen die Ergänzungsleistungen, welche für solche Hilfs- und Betreuungshandlungen verwendet werden können.

Dabei sind genau solche (im Sinne des Sozialversicherungsrecht) nicht-pflegerischen Handlungen sehr wichtig, um Pflegebedürftigkeit zu verhindern, zu mildern und Heimeintritte zu vermeiden. Der Bedarf an Betreuungsleistungen gerade bei älteren Personen ist gross. Auch ältere Personen, die keine körperlichen oder kognitiven Einschränkungen haben, können einen Betreuungsbedarf aufweisen. Eine bedarfsgerechte Betreuung kann sich positiv auf die Gesundheit der betreuten Person auswirken und Heimeintritte präventiv verhindern, was wiederum Kosten spart, denn die Kosten für einen Heimaufenthalt sind i.d.R. höher als für die Pflege und Betreuung zu Hause.²³

²¹ Zum Ganzen Filippo (Fn. 2), S. 22 f.

²² Synthesebericht (Fn. 12), S. 27.

²³ Vgl. dazu Flurina Meier/Beatrice Brunner/Golda Lenzin/Sarah Heiniger/Maria Carlander/Andrea Huber, *Betreuung von Seniorinnen und Senioren zu Hause: Bedarf und Kosten, Eine Studie im Auftrag von Pro Senectute Schweiz: Schlussbericht*, November 2020, S. 59 f.

Insbesondere bei an Demenz erkrankten Menschen, fallen zu Beginn der Erkrankung oft vielmehr betreuende als pflegerische Aufgaben im sozialversicherungsrechtlichen Sinn an, weshalb diese länger zu Hause betreut und gepflegt werden könnten, was meistens günstiger wäre als die Unterbringung in einer Alters- und Pflegeeinrichtung.²⁴

Zwar sind solche Angebote der Betreuung vorhanden und einkaufbar, jedoch werden sie von den Sozialversicherungen, wenn überhaupt, nur ungenügend gedeckt. Die betreuungsbedürftige Person muss diese Leistungen selbst einkaufen, was in vielen Fällen schlicht und einfach finanziell nicht möglich ist. Mitunter ein Grund, weshalb Betreuungsleistungen informell durch Familienmitglieder, Verwandte und Bekannte erbracht werden.²⁵

3. «Versicherungsdschungel»

Ein weiteres grosses Problem ist das schweizerische Sozialversicherungssystem als solches, welches nicht konzeptuell entworfen wurde, sondern organisch zu einem regelrechten «Versicherungsdschungel» gewachsen ist: Bereits vor dem ersten Weltkrieg wurden die ersten Sozialversicherungen geschaffen und aus wirtschaftlicher Notwendigkeit, kamen immer mehr Versicherungen, ausgestaltet als Einzelgesetze hinzu. So ist ein unübersichtliches und teilweise auch lückenhaftes Sozialversicherungssystem entstanden, welches selbst für Experten nicht immer leicht zu durchschauen ist. Für jede einzelne Leistung müssen genau die Anspruchsberechtigung und die Voraussetzungen für den Leistungsbezug abgeklärt werden.²⁶ Es kommt deshalb immer wieder vor, dass Menschen durch die Maschen des sozialen Netzes fallen.

Die Finanzierung der Langzeitpflege ist «verzweigt und für das Verständnis sehr anspruchsvoll».²⁷ Auch der Bund hat dies als Problem erkannt, gerade in Bezug auf pflegende Angehörige.²⁸

IV. Neueste Entwicklungen

Die Politik wurde auf die Thematik der Überalterung, der steigenden Anzahl pflegebedürftiger Personen und der fehlenden sozialversicherungsrechtlichen Absicherung informell pflegender Personen aufmerksam. Der Bundesrat hat mit dem «Aktionsplan für betreuende und pflegende Angehörige» eine Grund-

²⁴ Zum Ganzen Meier et al. (Fn. 23), S. 56.

²⁵ Vgl. zum Ganzen Meier et al. (Fn. 23), S. 59.

²⁶ Filippo (Fn. 2), S. 101.

²⁷ Thomas Gächter, Wozu noch Erbrecht?, in: *Pflegerecht* 2019, S. 70–77, S. 72.

²⁸ Synthesebericht (Fn. 12), S. 79.

lage geschaffen, um die Rahmenbedingungen für betreuende und pflegende Angehörige zu verbessern.²⁹ Die Umsetzung des Aktionsplans wird vom Förderprogramm «Entlastungsangebote für betreuende Angehörige 2017–2020» ergänzt. Dieses Förderprogramm hat die Situation von betreuenden Angehörigen erforscht und Grundlagen geschaffen, damit die Angebote für betreuende Angehörige bedarfsgerecht weiterentwickelt werden können. Unter anderem weist der Bericht darauf hin, dass je umfangreicher der Betreuungsbedarf ist, desto grössere die Gefahr ist, dass ein Haushalt mit Angehörigenbetreuung in die Armut abrutscht und dass Angehörige, die ihre Erwerbstätigkeit wegen der Übernahme von Betreuungsaufgaben aufgeben, besonders armutsgefährdet sind.³⁰ Deshalb ist besonders wichtig, die Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung zu verbessern.

Aus diesem Grund wurde ein Bundesgesetz zur Unterstützung von betreuenden Angehörigen geschaffen, d.h. es wurden in verschiedenen Bundesgesetzen Anpassungen vorgenommen, um Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung besser zu vereinbaren. Die erste Etappe des neuen Bundesgesetzes über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung ist bereits am 1. Januar 2021 in Kraft getreten. Es wurde die Lohnfortzahlung bei kurzen Arbeitsabwesenheiten geregelt, die Betreuungsgutschriften in der Alters- und Hinterlassenenversicherung ausgeweitet, der Anspruch auf den Intensivpflegezuschlag und die Hilflosenentschädigung der Invalidenversicherung für Kinder angepasst. Mit der zweiten Etappe wird per 1. Juli 2021 der bezahlte 14-wöchige Urlaub für die Betreuung von schwer kranken oder verunfallten Kindern in Kraft gesetzt.³¹

Diese Änderungen sind zwar ein Schritt in die richtige Richtung, reichen aber bei weitem nicht aus, um die oben unter III. genannten Probleme zu lösen. So fokussieren die Massnahmen vor allem auf die kurzzeitige Pflege und Betreuung und bieten keine nachhaltigen Lösungen für Personen, die Menschen in der Langzeitpflegephase 2 betreuen.³² Zudem fokussieren die Massnahmen in

²⁹ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/aktionsplan-pflegende-angehoerige.html>.

³⁰ Synthesebericht (Fn. 12), S. 77.

³¹ <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80596.html>; siehe auch zu den Neuerungen im Einzelnen Martina Filippo, Erwerbstätigkeit und Angehörigenpflege – Ist das jetzt die Lösung?, in: *Pflegerecht* 2019, S. 139–143 ff., S. 139 ff.

³² Bei der Langzeitpflegephase 2 geht es um pflegebedürftige Personen, deren Pflegebedürftigkeit länger als 365 Tage dauert und das Rehabilitationspotential voll ausgeschöpft wurde. Martina Filippo, Ein (kleiner) Schritt in die richtige Richtung, in: *Pflegerecht* 2020, S. 59–62, S. 61.

erster Linie auf die Betreuung und Pflege kranker Kinder und nicht auf Personen, welche ältere Menschen pflegen und betreuen. Bei alten Menschen wird sich deren Pflege- und Betreuungsbedarf mit der Zeit zunehmend erhöhen.³³ Aus Gründen der Gleichbehandlung sollten alle informell pflegenden Personen ungeachtet der Ursache der gesundheitlichen Einschränkung oder des Alters der gepflegten Person von solchen Massnahmen profitieren können. Sie alle nehmen Aufgaben wahr, auf die die gepflegte Person unter Umständen einen sozialversicherungsrechtlichen Anspruch hätte. Deshalb sollten künftige Vorlagen nicht nur Personen, die Kinder pflegen, berücksichtigen.

Zwar weist der Bund in seinen Berichten auf die demografische Entwicklung hin, erkennt das Problem der Überalterung der Gesellschaft, erkennt auch die Probleme, mit welchen pflegende und betreuende Angehörige zu kämpfen haben, schafft aber in seinem neuen Bundesgesetz zur besseren Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung keine wirksamen Massnahmen, diese Probleme auch wirklich anzugehen.

Auch wird im Synthesebericht darauf hingewiesen, dass es für betreuende Angehörige schwierig ist, sich im «Leistungsdschungel» der theoretisch und real existierenden Entlastungsangebote zurechtzufinden und alle Möglichkeiten finanzieller Unterstützungen zu überblicken.³⁴ Statt das System zu vereinfachen und übersichtlicher zu gestalten, werden weitere Leistungen hinzugefügt.

V. Braucht es eine Pflegeversicherung?

Da unser Pflegesicherungssystem ein Neben- und Durcheinander verschiedener Pflegeleistungen von verschiedenen Sozialversicherungen ist, Pflegebedürftigkeit in leistungsrechtlicher Hinsicht kein eigenständiger Anknüpfungsbegriff und im «Schlepptau» von anderen sozialen Risiken (Invalidität, Alter, Unfall, Krankheit, Mutterschaft und Familienlasten) mitgeregelt ist und das Recht die Figur der «pflegenden Angehörigen» nicht kennt, stellt sich die Frage, ob nicht ein grundlegender Umbau unseres Sozialversicherungssystems angezeigt wäre und im Zuge dessen eine Pflegeversicherung geschaffen werden sollte.

Wie eine solche Pflegeversicherung konkret ausgestaltet sein soll, ist eine schwierige Frage. Andere Länder haben bereits Pflegeversicherungen, die in ihrer Ausgestaltung recht unterschiedlich sind.³⁵ Für die Schweiz stellt sich

³³ Siehe dazu II.1.

³⁴ Synthesebericht (Fn. 12), S. 79.

³⁵ Siehe dazu eine Zusammenstellung bei Filippo (Fn. 2), S. 193 ff.

konkret die Frage, ob man einen weiteren eigenständigen Zweig schaffen will oder ob die Pflegeversicherung in eine bereits bestehende Sozialversicherung integriert werden soll. Daneben stellen sich zahlreiche andere Fragen grundlegender Natur. Soll Pflegebedürftigkeit als eigenes sozialversicherungsrechtliches Risiko anerkannt werden? Soll die Pflegeversicherung jede Art von Pflegebedürftigkeit abdecken oder nur Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit im Alter? Soll nur die Pflege, oder aber auch die Hilfe und Betreuung abgesichert werden und wenn ja, was ist genau mit «Hilfe» oder «Betreuung» gemeint? Sollen pflegende Angehörige direkt entschädigt werden und wenn ja, wer sind denn nun diese pflegenden Angehörigen? Soll eine Subjektfinanzierung im Vordergrund stehen und die pflegebedürftigen Personen erhalten Gelder, mit denen sie eigenständig ihre Pflege- und Betreuungsdienstleistungen einkaufen können? Und wohl am wichtigsten: Wer finanziert eine Pflegeversicherung? Soll es Kopfprämien wie in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung geben oder sollen die Beiträge nach Einkommen berechnet werden, welche gar paritätisch mit den Arbeitgebenden getragen werden? Zahlen Personen jeden Alters in diese Pflegeversicherung ein oder erst ab einem bestimmten Alter? Will man – und wenn ja wie – die Arbeitgeber in die Pflicht nehmen, dass sie informell pflegenden und betreuenden Arbeitnehmern Pflagezeit und Pflegeurlaube oder gar ein Recht auf eine Teilzeitstelle gewährleisten müssen?

Die wohl am schwierigsten zu beantwortende Frage ist die nach der Finanzierung einer solchen Pflegeversicherung. «Wer zahlt?» Eine Frage, die ich oft von Thomas Gächter gehört habe. Die heutige Pflegefinanzierung in der Schweiz ist nicht gut gelöst. Die Kosten für Hilfe und Betreuung tragen in erster Linie die Betroffenen selbst. Das setzt falsche Anreize, so Thomas Gächter: «Durch die Pflegekosten wird Eigentum vernichtet, das kommt einer Enteignung der Erben gleich», sagt er. Das Signal sei verheerend: «Man ist blöd, wenn man spart, denn man kann es nicht den Kindern vererben.» Der fehlende Anreiz zu sparen sei wiederum schlecht für den Staat, denn schon Bismarck habe gewusst: «Wir brauchen Bürger und Bürgerinnen, die etwas zu verlieren haben. Diese tragen den Staat mit.»³⁶

³⁶ https://www.swissinfo.ch/ger/pflegeversicherung_explodierende-pflegekosten---wer-wird-das-bezahlen--/44903566.

Fest steht, dass so es so nicht weitergehen kann. Um es mit den Worten von Thomas Gächter zu einer möglichen Pflegeversicherung auszudrücken: «Das Wie weiss ich nicht (...) aber das Ob ist klar: Dass man etwas machen muss, wissen alle.»³⁷

³⁷ https://www.swissinfo.ch/ger/pflegeversicherung_explodierende-pflegekosten---wer-wird-das-bezahlen--/44903566.

Besteht eine Pflicht des ehemaligen Arbeitgebers zur Sanierung einer Rentnerkasse?

Maya Geckeler Hunziker*

Inhalt

I.	Vorwort	29
II.	Sanierung von Rentnerkassen	30
	1. Rentnerkassen	30
	2. Finanzierung der Vorsorgeeinrichtungen	30
	3. Massnahmen bei Unterdeckung nach Art. 65d BVG	31
	4. Rentnerbeiträge als mögliche Sanierungsmassnahme	32
	5. Rechtliche Verselbständigung des Vorsorgevermögens	32
	6. Weiterbestehen eines Anschlussvertrages	33
	7. Ausfinanzierungspflicht des ehemaligen Arbeitgebers	35

I. Vorwort

Während längerer Zeit durfte ich am Lehrstuhl des Jubilars Thomas Gächter beruflich tätig sein. Gerne erinnere ich mich an diese spannenden und lehrreichen Jahre, insbesondere auch an die vertrauens- und respektvolle Zusammenarbeit mit dem Genannten.

Während meiner Anstellung am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht hatte ich die Gelegenheit, mich mit verschiedenen Themen rund um die berufliche Vorsorge auseinanderzusetzen. In diesem Rahmen beschäftigten wir uns auch mit der Problematik, wie eine in Unterdeckung geratene Rentnerkasse saniert werden kann und ob diesbezüglich eine Sanierungspflicht des ehemaligen Arbeitgebers besteht. Der folgende Beitrag geht dieser Frage nach, zu der in der Zwischenzeit auch das Bundesgericht Stellung genommen hat.

* Dr. Josi Fessler, ehem. Gerichtsschreiber am Bundesgericht, danke ich für die kritische Durchsicht des Entwurfs und die wertvollen Anregungen.

II. Sanierung von Rentnerkassen

1. Rentnerkassen

Vorsorgeeinrichtungen und Vorsorgewerke, in denen ausschliesslich Rentenbezüger und keine aktiven Versicherten vorhanden sind, werden als Rentnerkassen bezeichnet. Rentnerkassen können beispielsweise dadurch entstehen, dass ein Anschlussvertrag aufgelöst wird und die Rentenbezüger in der bisherigen Vorsorgeeinrichtung verbleiben oder die bisherigen Aktivversicherten das Pensionierungsalter erreichen und neueintretende Arbeitnehmer bei einer anderen Vorsorgeeinrichtung versichert werden. Gesetzlich ist aber auch eine Neugründung einer reinen Rentnerkasse nicht ausgeschlossen.¹ Keine Probleme bestehen, solange Rentnerkassen genügend ausfinanziert sind. Ist hingegen absehbar, dass Rentnerkassen ihren fälligen Vorsorgeverpflichtungen nicht mehr fristgerecht nachkommen können, stellt sich die Frage, wie diese Vorsorgeeinrichtungen saniert werden können.

2. Finanzierung der Vorsorgeeinrichtungen

Das BVG enthält in Art. 65 ff. Bestimmungen zur Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen.

Nach Art. 65 Abs. 1 BVG müssen die Vorsorgeeinrichtungen jederzeit Sicherheit dafür bieten, dass sie die übernommenen Verpflichtungen erfüllen können. Diese Forderung der jederzeitigen Erfüllbarkeit der Verpflichtungen wurde mit der Einführung der Sanierungsbestimmungen (Art. 65c–65e BVG) auf den 1. Januar 2005 relativiert. Der neu eingefügte Art. 65c Abs. 1 BVG hält fest, dass eine zeitlich begrenzte Unterdeckung und damit eine zeitlich begrenzte Abweichung vom Grundsatz der jederzeitigen Sicherheit nach Art. 65 Abs. 1 BVG zulässig ist, wenn sichergestellt ist, dass die Leistungen im Rahmen des BVG bei Fälligkeit erbracht werden können und die Vorsorgeeinrichtung Massnahmen ergreift, um die Unterdeckung in einer angemessenen Frist zu beheben.

Im Bereich der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen galt bis am 31. Dezember 2011, dass die Aufsichtsbehörden Vorsorgeeinrichtungen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften unter den vom Bundesrat festgesetzten Bedingungen ermächtigen konnten, vom Grundsatz der Bilanzierung in geschlossener Kasse abzuweichen (aArt. 69 Abs. 2 BVG). Voraussetzung dafür war das Vorliegen einer Staatsgarantie von Bund, Kanton oder Gemeinde (aArt. 45

¹ Urteil des Bundesgerichts vom 16. Mai 2017, 9C_612/2016, E. 4.2.

Abs. 1 BVV 2). In der Praxis wandten die Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften jedoch nicht die Bilanzierung in offener Kasse, sondern die Teilkapitalisierung an. Die Staatsgarantie war somit Voraussetzung für die Teilkapitalisierung von Vorsorgeeinrichtungen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften,² d.h. bei Vorliegen einer solchen Garantie war ein Deckungsgrad von weniger als 100 Prozent zulässig.³ Im Zusammenhang mit den am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Bestimmungen über die Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften wurden aArt. 69 BVG und aArt. 45 BVV 2 aufgehoben.

Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften, die unter der Rechtslage seit dem 1. Januar 2012 im System der Vollkapitalisierung geführt werden, sind den privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen gleichgestellt. Zur Behebung einer Unterdeckung haben sie – wie die privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen mit Unterdeckung – Sanierungsmassnahmen nach Art. 65d BVG zu ergreifen. Besondere Bestimmungen betreffend Sanierungsmassnahmen gelten für Vorsorgeeinrichtungen, die nach Art. 72a ff. BVG im System der Teilkapitalisierung geführt werden.

3. Massnahmen bei Unterdeckung nach Art. 65d BVG

Die Mindestanforderungen an die Sanierungsmassnahmen werden in Art. 65d Abs. 2 BVG umschrieben und in den Weisungen über Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen in der beruflichen Vorsorge vom 24. Oktober 2017 konkretisiert. Danach müssen die Massnahmen zur Behebung einer Unterdeckung auf einer reglementarischen Grundlage beruhen und der besonderen Situation der Vorsorgeeinrichtung Rechnung tragen. Die Massnahmen müssen zudem verhältnismässig, dem Grad der Unterdeckung angemessen und Teil eines ausgewogenen Gesamtkonzeptes sein.⁴ Die Massnahmen müssen zudem geeignet sein, die Unterdeckung innerhalb einer angemessenen Frist zu beheben.⁵

Die Massnahmen müssen dem Ausmass der Unterdeckung entsprechen. Dabei wird zwischen geringer Unterdeckung und erheblicher Unterdeckung unterschieden. Eine geringe Unterdeckung liegt vor, wenn die Vorsorgeeinrichtung

² Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften) vom 19. September 2008, BBl 2008 8411, 8423.

³ BGE 134 I 23, 31 E. 5.3 S. 31.

⁴ Art. 65d Abs. 2 Satz 2 BVG.

⁵ Art. 65d Abs. 2 Satz 3 BVG.

diese ohne Sanierungsmassnahmen gemäss Art. 65d Abs. 3 BVG innerhalb von fünf Jahren seit der Feststellung der Unterdeckung beheben kann. In allen anderen Fällen ist die Unterdeckung erheblich.⁶

Die Massnahmen müssen den zeitlichen Vorgaben Rechnung tragen. Im Sanierungsplan muss eine möglichst kurze Sanierungsdauer angestrebt werden, da das Risiko einer zusätzlichen Verschlechterung der finanziellen Lage der Vorsorgeeinrichtung besteht. Aus diesem Grund soll die Sanierungsdauer grundsätzlich nicht länger als fünf bis sieben Jahre, maximal zehn Jahre, ab der Feststellung der Unterdeckung dauern.⁷

4. Rentnerbeiträge als mögliche Sanierungsmassnahme

Bei reinen Rentnerkassen fällt bei einer Unterdeckung als Sanierungsmassnahme vor allem die Erhebung eines Beitrags von Rentnerinnen und Rentnern nach Art. 65d Abs. 3 Bst. b BVG in Betracht. Ein solcher ist jedoch nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässig. So darf der Beitrag nur auf dem Teil der laufenden Rente erhoben werden, der in den letzten zehn Jahren vor der Einführung dieser Massnahme durch gesetzlich oder reglementarisch nicht vorgeschriebenen Erhöhungen entstanden ist. Er darf nicht auf Versicherungsleistungen bei Alter, Tod und Invalidität der obligatorischen Vorsorge erhoben werden. Auf Versicherungsleistungen, welche über die Leistungen der obligatorischen Vorsorge hinausgehen, darf er nur dann erhoben werden, wenn eine entsprechende reglementarische Grundlage vorhanden ist. Die Höhe der Renten bei Entstehung des Rentenanspruchs muss jedenfalls gewährleistet bleiben.

Aufgrund dieser engen Restriktionen dürfte es in der Regel schwierig werden, eine Unterdeckung nur mit Rentnerbeiträgen zu beheben. Es stellt sich deshalb die Frage, ob eine Pflicht des ehemaligen Arbeitgebers zur Sanierung einer in Unterdeckung geratenen Rentnerkasse besteht.

5. Rechtliche Verselbständigung des Vorsorgevermögens

Die berufliche Vorsorge ist gekennzeichnet durch die rechtliche Verselbständigung des Vorsorgevermögens über einen eigens hierfür konstituierten Rechtsträger. Art. 48 Abs. 2 BVG und Art. 331 Abs. 1 OR, welche die zulässigen Rechtsformen der Vorsorgeeinrichtungen umschreiben, stipulieren auch die

⁶ OAK BV, Weisungen über Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen in der beruflichen Vorsorge vom 24. Oktober 2017 (W-01/2017), S. 6.

⁷ OAK BV, Weisungen über Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen in der beruflichen Vorsorge vom 24. Oktober 2017 (W-01/2017), S. 6.

Pflicht zur Übertragung der Zuwendungen und Beiträge an die berufliche Vorsorge auf einen eigenen selbständigen Rechtsträger.⁸ Die Verselbständigungspflicht wird unter anderem damit begründet, dass so die Haftung des Arbeitgebers im Rahmen der Personalvorsorge beschränkt und überblickbar gemacht werden soll.⁹ Durch die Verselbständigung ist somit der Arbeitgeber lediglich für seine Beiträge an die Vorsorge haftbar, eine weitergehende finanzielle Verpflichtung entfällt.¹⁰ Die rechtliche Verselbständigung des Vorsorgevermögens hat zur Folge, dass die damit einhergehenden Risiken der Langlebigkeit und der Anlage des Vorsorgevermögens grundsätzlich in die Zuständigkeit der vom Arbeitgeber unabhängigen Vorsorgeeinrichtung fallen.

6. Weiterbestehen eines Anschlussvertrages

Eine Sanierungspflicht des Arbeitgebers könnte höchstens dann bestehen, wenn zwischen dem Arbeitgeber und der Rentnerkasse immer noch eine vertragliche Bindung bestehen würde.

Gemäss Art. 11 Abs. 1 BVG muss der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen. Aus dieser Anschlusspflicht des Arbeitgebers leiten sich alle anderen gesetzlichen und im Reglement bestimmten Verpflichtungen wie die Beitragspflicht etc. ab.¹¹ Daraus ergibt sich, dass eine Pflicht zur Leistung von Sanierungsmassnahmen für den ehemaligen Arbeitgeber nur dann bejaht werden kann, wenn zwischen ihm und der Vorsorgeeinrichtung weiterhin ein Anschlussvertrag besteht. Es stellt sich somit die Frage, ob der Anschlussvertrag automatisch aufgehoben wird, wenn der Arbeitgeber keine aktiven Versicherten mehr in der Vorsorgeeinrichtung versichert hat, oder ob dieser bezüglich der rentenbeziehenden Passivversicherten bestehen bleibt.

Beim Anschlussvertrag handelt es sich um einen Innominatvertrag *sui generis*. Die Vorsorgeeinrichtung verpflichtet sich in diesem Vertrag gegenüber dem Arbeitgeber zur Erbringung der planmässigen Leistungen an die Arbeitnehmer, wenn das Rücktrittsalter erreicht wird oder die versicherten Risiken Tod und Invalidität eintreten, der Arbeitgeber verpflichtet sich zur Bezahlung der nach Gesetz und Vorsorgereglement geschuldeten Beiträge.

⁸ Jürg Brühwiler, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, S. 326.

⁹ Brühwiler (Fn. 8), S. 326.

¹⁰ Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 3. A., Zürich 2019, Rz. 1801.

¹¹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 19. Dezember 1975, BBl 1976 I, S. 149 ff., 223.

Das BVG enthält keine generelle Bestimmung, welche vorschreibt, dass der Anschlussvertrag aufgelöst wird, wenn keine aktiven Versicherten mehr in der Vorsorgeeinrichtung vorhanden sind. Art. 53e BVG enthält jedoch eine Bestimmung betreffend Rentnerkassen, die bei der Auflösung des Anschlussvertrages durch den Arbeitgeber oder die Vorsorgeeinrichtung entstehen.

Sowohl bei einer Auflösung durch den Arbeitgeber wie auch bei einer solchen durch die Vorsorgeeinrichtung bleibt der Rentnerbestand bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung, wenn der Anschlussvertrag keine andere Regelung enthält und zwischen der bisherigen und der neuen Vorsorgeeinrichtung keine andere Vereinbarung zustande kommt.¹² In einem solchen Fall bestimmt Art. 53e Abs. 6 BVG, dass der Anschlussvertrag mit Bezug auf die Rentenbezüger weiter besteht.

Art. 53e Abs. 6 BVG wurde im Zuge der 1. BVG-Revision in das Gesetz aufgenommen. Der Gesetzgeber bezweckte damit den Schutz des Rentnerbestandes. Indem der Anschlussvertrag in Bezug auf die Rentner weiterläuft, kann der Arbeitgeber weiterhin zur Finanzierung herangezogen werden. Dadurch wird verhindert, dass er die Rentner einfach «abhängen» kann.¹³ Der Arbeitgeber soll damit im Verhältnis zu den Rentenbezügern weiterhin diejenigen Pflichten haben, welche er hätte, wenn der Anschlussvertrag nicht gekündigt worden wäre.¹⁴

Die Regelung hat einzig bezüglich der Kündigung eines Anschlussvertrages und nicht mit genereller Wirkung Eingang ins Gesetz gefunden. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 53e BVG bei reinen Rentnerkassen kein Anschlussvertrag zwischen dem ehemaligen Arbeitgeber und der Vorsorgeeinrichtung mehr besteht.¹⁵

Wenn zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem (ehemaligen) Arbeitgeber kein Anschlussvertrag mehr vorliegt, besteht auch keine Verpflichtung des Ar-

¹² Art. 53e Abs. 4 und 5 BVG.

¹³ Protokoll der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats [SGK-N], Subkommission BVG, vom 1. Oktober 2001, S. 13 ff., 44 ff., zitiert in BGE 135 V 261, 265 E. 4.3.1 S. 264 f.

¹⁴ BGE 135 V 261, 266 E. 4.3.4 S. 266.

¹⁵ Siehe auch Stauffer (Fn. 10), N. 1775: «Der Vertrag besteht faktisch in aller Regel so lange, wie der Arbeitgeber Personal beschäftigt, das zu versichern ist».

beitgebers, sich an der Finanzierung der Vorsorgeeinrichtung zu beteiligen. Insbesondere bestünde keine Pflicht zur Leistung von Sanierungsmassnahmen.¹⁶

7. Ausfinanzierungspflicht des ehemaligen Arbeitgebers

In BGE 144 V 173¹⁷ hatte das Bundesgericht die Sanierungspflicht eines ehemaligen Arbeitgebers zu beurteilen, der in Verletzung der Ausschliesslichkeitsklausel des Anschlussvertrages neueintretende Arbeitnehmende bei einer anderen Vorsorgeeinrichtung versicherte, wodurch die bisherige Vorsorgeeinrichtung (bzw. das bisherige Vorsorgewerk) zu einer reinen Rentnerkasse geworden ist. Das höchste Gericht hat festgestellt, dass die Regelung in Art. 53e BVG keinen Spielraum belasse. Aus ihr folge diskussionslos, dass es sich im Fall, dass ein Arbeitgeber seine aktiven Arbeitnehmenden in einer anderen Vorsorgeeinrichtung versichert und in der bisherigen Vorsorgeeinrichtung nur noch Rentenbeziehende belässt, nicht anders verhalten könne. Der Arbeitgeber müsse den Anschlussvertrag weiterhin einhalten und könne sich seinen darin eingegangenen Verpflichtungen nicht entziehen (E. 3.3.5.2).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, die den ehemaligen Arbeitgeber lediglich zur Bezahlung von Schadenersatz infolge Umgehung von Sanierungsbeiträgen durch Verletzung der Ausschliesslichkeitsklausel des Anschlussvertrages verpflichtete, bejahte das Bundesgericht eine Sanierungspflicht des ehemaligen Arbeitgebers und wies diesen an, die im betreffenden Reglement statuierte Ausfinanzierungspflicht zu erfüllen und den Differenzbetrag zum Minimaldeckungsgrad zu bezahlen.

Diese Pflicht des Arbeitgebers zur Sanierung einer Vorsorgeeinrichtung, in der es lediglich (noch) ehemalige Arbeitnehmende hat, die eine Rente beziehen, kann als Ausfluss einer weit über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus dauernden kollektiven Treuepflicht angesehen werden, die das Arbeitsvertragsrecht nach Obligationenrecht so nicht kennt. Arbeitgeber müssen sich dieser Sanierungspflicht bewusst sein und im Anschlussvertrag diesbezüglich eine klare Regelung treffen.

¹⁶ Auch der vom Eidgenössischen Departement des Innern erlassene Bericht des Bundesrates zuhanden der Bundesversammlung über die Zukunft der 2. Säule vom Dezember 2011 geht davon aus, dass bei reinen Rentnerkassen der ehemalige Arbeitgeber nicht zur Leistung von Sanierungsmassnahmen verpflichtet werden kann (Eidgenössisches Departement des Innern, Bericht des Bundesrates zuhanden der Bundesversammlung über die Zukunft der 2. Säule, Dezember 2011, S. 115 f.).

¹⁷ Vgl. dazu auch Marc Hürzeler, Art. 65d BVG. Pflicht des Arbeitgebers zur Behebung der Unterdeckung, SZS 2019, S. 215 ff.

Von Fledermäusen und Teufeln

Wie die Angst vor dem Missbrauch das schweizerische
Sozialversicherungsrecht veränderte

Michael E. Meier

Inhalt

I.	Einleitung	37
II.	Die arbeitgeberähnliche Person in der Arbeitslosenversicherung	38
	1. Wie Selbstständigen, Gesellschaftern und Ehegatten misstraut wird	38
	2. Rechtsmissbräuchliche Umgehung bei der Arbeitslosenentschädigung	41
III.	Kreuzfahrer und Glücksritter in den Ergänzungsleistungen	42
IV.	Observationen im Sozialversicherungsrecht	43
	1. Weshalb die IV auf Balkone und in Gärten spähen können muss	43
	2. Missbrauchsbekämpfung als «intérêt public d'une valeur absolue»	45
V.	Arbeitsmüde Gastarbeiter in der Invaliditätsbemessung	45
VI.	Fazit	46

I. Einleitung

Argwohn, d.h. das Zweifeln an der redlichen Absicht eines anderen, ist ein mächtiger Gedanke. Nach Francis Bacon veranlasst er Könige zur Tyrannei, Ehemänner zur Eifersucht und weise Männer zur Unentschlossenheit und Melancholie.¹

Als Inspiration für diesen Kurzbeitrag zu Ehren von Thomas Gächters 50. Geburtstages diente seine Habilitation zum Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht.² Als eine wesentliche Erkenntnis hält Gächter fest, dass, abgesehen von bestimmten Fallgruppen, kein allgemeiner Grundsatz des Rechtsmissbrauchsverbotes im öffentlichen Recht existiert. Wird bei Diskussionen um Miss-

¹ Francis Bacon (1561–1626), *The Essays or Counsels, Civil and Moral, with a Table of the Colours of Good and Evil* (1625), zitiert nach Thomas Markby (Hrsg.), London 1853, S. 73, «*They dispose kings to tyranny, husbands to jealousy, wise men to irresolution and melancholy.*» (Im Text frei übersetzt).

² Thomas Gächter, *Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht*. Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Habil. Zürich 2002, Zürich/Basel/Genf 2005.

brauch dennoch damit argumentiert, verbirgt sich dahinter häufig eine tiefer liegende Werthaltung, die aber durch die Argumentation mit dem Rechtsmissbrauch *eher verdeckt als transparent und damit kritisch hinterfragbar gemacht* wird.³ Diese verschleiernde Unschärfe in Denken und Handeln ist auch andernorts anzutreffen, wenn Misstrauen und Verdacht die treibenden Kräfte darstellen, was Bacon treffend formulierte:

«Der Argwohn ist unter den Gedanken, was die Fledermäuse unter den Vögeln sind: sie flattern stets im Dämmerlicht.»⁴

In der seit 2014⁵ vergangenen Zeit am Lehrstuhl von Thomas Gächter sind dem Autor diverse Aufsätze und Beiträge zu Rechtsfiguren, Verwaltungs- und Gerichtspraxen sowie Gesetzesreformen aufgefallen, die mehr oder weniger stark von einem diffusen Angstgefühl geprägt sind, dass Leistungen eines Sozialversicherungszweiges durch darin versicherte Personen unredlich ausgenutzt und damit missbraucht werden könnten.

Nachfolgend werden ein paar dieser Bereiche näher dargestellt. Damit soll dem Leser einerseits ein kleiner Streifzug durch die erlebten Begegnungen und Projekte des Autors mit Thomas Gächter aus der gemeinsamen Wirkungszeit gezeigt werden. Andererseits soll auch kritisch hinterfragt werden, ob in der Vergangenheit die Schwerpunkte im Sozialversicherungsrecht immer richtig gesetzt wurden oder ob zukünftig manchenorts wieder mehr Scharf- und Weitblick erwünscht wären.

II. Die arbeitgeberähnliche Person in der Arbeitslosenversicherung

1. Wie Selbstständigen, Gesellschaftern und Ehegatten misstraut wird

Die Arbeitslosenversicherung (ALV) zeigt von Misstrauen geprägte Regelungen exemplarisch. Seit der Annahme am 13. Juni 1976⁶ ist in Art. 114 Abs. 2 lit. c BV vorgesehen, dass sich Selbstständigerwerbende freiwillig in der ALV versichern können, was auf Gesetzesstufe bisher aber nicht umgesetzt wurde. Bereits in der Botschaft von 1980 wurde die *«ausserordentlich heikle Materie*

³ Gächter (Fn. 2), S. 444, These 30 und 31.

⁴ Bacon (Fn. 1), S. 73, «*Suspicious amongst thoughts are like bats amongst birds, they ever fly by twilight.*» (Im Text frei übersetzt).

⁵ Unterbrochen durch das Anwaltspraktikum 2019–2020, während dem eine losere Anbindung an den Lehrstuhl von Thomas Gächter bestand.

⁶ Angenommen wurde Art. 34^{novies} aBV, «*Der Bund sorgt dafür, dass Selbstständigerwerbende sich unter bestimmten Voraussetzungen versichern können*», der 1999 materiell in Art. 114 Abs. 2 lit. c BV überführt wurde.

der freiwilligen Versicherung» und insbesondere das «besonders heikle Problem» mit den Selbständigerwerbenden bis auf Weiteres vertagt.⁷ Gut 20 Jahre später befand der Bundesrat, die freiwillige Versicherung für Selbständigerwerbende sei aufgrund der «versicherungstechnischen Voraussetzungen» (noch) nicht erfüllbar.⁸ Eigentlicher Hinderungsgrund war immer die Angst, dass der Selbstständige sich bei schlechtem Geschäftsgang «selber entlassen» könnte, um sich so seines unternehmerischen Risikos mittels *mutwillig herbeigeführter Arbeitslosigkeit* zu entledigen.⁹

Das Phantom des möglichen Missbrauchs von Arbeitslosentaggeldern verhindert damit seit 45 Jahren die Umsetzung des Verfassungsauftrages in der ALV (stattdessen wird seit 1995 die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit von arbeitslosen Personen sogar aktiv gefördert¹⁰). Erst die Corona-Pandemie und die damit verbundenen einschneidenden Massnahmen brachten Bundesrat und Gesetzgeber dazu, auch Selbständigerwerbende vor dem Risiko des unverschuldeten Arbeitsverlustes zu schützen, wobei die Ausfälle nicht ganz systemgerecht über die Erwerbsersatzordnung finanziert werden und aktuell bis zum 30. Juni 2021 befristet sind.¹¹

Das Misstrauen des Gesetzgebers geht noch einen Schritt weiter. Das Gesetz sieht für Personen in einer *arbeitgeberähnlichen Stellung* bei der Kurzarbeitsentschädigung (KAE; Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG), der Schlechtwetterentschädigung (SWE; Art. 42 Abs. 3 AVIG) und der Insolvenzenschädigung (IE; Art. 51 Abs. 2 AVIG) einen Leistungsausschluss vor. Als arbeitgeberähnlich gilt eine versicherte Person, die zwar aufgrund eines Anstellungsverhältnis formal Arbeitnehmer i.S.v. Art. 10 ATSG und bezüglich des aus dem Anstellungsverhältnis fliessenden Entgelts unselbstständig erwerbstätig ist, jedoch aufgrund gesetzlich umschriebener Gründe vom Leistungsbezug ausgeschlossen ist. Dazu

⁷ Botschaft des Bundesrates zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung vom 2. Juli 1980, BBl 1980 III 489 ff., 524 f.

⁸ Botschaft des Bundesrates zu einem revidierten Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 28. Februar 2001, BBl 2001 2245 ff., 2254; im UVG und bei KTG-Versicherungen ist die freiwillige Versicherung für selbstständig Erwerbstätige dagegen ohne Weiteres versicherungstechnisch möglich.

⁹ Stellungnahme des Bundesrates vom 12. August 2020 auf die Motion Nr. 20.3319 vom 5. Mai 2020; Basile Cardinaux, Kommentierung von Art. 114 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 114 Rz. 31.

¹⁰ Art. 71a–71d AVIG; die Förderung der Selbstständigkeit bezweckt eine vorzeitige Beendigung der Arbeitslosigkeit und der damit verbundenen Leistungspflicht der ALV.

¹¹ Vgl. Art. 2 Abs. 3 und 3^{bis} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (SR 830.31), gestützt auf Art. 15 Covid-19-Gesetz vom 25. September 2020 (SR 818.102) (Befristung Art. 21 Abs. 5).

gehören die Eigenschaft als Gesellschafter (z.B. Aktionär der AG oder Gesellschafter der GmbH, bei der die versicherte Person angestellt ist), einer finanziellen Beteiligung am anstellenden Betrieb (z.B. in Form eines Darlehens) oder wenn die versicherte Person Mitglied des obersten Entscheidungsgremiums des Arbeitgeberbetriebes (z.B. VR) ist.¹²

Die Ausschlüsse vom Leistungsanspruch haben ihre Ursache im Bestreben, potentielle Missbräuche zu verhindern, da die umschriebenen Personengruppen mehr oder weniger Einfluss auf die Entscheidung nehmen können, ob Leistungen der ALV beantragt werden.¹³ In der Botschaft zum neuen Arbeitslosengesetz von 1980 wurde deshalb ein eigenes Kapitel dem «*Problem der Missbräuche*» gewidmet.¹⁴

Das Gesetz dehnt den Ausschluss vom Anspruch auf KAE, SWE und IE auch auf den *mitarbeitenden Ehegatten* aus, obwohl dieser keinen direkten Einfluss auf den Entscheid zur Anmeldung besagter Leistungen hat. Da der mitarbeitende Ehegatte aber wörtlich mit dem Arbeitgeber «unter einer Decke» steckt, war dem Gesetzgeber das Missbrauchspotential zu gross. Das Bundesgericht hat diesbezüglich sogar – entgegen der bis dahin geltenden Verwaltungspraxis – entschieden, dass der Anspruch des Ehegatten nicht bereits mit der Trennung, sondern erst nach der Scheidung entstehen kann, da bis zum Scheidungsurteil *eine Umgehungsgefahr fortbesteht*, auch wenn der Scheidungswille bereits unerschütterlich feststeht.¹⁵

Die dargestellten gesetzgeberischen und höchstrichterlichen Entschlüsse zeigen m.E. deutlich: die Angst vor Missbrauch sitzt tief. Dabei fällt auf, dass die Ausschlüsse für KAE, SE und IE gar keinen konkreten Missbrauch erfordern und der versicherten Person auch kein Exkulpationsbeweis offen steht. Es genügt vielmehr *die blosser Gefahr des Missbrauchs*, selbst wenn – wie im Falle des getrennt lebenden Ehegatten – eine missbräuchliche Gefälligkeitsanmeldung kaum denkbar erscheint. Im Namen der Missbrauchsbekämpfung werden damit in der ALV *bewusst unberechtigte Leistungsverweigerungen in Kauf genommen*, was ein Anschauungsbeispiel dafür ist, wie die blosser Angst vor Missbrauch die Anspruchsvoraussetzungen eines Sozialversicherungszweiges nachhaltig zu Lasten der Versicherten verändern kann.

¹² Zum Ganzen Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, SBVR, Bd. XIV, 3. A., Basel 2016, Rz. 464 f.

¹³ Nussbaumer (Fn. 12), Rz. 464.

¹⁴ BBl 1980 III 489 (Fn. 7), 518.

¹⁵ BGE 142 V 263 E. 5.2.2.

2. Rechtsmissbräuchliche Umgehung bei der Arbeitslosenentschädigung

Als der Autor im Jahr 2014 an dem Lehrstuhl stiess, erblickte er als erstes einen Aufsatz von Thomas Gächter, in dem dieser die Ausweitung der vorgängig erläuterten Praxis auf die Arbeitslosenentschädigung (ALE) kritisch beleuchtete.

Das Eidg. Versicherungsgericht hatte mit BGE 123 V 234 entschieden, dass ein von einer AG gekündigter Arbeitnehmer keine Arbeitslosentaggelder beziehen kann, wenn er weiterhin Alleinaktionär und VR der AG ist. Das EVG führte dazu aus, die Anspruchsvoraussetzungen für ALE in Art. 8 ff. AVIG beinhalten an sich keinen Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen. Jedoch könnte sich der gekündigte Arbeitnehmer aufgrund seiner Stellung als Aktionär und VR jederzeit wieder selber anstellen, was eine «*rechtsmissbräuchliche Umgehung*» des gesetzlichen Ausschlusses von Gesellschaftern in der KAE darstelle, die gerade der Vermeidung von Missbräuchen diene.¹⁶ Der Ausschluss von arbeitgeberähnlichen Personen gilt deshalb sinngemäss auch für die ALE, wobei er nicht wie derjenige in der KAE, SWE und IE absolut gefasst ist. Die Verwaltungs- und Gerichtspraxis fordern aber, dass die anspruchsstellende Person den Arbeitgeberbetrieb definitiv schliesst oder sämtliche Eigenschaften verliert, derentwegen sie als arbeitgeberähnlich gilt (Verkauf der Anteile und/oder Rücktritt aus dem obersten Entscheidgremium).¹⁷

Damit wurde der Ausschluss in der ALE (anders als bei der KAE, SWE und IE) nicht nur entgegen dem Wortlaut des Gesetzes, d.h. *ohne gesetzliche Grundlage*, eingeführt. Das höchste Gericht schob auch sehenden Auges den historischen Willen des Gesetzgebers beiseite, wonach sich der Ausschluss von arbeitgeberähnlichen Personen nur auf die Kurzarbeit und *ausdrücklich nicht auf die Ganzarbeitslosigkeit* beziehe.¹⁸

Nicht zuletzt vernebelt die Debatte um mögliche Missbräuche die Sicht auf die Systemfrage, dass nämlich sämtliche arbeitgeberähnlichen Personen (und ihre Ehegatten) als Unselbstständigerwerbende Beiträge an die ALV bezahlen müssen, aber (fast) keine Leistungen dafür erhalten. Die Angst vor Missbräuchen vermag folglich mühelos das Prinzip der Äquivalenz zwischen Beiträgen und Leistungen zu durchbrechen.¹⁹ Erneut genügt allein die hypothetische Missbrauchsgefahr, um selbst dort, wo Missbräuche nur schwer vorstellbar

¹⁶ BGE 123 V E. 7b/bb; bestätigt in BGE 145 V 200, jedoch ohne die Kritik an der bisherigen Praxis in der Lehre aufzunehmen und entsprechend zu würdigen.

¹⁷ Vgl. Thomas Gächter/Agnes Leu, Arbeitgeberähnliche Personen in der Arbeitslosenversicherung, Beiträge (fast) ohne Gegenleistung?, SZS Sonderheft 2014, S. 88 ff., S. 92 ff.

¹⁸ BBl 1980 III 489 (Fn. 7), 591 f.

¹⁹ Gächter/Leu (Fn. 17), S. 99 ff., welche diese Thematik umfassend beleuchten und einordnen.

sind, Ansprüche von versicherten Personen zu verneinen. Diese Praxis zeigt, dass sich nicht nur der (evtl. politischem Kalkül folgende) Gesetzgeber, sondern auch die Verwaltung und Gerichte bisweilen (einseitig) vom Gedanken der Missbrauchsvermeidung leiten lassen.

III. Kreuzfahrer und Glücksritter in den Ergänzungsleistungen

Per 1. Januar 2021 trat die Reform der Ergänzungsleistungen (EL) in Kraft. Sie hat zum Ziel, den starken Kostenanstieg im Zeitraum 2000–2018 von CHF 2.3 auf 4.9 Mrd. zu bremsen. Politisch im Fokus stand dabei die Neugestaltung des sog. *Vermögensverzichtes*. Dieser liegt vor, wenn ohne rechtliche Verpflichtung und ohne adäquate Gegenleistung auf Vermögenswerte verzichtet wurde. In diesen Fällen wird das Verzichtsvermögen in der EL-Berechnung berücksichtigt, obwohl es tatsächlich nicht mehr zur Bedarfsdeckung zur Verfügung steht. Bis anhin umfasste die Praxis zum Vermögensverzicht nebst klassischen Schenkungen vor allem Hochrisikoinvestments und Verluste beim Glücksspiel, nicht aber einen Lebensstil über den eigenen finanziellen Verhältnissen. Das Bundesgericht hat es stets abgelehnt, «*eine wie auch immer geartete 'Lebensführungskontrolle' vorzunehmen [...]*».²⁰

Genau diese Lebensführungskontrolle wurde nun in Art. 11a ELG eingeführt, wonach ein Vermögensverzicht auch dann vorliegt, wenn im Zeitraum ab zehn Jahre vor dem Beginn des Anspruchs auf eine Altersrente (d.h. ab Alter 55) *pro Jahr mehr als 10% des Vermögens* verbraucht wurde, ohne dass ein wichtiger Grund dafür vorliegt. Der Gesetzgeber wollte damit verhindern, dass versicherte Personen reihenweise vor dem EL-Bezug ein Luxusleben geführt und ihr angespartes Geld mit Champagner und Kreuzfahrtreisen im Wissen darum verprasst haben, später durch den Staat mit EL alimentiert zu werden.²¹ Erstaunlicherweise lieferten weder die Materialien noch die parlamentarischen Beratungen verifiziertes Datenmaterial für diesen Generalverdacht sämtlicher EL-Ansprecher. Bedenkt man, dass die Reform prognostiziert im Jahr 2030 ca. CHF 370 Mio. (der prognostizierten Gesamtkosten von ca. CHF 6.7 Mrd.) sparen soll (wobei CHF 270 Mio. auf die neu eingeführte *Rückerstattungspflicht der Erben* entfallen), spart die Lebensführungskontrolle jährlich

²⁰ BGE 115 V 352 E. 5d; vgl. Michael E. Meier/Jana Renker, Eckpunkte und Probleme der EL-Reform. Staatliche Lebensführungskontrolle ab Alter 55?, SZS 1/2020, S. 1 ff., S. 4 f. m.w.H.

²¹ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen und Invalidenversicherung vom 16. September 2016, BBl 2016 7465 ff.; AB N 2018, S. 429 (Votum De Courten); Meier/Renker (Fn. 20), S. 8; Iwan Städler, «Erst Pension verjubeln, dann beim Staat die hohle Hand machen», Tagesanzeiger vom 23. Mai 2012.

bloss ca. CHF 100 Mio. Statt den EL-Bezügern einen verprassenden Lebensstil zu unterstellen und im Namen der Missbrauchsbekämpfung Finanzkosmetik zu betreiben, hätte der Gesetzgeber m.E. besser seinen Blick für die strukturellen Ursachen der Kostenexplosion der EL geschärft. Diese sind bereits seit Längerem bekannt und bestehen hauptsächlich in einer *nicht existenzsichernden AHV/IV-Rente* sowie einer nach wie vor *fehlenden Pflegeversicherung* zur Finanzierung der rasant steigenden Pflegekosten ab Alter 80.²²

IV. Observationen im Sozialversicherungsrecht

1. Weshalb die IV auf Balkone und in Gärten spähen können muss

Mit Urteil Nr. 61838/10 vom 18. Oktober 2016 wurde die Schweiz im Fall Vu-kota-Bojić vom EGMR verurteilt, weil es im Sozialversicherungsrecht an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für Observationen mangelte. Damals hatte am Lehrstuhl noch niemand geahnt, zu welch prägendem Thema die Ausarbeitung einer gesetzlichen Grundlage die nächsten zwei Jahre in Lehre und Sozialpolitik werden würde. Vorweg ist zu betonen, dass im Diskurs um Observationen die Angst vor dem Missbrauch selbstredend ihren berechtigten Platz hat. Ebenfalls unbestritten ist, dass zwischen dem öffentlichen Interesse an geheimer Informationsbeschaffung und dem Interesse am Schutz der Privatsphäre ein Spannungsverhältnis besteht. Interessant ist deshalb, wie der Gesetzgeber diese gegenläufigen Interessenlagen bei der Ausarbeitung der gesetzlichen Grundlage berücksichtigt hat.

Einen Vorgeschmack lieferte das Tempo, mit dem die neue gesetzliche Grundlage geschaffen wurde. Observationen waren nach dem EGMR-Urteil mangels gesetzlicher Grundlage bis auf Weiteres nicht mehr zulässig, was so manchem Politiker scheinbar den Angstschweiss auf die Stirn getrieben hat. Anders ist nicht zu erklären, dass die Vorlage im Frühjahr 2018 in einer Woche siebenmal in Gremien der Bundesversammlung behandelt wurde, damit sie noch am letzten Sessionstag die Schlussabstimmung passieren konnte:

*«Als wäre der Teufel hinter ihnen her!».*²³

²² Pointiert Thomas Gächter: «Das Problem ist, dass die Ergänzungsleistungen heute alles auffangen müssen. Sie müssen die Existenz sichern und die Pflegekosten tragen», Interview Tages-Anzeiger vom 25. Juli 2018, «Was jetzt stattfindet, ist eine Art Enteignung der Erben», S. 5.

²³ Thomas Gächter, Schnell, schwammig, schlecht. Zugespitztes zu Art. 43a und Art. 43b ATSG, HAVE 2/2018, S. 216 ff., S. 217, mit Verweis auf den Titel des Artikels im Tagesanzeiger vom 16. März 2018.

Was die konkrete Ausgestaltung der Observationsgrundlage angeht, hätte man einfach Art. 282 StPO, der die Observation durch die Polizei im Strafverfahren regelt, mittels Copy & Paste in das ATSG überführen können. Das wäre eine schnelle und rechtsstaatlich weitgehend unbedenkliche Lösung gewesen. Dem Gesetzgeber ging Art. 282 StPO aber zu wenig weit, da dieser Observationen nur an allgemein zugänglichen Orten gestattet und «*ein gewiefter Betrüger sich im öffentlichen Raum an einem allgemein zugänglichen Ort sehr vorsichtig verhält und sehr wohl imstande ist, sein theatralisches Verhalten gegenüber der Öffentlichkeit professionell vorzutäuschen.*»²⁴ Gemäss dem nun geltenden Art. 43 Abs. 4 ATSG darf die versicherte Person nicht nur an einem allgemein zugänglichen Ort (lit. a), sondern auch an einem Ort, der von einem *allgemein zugänglichen Ort aus frei einsehbar* ist (lit. b) observiert werden. Leider wurde mit der Formulierung des frei einsehbaren Ortes ein *unbestimmbarer Rechtsbegriff* geschaffen, da niemand aufgrund des gewählten Wortlauts auch nur annähernd genau bestimmen kann, bis wohin eine Observation gehen darf.²⁵ Aus den Ratsdebatten wurde einzig deutlich, dass es für die Durchführung der Sozialversicherungen unabdingbar zu sein scheint, dass versicherte Personen auf ihren Balkonen und in ihren Gärten beobachtet werden können.²⁶

An dieser Stelle könnten diverse weitere Beispiele aufgelistet werden, wie aufgrund der *unbekannten Eile* und mittels *unbestimmbarer Rechtsbegriffe* im Ergebnis bei Überwachungen bisher bestandene *Schutzstandards unterboten* und damit bewusst *ungleiche Ellen* zwischen der Strafverfolgung und der Observation durch weitgehend *unregulierte Spezialisten* im Sozialversicherungsrecht geschaffen wurden.²⁷ Auf die eingangs aufgeworfene Frage, wie der Gesetzgeber mit den gegenläufigen Interessenlagen bei Observationen umgeht, folgt ein ernüchterndes Fazit: Im Angesicht des potentiellen Missbrauchs scheint so manches rechtsstaatliche Prinzip und so mancher Grundsatz der Rechtssetzungslehre zu verblassen.

²⁴ AB S 2017, 1011 (Votum Kuprecht, der aus einer an ihn adressierten Mitteilung einer Sozialversicherungsanstalt zitierte).

²⁵ Thomas Gächter/Michael E. Meier, Observation – ein Rechtsinstitut unter Beobachtung, in: Jusletter 11. Dezember 2017, Rz. 29 ff. (begrüssenswert daher die Präzisierung in Art. 7h ATSV).

²⁶ Thomas Gächter/Michael E. Meier, Kommentierung von Art. 43a ATSG, in: Ghislaine Frésard-Fellay/Barbara Klett/Susanne Leuzinger-Naef (Hrsg.), Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), Basler Kommentar, Basel 2019, Art. 43a Rz. 48 f.

²⁷ Ausführlich zu all diesen Punkten Gächter (Fn. 23), S. 217 ff.

2. Missbrauchsbekämpfung als «*intérêt public d'une valeur absolue*»

Eine besondere Stellung im Umgang mit Observationen nimmt die Frage ein, ob *widerrechtlich* beschafftes Observationsmaterial verwertbar sein soll. Die Thematik ist auch im vorliegenden Kontext interessant, weil einerseits – anders als in den Anschauungsbeispielen zuvor – nicht nur eine diffuse Angst vor Missbrauch besteht, sondern dieser effektiv sichtbar vorliegt und dank des Überwachungsmaterials auch bewiesen werden könnte. Andererseits hat auch der zuständige Sozialversicherungsträger die Grenze des Legalen überschritten, weswegen die Observation gerade rechtswidrig geworden ist. In dieser Konstellation haben sich gewissermassen beide Seiten «die Hände schmutzig» gemacht. Beweisverwertungsverbote verfolgen u.a. das Ziel, dass der Staat sich selbst ans Recht hält, wenn er andere für das Missachten der Rechtsordnung sanktionieren will. Greifen keine absoluten Verwertungsverbote muss eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Verhinderung eines unrechtmässigen Leistungsbezuges und dem privaten Interesse an einer grundrechtlich geschützten Privatsphäre die Verwertbarkeitsfrage klären. Die bisherige bundesgerichtliche Praxis zeigt nun, dass die Missbrauchsbekämpfung ein «*intérêt public d'une valeur absolue*» zu sein scheint und daher in der bisherigen Kasuistik immer überwogen hat.²⁸ Damit vermag im Kleinen der Kampf gegen Missbrauch, nicht aber der Rechtsstaat als Ganzes, zu gewinnen.

V. Arbeitsmüde Gastarbeiter in der Invaliditätsbemessung

Zum Abschluss soll die jüngste Arbeit, die der Autor als Assistent begonnen und als Oberassistent von Thomas Gächter beendet hat, in diesen Beitrag einfließen: Das bereits online veröffentlichte Rechtsgutachten zu den *Grundproblemen der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung*. Dieses fügt sich auch deshalb gut in den Rahmen dieses Bandes ein, weil es sich als ein eigentliches Gemeinschaftswerk zweier ehemaliger Doktoranden und einer ehemaligen Doktorandin (Philipp Egli, Martina Filippo und Michael Meier) zusammen mit Thomas Gächter präsentiert.

Die Teams UZH und ZHAW befassten sich vertieft mit der Invaliditätsbemessung, die zwar in einem prozentgenauer IV-Grad resultiert, dabei aber alles andere als eine reine Rechenoperation darstellt, sondern durch die Auslegung offen gehaltener Rechtsbegriffe wie z.B. dem «ausgeglichenen Arbeitsmarkt» geprägt ist. Anhand diesem bestimmt sich, ob der versicherten Person die Verwertung einer medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit zumutbar ist. Dabei

²⁸ Gächter/Meier (Fn. 26), Art. 43a Rz. 99, mit Verweis auf den französischen Ausdruck bei Anne-Sylvie Dupont, Newsletter rcassurances.ch septembre 2017, S. 8.

kommt es auf das richtige Mass an: Eine allzu *konkrete Arbeitsmarktbetrachtung* kann dazu führen, das Arbeitsmarktrisiko über die Invalidität abzudecken, womit die Grenze zwischen Erwerbsunfähigkeit und Erwerbslosigkeit verwischt würde. Dagegen birgt eine allzu *abstrakte Arbeitsmarktbetrachtung* das Risiko, die Verwertbarkeit eines medizinisch-theoretisch vorhandenen Erwerbspotenzials zu fingieren und sich damit von den realen Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt völlig zu lösen.²⁹

Im vorliegenden Kontext bemerkenswert ist, dass die Verwaltungs- und Gerichtspraxis den ausgeglichenen Arbeitsmarkt über die letzten Jahrzehnte zunehmend zu einem abstrakten und theoretischen Begriff entwickelt hat. Diese Entwicklung hatte ihren Ursprung in der Wirtschaftskrise der 1970er Jahre. Parallel zur konjunkturellen Abkühlung flammte die Debatte um Versicherungsmissbräuche auf und es wurde eine zunehmend abstrakte – vom damals für Stellensuchende ungünstigen tatsächlichen Arbeitsmarkt abstrahierende – Betrachtung gewählt. Dass dabei nicht nur empirische Argumente ausschlaggebend waren, zeigt eine Passage aus der eigens eingesetzten Arbeitsgruppe für die Überprüfung der Organisation der IV, die als «*typische Fälle bedenkenlosen und ungerechtfertigten Rentenbezuges*» u.a. den «*arbeitsmüden Gastarbeiter*» erkannte.³⁰

Bei Betrachtung des grossen Ganzen wird ersichtlich, dass als «Kollateralschaden» dieser Angst vor einer Ausnützung der Invalidenversicherung letztlich die Rentenansprüche (und damit verbunden auch die Ansprüche auf Eingliederungsmassnahmen) sämtlicher versicherter Personen seither an einem kontinuierlich verschärften Massstab gemessen werden.

VI. Fazit

Der Streifzug durch die bisherigen Begegnungen und Beiträge mit Thomas Gächter ist gleichzeitig auch ein Streifzug durch die Geschichte des Sozialversicherungsrechts. Dabei zeigt sich, dass die Angst vor einem ungerechtfertigten Leistungsbezug sehr häufig eine (mal grössere, mal kleinere) Rolle bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung und der richterlichen Anwendung der Leistungsordnung im Sozialversicherungsrecht gespielt hat und wohl auch zukünftig spielen wird.

²⁹ Thomas Gächter/Philipp Egli/Michael E. Meier/Martina Filippo, Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung, Rechtsgutachten, Zürich/Winterthur 22. Januar 2021, Rz. 9 ff., Rz. 13.

³⁰ Gächter et al. (Fn. 29), Rz. 35 ff., insbesondere Rz. 38, mit Verweis auf ZAK 1978 S. 262, S. 279 f.

Bei aller geäußerten Kritik plädiert der Autor aber *keinesfalls für eine naive und treuherzige Anspruchsprüfung*. Die Leistungen der Sozialversicherungen dienen der Existenzsicherung und der (zumindest teilweisen) Fortführung des bisherigen Lebensstandards. Versicherte Personen, die vom Eintritt eines versicherten Risikos betroffen sind, setzen (zu Recht) ihre Hoffnung in diese Versicherungsleistungen. Gleichzeitig entsteht unweigerlich auch eine Begehrlichkeit für diejenigen, welche keine oder nur reduzierte Leistungen erhalten und deshalb einen sozialen Abstieg befürchten müssen. Eine umfassende Sachverhaltsabklärung und eine darauf aufbauende sorgfältige Anspruchsprüfung sind daher unabdingbar. Entsteht dabei der Verdacht auf Missbrauch, ist diesem nachzugehen, evtl. unter Anrufung der dafür genuin zuständigen Strafverfolgungsbehörden, und sind zu Unrecht ausgerichtete Leistungen zurückzufordern.

Auch wenn an gewissen Stellen im Sozialversicherungsrecht bisweilen Missbrauch zu Tage tritt, darf nie vergessen gehen, dass es sich dabei immer um eine Randerscheinung einiger weniger handelt. Gleichzeitig liegt es in der Natur der Sache, dass sich Missbrauch präventiv nie ganz ausschliessen lässt. M.E. wäre es deshalb der falsche Ansatz zu versuchen, das System der Sozialen Sicherheit einseitig gegen alle potentiellen Formen des Missbrauchs zu schützen, ohne dabei die Wirkungen und Folgen für die grosse Mehrheit der versicherten Personen und der Rechtsordnung als Ganzes genau abzuwägen, was keine neue Erkenntnis darstellt:

«Es ist aber stets ein verkehrtes Verfahren, den Missbrauch einer an sich wahren und gerechten Sache dadurch zu bekämpfen, dass man die Sache selbst von sich stösst, während vielmehr der Missbrauch durch den gerechten Gebrauch überwunden werden muss.»³¹

Nicht nur besteht sonst die Gefahr, die eigentlichen Probleme, die das Funktionieren des Systems tatsächlich behindern, zu übersehen und schlimmstenfalls sogar zu verstärken. Ein von der Angst vor Missbrauch geprägter Diskurs ist auch anfällig dafür, dass unter dem Deckmantel einer in der Bevölkerung breit akzeptierten Missbrauchsbekämpfung andere, häufig umstrittenere, Ziele verfolgt und diese nicht transparent ausgewiesen werden.

³¹ Wilhelm Emmanuel von Ketteler, zitiert nach Erwin Iserloh (Hrsg.), *Schriften, Aufsätze und Reden 1848-1866 (Sämtliche Werke und Briefe Abt. I, Band I)*, Mainz 1977, S. 228.

Invalidität und Justiz – oder warum es für Long-COVID keine Spezialrechtsprechung braucht

Eva Slavik

Inhalt

I.	Invalidität und Justiz	49
II.	Long-COVID und die Folgen für die Invalidenversicherung	50
III.	Das sozialversicherungsrechtliche Konzept «Invalidität»	51
IV.	Der bisherige bundesgerichtliche Umgang mit epidemischen Krankheiten	51
	1. Schmerzrechtsprechung	52
	2. Depressionspraxis	52
	3. Indikatorenpraxis	53
	4. Zwischenfazit	54
V.	Warum es für Long-COVID keine Spezialrechtsprechung braucht	54
	1. Corona-Praxis?	54
	2. Das sozialversicherungsrechtliche Konzept «Invalidität» für die Beurteilung von Long-COVID-Fällen	55
	3. Fazit	55

I. Invalidität und Justiz

Ein kurzer Blick zurück zeigt klar: Invalidität und Justiz bilden meine Top-Themenfelder der zahlreichen Begegnungen mit Thomas Gächter. Neben anderen Aspekten dreht/e es sich bei unseren Begegnungen häufig um die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Beurteilung von Invalidenrenten und damit einhergehend oft auch um die Kritik an bestehenden Praxislinien. Die Rechtsprechung im Bereich des Invalidenrentenrechts ist äusserst dynamisch und reagiert auf sozialpolitische Entwicklungen. So haben wir in den unterschiedlichsten Formen des Zusammenwirkens in den vergangenen 15 Jahren die Schleudertrauma-Praxis, die Schmerzrechtsprechung mit seinen Foerster-Kriterien, die Depressionspraxis und die Indikatorenpraxis mitverfolgt, beobachtet und diskutiert. Ohne zu übertreiben lässt sich festhalten: Es ist viel passiert. In diesem bekannten Spannungsfeld von gesetzlichem Invaliditätskonzept und der diesbezüglichen Bundesgerichtspraxis bewegt sich auch der vorliegende Beitrag.

Dieser Text soll aber keine Retrospektive werden. Ebenso wenig soll eine bereits bestehende Gerichtspraxis analysiert werden. Vielmehr wird der Blick anlässlich dieses grossen Geburtstags nach vorne – auf die Zukunft – gerichtet. Nichtsdestotrotz ist in diesem Kontext ein Blick zurück aber unvermeidlich.¹ Ausgehend von zwei Publikationen² aus der jüngeren Zeit, die Thomas Gächter als Herausgeber kritisch begleitet hat, soll der Beitrag einen Gedankenanstoss bieten für einen möglichen Umgang der Rechtsprechung mit anstehenden sozialpolitischen Entwicklungen. Insbesondere wird aufgezeigt, weshalb es nicht erforderlich sein wird, eine besondere Rechtsprechungslinie im Hinblick auf die Langzeitfolgen der COVID-19-Pandemie zu entwickeln. Gleichzeitig bildet der Text ein Plädoyer für die Stärkung der Position der kantonalen Gerichte bei der Beurteilung von sozialversicherungsrechtlichen Dauerleistungen.³

II. Long-COVID und die Folgen für die Invalidenversicherung

Auch wenn die COVID-19-Pandemie noch nicht hinreichend erforscht ist, zeichnet sich bereits ab, dass auch in der Schweiz sehr viele Menschen noch längere Zeit mit den Folgen einer Erkrankung mit COVID-19 zu kämpfen haben werden. Expertinnen und Experten gehen davon aus, dass das Risiko für längerfristige Beschwerden selbst bei einem milden Verlauf der Krankheit bei rund 20 Prozent liegt. Erkrankte mit schweren Verläufen müssten laut Expertinnen und Experten über Jahre mit körperlichen, kognitiven und psychiatrischen Einschränkungen rechnen.

Die Betroffenen beklagen neben Atemproblemen, Husten und einem deutlich geschwächten Allgemeinzustand insbesondere Symptome wie ständige Müdigkeit, Schlafstörungen, Niedergeschlagenheit, Antriebslosigkeit, Gedächtnis-, Wortfindungs- und Konzentrationsschwierigkeiten, Gefühlsstörungen, Nervenschmerzen, Muskelschmerzen, Herzbeschwerden sowie einen anhaltenden Verlust des Geruchs- und Geschmackssinns.⁴

Dieses polysymptomatische Krankheitsgeschehen kann dazu führen, dass die Betroffenen ihren Alltag und ihre beruflichen Herausforderungen nicht mehr

¹ Mit Absicht werden daher im Folgenden früher entwickelte Gedanken aufgegriffen; auf die jeweiligen Detailverweise wird verzichtet.

² Philipp Egli/Eva Slavik, Wer drei Kollegen hat, kann nicht invalid sein, SZS 2019, S. 334 ff.; Eva Slavik, Invalidenrentenanspruch bei depressiven Erkrankungen, in: Jusletter vom 4. September 2017.

³ Der Jubilar versteht das Augenzwinkern.

⁴ Zum Ganzen: Martina Lenzen-Schulte, Der lange Schatten von COVID-19, Deutsches Ärzteblatt 2020, S. A-2416 ff.

wie gewohnt bewältigen können. Höchstwahrscheinlich wird dieses Beschwerdebild, das von den Expertinnen und Experten bereits heute Long-COVID-Syndrom genannt wird, deshalb auch längerdauernde Erwerbsausfälle verursachen, was die Arbeitgebenden und die Krankentaggeldversicherungen belasten wird. Da nach den Expertinnen und Experten sehr viele Personen von dieser längerdauernden Belastung betroffen sein werden, ist zudem mit einer Zunahme von Rentengesuchen bei der Invalidenversicherung zu rechnen, die sozialpolitisch ins Gewicht fällt.

III. Das sozialversicherungsrechtliche Konzept «Invalidität»

Das gesetzliche Konzept, wann versicherte Personen einen Anspruch auf eine Invalidenrente haben, ist im Grundsatz klar. Invalidenrenten gewährleisten einen (pauschalisierten) Einkommensersatz, wenn jemand aus gesundheitlichen Gründen über längere Zeit eine Erwerbseinbusse erleidet. Dementsprechend ist für einen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung vorausgesetzt, dass eine versicherte Person während eines Jahres (ohne wesentlichen Unterbruch) mindestens 40% arbeitsunfähig war und nach Ablauf dieses Jahres weiterhin eine anspruchsbegründende Erwerbsunfähigkeit, d.h. ein Invaliditätsgrad von mindestens 40%, besteht (Art. 28 Abs. 2 IVG). Die Ermittlung des Invaliditätsgrades ist Aufgabe der rechtsanwendenden Behörden. Hierfür werden die von der versicherten Person mutmasslich erzielbaren Einkommen vor und nach Eintritt des Gesundheitsschadens einander gegenübergestellt (Art. 16 ATSG). Bei der Ermittlung des trotz Gesundheitsschadens noch erzielbaren Einkommens sind die Juristinnen und Juristen wesentlich auf die medizinischen Fachinformationen angewiesen. Die Beurteilung des Rentenanspruchs bedingt nachvollziehbare medizinische Angaben zum Gesundheitsschaden (Diagnose), zu dessen Verlauf und Prognose, zum Therapiepotential und zum tatsächlichen Therapieverlauf, zu den vorhandenen Ressourcen und zu den leistungslimitierenden Auswirkungen der Erkrankung. Gestützt auf diese medizinischen Grundlagen wird von den leistungsbeurteilenden Behörden ermittelt, wie stark die medizinischen Einschränkungen im Einzelfall erwerblich ins Gewicht fallen (zumutbares Invalideneinkommen).

IV. Der bisherige bundesgerichtliche Umgang mit epidemischen Krankheiten

So weit so gut, «wo ist das Problem?» könnte man sich fragen. Einerseits wird für die Beurteilung von Rentengesuchen erforderlich sein, dass das Krankheitsbild medizinisch-diagnostisch gut erfasst werden kann. Andererseits könnte es sein, dass die Rechtsprechung trotz des eigentlich klaren Invaliditäts-

Konzepts eine eigene Praxislinie für die Beurteilung von Long-COVID-Fällen entwickeln wird. Der Blick zurück zeigt nämlich, dass das Bundesgericht in der Vergangenheit auf ähnliche Krankheitsbilder wie Long-COVID trotz etablierter Diagnostik stets mit Spezialregeln oder besonderen Praxislinien reagiert hat und damit bei der Beurteilung der jeweiligen Rentengesuche vom umschriebenen Konzept des Invalidenrentenrechts abgewichen ist.⁵ Die Gemeinsamkeiten der betroffenen Krankheitsbilder sind ihre relativ unspezifische, schwer fassbare, d.h. schwer objektivierbare Symptomatik, die mit ihnen einhergehenden Erwerbsausfälle sowie ihre grosse (und gar epidemische) Ausbreitung in der Versicherungsgemeinschaft. Sie zeitigen also sozialpolitische Auswirkungen, denn sie belasten die Invalidenversicherung und/oder die Sozialhilfe. Damit stellt sich zwangsläufig die Frage nach der Finanzierung und somit nach der Ausgestaltung der institutionalisierten Solidarität zwischen Gesunden und Kranken. Stets hat sich das Bundesgericht verantwortlich gesehen, auf diese sozialpolitischen Fragen für die Invalidenversicherung eine Antwort in der Form einer speziellen Rechtsprechungslinie zu geben, um die wachsende Zahl von Neurenten einzudämmen.

1. Schmerzrechtsprechung

So hat das Bundesgericht für Schmerzerkrankungen mit BGE 130 V 352 vor bald 20 Jahren bekanntlich die berüchtigte Überwindbarkeitspraxis etabliert. Schmerzerkrankungen (oder mit den Worten des Bundesgerichts «unklare Beschwerdebilder») galten als überwindbar und damit nicht rentenbegründend, wobei unter bestimmten Voraussetzungen (Foerster-Kriterien) der Gegenbeweis erbracht werden konnte. Diese vielkritisierte Praxis wurde rund 10 Jahre später mit BGE 141 V 281 zugunsten eines ergebnisoffenen, strukturierten Beweisverfahrens aufgegeben, das nun in das beschriebene gesetzliche Konzept des Invalidenrentenrechts passt.

2. Depressionspraxis

Just unter der Geltung dieser neuen, ergebnisoffenen Beurteilung von Rentengesuchen mit psychosomatischer Symptomatik entwickelte sich für Erkrankungen aus dem depressiven Formenkreis schleichend erneut eine so genannte Spezialrechtsprechung.⁶ Nach dieser galt (immerhin nur für kurze Zeit) die

⁵ So für Beschwerdebilder nach einer HWS-Distorision, für somatoforme Schmerzstörungen und vergleichbare psychosomatische Leiden und für depressive Störungen.

⁶ Urteile des Bundesgerichts 9C_30/2017 vom 10. Juli 2017 E. 4.2; 8C_222/2017 vom 6. Juli 2017 E. 5.2 m.w.H.; 8C_217/2017 vom 30. Mai 2017 E. 5.1; 8C_753/2016 vom 15. Mai 2017 E. 4.3; 8C_814/2016 vom 3. April 2017, publiziert als BGE 143 V 66 (unpublizierte) E. 5.3.2.

«Regel», dass leicht bis mittelschwer ausgeprägte depressive Störungen ohne ausgewiesene Therapieresistenz vermutungsweise keine leistungslimitierenden Auswirkungen haben und damit nicht zum Anspruch auf eine Invalidenrente führen können, womit den IV-Stellen und den unteren Gerichtsstanzen höchstrichterlich eine ergebnisoffene und differenzierte Würdigung des medizinischen Sachverhalts versagt wurde.

3. Indikatorenpraxis

Diese stark kritisierte Praxis wurde mit BGE 143 V 418 aufgegeben und das strukturierte Beweisverfahren anhand von Standardindikatoren auf alle psychischen Leiden ausgeweitet. Man hätte also erwarten können, dass die Rentengesuche bei depressiven Störungen seither wie vorgesehen gestützt auf die medizinischen Grundlagen von den rechtsanwendenden Behörden differenziert und ergebnisoffen geprüft werden. Doch wird man den Eindruck nicht los, dass das Bundesgericht den medizinischen Expertinnen und Experten sowie teilweise auch den sachverhaltsabklärenden Instanzen und deren Kompetenz zur differenzierten Beweiswürdigung nicht vollumfänglich traut.

So haben sich seither immer wieder Urteile «eingeschlichen», die basierend auf der Prämisse «der Mensch ist grundsätzlich gesund» gutachterlich beschriebene Einzelaspekte aus dem Lebenssachverhalt der betroffenen Person zum Anlass nehmen, um eine medizinisch festgestellte Arbeitsunfähigkeit «juristisch» zu widerlegen – so zum Beispiel im Urteil 8C_703/2018 vom 13. Juni 2019 («Wer drei Kollegen hat, kann nicht invalid sein.») Bei genauerer Betrachtung basiert diese Vorgehensweise nicht eigentlich auf juristischer Argumentation. Vielmehr wird der medizinische Sachverstand im Hinblick auf die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch eine Laienbeurteilung ersetzt, sofern sie den Einzelfall betrifft. Lösen sich diese höchstrichterlichen Annahmen (wie diejenige der Arbeitsfähigkeit bei fehlender Therapieresistenz oder der grundsätzlichen Validität) vom Einzelfall und werden zu einem eigentlichen Regel-Ausnahme-Modell, hebeln sie die bundesrechtliche Pflicht der unteren Instanzen für eine freie und differenzierte Würdigung der gesamten Beweissituation normativ aus, was in der juristischen und medizinischen Literatur heftig kritisiert wird.⁷

Immerhin finden sich neben diesen Urteilen in jüngerer Zeit immer wieder auch Rückweisungsentscheide des Bundesgerichts, mit denen es die Vorin-

⁷ Jörg Jeger, «Der Mensch ist gesund», in: Jusletter vom 8. Oktober 2018; Michael E. Meier, Nr. 43 Bundesgericht, II. sozialrechtliche Abteilung, Urteil 8C_409/2017 vom 21. März 2018 = BGE 144 V 50, SZS 2019, S. 228 ff., 230.

stanzen, welche in Nachahmung der bundesgerichtlichen Praxislinien eine gutachterliche Einschätzung durch ihre eigene ersetzen, zur erneuten Sachverhaltsabklärung und zu Ergänzungsfragen an die Begutachtenden anweist.⁸

4. Zwischenfazit

Nichtsdestotrotz lässt sich insgesamt beobachten, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung auf sich epidemisch ausbreitende Krankheiten mit unspezifischer Symptomatik und den dadurch befürchteten Anstieg von Neuberentungen mit Sonderregeln reagiert, die dem eigentlichen Konzept der Invaliditätsbemessung widersprechen. Michael E. Meier hat dieses Phänomen treffend als «immerwährenden Kreis aus Aktion und Reaktion von Medizin und Recht» bezeichnet.⁹

V. Warum es für Long-COVID keine Spezialrechtsprechung braucht

I. Long-COVID-Praxis?

Eine sozialpolitische Antwort von Seiten der Justiz auf die Medizin ist aus naheliegenden Gründen deshalb auch im Zusammenhang mit den Folgen einer Infektion mit COVID-19 zu erwarten und zu befürchten, falls in Zukunft medizinischerseits gehäuft längerdauernde Leistungsdefizite beschrieben werden, wovon auszugehen ist. Denkbar, dass auf Seiten der leistungsbeurteilenden Juristinnen und Juristen ab und an der Gedanke auftauchen wird, es könne doch nicht sein, dass auf einmal grössere Teile der Bevölkerung nicht mehr voll leistungsfähig sind. Gut möglich, dass man sich (berechtigte) Gedanken darüber machen wird, welche Folgen diese Leistungseinbussen und Erwerbsausfälle für den Sozialstaat zeitigen werden. Durchaus auch möglich, dass es juristischerseits schwierig sein wird, die medizinisch umschriebenen Defizite beweismässig nachzuvollziehen und einzuordnen.

Eine sozialpolitische Reaktion des höchsten Gerichts durch eine normative Übersteuerung der Beweiswürdigungsregeln mit einem neuen Regel-Ausnahme-Schema wäre aber auch im Fall von LONG-COVID staatspolitisch bedenklich.

⁸ Z.B. Urteile 9C_603/2020 vom 3. Februar 2021; 8C_777/2020 vom 16. Dezember 2020; 8C_207/2020 vom 5. August 2020.

⁹ Meier (Fn. 7), S. 230.

2. Das sozialversicherungsrechtliche Konzept «Invalidität» für die Beurteilung von Long-COVID-Fällen

Das Konzept des sozialversicherungsrechtlichen Invalidenrentenrechts ist für alle Erkrankungen und alle Versicherten einheitlich – unabhängig davon, ob es sich um seltene, sehr häufige, klar objektivierbare oder unspezifische Krankheitsbilder handelt. Wie bei jedem anderen Krankheitsbild muss deshalb auch bei Long-COVID die individuelle Situation der betroffenen Versicherten massgeblich sein. Auch hier werden die leistungsbeurteilenden Behörden auf nachvollziehbare medizinische Aussagen angewiesen sein, die Auskunft geben über die Diagnose sowie über die Ressourcen und Defizite im Gesamtkontext der individuellen Situation des jeweiligen Leistungsansprechers. Auf diesen Grundlagen werden sie die gesundheitsbedingten erwerblichen Einbussen feststellen. Mit dem etablierten strukturierten und ergebnisoffenen Beweisverfahren wird es den rechtsanwendenden Behörden auch im Fall von Long-COVID möglich sein, die Leistungsgesuche entsprechend dem gesetzlichen Konzept des Invalidenrentenrechts zu beurteilen. Insbesondere sollen gerade auch hier die kantonalen Gerichtsinstanzen mit voller Kognition den medizinischen Sachverhalt überprüfen, ergänzend abklären und gegebenenfalls die Folgen einer Beweislosigkeit in ihrer Entscheidung berücksichtigen können – so, wie es bundesrechtlich vorgesehen ist. Für die rechtsanwendenden Behörden geht es damit – nach wie vor – nicht darum zu beurteilen, ob jemand «aus juristischer Sicht» krank oder gesund ist, sondern darum, durch eine differenzierte Beweiswürdigung festzustellen, ob die medizinische Situation genügend abgeklärt ist, oder ob sie auch nach genügender Abklärung immer noch unklar ist, um hernach über die erwerblichen Auswirkungen und schliesslich über den Rentenanspruch zu entscheiden. Höchstrichterliche Eingriffe in das bundesrechtliche Invaliditäts-Konzept sowie in die Sachverhaltsabklärungspflichten und Kompetenzen unterer Instanzen, wie sie in der Vergangenheit erfolgten, sind somit auch im Falle von Long-COVID nicht erforderlich.

3. Fazit

Wie in den letzten Monaten oft gehört, erfordern besondere Situationen besondere Massnahmen. Zweifelsohne wird die COVID-19-Pandemie auch für die Sozialversicherungen und die Gerichte zu besonderen Herausforderungen führen. Das Invalidenrentenrecht der schweizerischen Sozialversicherungen gewährt aber keinen Raum für sozialpolitische Reaktionen durch die Rechtsprechung. Vielmehr wird der dynamische Sozialstaat diese Herausforderungen und insbesondere die offenen finanziellen Fragen der Pandemie auch für

diesen Bereich auf politischer Ebene aufnehmen, sie gegebenenfalls durch Anpassungen auf Verfassungs- und Gesetzesebene einordnen und ihnen nach Massgabe der gemeinschaftlichen Solidarität begegnen (müssen).

Gesundheitsrecht

Leistungsaufschub nach KVG bei Kindern und Jugendlichen

Brigitte Blum-Schneider

Inhalt

I.	Anlass und Dank	59
II.	Problemstellung des Leistungsaufschubs	60
III.	Entwicklung des Leistungsaufschubs	60
	1. Gesetzeseinführung vom 18. März 2005	60
	a) Revision 19. März 2010.	61
	b) Weitere Vorstösse und Revision	62
	c) Gesetzesentwurf der SGK-S vom 27. Januar 2021	63
IV.	Anspruch auf Gesundheitsversorgung	64
	1. Grund- und menschenrechtlicher Anspruch	64
	2. Medizinethische Grundprinzipien	65
	3. Solidarität und obligatorische Versicherungspflicht	66
	4. Notfallbegriff	67
V.	Schlussgedanken und Ausblick	69

I. Anlass und Dank

Im 4. Semester an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät lernte ich Thomas Gächter kennen. Während eines Apéros unterhielten wir uns u.a. über sozialversicherungsrechtliche Themen. Einige Semester und viele spannende Vorlesungen später übernahm Thomas Gächter die Betreuung meiner Masterarbeit zur Thematik des krankenversicherungsrechtlichen Leistungsaufschubs gemäss Art. 64a KVG. Bald unterbreitete er mir ein grossartiges – gemäss seinen Worten – ein *Prämium-Angebot* für ein Dissertationsprojekt. Inhaltlich sollte dasselbe Thema der Masterarbeit vertieft und weiterentwickelt werden. Das Thema veränderte sich im Laufe der Zeit in eine andere Richtung, nämlich zu den grundrechtlichen Ansprüchen von schwerbehinderten und kranken Kindern sowie der finanziellen Abdeckung medizinischer Pflegeleistungen. Das Problem und vor allem die Auswirkungen des Leistungsaufschubs liessen mich dagegen nie wirklich los. Daher möchte ich im folgenden Beitrag – zu Ehren des Jubilars – die Entwicklung von Art 64a KVG mit Blick auf die Auswirkungen des Leistungsaufschubs auf Kinder und Jugendliche beleuchten.

II. Problemstellung des Leistungsaufschubs

Unabhängig davon, ob Eltern selbst- oder unverschuldet die Krankenversicherungsprämien bzw. Kostenbeteiligungen medizinischer Leistungen nicht bezahlen können oder wollen – Kinder und Jugendliche haben keinen Einfluss auf diese Entscheidung. Sie geraten immer *unverschuldet* in einen Leistungsaufschub.

Eltern können in einen unverschuldeten Leistungsaufschub geraten, wenn sie wegen den stetig wachsenden Gesundheitskosten in Zahlungsnöte kommen. Treffend schreibt der medizinische Direktor des Stadtärztlichen Dienstes von Zürich hierzu, dass viele Menschen Schwierigkeiten hätten, die Krankenkassenprämien zu bezahlen. Sie würde sich zwar bemühen, Unterstützung in Form einer Prämienverbilligung zu erhalten, doch seien die Anspruchsvoraussetzungen in den letzten Jahren in vielen Kantonen verschärft worden bei vielfach deutlich gesunkenen zugesprochenen Zuwendungen. Einige Menschen unserer Gesellschaft könnten ihre Prämien für die Krankenkasse nur unregelmässig zahlen und würden dafür – je nach Wohnkanton – mit einem Eintrag in der «schwarzen Liste» «belohnt». Weiter beschreibt er ein zusätzliches Problem bei den Heranwachsenden. Diese lernten aus dem Verhalten der Eltern, dass trotz Berufstätigkeit bei gesundheitlichen Beschwerden keine ärztliche Versorgung in Anspruch genommen werde. Aus seiner Sicht führe dies zur höchst bedenklichen Entwicklung, dass die Notfallstation die erste Anlaufstelle in der Gesundheitsversorgung sei.¹

III. Entwicklung des Leistungsaufschubs

1. Gesetzeseinführung vom 18. März 2005

Bereits mit der Revision² vom 18. März 2005 wurde der bisher in der Verordnung geregelte Leistungsaufschub ins Gesetz aufgenommen. Mit der Inkraftsetzung am 1. Januar 2006 wurden gemäss Art.64a Abs. 2 KVG die Krankenversicherungsleistungen solange aufgeschoben, bis die ausstehenden Prämien,

¹ Daniel Schröpfer, Dr. med., Medizinischer Direktor Stadtärztlicher Dienst Zürich. Der Arztbesuch als Luxus, Schweizerische Ärztezeitung 2021;102(10):380.

² Alle nachfolgend erwähnten parlamentarischen Vorstösse sowie Geschäfte des Bundesrates, die ins Parlament eingereicht werden, sind über die Website (www.parlament.ch) und der jeweiligen Curia Vista Geschäftsnummer zu finden.

Kostenbeteiligungen, Verzugszinse und Betriebskosten vollständig bezahlt sind. Ziel dieser neuen Bestimmung sollte sein, Druck auf zahlungsfähige, aber zahlungsunwillige Versicherer auszuüben.³

In der Debatte im Nationalrat wurde vereinzelt kritisiert, die Einführung von Art. 64a Abs. 2 KVG könnte das Obligatorium der Krankenversicherung aushöhlen; Es wurde auf gravierende gesundheitliche Folgekosten hingewiesen, wenn adäquate medizinische Leistungen während eines Leistungsaufschubes nicht mehr bezahlt würden.⁴

a) *Revision 19. März 2010*

Am 25. März 2009 reichte die Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats (SGK-N) eine Parlamentarische Initiative (09.425) ein, um eine Revision der Art. 64a und 65 KVG anzustossen.⁵ Mit diesem Entwurf soll explizit auf die Weiterführung des Leistungsaufschubs verzichtet werden. Denn das Ziel mit der Einführung des Leistungsaufschubs habe sich bei weitem nicht erfüllt. Anstatt Druck auf zahlungsunwillige Prämienzahler auszuüben, nahmen die Zahlungsausstände gar zu.⁶ Eine Revision dränge sich wegen verschiedener Probleme auf, wie unterschiedliche kantonale Regelungen oder finanzielle Schwierigkeiten von Leistungserbringern, die auf Kosten erbrachter Leistungen «sitzen» blieben. Auch werde seit Einführung der Leistungs-sistierungen das bundesweite Obligatorium in Frage gestellt. Negativ seien ausserdem die Auswirkungen fehlender adäquater Gesundheitsversorgung für betroffene Versicherte. Eine dauerhafte Lösung mit einem Verzicht auf eine Leistungs-sistierung mache eine Gesetzesrevision dringend notwendig, um die finanzielle Verantwortung der Kantone und der Versicherer klar zu regeln.⁷

Erst während der nationalrätlichen Debatte vom 22. September 2009 wurde ein Antrag um Beibehaltung des Leistungsstopps gestellt. Der Antrag sah auch die Möglichkeit vor, eine Liste säumiger Prämienzahler nach Vorbild des Kantons Thurgau, einzuführen (E-Art. 64a Abs. 6^{bis} KVG).⁸ Dieser Antrag wurde mit der Schlussabstimmung vom 19. März 2010 zusammen mit weiteren Revi-

³ Abschnitt 3a: Nichtbezahlung von Prämien und Kostenbeteiligungen mit Art. 64a KVG trat am 1. Januar 2006 in Kraft, AS 2005 3587; BBl 2004 4327, 4340.

⁴ AB NR 2005 S. 130, Votum Goll.

⁵ Parlamentarische Initiative «Artikel 64a KVG und unbezahlte Prämien» (09.425).

⁶ BBl 2009 6617, 6618.

⁷ BBl 2009 6617, 6619.

⁸ AB NR 2009 S. 1787 Antrag Toni Bortoluzzi.

sionsbestimmungen ins Gesetz aufgenommen, wie beispielsweise, dass Versicherte mit einem verhängten Leistungsaufschub nur noch Leistungen für medizinische Notfallbehandlungen erhalten würden (Art. 64a Abs. 7 KVG).⁹

Die Revision vom 19. März 2010 löste zwar das Problem der Leistungserbringer betreffend der Zahlungsausstände, gleichzeitig stiegen jedoch die Ausgaben der Kantone, die 85% der offenen Forderungen der Versicherungen nach Ausstellung der Verlustscheins zu übernehmen haben. Einige Kantone gingen in der Folge dazu über, die Forderungen zulasten des Prämienverbilligungskredits zu finanzieren.¹⁰

b) Weitere Vorstösse und Revision

In den letzten Jahren wurden weitere Vorstösse zum Thema Leistungsaufschub im Parlament eingereicht. Mit der am 27. September 2019 eingereichten Motion (19.4290) «Medizinische Leistungen für alle Kinder!» sollte der Bundesrat beauftragt werden, Art. 64a KVG so anzupassen, dass für alle minderjährige Personen der Zugang zu medizinischen Leistungen gewährleistet werde, auch wenn ihre Eltern der Zahlungspflicht der Krankenkassenprämien nicht nachkommen würden. Begründet wurde die Motion namentlich mit dem gemäss UNESCO fundamentalen Recht der Kinder auf eine bestmögliche medizinische Behandlung.¹¹ Im Nationalrat gab es Stimmen, die entgegen der Motion den Leistungsaufschub für Kinder aufrechterhalten wollten. Verwiesen wurde dabei auf die Solidarität all jenen gegenüber, die trotz finanzieller Schwierigkeiten die Prämien dennoch bezahlten. Dennoch wurde die Motion mit 137 gegen 45 Stimmen und 2 Enthaltungen klar angenommen.¹² In der Ständeratsdebatte vom 8. März 2021 wurde der Motion oppositionslos mit der Begründung zugestimmt, dass Kinder keinesfalls für Prämien schulden der Eltern haften dürfen. Sie sollen nicht auf Listen säumiger Prämienzahler gesetzt werden, um ihnen dadurch den Zugang zu medizinischen Leistungen einzuschränken.¹³

⁹ Die Revision trat am 1. Januar 2012 in Kraft (AS 2011 3523; BBl 2009 6617, 6631).

¹⁰ Erläuternder Bericht der SGK-S vom 27. Januar 2021 zur Standesinitiative 16.312 (zit. Erläuternder Bericht), S. 6 f.

¹¹ Angelo Barrile, Motion (19.4290 «Medizinische Leistungen für alle Kinder!»); siehe auch die Beantwortung von Bundesrat Alain Berset zu Frage von Edith Graf-Litscher (19.5420 «Kinder auf schwarzer Liste säumiger Prämienzahler leiden wegen Zahlungsproblemen der Eltern»), ob das Modell von Kanton Thurgau nicht gegen die UNO-Kinderrechtekonvention verstosse.

¹² Votum Verena Herzog vom 15. September 2020, AB NR 2020 S. 1520.

¹³ Motion 19.4290 (Fn. 11), Debatte des Ständerates vom 8. März 2021.

c) *Gesetzesentwurf der SGK-S vom 27. Januar 2021*

Der Kanton Thurgau reichte 2016 eine Standesinitiative (16.312) als Ergänzung zu Art. 64a KVG betreffend Vollstreckung der Prämienzahlungspflicht der Versicherten ein. Die Kommissionen für Soziale Sicherheit und Gesundheit im Stände- sowie im Nationalrat haben die Initiative angenommen. Die SGK-S hat in Erfüllung zweier Motionen (17.3323 und 18.4176) einen Gesetzesentwurf ausgearbeitet und am 15. Juni 2020 in die Vernehmlassung geschickt.¹⁴

Gemäss Art. 64a Abs. 1^{bis} des Entwurfs seien bei minderjährigen Versicherten die Bestimmungen zum Nichtbezahlen von Prämien und Kostenbeteiligungen auf ihre Eltern oder den Elternteil, der die Prämien schuldet, anzuwenden. In Abs. 7 des Entwurfs zu Art. 64a sollen folgende zwei Sätze gemäss Minderheitsantrag hinzugefügt werden: Eine *Notfallbehandlung* liegt vor, wenn die Behandlung nicht aufgeschoben werden kann. Dies ist der Fall, wenn die versicherte Person ohne sofortige Behandlung gesundheitliche Schäden oder den Tod befürchten muss oder die Gesundheit anderer Personen gefährden kann.¹⁵ Eine Minderheit der Kommission schlägt die Aufhebung von Abs. 7 vor. Aus dem Entwurf ergibt sich insgesamt, dass Minderjährige nicht mehr auf der Liste geführt werden dürfen, weil sie keine Prämien mehr schulden.¹⁶

Alle Teilnehmenden der Vernehmlassung begrüssen, dass junge Erwachsene nicht mehr für die Prämienausstände und Kostenbeteiligungen aus der Zeit ihrer Kindheit belangt werden können. Die Ombudsstelle Krankenversicherung hält hierzu fest, dass sie in ihrer Praxis immer wieder von jungen Erwachsenen kontaktiert würden, die beim Krankenversicherer Schulden haben, die während der Minderjährigkeit entstanden sind und die sie nun zu tragen haben. Zudem unterstützt die Ombudsstelle auch die Streichung von Abs. 7. Ihrer Erfahrung gemäss werden in der Regel nicht *Zahlungsunwillige* auf der Liste geführt, sondern die *Zahlungsunfähigen*. Bei zahlungsfähigen, aber zahlungsunwilligen Schuldnern komme es in der Regel zu einer Lohnpfändung. Problematisch am Leistungsaufschub sei zudem, dass diejenigen Versicherten keinen Zugang zur Gesundheitsversorgung ausser für Notfallbehandlungen erhielten, die aufgrund ihrer sozioökonomischen Situation die medizinische Behandlung ohnehin nicht selbst finanzieren könnten.¹⁷

¹⁴ Vernehmlassungsunterlagen und Ergebnisse, siehe Standesinitiative 16.312, Link «Vernehmlassung».

¹⁵ Erläuternder Bericht (Fn. 10), S. 24; sowie der Gesetzesentwurf, 16.312 Link «Vernehmlassung».

¹⁶ Erläuternder Bericht (Fn. 10), S. 25; sowie der Gesetzesentwurf, 16.312 Link «Vernehmlassung».

¹⁷ Vernehmlassung zum Entwurf Art. 64a KVG, S. 44 ff.

IV. Anspruch auf Gesundheitsversorgung

1. Grund- und menschenrechtlicher Anspruch

Alle Menschen und somit auch Kinder verfügen nach schweizerischem Verfassungsrecht über einen individuellen Anspruch auf eine elementare Gesundheitsversorgung, der nötigenfalls auch eingeklagt werden kann. Fehlt beispielsweise der notwendige Versicherungsschutz, sind diese Leistungen gestützt auf Art. 12 BV durch das zuständige Gemeinwesen zu gewährleisten.

Kinder und Jugendliche haben gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BV Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und besondere Förderung ihrer Entwicklung. Kinder und Jugendliche erhalten dadurch den besonderen Schutz, den sie aufgrund ihrer Schwäche und *Betreuungsbedürftigkeit* nötig haben. Insbesondere gilt dies für Kinder, die wegen Krankheit oder Behinderung medizinischer Behandlung und Pflege bedürfen.¹⁸ Mit der Bezugnahme auf den Schutz und die Förderung von Kindern und Jugendlichen wird unter anderem bezweckt, dass das völkerrechtlich garantierte Kindeswohl aus Art. 3 der Kinderrechtskonvention (KRK; SR 0.107) auf Verfassungsebene verankert wird.¹⁹ Der Kindeswohlgedanke wird in der Lehre sowohl im Sinne der Bundesverfassung wie auch im Sinne der Kinderrechtskonvention in allen die Kinder betreffenden Situationen als *Optimierungsgebot mit dem Ziel der bestmöglichen Realisierung* verstanden.²⁰

Ein Recht auf ein erreichbares Höchstmass an Gesundheit ergibt sich insbesondere auch aus Art. 24 Abs. 1 KRK. Auch wenn gemäss Wortlaut die Vertragsstaaten sich lediglich bemühen, den Zugang zu Gesundheitsdiensten sicherzustellen, werden in Abs. 2 die notwendigen Massnahmen konkretisiert. Daraus ergibt sich für die Vertragsstaaten die Pflicht, dass niemandem aus finanziellen Gründen der Zugang zu den Gesundheitsdiensten verwehrt wird. Die Staaten haben zudem die Pflicht, die Gesundheitsversorgung möglichst kostengünstig oder wenn möglich kostenlos anzubieten.²¹

¹⁸ Vgl., Ruth Reusser/Kurt Lüscher, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. A., Zürich 2014, Art. 11 N 14 ff.

¹⁹ Johannes Reich, «Schutz der Kinder und Jugendliche» als rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht, Rechtsnatur und Normgehalt von Art. 11 Abs. 1 der Bundesverfassung, ZSR 2012 I, S. 363 ff., 374 f.

²⁰ Reich (Fn. 19), S. 383; Stefanie Schmahl, Kinderrechtskonvention, Handkommentar, 2. A., Baden-Baden 2013, Art. 3 N 7.

²¹ Schmahl (Fn. 20), Art. 24 N 7.

Nur schon aus diesen wenigen und bei weitem nicht abschliessenden Grund- und Menschenrechtsartikeln können Leistungssperren aus rechtlicher Sicht keinesfalls vertreten werden.

2. Medizinethische Grundprinzipien

Aufgabe von Ärztinnen und Ärzten ist es gemäss Art. 2 der Standesordnung FMH menschliches Leben zu schützen, Gesundheit zu fördern und zu erhalten, Krankheiten zu behandeln, Leiden zu lindern und Sterbenden beizustehen. Daraus zeigt sich die enge Verbindung zwischen dem ärztlichen Standesrecht und den vier medizin-ethischen Grundprinzipien des «Eid des Hippokrates», die in der Medizin als Orientierungshilfe dienen, um reflektierte und begründete Entscheidungen zu treffen.²²

Von den vier Grundprinzipien *Gutes tun*, *Nichtschaden*, *Respekt vor der Autonomie* und *Gerechtigkeit* führen insbesondere zwei Grundprinzipien im Kontext des Leistungsaufschubs zu ethischen Konflikten: Ärztinnen und Ärzte stehen zum einen in der Pflicht, das *Patientenwohl* im Blick zu behalten, also Leben zu schützen und zu erhalten bzw. lebensbedrohliche Zustände mit notwendigen Massnahmen zu überbrücken. Zum anderen gebietet das Grundprinzip der *Gerechtigkeit* den Ärztinnen und Ärzten, sich für eine möglichst gute Lebensqualität der Patientinnen und Patienten einzusetzen unabhängig ihrer sozialen Stellung.²³

Die Zentrale Ethikkommission der SAMW hat 2008 eine nicht-repräsentative Umfrage durchgeführt. Chefärztinnen und Chefärzte von Notfallstationen wurden befragt, um die Frage zu klären, ob die aktuelle Praxis der Leistungssperren mit der ärztlichen Behandlungs- und Fürsorgepflicht zu vereinbaren sei. Ein Notfallarzt gab an, in der Abklärung bzw. Therapie von nicht-versicherten Patienten eher weit zu gehen. Dementsprechend könne dies zu Konflikten mit der Administration führen, doch gehe ihnen eine sinnvolle Behandlung vor. Ein anderer Arzt berichtete von Leistungssperren im Krankenhaus, die durch entsprechende Vermerke der Patientenadministration in den Krankendossiers oder durch den behandelnden Arzt vorgenommen werden. Ein solcher Vermerk hätte bei unaufschiebbarer Notfallversorgung (inkl. Notfallbehandlungen im Sinne einer unmittelbar und zwingend erforderlichen Langzeitbehandlung) keine Leistungseinschränkung zur Folge. Von einer Leis-

²² SAMW, Medizin-ethische Richtlinie «Intensivmedizinische Massnahmen», 3. A., Basel 2018, S. 7; Regina E. Aebi-Müller et al., *Arztrecht*, Bern 2016, § 1 Rz. 51.

²³ SAMW «Intensivmedizinische Massnahmen» (Fn. 22), S. 8; Aebi-Müller et al. (Fn. 22) § 1 Rz. 52 f.

tungssperre könne jedoch mittelbar durchzuführende medizinische Behandlungen, wie z.B. eine Medikamenteneinstellung und Schwangerschaftsuntersuchung eingeschränkt werden.²⁴

In der Empfehlung zu den «Schwarzen Listen» hält die SAMW zu medizinischen Behandlungen von minderjährigen Patienten fest, dass es aus ethischer Sicht nicht vertretbar sei, wenn minderjährige Kinder und Jugendliche *bestraft* würden, weil ihre Eltern die Prämien nicht beglichen hätten. Denn Kinder und Jugendliche gehörten zu einer besonders vulnerablen Patientengruppe.²⁵

3. Solidarität und obligatorische Versicherungspflicht

Thomas Gächter schreibt in seinem Beitrag «Grenzen der Solidarität», dass gesundheitsrechtlich von Solidarität in zweierlei Hinsicht gesprochen könne: In erster Linie zwischen Kranken und Gesunden und in zweiter Linie zwischen Reich und Arm. Mitenthalten sei in der Solidarität zwischen Kranken und Gesunden auch die Solidarität zwischen Alten, die tendenziell höhere Gesundheitskosten verursachen würden und daher auf dem freien Markt mit hohen Versicherungskosten zu rechnen hätten, und Jungen, die meist «gute Risiken» darstellen.²⁶

Genau diese verbesserte Solidarität zwischen Gesunden und Kranken bezweckte die Einführung der bundesweiten Versicherungspflicht. Jetzt konnte die gesamte Wohnbevölkerung an der Solidargemeinschaft teilnehmen. Die gesetzliche Einheitsprämie berücksichtigt jedoch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht. Die notwendige ergänzende Solidarität zwischen Arm und Reich sollte durch die Prämienverbilligung erreicht werden. Stetig restriktivere und verschärfte Voraussetzungen diverser Kantone erschweren finanziell schwächeren Familien, ihren allfälligen Anspruch auf Prämienverbilligung geltend zu machen. Dies stellt gerade viele Versicherte und insbesondere finanzschwächere Ein- bzw. Zweieltern-Familien mit Kindern vor grosse Probleme.²⁷

²⁴ Michelle Salathé, Umgang mit Leistungssperren: Erfahrungsberichte gesucht!, Schweizerische Ärztezeitschrift, 2018;99(35):1138-1139.

²⁵ Stellungnahme SAMW vom 21. April 2020, «Schwarze Listen» – Leistungssperren medizinischer Versorgung aufgrund nicht bezahlter Prämien und Kostenbeteiligungen, S. 3.

²⁶ Thomas Gächter, Grenzen der Solidarität, Individuelle Ansprüche auf medizinische Leistungen gegenüber der Rechts- und Versichertengemeinschaft, in: Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, S. 473 ff., 476 f.

²⁷ Thomas Gächter/Bernhard Rütsche, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2018, Rz. 977 ff.

Wie gesehen sind grundsätzlich alle in der Schweiz wohnhaften Personen obligatorisch krankenversichert (Art. 3 Abs. 1 KVG). Wenn obligatorisch Versicherte wegen ausstehenden Prämienzahlungen oder Kostenbeteiligungen keine medizinische Versorgung gemäss Leistungskatalog der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erhalten, widerspricht dies der Versicherungspflicht.

In der Debatte zur Motion «*Medizinische Leistungen für alle Kinder!*» wurde das Argument der Solidarität nicht nur für die Zustimmung, sondern auch gegen die Motion vorgebracht. So wurde argumentiert, wer Kinder und Minderjährige von der Liste säumiger Prämienzahler ausklammern möchte, habe das Ziel dieser Listen nicht erkannt. Denn einerseits gehe es um Solidarität all jenen gegenüber, die ihre Finanzen auch einteilen müssen, aber ihrer Pflicht trotzdem nachkämen, und andererseits seien diese Listen ein wichtiges Instrument zur Früherkennung von Familien, die mit ihrem Finanzhaushalt nicht zurechtkommen.²⁸ Doch wer Solidarität vorwiegend mit finanziellen Aspekten beurteilt, verkennt die gesamte Tragweite der Solidarität, dass nämlich gerade die vulnerabelsten Gruppen in unserer Gesellschaft um jeden Preis geschützt werden sollen. Dazu gehören u.a. Kinder und Jugendliche, sie sollen nicht für Versäumnisse der Eltern zu leiden haben. Ebenso gebietet Solidarität, diejenigen zu unterstützen, die die Kosten für eine adäquate Gesundheitsversorgung nicht tragen können.

4. Notfallbegriff

Eine weitere Schwierigkeit des Leistungsaufschubs liegt in der Definition des Begriffs der Notfallbehandlung.²⁹ Wer bestimmt, welche Behandlung als Notfall gilt? Steht diese Kompetenz den Kantonen, den Versicherern, Leistungserbringern oder gar den Politikerinnen und Politikern zu?

Das Versicherungsgericht St. Gallen³⁰ hatte die Frage zu beurteilen, ob eine Entbindung einer Notfallbehandlung i.S.v. Art. 64a Abs. 7 KVG entspreche und dementsprechend trotz Leistungsaufschubs von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmen sei. Die Versicherung vertrat die Meinung, der Notfallbegriff sei restriktiv auszulegen. Insbesondere sei dem Element der Vorhersehbarkeit besonderes Gewicht zu verleihen. Sei eine Behandlung absehbar bzw. vorhersehbar, sei es dem Zahlungsunwilligen zuzumuten, seine

²⁸ AB NR 2020 S. 1520, Votum Verena Herzog.

²⁹ Siehe z.B. Gächter (Fn. 26), S. 482, 485; AB NR 2018 S. 1448 zu Motion (18.3708), Votum Bea Heim, und AB SR 2020 S. 308, Votum Paul Rechsteiner; AB NR 2010 S. 47, Votum Thomas Weibel, seiner Meinung nach, obliegt es einzig und alleine dem Arzt bzw. der Ärztin zu entscheiden, ob eine Notfallbehandlung vorliegt.

³⁰ KSCHG 2017/5.

Prämienausstände vor der Beanspruchung der geplanten Behandlung zu bereinigen. Im allgemeinen Sprachgebrauch würden lebensbedrohliche Unfallverletzungen, Herz-Kreislauf-Stillstände, schwere akute Krankheitsgeschehen und ähnliches als Notfall verstanden. Ein über Monate hinaus planbares Ereignis wie eine Entbindung als Notfall zu qualifizieren, sei mit diesem Verständnis des Notfallbegriffs nicht vereinbar.

In den Erwägungen setzte sich das Gericht eingehend mit dem Notfallbegriff im Zusammenhang mit dem Leistungsaufschub gemäss Art. 64a Abs. 7 KVG auseinander. Der verwendete Begriff *Notbehandlung* lasse einen weiten Interpretationsspielraum offen. Der Pschyrembel definiert einen medizinischen Notfall als einen akuten, lebensbedrohlichen Zustand durch Störung der Vitalfunktionen oder Gefahr plötzlich eintretender, irreversibler Organschädigung infolge Trauma, akuter Erkrankung oder Intoxikation.³¹ Da auch der medizinische Notfallbegriff zu eng gefasst sei, müsse dieser gemäss historischer, teleologischer und systematischer Auslegung hergeleitet werden. Der Leistungsaufschub in der heute geltenden Form sei erst während der parlamentarischen Beratung in die Revisionsvorlage gekommen, dementsprechend seien auch die Materialien dürftig. Mit dem Absatz sollte bezweckt werden, dass Druck auf zahlungsfähige, aber zahlungsunwillige versicherte Personen ausgeübt werde. Daher sei eher von einer restriktiven Auslegung des Notfallbegriffs auszugehen. Der Grund der Revision sei aber gerade gewesen, den Leistungsaufschub aufzuheben, weil die Zahlungsausstände trotz des Druckmittels gestiegen waren und die versicherten Personen keine adäquate Gesundheitsversorgung mehr erhalten hätten. Dies würde eher für eine weite Begriffsauslegung sprechen. Zurecht bezog sich das Gericht in seinen Überlegungen auch auf die gesetzliche Beistandspflicht der Medizinalpersonen in dringenden Fällen (Art. 40 Abs. 1 lit. g MedBG). Mit der Beistandspflicht sei eine Hilfestellung in Notsituationen gemeint. Daher gehe auch die Beistandspflicht weiter als der medizinische Notfallbegriff. Die Beistandspflicht verlange nicht nur eine Hilfeleistung bei Lebensgefahr, sondern allgemein eine solche in *dringenden* Fällen. Dringend sei ein Fall auch dann, wenn zwar keine Lebensgefahr bestehe, die betroffene Person aber umgehend Hilfe benötige, weil ihre Gesundheit ansonsten ernsthaft beeinträchtigt werden könnte.³²

Im Weiteren berücksichtigte das Gericht auch Sinn und Zweck der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Diese soll allen Versicherten eine qualitativ hochstehende und umfassende Grundversorgung gewährleisten. Das Ziel der umfassenden Grundversorgung werde durch Art. 64a Abs. 7 KVG beschnit-

³¹ <https://www.pschyrembel.de/medizinischer-Notfall/KOFF1/doc/>.

³² KSCHG 2017/5 E. 3.3.2.

ten, indem diese Bestimmung den Anspruch einer bestimmten Personengruppe auf Notfallbehandlungen beschränke. Sinn und Zweck des Leistungsaufschubs sei gewesen, zahlungsunwillige, aber zahlungsfähige Personen dazu zu bewegen, die ausstehenden Forderungen der Krankenversicherer zu begleichen. Von der Regelung in Art. 64a Abs. 7 KVG sind jedoch nicht nur zahlungsfähige, aber zahlungsunwillige Personen betroffen, sondern auch *zahlungsunfähige* Personen.³³

Der vom Gericht beurteilte Fall sei insoweit speziell, als nicht nur die Rechte der Versicherten, sondern auch jene des ungeborenen Kindes kurz vor der Geburt betroffen seien. Auch wenn die Persönlichkeit gemäss Art. 31 Abs. 1 ZGB erst mit dem Leben nach der vollendeten Geburt beginnt. Die internationale Rechtsentwicklung zeige aber, dass die extrauterine Lebensfähigkeit sich zunehmend als entscheidende Zäsur für den subjektiv-rechtlichen Schutz etabliere. Das Recht auf Leben und auf körperliche und geistige Unversehrtheit des geburtsbereiten Kindes überwiege klar die Interessen der Krankenversicherer an der Durchsetzung ihrer Forderungen aus ausstehenden Prämien oder Kostenbeteiligungen der Kindsmutter. Würden die Kosten für die Geburt unter den Kostenaufschub fallen, so bestünde das Risiko, dass sich die Kindsmutter aus Kostengründen für die Geburt nicht in adäquate medizinische Behandlung begeben und dadurch das ungeborene Kind gefährdet würde. Demnach wäre ein Kostenaufschub im Zusammenhang mit einer Entbindung auch unter Berücksichtigung der Rechte des ungeborenen Kindes unhaltbar.³⁴

V. Schlussgedanken und Ausblick

Das *Kindeswohl* i.S.v. Art. 11 Abs. 1 BV versteht sich als grundrechtliches Optimierungsgesetz für Verwaltungs- und Gerichtsbehörden und verpflichtet sie, das Gesetzes- und Verordnungsrecht entsprechend zum Wohl der Kinder bestmöglich innerhalb des gesetzlichen Rahmens anzuwenden.³⁵ Dieses Optimierungsgesetz richtet sich genauso an Parlamentarierinnen und Parlamentarier, mögen sie sich in der Gesetzgebung von diesen Kindeswohl-Überlegungen leiten lassen.³⁶

³³ KSCHG 2017/5 E. 3.3.3.

³⁴ KSCHG 2017/5 E. 3.3.4 mit Bezug auf Andrea Bächler/Marco Frei, Der Lebensbeginn aus juristischer Sicht – unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs, in: Jusletter vom 29. August 2011, S. 16, Rz. 69.

³⁵ Vgl. vorne die Ausführungen in Abschnitt IV.1.

³⁶ Brigitte Blum-Schneider, Pflege von behinderten und schwerkranken Kindern zu Hause, Zürich/Basel/Genf 2015, N 557.

Ausgehend vom Kindeswohl darf Kindern und Jugendlichen der Zugang zur umfassenden medizinischen Versorgung nicht verwehrt werden. Lediglich medizinische Notfallbehandlungen zuzulassen, widerspricht eindeutig dem Optimierungsgebot des Kindeswohls. Kinder und Jugendliche dürfen somit unter keinen Umständen einem Leistungsaufschub gemäss Art. 64a Abs. 7 KVG unterstellt werden. Ein Aufschub medizinischer Leistungen widerspricht nicht nur den Grundrechts- und Menschenrechtsgeboten, sondern auch der Solidarität sowie der Versicherungspflicht in der Grundversicherung.

In diesem Sinne sind die aktuellen Gesetzgebungsverfahren auf gutem Wege – es bleibt zu hoffen, dass diese Solidarität und Kindeswohlgedanken nicht wieder aus finanziellen Gründen eingeschränkt werden.

Das «weisse Blut» und weitere Erzählungen

Caroline Brugger Schmidt

Inhalt

I.	Begegnung, Freundschaft, Kinder und Co.	71
II.	Milch im Optimierungstrend	73
III.	Milchbanking – What else?	75
1.	Frauenmilchbanken, Ammen, Stillen im Laufe der Zeit	77
2.	Spenderin, Milch, Empfänger	79
3.	Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Milchbanking	80
a)	Gefahren beim direkten Tausch von Frauenmilch	81
b)	Rechtliche Qualifizierung der Spendermilch	82
c)	Frauenmilch, das «weisse Blut»	83

I. Begegnung, Freundschaft, Kinder und Co.

Ein grosser, ovaler, äusserst imposanter Tisch stand inmitten des mit Holz ver-täfelten Raums. Hier sassen wohl einmal die Ritter der Tafelrunde. Kein Tisch, kein Zimmer, wie es für sonstige Vorlesungen üblich war. Doch was war da-mals im ersten Jahrgang an der jüngsten rechtswissenschaftlichen Fakultät der Schweiz, der Universität Luzern, schon normal?

Am oberen Ende des Tisches stand der Professor. In seinem Rücken das Fens-ter, das sich zur Pfistergasse öffnete. Der Lichteinfall umrahmte den Dozen-ten, verlieh dem Ganzen die nötige Dramatik. Sein Auftreten war charisma-tisch. Für einen Professor war er sehr jung, wie wir jedoch erst viel später erfahren haben. Es gelang ihm, seine Jugendlichkeit mittels eleganter, aber doch eher klassischer Kleidung gekonnt in den Hintergrund zu rücken. Ge-genüber dem damals etwa 34-jährigen Professor sass eine Studentin, die bei genauerer Betrachtung aus der Masse stach, weil sie älter als die anderen an-wesenden Studierenden war.

Sie ahnen es: Der Professor war Thomas Gächter, die Studierende war ich. Vermutlich war ich aufgrund meines Alters sowie meiner Lebenssituation be-sonders am Fach interessiert. Bereits vielfältige Berufserfahrung, verheiratet, Mutter einer Tochter, durch viele Weltreisen für die grossen Fragen der sozia-len Absicherung sensibilisiert, fand ich das Gesundheits- und Sozialversiche-

rungsrecht mehr als spannend. Diese Begeisterung zu zementieren, fiel nicht schwer. Thomas Gächter brillierte mit Fachwissen und Witz. Jeder, der schon eines seiner Referate erlebte, weiss, wovon ich spreche.

Am besagten Tag wurde «Gesundheitsrecht» gelesen. Anwesend waren rund 21 Studierende, abwesend waren höchstens zwei. Es ist heute kaum vorstellbar, dass nur etwa zwei Handvoll Studierende die Vorlesung von Thomas Gächter besuchten. Vor rund 16 Jahren war das Fach Gesundheitsrecht aber sozusagen ein «Exot». Hätte man (ähnlich wie heute auf Bitcoins) damals darauf setzen können, wäre man mittlerweile wohl in den Kreisen von Musk & Co. Doch der Leser vermutete bereits, dass diese Begegnung in ihrem Reichtum mit monetären Schätzen kaum aufzuwiegen ist. Die Spezifizierung auf die besagte Fächerkombination war zudem in vielerlei Hinsicht ein Glücksfall.

Dies war also meine erste Begegnung mit Thomas Gächter. Das – man kann fast sagen – schicksalhafte Zusammentreffen hat im Laufe der Jahre zumindest aus meiner Sicht zu einem freundschaftlichen Verhältnis geführt. Die thematische Verbundenheit ist geblieben. Kinder und Familie sind bis heute sowohl im beruflichen als auch im privaten Kontext immer wieder Gegenstand gemeinsamer Diskussionen.

Angefangen hat es bei der Losziehung zur mündlichen Prüfung der damaligen Vorlesung «Mutterschaft im KVG». Inhaltlich gelang es mir nicht, in der Prüfung zu glänzen, doch Thomas Gächter hatte schon damals die Gabe, die Fähigkeiten und Stärken der Studierenden über die Prüfung hinaus zu erkennen. Er erahnte mein Potenzial und engagierte mich als wissenschaftliche Assistentin. Das war für mich eine prägende Erfahrung, da sich zum ersten Mal jemand für meine Leistungen interessierte und von sich aus auf mich zukam. Natürlich schrieb ich später auch meine Masterarbeit mit dem Titel «Frühgeborene an der Grenze zur Lebensfähigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Ökonomisierungsdebatte in der Spitzenmedizin» bei Thomas Gächter.¹

Es ist eine Stärke von Thomas Gächter, «seinen Leuten» vermitteln zu können, wie selbstwirksam sie sind. Er besitzt «Empowerment-Intelligenz» und es gelingt ihm auch, ohne Entwertung des Gegenübers Schwächen anzusprechen. So bewahrte er die Welt und mich selbst vor einer unsäglichen Doktorandinnen-Odyssee; die Ressourcen konnten besser alloziert werden.

Meine Stelle als wissenschaftliche Assistentin trat ich im Frühjahr 2006 an der Cäcilienstrasse in Zürich an, und dies im bereits fortgeschrittenen (und

¹ Publiziert in: Caroline Brugger Schmidt, Frühgeborene an der Grenze zur Lebensfähigkeit, in: Bianka Dörr/Margot Michel (Hrsg.), Biomedizinrecht, Herausforderungen, Entwicklungen – Perspektiven, Zürich/St. Gallen 2007, S. 175 ff.

zuvor offengelegten) Stadium meiner zweiten Schwangerschaft. Da die Leistungsvoraussetzung der fünfmonatigen Erwerbstätigkeit fehlte, hatte ich keinen Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung. Thomas Gächter setzte sich für mich ein, sodass ich diesen dennoch erhalten habe. Unterlassung in Sachen Frauenförderung kann man ihm also definitiv nicht vorwerfen. Seinen Sinn für Familie bewies er immer wieder.

Letztlich war es ein grosses Glück für mich, bei ihm lernen zu dürfen. Ist man offen und schlaue genug, gelingt es zu erkennen, wo die ureigenen Stärken und Schwächen liegen. Diese wichtige Erkenntnis hilft, ein erfülltes Berufs- und Privatleben zu führen.

II. Milch im Optimierungstrend

Thomas Gächters Assistentinnen und Assistenten werden von Beginn an ermutigt, wissenschaftliche Beiträge zu schreiben. Eine meiner ersten Publikationen zusammen mit Thomas Gächter war dem nicht gerade populären Thema «Milchbanking» gewidmet.² Als ich diesen Beitrag in Wien am Internationalen Milchbanking-Kongress unter den Augen von WHO-Vertreterinnen präsentieren durfte, war ich stolz wie ein Honigkuchenpferd. Heute, da mein drittes Kind 10 Jahre alt wird, darf ich das Thema im Rahmen dieses Sammelbandes weiterentwickeln.³

Da Thomas Gächter und mich familienrelevante Themen seit jeher begleitet, scheint mir das Milchbanking eines Revivals würdig. Ausserdem hat sich in diesem Bereich einiges getan, sodass auch der Jubilar das eine oder andere Neue entdecken könnte.

Beim Milchbanking geht es nicht um neue Genbanken, die spezifische Sequenzinformationen besonders ergiebiger Milchkühe verwalten, auch nicht um eine Bank, in der man alle Arten von Milch kaufen und lagern kann, obwohl sich ein «Milchhüsli» vielleicht heute wieder lohnen würde.

Als wir uns 2007 erstmals mit diesem Thema befassten, waren Sojamilch und Reismilch meist nur in den Rücksäcken von Globetrottern anzutreffen. Der

² Caroline Brugger/Thomas Gächter, Rechtsfragen im Zusammenhang mit Milchbanking, in: Jusletter Gesundheitsrecht vom 13. August 2007.

³ Die Arbeitsgruppe «Frauenmilchbanken Schweiz» verabschiedeten im Oktober 2020 die zweiten überarbeiteten Leitlinien (im Folgenden mit «Leitlinien» zitiert) zur Organisation und Arbeitsweise einer Frauenmilchbank in der Schweiz. Dabei durfte ich in der Funktion der konsultativen Mitarbeiterin die Einleitung «Gedanken zu Frauenmilchbanken aus einem juristischen Blickwinkel» verfassen. https://www.neonet.ch/application/files/8415/6880/0120/2010_-_Leitlinien_Frauenmilchbank_d.pdf.

bewusste Konsument begnügt sich weitgehend mit Bio- oder allenfalls Demeter-Kuhmilch. Heute ist das Angebot kaum mehr überschaubar. Nicht nur mehrere tierische Milchsorten, auch Getreidemilch ist im Handel erhältlich (Hafer-, Soja-, Mandel-, Dinkel-, Lupinen-, Ziegen-, Schafs-, Stutenmilch etc.). Der «Soja Latte» um die Ecke hat längst keine Exklusivität mehr. Selbst die herkömmliche Kuhmilch gibt es mindestens in zwei verschiedenen Varianten: A1 und A2. A2-Milch soll die Urform der Milch sein, quasi der «Urdinkel der Milch».

Die «Food-Optimierung» macht also auch vor der Milch keinen Halt. Der Konsument ist permanent gehalten, seine Ernährung zu verbessern, und das bitte smart. Eine ausgewogene, gesunde Ernährung ist für unsere körperliche und geistige Gesundheit, unsere Leistungsfähigkeit und für unser Wohlbefinden unerlässlich. Das dürfte jedem aufgeklärten Menschen endlich klar sein. Essens-, Bewegungs- und Mentaltraining – die Mantras dieser Zeit – scheinen den Einzelnen schonungsloser denn je zu zwingen, das für seine Gesundheit optimale Leben zu leben. Doch was ist das für eine Welt? Eine Welt, bei der Genuss zur Sünde wird? Eine Welt, in der jene, welche diesen Paradigmen nicht folgen können, zu Versagern mutieren, selbst wenn dieses Unvermögen unverschuldet ist? So plagten mich über Jahre Schuldgefühle, weil ich meine Kinder nicht vorschriftsgemäss sechs Monate stillen konnte. Immerhin habe ich sie liebevoll mit «HA1»-Säuglingsnahrung gefüttert. Heute könnte ich zwischen Formulamilch auf Kuhmilchbasis oder gar Ziegenmilchbasis, Pre, HA Pre, HA 1, Antireflux 1, 1 Sensitive, 1 Sensivia, 1 Comfort und 1 Combiotik wählen und es gibt genauso viele Meinungen zur optimalen Ernährung, wie Produkte verfügbar sind.

Das Paradoxe an der ganzen Sache ist, dass da, wo wirklich etwas getan werden muss, nicht viel unternommen wird, um die Gesundheit zu fördern. Denken Sie nur an den vielen Zucker, der in den Lebensmitteln für Kinder zu finden ist. Es ist kein grosses Geheimnis, dass Gesundheit tatsächlich mit der Ernährung im Kindesalter anfängt. Gute und gesunde Startbedingungen sind also Investitionen in die Zukunft. Der «Return on Investment» ist unbedingt auch in die Gesamtabwägung einzuziehen. So leisten die geheimnisvollen Milchbanken einen wertvollen Dienst, um Frühgeborenen einen optimalen Start ins Leben zu ermöglichen.

Die Frage, wie wir leben wollen, ist virulenter denn je. Ein offener Diskurs über die Bedeutung von Gesundheit und Wohlbefinden und deren Preis muss geführt werden. Frei nach dem Zitat von Dürrenmatt «Wenn ich keinen Diabetes gehabt hätte, wäre ich an meiner Gesundheit schon längst verreckt». Insofern ist die Beschäftigung mit dem Thema Milchbanking von grosser Aktualität. Nach der Pandemie wird die Frage um die Ressourcenallokation im Gesund-

heitswesen möglicherweise noch härter geführt. Ich habe den Eindruck, dass die Thematik rund um die Generationensolidarität zudem eines der Vertiefungsthemen für die Erhaltung unseres Wohlfahrtsstaates ist. Die Covid-Krise ist ein Brandbeschleuniger.

III. Milchbanking – What else?

Da wir den Adressaten dieses vorliegenden Sammelbandes – Thomas Gächter – nicht zeitnah zu einem möglichen Lösungsszenario für die obigen Fragen aufbieten können, lassen Sie uns die Begegnung mit einem anderen grossen Mann suchen: Fragen wir Churchill. Die Antwort ist bestechend einfach und naheliegend «[...] there is no finer investment for any community than putting milk into babies!»⁴

Genau dies ist die Hauptaufgabe von Frauenmilchbanken.⁵ Das sind Einrichtungen, die überschüssige Frauenmilch von Spenderfrauen sammeln, testen, pasteurisieren, lagern und letztlich als Nahrung für Frühgeborene und Säuglinge mit zu geringem Geburtsgewicht aufbereiten.⁶ Weltweit existieren bereits 600 Frauenmilchbanken, 240 davon in Europa, davon wiederum 7 in der Schweiz.⁷ Sie sind an die neonatologischen Abteilungen der (universitären) Kinderspitäler angehängt.

Muttermilch ist für Säuglinge unbestritten die beste Nahrung. Dies gilt umso mehr für Kinder, die durch Frühgeburt einen erschwerten Start ins Leben haben. Steht ihnen keine oder zu wenig Muttermilch zur Verfügung, ist die Ernährung mit pasteurisierter Spendermilch die beste Alternative. Die Daten zeigen, dass die Versorgung von Frühgeborenen mit Spendermilch die Häufigkeit von nekrotisierenden Enterokolitiden⁸ vermindert. Die Gefahr von Neugeborenenrose und bronchopulmonaler Dysplasie kann eingedämmt und die

⁴ Winston Churchill, A four years' plan: A broadcast survey of post-war reconstruction, radio broadcast 21 March 1943, in: Charles Eade, The war speeches of the Rt. Hon. Winston S. Churchill, 2. Ausgabe, London 1952, S. 425 ff.,

⁵ Eine andere Terminologie ist «Milchbank». Dieser Begriff wird heute teilweise noch verwendet, neuerdings jedoch mit Frauenmilchbanken übersetzt. English Milchbanking.

⁶ Ein Bericht über die Frauenmilchbank am Universitätskinderspital Basel (UKBB): <https://www.ukbb.ch/wAssets/docs/downloadcenter/Abteilungen-und-Dienste/Lactarium/Plakat-Schweizer-Frauenmilchbank-2020.pdf>.

⁷ <https://www.frauenmilchbank.de/frauenmilchbanken-weltweit>.

⁸ Erkrankung des Magen-Darm-Traktes, die bei Frühgeborenen mit einem Geburtsgewicht unter 1500 Gramm auftreten kann.

Rate der Netzhautschädigungen gesenkt werden. Wirtschaftlichkeitsrechnungen haben ergeben, dass bereits durch die Reduktion der nekrotisierenden Enterokolitiden der Einsatz von Spendermilch kostendeckend sein kann.⁹

Frauenmilchbanken sind eine Erfolgsgeschichte.¹⁰ In der Schweiz kamen im Zeitraum von 2012-2015 446 Kindern durchschnittlich 845 Liter jährlich zugute. Von 2016-2019 waren es bereits durchschnittlich 1235 Liter für 512 Kinder.¹¹

Die Frauenmilchbanken erfüllen ihren Auftrag fernab des medialen spitzenmedizinischen Glammers. Kaum jemand kennt sie. Die Beteiligten erfüllen ihre Arbeit mit Herzblut und Sorgfalt. Das Verantwortungsbewusstsein ist hoch. Das spürt man schnell, wenn man mit diesen Menschen arbeiten darf. Ich nehme an, es liegt am Patientenstamm. Sie dokumentieren und erfassen ihre Dienstleistung nach dem neuesten Standard, der in der Medizin gelebt wird. Damit leisten sie einen wesentlichen Beitrag zur wissenschaftlichen Weiterentwicklung ernährungsphysiologischer Belange von Neugeborenen.

Die Frauenmilchbanken haben sich in der Arbeitsgruppe «Frauenmilchbanken Schweiz» organisiert. Die Arbeitsgruppe umfasst alle Spitäler, an denen eine Frauenmilchbank angegliedert ist. Die Spitäler sind jeweils mit zwei Personen vertreten, und zwar einem Arzt aus dem Team der Neonatologie sowie der Fachleitung der Frauenmilchbank selbst. Ein Ziel der Arbeitsgruppe ist die Verabschiedung von «Best Practices» zu Organisation und Arbeitsweise von Milchbanken. 2010 wurden diese erstmals in Form von Leitlinien präsentiert. Die zweite Auflage folgte im Oktober 2020.

Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Lage in der Schweiz und stützt sich in der Definition sowie in der Verwendung der Begrifflichkeiten auf die 2. Auflage der Leitlinien sowie auf Aussagen der Hauptautoren.¹² Der Einfachheit halber wird im Folgenden nur der Begriff «Frühgeborene» für Empfängerkinder verwendet, wohlwissend, dass auch Kinder mit geringem Geburtsgewicht Empfängerbabys von Spendermilch sein können.

⁹ Vgl. Leitlinien (Fn. 3), S. 23.

¹⁰ Vorwort von George Marx, in: Leitlinien (Fn. 3), S. 12.

¹¹ Statistik der Frauenmilchbanken (FMB) Schweiz 2019, präsentiert an den Schweizer FMB Tagung in St. Gallen, 24. April 2020. Zur Verfügung gestellt von Dr. med. Ahrens Olaf, Oberarzt Abt. Neonatologie, Universitätsklinik für Kinderheilkunde, Inselspital, Bern. Hauptautor der Leitlinien (Fn. 3).

¹² Olaf Ahrens/Cornelia Wälchli, in: Leitlinien (Fn. 3), S. 9.

1. Frauenmilchbanken, Ammen, Stillen im Laufe der Zeit

Frauenmilchbanken bekommen die Milch von Milchspenderinnen. Man könnte sagen, dass die Ammen ihre Vorläuferinnen waren. Somit reichen die Ursprünge der Frauenmilchbanken bis ins 18. Jahrhundert vor Christus zurück. Bereits im Codex Hammurabi finden sich erste Hinweise auf Ammen.¹³

Dass Frauen die Geburt ihres Kindes nicht überleben, war jahrhundertelange Realität. Am grössten war die Gefahr, an Kindbettfieber zu sterben.¹⁴ Mit dem Beizug einer Amme konnte eine alternative Nahrungsquelle gefunden werden. Die wichtigste Aufgabe der Amme war es, ein Kind zu stillen. In der Bibel finden sich Hinweise, dass damals bis zu drei Jahre gestillt wurde.¹⁵ Die Betreuung des Kindes war somit von langer Dauer. Dies konnte zu einem herzlichen und engen Vertrauensverhältnis zwischen der Amme, dem Kind und dessen Familie führen.¹⁶

Ammen wurden zudem aus ästhetischen Überlegungen beigezogen. Der griechische Arzt Soranos von Ephesos¹⁷ propagierte, dass Frauen sich durch das Stillen verausgaben und vorzeitig altern würden. Um dem Prozess des dahinwelkenden Körpers entgegenzuwirken, hielten sich die Römerinnen der Oberschicht daher Haussklavinnen als Ammen.¹⁸ Diese Einstellung blieb über Jahrhunderte in den Köpfen der Menschen.

Bedeutsam wurden die Ammen im 19. und 20. Jahrhundert vor allem in der europäischen Übersicht. Soziologische Veränderungen brachten es mit sich, dass die leibliche Mutter nicht mehr Hauptverantwortliche ihrer kleinsten Kinder war. An ihre Stelle trat die Amme. Der Beruf der Amme ging mit überdurchschnittlich guten Verdienstmöglichkeiten einher. Früher glaubte man, dass sich der Charakter der Stillenden auf das Kind übertragen würde.¹⁹ Die

¹³ Thomas Ball/Anne Wright, Health care costs of formula-feeding in the first year of life, in: Pediatrics, Vol. 103, No. 4, April 1999, S. 870 ff., sowie für die Schweiz, undatiert <https://www.ukbb.ch/wAssets/docs/downloadcenter/Abteilungen-und-Dienste/Lactarium/Plakat-Schweizer-Frauenmilchbank-2020.pdf>.

¹⁴ <https://www.tagesspiegel.de/berlin/das-wochenbett-frueher-war-alles-schlechter/25936762.html>.

¹⁵ Siehe dazu das zweite Buch der Makkabäer, 2.Makk 7, Vers 28. Zu finden unter <https://www.bibelwissenschaft.de/bibeltext/2makk7/>.

¹⁶ Elonora Reuter, Amme, 2010, <https://www.bibelwissenschaft.de/wiblex/das-bibellexikon/lexikon/sachwort/anzeigen/details/amme/ch/36de795d447ee942ecf86b9788d3ccc6/#h6>.

¹⁷ 96-138 vor Christus.

¹⁸ <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/berufsgeschichte-die-amme/1575480.html>.

¹⁹ <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/berufsgeschichte-die-amme/1575480.html>.

richtige Amme zu haben, war deshalb entscheidend und auch für das Ansehen der Familie von grosser Bedeutung. In der Schweiz wurden die letzten Berufssammen um 1950 in den Ruhestand geschickt.²⁰

Zu Beginn des letzten Jahrhunderts wurden beinahe alle Kleinkinder mit Frauenmilch (entweder der Mutter oder der Amme) versorgt, etwas später auch mit gespendeter Milch aus Milchbanken. Die vor allem in der ehemaligen DDR und in Frankreich eingerichteten Milchbanken gelten als Vorläufer der Frauenmilchbanken, wie wir sie heute kennen.

Um 1950 galt das Stillen als eher überflüssig. Die Entwicklung von künstlicher Säuglingsmilch und die Angst, Krankheiten könnten über die Muttermilch übertragen werden, trugen wesentlich dazu bei. Formula-Ernährung (industriell hergestellte Säuglingsnahrung) verdrängte die Muttermilch. Dieser Trend war aber von kurzer Dauer, denn bereits Mitte der 1980er Jahre erlebte das Stillen in Europa eine Renaissance. Spendermilch wurde damals aber argwöhnisch betrachtet, weil man mit dem Aufkommen der HIV-Infektionen befürchtete, man könne die Kinder damit infizieren. Dies führte zur Schliessung vieler Milchbanken.

Heute wird durch die WHO die ausschliessliche Ernährung durch Muttermilch für mindestens sechs Monate propagiert. Es wird zudem angeraten, das Kind für weitere zwei Jahre oder länger ergänzend zur altersentsprechenden Nahrung zu stillen.²¹ Die folgende Priorisierung zur Ernährung von Säuglingen wird empfohlen: 1. direktes Stillen, 2. abgepumpte Milch der biologischen Mutter, 3. pasteurisierte Spendermilch; 4. künstliche Säuglingsnahrung.²²

Amme oder nicht Amme, Stillen oder nicht Stillen – diese Fragen haben über Jahrhunderte die Gemüter erhitzt. Die historische Betrachtung ist deshalb äusserst spannend und mit pikanten Episoden geschmückt. In der Medizin wurde die Frage des Stillens ebenfalls über Jahrzehnte kontrovers diskutiert.²³ Dies ist Ausdruck der parallel dazu ideologisch und emotional geführten Debatte rund um die «gute Mutter und Frau».

²⁰ www.hmbana.org/index.php?mode=history.

²¹ <https://www.still-lexikon.de/empfehlungen-der-who-fuer-die-ernaehrung-gestillter-kinder/>, für die Schweiz leicht abweichend, vgl. <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/das-blv/organisation/kommissionen/eek/ernaehrung-in-den-ersten-1000-lebenstagen.html>.

²² <https://pediatrics.aappublications.org/content/129/3/e827>.

²³ Michael Abou-Dakn, Stillen, in: Henning Schneider/Peter Husslein (Hrsg.), Die Geburtshilfe, 4. A., Berlin 2011, S. 1105 ff.

2. Spenderin, Milch, Empfänger

Eine Frau, die stillt oder Milch abpumpen muss, zum Beispiel, weil ihr eigenes Kind gestorben ist, kann ihren allfälligen Milchüberschuss abgeben. Dann wird sie zur Milchspenderin. Die Abgabe an eine schweizerische Frauenmilchbank erfolgt unentgeltlich und ist als Spende zu qualifizieren. Die aufklärungstechnischen und administrativen Belange rund um die Spende sowie sämtliche Arbeiten, die im Zusammenhang mit der Frauenmilch anfallen, werden in den Frauenmilchbanken durchgeführt.²⁴

Die Spenderin wird vorgängig über den Prozess der Milchspende informiert und zu ihrer eigenen Gesundheit befragt. Nach der Aufklärung willigt sie in die Spende und das serologische Testverfahren ein. Wird ihr Blut negativ auf bestimmte Krankheitserreger getestet und entspricht ihr allgemeiner Gesundheitszustand den Vorgaben, kann die Frau als Spenderin aufgenommen werden.²⁵ Die Daten der Spenderin werden mittels einer Identifikationsnummer verschlüsselt und registriert. Der Spenderin wird zudem erklärt, wie die hygienische Gewinnung von Muttermilch am besten gelingt, da diesbezügliches Unwissen regelmässig bakterielle Kontaminationen der Milch verursacht.²⁶

Frauenmilch, «das weisse Blut»,²⁷ ist die natürlichste und bestmögliche Ernährung für Säuglinge.²⁸ Genau wie Blut ist Frauenmilch eine biologisch wertvolle und hochkomplexe Flüssigkeit.²⁹ Seit einiger Zeit ist anerkannt, dass Frauenmilch auch für kranke oder operierte Babys von Nutzen sein kann. Es ist wenig verwunderlich, dass nicht nur für Frühgeborene versucht wird, an Spendermilch zu gelangen. Zudem locken mit der Frauenmilch Verdienstmöglichkeiten. Seit einigen Jahren entstehen private Online-Tausch- und Verkaufsplattformen (nachfolgend Plattformen), über die Frauenmilch bezogen werden kann. 100 ml Frauenmilch kosten zwischen 5 und 13 Euro.³⁰ Ob und wie stark der Handel respektive Tausch mit der Frauenmilch floriert, kann nur geschätzt

²⁴ <https://www.wireltern.ch/artikel/die-besondere-bank-die-milchbank-167>.

²⁵ Zum ausführlichen Prozess der Spenderinnenauswahl wird verweisen auf Leitlinien (Fn. 3), S. 87.

²⁶ Vgl. Leitlinien (Fn. 3), S. 107.

²⁷ <https://www.nzz.ch/nzzas/nzz-am-sonntag/das-geschaefit-mit-der-muttermilch-1.18543648?reduced=true>

²⁸ Jacqueline Barin/Katharina Quack Lötscher, *The Milk Cap, Contextualizing Human Milk Banking and Milk Sharing Practices and Perceptions in Switzerland*, Bern 2018, S. 5.

²⁹ Vgl. Leitlinien (Fn. 3), S. 16.

³⁰ https://muttermilch-markt.de/?gclid=EAlaIqobChMI7IqJ5MKy7wI-FNz3Ch08YQP0EAA-YASAAEgKrBvD_BwE.

werden.³¹ Sicherlich sind aber solche Plattformen aus verschiedenen Gründen problematisch. Sie bieten in erster Linie nicht denselben Gesundheitsschutz wie durch die Hände der Frauenmilchbank geflossene Spendermilch. Selbst altruistisch motivierte Plattformen haben nicht die Infrastruktur, um die Hygiene-, Test- und Verarbeitungsstandards der hiesigen Frauenmilchbanken einzuhalten. Plattformen tragen ausserdem nichts zur wissenschaftlichen Erforschung von Fragen rund um die Spendermilch bei. Die Frauenmilchbanken haben auch einen anderen Auftrag. Sie sind oft am verzweifelten Ringen um die besten Lebensperspektiven der Früh- bis Extremfrühgeborenen beteiligt. In der Schweiz erhalten nur hospitalisierte Frühgeborene auf ärztliche Indikation Spendermilch aus den Frauenmilchbanken.³² Neben diesen Plattformen gibt es international operierende Firmen, die Nahrungszusätze auf Basis von Humanmilch für die Frühgeborenen-Abteilungen der Spitäler produzieren. Es scheint naheliegend, dass solche Firmen ebenfalls an Spendermilch gelangen wollen.³³

3. Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Milchbanking

Bereits 2007 fehlten die rechtliche Auseinandersetzung mit dem Thema der Milchspende und die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Betrieb einer Frauenmilchbank. Seither kamen weder Lehrmeinungen noch Gerichtsfälle dazu. Letzteres darf immerhin als Indiz für die Einhaltung sowie die inhaltliche Korrektheit der Leitlinien gewertet werden.

Einige Fragen konnten in der Publikation von 2007 geklärt werden, insbesondere die, ob aufgrund der geltenden verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben für den Säugling ein justitierbarer Anspruch auf optimale Ernährung in Form von Frauenmilch abgeleitet werden kann, was damals wie heute verneint wird. Vom Gesetzgeber kann jedoch gefordert werden, günstige Voraussetzungen für die vorliegende Thematik zu schaffen.³⁴ Im Hinblick auf den besonderen Schutz, der unseren Kindern zugestanden wird (vgl. Art. 11 BV i.V.m. Art. 41 BV), ist die Förderung und Anerkennung der Frauenmilchspende und folglich der Frauenmilchbanken nicht unwesentlich. Rechtliche Hürden, die einerseits eine Spende unattraktiv machen und andererseits die Betreibung solcher Milchbanken erschweren, sollten nach Möglichkeit beseitigt und umgangen werden.

³¹ Vgl. Barin/Quack Lötscher (Fn. 28), S. 8.

³² Vgl. Leitlinien (Fn. 3), S. 127.

³³ Vgl. Leitlinien (Fn. 3), S. 18.

³⁴ Vgl. Brugger/Gächter (Fn. 2), Kapitel 2.3.

Die Realität zeigt jedoch ein gegenteiliges Bild. Die Invalidenversicherung hat bis anhin die Kosten für die Miete einer Milchpumpe so lange übernommen, wie das Frühgeborene im Spital war. Seit kurzen wird nur noch ein symbolischer Pauschalbetrag gewährleistet. Die sich im Vernehmlassungsverfahren befindliche Revision der Verordnung über Geburtsgebrechen sieht vor, Neugeborene mit einem Geburtsgewicht unter 2'000 g nicht mehr als Geburtsgebrechen zu listen.³⁵ Sollte die Revision durchkommen, zieht sich die Invalidenversicherung gänzlich aus der Abgeltung der Dienstleistung der Milchbanken zurück. Dies dürfte den finanziellen Druck auf die Milchbanken, aber auch insgesamt auf die Neonatologie, erhöhen.

a) *Gefahren beim direkten Tausch von Frauenmilch*

In Anbetracht der drohenden Gefahren des privaten unkontrollierten Tauschs und Verkaufs der Frauenmilch ist das Thema beim Bundesgesetzgeber angekommen.³⁶ Die Haltung des Bundesrates vermag aber nicht gänzlich zu überzeugen. Das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen soll zusammen mit der Stillförderung Schweiz klären, ob die gesetzliche Anpassung für die Weitergabe von Frauenmilch in Spitälern an Frühgeborene im Lebensmittelrecht explizit geregelt werden muss oder weitere rechtliche Grundlagen benötigt werden.

Erstens verkennt der Bundesrat, dass die Arbeitsgruppe «Frauenmilchbanken Schweiz» in diesen Prozess einbezogen werden muss, da sie über eine langjährige wissenschaftliche und praxisbezogene Expertise verfügt, wenn es um die umfassende Betrachtung der Frauenmilch geht. Dies ist insbesondere notwendig, weil die Stillförderung Schweiz und die Frauenmilchbanken unterschiedliche Perspektiven in Bezug auf Spendermilch haben und unterschiedliche Ziele verfolgen.³⁷

Zweitens verkennt der Bundesrat, dass beim Tausch im Internet nicht nur an die Verantwortung der Eltern appelliert werden kann. Die Kantone sind grundsätzlich für den Gesundheitsschutz zuständig. In der digitalen Welt ist dies aber schwer umsetzbar. Es muss zudem im Auge behalten werden, dass die Milchbanken mit den regulatorischen Schritten nicht gegenüber den kom-

³⁵ <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/64246.pdf>; <https://soziale-sicherheit-chss.ch/artikel/geplante-aenderungen-bei-den-medizinischen-massnahmen/>.

³⁶ Interpellation Feri, 19.3674, 19.6.19, Gefahren beim direkten Tausch von Frauenmilch, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=47610>.

³⁷ Vgl. Barin/Quack Lötscher (Fn. 28), S. 20.

merziell agierenden Firmen und den Plattformen das Nachsehen haben und somit eine unentgeltliche Milchspende an die Spitäler respektive an die Frauenmilchbank unattraktiv wird. Bezogen auf die Tätigkeiten der Plattformen steht der Gesundheitsschutz einer vulnerablen Gruppe (Frühgeborene) auf dem Spiel. Die Milch wird unkontrolliert und unbehandelt weitergegeben. Drängen zudem kommerziell tätige Firmen auf den Markt, die vielleicht ihr Geschäft ausbauen möchten und zu gutem Preis Frauenmilch kaufen und dann teuer vermarkten, entziehen sie dieser Gruppe die benötigte Milch. Letztlich bieten private Milchbanken Raum zur Instrumentalisierung stillender Mütter, was vor allem global betrachtet, von Bedeutung sein kann.

Im Zusammenhang mit dem Umgang mit Spendermilch wünschen sich alle Beteiligten umgehend rechtlich vorgegebene Rahmenbedingungen, nicht zuletzt die Frauenmilchbanken selbst.³⁸ In der Praxis herrscht Rechtsunsicherheit bezüglich der operationellen Führung der Frauenmilchbanken.

b) *Rechtliche Qualifizierung der Spendermilch*

Ein Ausweg aus diesem Dilemma mit den Tausch- und Verkaufsborsen wäre die klare rechtliche Zuordnung der Spendermilch. Dies würde zudem den Beteiligten zur Rechtssicherheit verhelfen. Die Frage, wie Spendermilch rechtlich zu qualifizieren ist, scheint somit immer noch virulent.³⁹

Thomas Gächter und ich haben uns ausführlich mit der Frage der juristischen Qualifikation von Frauenmilch beschäftigt.⁴⁰ Damals wie heute stand an erster Stelle die Frage, ob Frauenmilch ein Heil- oder ein Lebensmittel ist.

In pragmatischer Weise könnte man sich auf die Auslegung des Bundesrates stützen. In seiner Antwort auf die Interpellation von Nationalrätin Yvonne Feri qualifiziert er Frauenmilch als Lebensmittel. Suchen wir die Antwort im Gesetz, so wird ebenfalls klar, dass Frauenmilch ein Lebensmittel ist: Seit rund vier Jahren ist das revidierte Lebensmittelrecht in Kraft. Das altrechtliche Positivprinzip wurde aufgehoben. Vorher brauchten alle im Lebensmittelrecht nicht erwähnten Lebensmittel eine Bewilligung. Diese lag für die Frauenmilch nicht vor. Neu ist, dass Lebensmittel in den Verkehr gelangen dürfen, sofern sie sicher sind und den gesetzlichen Vorgaben entsprechen.⁴¹ Im Umgang mit Spendermilch gelten somit bis auf Weiteres die lebensmittelrechtlichen Vor-

³⁸ Vgl. Barin/Quack Lötscher (Fn. 28), S. 11.

³⁹ Vgl. Leitlinien (Fn. 3), S. 17.

⁴⁰ Vgl. Brugger/Gächter (Fn. 2), Kapitel 4.

⁴¹ <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/lebensmittel-und-ernaehrung/rechts-und-vollzugsgrundlagen/lebensmittelrecht-2017.html>.

schriften zur Deklaration, Verarbeitung und Hygiene. Die Leitlinie der Frauenmilchbanken erfüllt diese Standards. Man orientiert sich bei der Abwicklung an der Blutspende, welche rechtlich weit höheren Auflagen unterliegt.⁴² Allenfalls macht es für die Frauenmilchbanken Sinn, ihre Leitlinien vom Bundesamt für Lebensmittelrecht als sogenannte «Branchenleitlinien» genehmigen zu lassen (vgl. Art. 80 LGV⁴³). Damit wären die Leitlinien für alle Frauenmilchbanken in der Schweiz verbindlich gültig.

Aus der lebensmittelrechtlichen Qualifizierung folgt, dass die Frauenmilch respektive die Spendermilch in Abgrenzung zu arzneimittelrechtlichen Vorgaben *nicht als Produkt mit «krankheitsvorbeugender, behandelnder oder heilender Wirkung»* angepriesen werden darf.⁴⁴

c) *Frauenmilch, das «weisse Blut»*

Die Qualitäten der Frauenmilch wurden mehrfach gerühmt, die Analogien zu Blut erwähnt. Es scheint genügend Evidenz vorzuliegen, die Ernährung von Frühgeborenem mit Frauenmilch als «heilend» zu deklarieren. Weshalb sollte dann keine materiell gesetzliche Grundlage in Analogie zur Blutspende geschaffen werden?

Grundsätzlich ist die Blutspende im Heilmittelrecht geregelt. Um die Qualität und Sicherheit bei der Blutspende zu gewährleisten, wurden auf verschiedenen Ebenen Massnahmen ergriffen. So müssen Blutspendedienste das gespendete Blut gemäss Vorgaben und Richtlinien kontrollieren. Das Blut muss auf blutübertragbare Krankheitserreger getestet werden. Um es an Menschen weiterzugeben, benötigt man eine Betriebsbewilligung von Swissmedic. Der Umgang mit Blut (Entnahme, Herstellung, Verarbeitung, Lagerung und Inverkehrbringen) muss nach den Grundsätzen des Qualitätsmanagements und den Regeln der Guten Herstellungspraxis erfolgen. Es besteht eine Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht.⁴⁵

All dies geschieht im Umgang mit Spendermilch heute schon auf freiwilliger Basis in den Frauenmilchbanken. Den Frauenmilchbanken kann somit geraten werden, in einem ersten Schritt das Gespräch mit Swissmedic und dem Bun-

⁴² Vgl. Leitlinien (Fn. 3), S. 39.

⁴³ Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV) vom 16. Dezember 2016 (SR 817.02).

⁴⁴ Vgl. Brugger/Gächter (Fn. 2), Kapitel 4.2.

⁴⁵ Art. 34–40 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte, (Heilmittelgesetz, HMG) (SR 812.21).

desamt für Gesundheit (BAG) zu suchen. Gleichzeitig müsste beim Bundesgesetzgeber, dem Parlament, nochmals die Aufmerksamkeit für dieses Thema geschürt werden.

Zur Autorin: Caroline Brugger, lic. iur. EMSS ist Richterin, selbständige Juristin und führt die Rechtsberatung und den Fachbereich Kinder, Jugend und Eltern bei diabetesschweiz. Die Autorin dankt herzlich Dr. med. Olaf Ahrens, Oberarzt Neonatologie Inselspital Bern für die freundliche Durchsicht des Beitrags.

Auswirkungen der sich in Revision befindenden Spitalplanungsgesetzgebung auf die ärztlichen Vergütungssysteme von Listenspitälern des Kantons Zürich

Silvio Hauser

Inhalt

I.	Einleitung	85
II.	Spitalplanungsgesetzgebung	86
	1. Bundesebene	86
	2. Kantonebene	87
III.	Auswirkungen auf die Vergütungssysteme von Spitälern	88
	1. Bisherige Vergütungssysteme	88
	2. Zukünftige Vergütungssysteme	89
IV.	Würdigung	91

I. Einleitung

«Der Bund hat mit Art. 117 Abs. 1 BV – zum Zwecke einer tragbaren obligatorischen Krankenpflegeversicherung – eine faktische Gesundheitsversorgungs-kompetenz zur Steuerung der Finanzströme.»¹ Diese – harmlos anmutende – Auslegung von Art. 117 Abs. 1 BV ging im Rahmen des Dissertationsprozesses aus zahlreichen, intensiv geführten Gesprächen mit Thomas Gächter hervor und soll daher Ausgangspunkt dieses Beitrags bilden.²

Von der Möglichkeit, mit seiner Regelungskompetenz in die Gesundheitsversorgung der Kantone vorzudringen, hat der Bund bereits umfangreich Ge-

¹ Silvio Hauser, *Hochspezialisierte Medizin im föderalistischen System der Schweiz*, Diss., Zürich/Basel/Genf 2015, S. 185.

² Diese wertvollen Gespräche fanden mehrheitlich vor dem Eingang an der Treichlerstrasse in Zürich statt – bei Einnahme einer der täglich obligaten 14 Espressi. An dieser Stelle nochmals herzlichen Dank für dein anspornendes sowie aufmunterndes Mentoring während und auch nach der Dissertationszeit. Die Lehrstuhl-tätigkeit ist von zahlreichen persönlicheren Begegnungen geprägt, die allerdings den Inhalt des Fachbeitrags nicht tangieren. Ausfluss davon bildeten insbesondere zwei Übernamen; einer davon bin ich bis heute nicht losgeworden.

brauch gemacht. So führte er unter anderem in Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG die Spitalplanung und die daraus resultierende Erstellung einer nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste als kantonale Aufgabe ein. Wie in Art. 39 Abs. 2ter KVG beauftragt, hat der Bundesrat am 1. Januar 2009 in Art. 58a–e KVV zudem einheitliche Spitalplanungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit erlassen. Diese bundesrechtlichen Planungskriterien setzen die anzuwendenden Werte indes nicht exakt fest; die detaillierten Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsparameter zur Vergabe von Leistungsaufträgen sind durch die Kantone als Planungsbehörden praxis- und situationsnah im Rahmen ihrer Gesetzgebung zu bestimmen.³

Bisher hat der Bund, gestützt auf Art. 39 Abs. 2ter KVG, keine Anforderungen an die für Ärztinnen und Ärzte geltende Vergütungssysteme von Listenspitälern gestellt. Dies soll sich mit dem in Revision befindenden Art. 58f Abs. 7 rev.KVV ändern, wonach die Leistungsaufträge der Spitäler zukünftig mit der Auflage des Verbots unsachgemässer ökonomischer Anreizsysteme zur Mengenausweitung zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) versehen werden. Zeitgleich sieht auch das sich in Revision befindende Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz des Kantons Zürichs vom 2. Mai 2011 (rev.SPFG, LS 813.20) eine Abkehr von mengenabhängigen Vergütungssystemen bei Listenspitälern vor.⁴

Dieser Beitrag widmet sich der Frage, wie sich die in Revision befindende Spitalplanungsgesetzgebung, sofern in dieser Form in Kraft gesetzt, konkret auf die ärztlichen Vergütungssysteme von Listenspitälern auswirkt und würdigt diese Entwicklung. Überprüft werden in diesem Beitrag ausschliesslich die für die spitalinternen, unselbständig erwerbstätigen Ärztinnen und Ärzten geltenden Vergütungssysteme, nicht jedoch die Auswirkungen auf die Vergütung von selbständig erwerbstätigen Belegärztinnen und Belegärzten.

II. Spitalplanungsgesetzgebung

1. Bundesebene

Der Bundesrat hat am 12. Februar 2020 die Vernehmlassung zu einer Änderung der KVV, insbesondere im Bereich der Planung der Spitäler und Geburtshäuser, eröffnet. Mit der Revision der Planungskriterien des Bundesrates sollen alle Kantone ihre Spitalplanungen gestützt auf die aktuellen Planungsinstru-

³ Bundesamt für Gesundheit (BAG), Bericht des Bundesrates über die Grundlagen der Spitalplanung und Ansätze zur Weiterentwicklung vom 18. Dezember 2013, S. 18.

⁴ Antrag des Regierungsrates vom 8. Juli 2020, Regierungsratsbeschluss Nr. 697/2020.

mente und Planungsgrundsätze erstellen und damit gesamtschweizerisch die Voraussetzungen für eine günstige und qualitativ hochstehende Leistungserbringung erfüllen.⁵

Gemäss dem revidierten Art. 58f Abs. 7 KVV sollen die Leistungsaufträge der Spitäler zukünftig mit der Auflage des Verbots unsachgemässer ökonomischer Anreizsysteme zur Mengenausweitung zulasten der OKP oder zur Umgehung der Aufnahmepflicht nach Art. 41a KVV versehen werden. Diese Massnahme stützt sich auf den einer international besetzten Expertengruppe erarbeiteten Bericht «Kostendämpfungsmassnahmen zur Entlastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung» vom 24. August 2017. Die Bestimmung zielt darauf ab, die heute bestehenden Fehlanreize zur Mengenausweitung und zur damit potenziell einhergehenden Patientenselektion bei Ärztinnen und Ärzten zu reduzieren und die Unabhängigkeit der Ärztinnen und Ärzten sicherzustellen.⁶

Im Sinne der bisherigen Gesetzgebungspraxis legt Art. 58f Abs. 7 KVV den anzuwendenden Massstab nicht exakt fest; wo die Grenze zu einem unsachgemässen ökonomischen Anreizsystem mit potenzieller Mengenausweitung zulasten der OKP liegt, wird nicht näher ausgeführt. Entsprechend liegt es an den Kantonen, im Rahmen ihrer Gesetzgebung praxis- und situationsnah detaillierte Anforderungen an die Vergütungssysteme von Listenspitälern zu stellen.

2. Kantonebene

Der Regierungsrat des Kantons Zürich beantragt im Rahmen der Revision des SPFG eine Abkehr von mengenabhängigen Systemen bei Listenspitälern. Gemäss § 5 Abs. 1 lit. i rev.SPFG sollen nur denjenigen Spitalern Leistungsaufträge erteilt werden, die über ein Vergütungssystem für angestellte Ärztinnen und Ärzte verfügen, das keine Anreize für eine unwirksame, unzweckmässige oder nicht wirtschaftliche Leistungserbringung setzt und bei dem sich insbesondere Menge und Art der Behandlungen sowie der erzeugte Umsatz nicht wesentlich auf die Vergütung auswirken.

Ab welcher Schwelle ein Vergütungssystem vorliegt, bei dem sich die Menge und Art der Behandlungen sowie der erzeugte Umsatz *wesentlich* auf die Vergütung auswirken, bleibt unklar. In den sich ebenfalls in Revision befindenden Spezialgesetzen der kantonalen Spitäler und Kliniken werden auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 lit. i rev.SPFG die Grundsätze der zukünftigen Vergütungssysteme des Universitätsspitals Zürich (USZ), des Kantonsspitals Winterthur

⁵ BAG, Erläuternder Bericht zur Änderung der KVV und VKL vom 11. Februar 2020, S. 4.

⁶ BAG (Fn. 5), S. 14.

(KSW) sowie der Integrierten Psychiatrie Winterthur (ipw) definiert. Diese Leitplanken bieten einen Anhaltspunkt für sämtliche kantonalen Listenspitäler, unter welchen Voraussetzungen ein Vergütungssystem im Sinne § 5 Abs. 1 lit. i rev.SPFG als zulässig zu erachten ist.

Im Gesetz über das Universitätsspital Zürich vom 19. September 2005 (rev.USZG, LS 813.15) sowie dem Gesetz über das Kantonsspital Winterthur vom 19. September 2005 (rev.KSWG, LS 813.16) sollen künftig insbesondere folgende Leitplanken hinsichtlich der ärztlichen Vergütung gelten:

- Die Gesamtvergütung des ärztlichen Kaders darf CHF 1 000 000.- nicht übersteigen (§ 14 Abs. 1 rev.USZG, § 13 Abs. 1 KSWG).
- Der variable Lohnbestandteil darf höchstens 30 Prozent der gesamten Vergütung betragen, wobei der wirtschaftliche Erfolg und die Qualität des Spitals, der wirtschaftliche Erfolg der Klinik oder des Instituts und die individuelle Leistung der oder des Angestellten zu berücksichtigen sind (§ 14 Abs. 2 und 3 rev.USZG, § 13 Abs. 2 und 3 KSWG).⁷
- In § 17 Abs. 1 rev.USZG und § 16 Abs. 1 KSWG wird konkretisierend festgehalten, dass die Erträge aus ärztlichen Zusatzleistungen für Patientinnen und Patienten zukünftig in die Betriebsrechnung des Spitals fliessen. Aus dieser sollen zukünftig sowohl der fixe als auch der variable Vergütungsanteil der Kaderärzteschaft finanziert werden.

III. Auswirkungen auf die Vergütungssysteme von Spitälern

i. Bisherige Vergütungssysteme

Obwohl bereits zahlreiche Listenspitäler im Kanton Zürich Vergütungssysteme ohne mengenorientierte Anreize eingeführt haben, ist dies insbesondere bei den Spitälern mit den kantonal höchsten Fallzahlen (USZ, KSW, Stadtspital Triemli) nicht der Fall.⁸ Mengenanreize lösen insbesondere die Ausschüttung von Honoraren an die Ärzteschaft aus. Honorare werden im Wesentlichen gestützt auf verhandelte Tarife mit den Zusatzversicherungen bei der Behandlung von halb- und privatversicherten Patientinnen und Patienten generiert.

⁷ Gemäss § 14 Abs 3 rev.USZG bzw. § 13 Abs. 3 rev.KSWG dürfen der wirtschaftliche Erfolg und die Qualität des Spitals bis zu 70 Prozent, der wirtschaftliche Erfolg der Klinik bis zu 50 Prozent und die individuelle Leistung der oder des Angestellten bis zu 50 Prozent gewichtet werden.

⁸ Vgl. dazu Gesundheitsdirektion Kanton Zürich, Gesundheitsversorgung 2019, Akutsomatik Rehabilitation Psychiatrie, 2020, S. 40.

Mehr Behandlungen von zusatzversicherten Patientinnen und Patienten führen demgemäss zu mehr Honorareinnahmen. Dies kann Anreize für medizinisch nicht indizierte Behandlungen sowie eine potenzielle Mengenausweitung setzen.

Im Erläuternden Bericht zur Änderung des SPFG werden Honorarsysteme aus folgenden Gründen als unzweckmässig und nicht mehr zeitgemäss beurteilt:

- Die geltenden Systeme können zu einem erheblichen Missverhältnis zwischen fixen Vergütungsbestandteilen und den als variabel einzustufenden Honoraren führen. Der Honoraranteil beträgt bei der Ärzteschaft der kantonalen Spitäler teilweise bis zu 75 Prozent der Gesamtvergütung.⁹
- Die Verteilung der Honorare unter der Ärzteschaft ist teilweise intransparent und folgt keinen einheitlichen Regelungen. Über die Verteilung der je Klinik erzielten Honorare entscheidet oft die Klinikdirektorin oder der Klinikdirektor alleine und kann im Ergebnis zu erheblichen Unterschieden bei der Verteilung der Honorareinnahmen führen.¹⁰

Schliesslich ist die Höhe der Honorare einseitig von den Einnahmen aus dem Zusatzversicherungsbereich abhängig. Honorarsysteme setzen insofern nur bedingt Anreize für eine hohe Behandlungsqualität sowie eine kostengünstige Leistungserbringung – beides massgebende Kriterien für die Vergabe von kantonalen Leistungsaufträgen.

2. Zukünftige Vergütungssysteme

Um nachhaltige und sinnvolle Anreize zu setzen, die Transparenz der ärztlichen Vergütung zu erhöhen sowie die Gleichbehandlung unter den Ärztinnen und Ärzten zu verbessern, ist eine Vielzahl von Spitälern bereits auf Vergütungssysteme ohne mengenbasierte Honoraranteile umgestiegen. Sofern das KVV und das kantonale SPFG in der zurzeit vorliegenden Form in Kraft gesetzt werden, sind Spitäler mit Honorarsystemen ebenfalls gezwungen, ihr Vergütungssystem anzupassen.

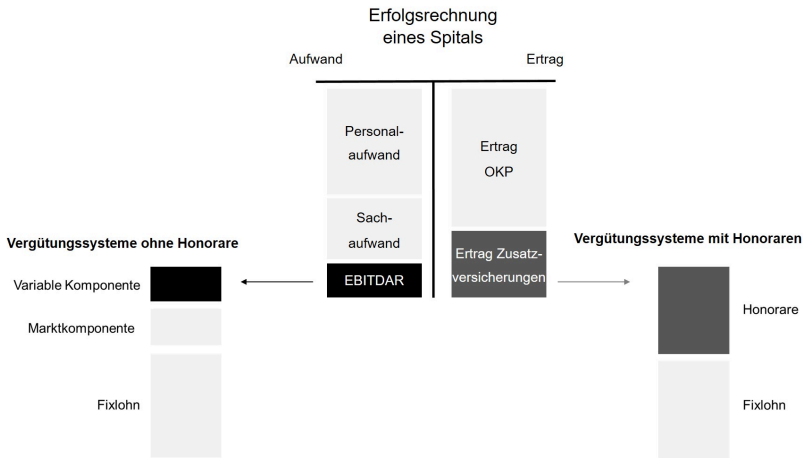
Während der Kanton beim USZ und KSW künftig Vorgaben zur Gesamtvergütungshöhe sowie der Ausgestaltung des variablen Vergütungsanteils macht, wird für die weiteren Listenspitäler des Kantons ausschliesslich das Verbot von mengenorientierten Systemen gelten. Und obgleich sich die Vergütungs-

⁹ Regierungsrat des Kantons Zürich, Bericht zum Antrag zur Änderung des Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz vom 2. Mai 2011 (zit. RR ZH, Bericht SPFG), S. 55 f.

¹⁰ RR ZH (Fn. 9), S. 55.

systeme von Spitälern in ihrer Ausgestaltung und Gewichtung der die Honorare ersetzenden Vergütungsanteile deutlich unterscheiden, beinhalten die Systeme zumeist folgende fixen und variablen Vergütungsanteile:

- Fixlohn: Der Fixlohn als Basis der ärztlichen Vergütung bildet die Anforderungen und Kompetenzen der jeweiligen ärztlichen Funktion ab (z.B. Ausbildung, Führungsspanne, Komplexität, etc.). Mit der Abkehr von Honorarsystemen geht zumeist eine Erhöhung des Fixlohns einher. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Fixlöhnen, die sich auch innerhalb derselben ärztlichen Funktion mit zunehmender Berufserfahrung erhöhen, sowie Basis-Fixlöhnen, die, solange die Ärztin oder der Arzt in derselben Funktion tätig ist, keine Lohnentwicklung beinhalten.
- Marktkomponente: Die Möglichkeit, Honorare zu generieren, ist in erheblichem Ausmass vom Fachgebiet abhängig. Die geltenden Tarifstrukturen erlauben den meisten schneidenden Fachgebieten im Vergleich zu den nicht-schneidenden medizinischen Disziplinen tendenziell höhere Honorareinnahmen. Mit der Einführung einer Marktkomponente sollen demnach die Marktverhältnisse je Fachgebiet abgebildet werden, die sich bedingt aufgrund der Zusatzversicherungs-Verdienstmöglichkeiten der einzelnen Fachgebiete ergeben. Marktkomponenten sind ebenfalls den fixen Lohnbestandteilen zuzuordnen, können indes nach angemessener Frist überprüft und den geltenden Marktverhältnissen angepasst werden.
- Variable Komponente: Oft werden die fixen Vergütungsanteile um eine variable Komponente ergänzt. Ziel der variablen Komponente ist es, Anreize für eine hohe Behandlungsqualität sowie für eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung des Leistungserbringers zu setzen. Allerdings erweist sich die Definition von für den variablen Vergütungsanteil zweckmässigen und akzeptierten medizinischen Qualitätsmessgrössen weiterhin als äusserst schwierig. In der Folge werden die mengenorientierten Fehlanreize der Honorare vorwiegend durch ergebnisorientierte Anreize sowie Leistungs- und Verhaltensanreize ersetzt. Als wirtschaftliche Messgrösse für das Gesamtpital wird dabei oft der im Gesundheitswesen anerkannte EBITDAR (Ergebnis vor Zinsen, Steuern, Abschreibungen auf Sachanlagen und Abschreibungen auf immaterielle Vermögensgegenstände und Mieten oder Restrukturierungskosten), für die Wirtschaftlichkeit der Klinik oder des Instituts ein Deckungsbeitrag herangezogen. Im Gegensatz zu den Honoraren, die ausschliesslich von den Einnahmen im Bereich des Zusatzversicherungsbereichs abhängig sind, berücksichtigt der EBITDAR und die Deckungsbeitragsrechnung sowohl die Ertrags- als auch die Kostensicht und trägt damit den wirtschaftlichen Anforderungen des Gesamtpitals deutlich mehr Rechnung.



IV. Würdigung

Sowohl der Bund als auch der Kanton Zürich befinden sich zurzeit im Prozess, ihre Spitalplanungsgesetzgebung anzupassen und mengenorientierte Vergütungssysteme für Listenspitäler zukünftig zu verbieten. So sollen gemäss Art. 58f Abs. 7 rev.KVV die Leistungsaufträge der Spitäler zukünftig mit der Auflage des Verbots unsachgemässer ökonomischer Anreizsysteme zur Mengenausweitung zulasten der OKP versehen werden. Aus dem vorgesehenen Gesetzestext sowie dem dazugehörigen Bericht erschliesst sich nicht, welche Vergütungssysteme aufgrund unsachgemässer ökonomischer Anreize zur Mengenausweitung zulasten der OKP künftig verboten sind. Insbesondere stellt sich diese Frage bei der Auszahlung von ärztlichen Honoraren für die Behandlung von *zusatzversicherten* Patientinnen und Patienten. Vor dem Hintergrund, dass Kantone und Versicherer auch bei stationären Behandlungen von Zusatzversicherten die OKP betreffenden Kosten anteilmässig mitfinanzieren, ist davon auszugehen, dass Honorarsysteme unter den Tatbestand von Art. 58f Abs. 7 rev.KVV fallen. Schwieriger gestaltet sich die Frage bei Vergütungssystemen, die zwar weiterhin aus den Einnahmen des Zusatzversicherungsbereichs gespeisen werden, für deren Verteilung an die Ärzteschaft indes anderweitige, beispielsweise ergebnisorientierte Messgrössen herangezogen werden. Da sich – zumindest für den variablen Vergütungsanteil – die Basis der zur Verfügung stehenden Lohnsumme weiterhin aus der Anzahl zusatzversicherter Behandlungen ergibt, beinhalten wohl auch solche Systeme einen gemäss Art. 58f Abs. 7 rev.KVV nicht zulässigen Mengenreiz.

Der Kanton Zürich konkretisiert in § 5 Abs. 1 lit. i rev.SPFG die geplante KVV-Regelung, wobei ebenfalls unklar bleibt, bei welchen Vergütungssystemen sich die Menge und Art der Behandlungen sowie der erzeugte Umsatz *wesentlich* auf die Vergütung der angestellten Ärztinnen und Ärzten auswirken. Der Kanton Zürich wird somit die Zulässigkeit von Vergütungssystemen der Spitäler im Rahmen der Erteilung der Leistungsaufträge beurteilen müssen. Die im rev.USZG und rev.KSWG vorgesehenen Leitplanken zu deren zukünftigen Vergütungssystemen geben indes für sämtliche kantonalen Listenspitäler klare Anhaltspunkte für ein aus kantonalen Sicht zulässiges System. Aufgrund ihres Mengenanreizes werden Honorarsysteme wohl unter den Tatbestand von § 5 Abs. 1 lit. i rev.SPFG fallen. Für das USZ und das KSW schafft der Kanton Zürich in § 17 Abs. 1 rev.USZG sowie § 16 Abs. 1 rev.KSWG Honorare denn auch ab.

Ob das bundesrechtliche sowie kantonale Verbot von Honorarsystemen indes eine wesentliche Kostendämpfungsmassnahme zur Entlastung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bildet, kann zumindest infrage gestellt werden. Honorarsysteme schaffen zwar einen potenziellen Mengenanreiz, möglichst viele Halbprivat- sowie Privatpatientinnen und -patienten zu behandeln. Diese Einnahmen aus dem stationären Zusatzversicherungsbereich sind indes auch für den Leistungserbringer ausgesprochen bedeutend, da Listenspitäler bei der stationären Behandlung von allgemeinversicherten Patientinnen und Patienten oft lediglich kostendeckend sind und im ambulanten Bereich nur selten einen positiven Kostendeckungsgrad erreichen. Die Einnahmen aus dem Zusatzversicherungsbereich bilden damit eine tragende Säule eines wirtschaftlich agierenden Spitals; die Wirtschaftlichkeit wiederum ist gemäss Art. 58b Abs. 4 lit. a KVV eines der wesentlichen Kriterien im Spitalplanungsverfahren.

Im Zuge der Abkehr von Honoraren haben zahlreiche Spitäler bereits variable Vergütungsanteile eingeführt, deren Auszahlung abhängig ist von der Wirtschaftlichkeit des Spitals. Anerkannte betriebswirtschaftliche Messgrössen wie der EBITDAR sowie die Deckungsbeitragsrechnungen berücksichtigen einerseits die Einnahmeseite, andererseits die Kostenseite. Auch diese Messgrössen sind somit mitunter umsatzabhängig, in ihrer Ganzheit indes als ergebnisabhängig zu beurteilen. Unbestrittenermassen beinhalten aber auch ergebnisorientierte Messgrössen einen Mengenanreiz. Dieser reduziert sich zudem nicht ausschliesslich auf die Behandlung von zusatzversicherten, stationären Patientinnen und Patienten, sondern umfasst den gesamten stationären wie auch ambulanten Bereich. Da indes die Wirtschaftlichkeit und die Effizienz der Leistungserbringung gemäss Art. 58b Abs. 4 lit. a und Abs. 5 lit. a

KVV eine grundlegende Voraussetzung für die Vergabe von Leistungsaufträgen ist, dürfen ergebnisorientierte variable Vergütungsanteile konsequenterweise nicht unter das Verbot von § 5 Abs. 1 lit. i rev.SPFG fallen.

Schliesslich stellt sich noch die Frage, ob der Kanton Zürich die Vergabe von Leistungsaufträgen von einem für ihn angemessenen Verhältnis zwischen variablen und fixen Vergütungsbestandteilen abhängig machen kann. Vor dem Hintergrund, dass die Spitalplanungen gemäss KVV auf Betriebsvergleiche zu Qualität und Wirtschaftlichkeit abgestützt sein müssen und insbesondere die wirtschaftlich effizientesten Spitäler kantonale Leistungsaufträge erhalten sollen, sind solche Vorgaben unwahrscheinlich. Falls doch, könnte sich gegebenenfalls der für das USZ und KSW vorgesehene maximale variable Lohnbestandteil von 30 Prozent der Gesamtvergütung als zukünftiger Benchmark eines noch zulässigen variablen Anteils etablieren.¹¹

Aus der Perspektive der Leistungserbringer lässt sich die vorgesehenen Anpassungen der Spitalplanungs-Gesetzgebung zum Schluss wie folgt zusammenfassen: Ohne kantonale Leistungsaufträge kann ein Spital keine stationären Behandlungen zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erbringen. Insofern sind Spitäler mit Honorarsystemen im Falle der Inkraftsetzung des rev.KVV und rev.SPFG gezwungen, ihr ärztliches Vergütungssystem anzupassen. Die Anpassung von ärztlichen Vergütungssystemen ist ein sensibles und kommunikativ eng zu begleitendes Unterfangen. Der Wandel hin zu ergebnisorientierten Messgrössen stellt zudem neue Anforderungen an die Ärzteschaft, wobei insbesondere vertiefte betriebswirtschaftliche Kenntnisse unverzichtbar sind. Die Einführung neuer ärztlicher Vergütungssysteme bietet aber auch zahlreiche Chancen; so insbesondere die Schaffung von transparenten und nachvollziehbaren Vergütungssystemen mit Anreizen, die den wirtschaftlichen Anforderungen des Gesamspitals Rechnung tragen und damit, im Sinne einer tragbaren obligatorischen Krankenpflegeversicherung, eine noch effizientere Leistungserbringung bezwecken.

¹¹ Dies entspricht bei einer im USZ und KSW vorgegebenen maximalen Gesamtvergütung von CHF 1'000'000.- im Ergebnis CHF 300'000.-.

Mehr Organe braucht das Land

Dania Tresp

Inhalt

I.	Köder Transplantationsgesetz	95
II.	Angebot und Nachfrage im Bereich der Organspende	96
1.	Aktuelle Zahlen	96
2.	Einflussgrößen auf die Anzahl postmortaler Organspender	97
III.	Rechtliche Vorgaben und Einstellung der Gesellschaft	98
1.	Geltende gesetzliche Regelung	98
2.	Grundsätzlich positive Grundhaltung der Bevölkerung	98
3.	Problematik der fehlenden Willensäußerung	99
4.	Angehörige: Im Fall der Fälle zur Sicherheit «Nein»	99
IV.	Zur Diskussion stehende Reformmodelle	99
1.	Die Volksinitiative «Organspende fördern – Leben retten»	99
2.	Vorschlag der NEK	100
3.	Der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrats zur Volksinitiative	100
V.	Persönliche Einschätzung	101
1.	Die diskutierten Reformmodelle sind nicht zielführend	101
2.	Widerspruchslösung als Ansatzpunkt	102
3.	Die enge Widerspruchslösung mit Erklärungspflicht	103
a)	Lösungsvorschlag	103
b)	Grundrechtskonformität der Widerspruchslösung	103
c)	Vorteile eines solchen Modells	104
d)	Offene Fragen	104
4.	Mutige Parlamentarier sind gefragt	105

I. Köder Transplantationsgesetz

«Wie wäre es, wenn Sie eine Diss im Bereich des Transplantationsrechts schreiben und gleichzeitig als Lehrstuhl-Assistentin den geplanten Kommentar zum Transplantationsgesetz betreuen?». Das in etwa die Essenz meines ersten persönlichen Treffens mit Thomas Gächter im Herbst 2004, das erstens völlig unerwartet stattgefunden und sich zweitens als Kennenlern-, Vorstellungsgespräch und Anstellungsgespräch in einem entpuppt hatte (eigentlich wollte ich ja «nur» meine Studienfreundin Meret Baumann am Lehrstuhl besuchen, die bereits bei Thomas Gächter als Assistentin arbeitete). Nachdem ich meine Überraschung verdaut und die bereits organisierten Praktika absolviert hatte,

startete ich im Januar 2007 tatsächlich als Assistentin am Lehrstuhl Gächter. Was folgte, waren vier unvergesslich positive Jahre, in denen ich mich dank Thomas Gächter persönlich stark weiterentwickeln, bei vielen Publikationen mitwirken, Lehrerfahrung sammeln und meine Dissertation im Bereich der Lebendorganspenden schreiben konnte. Nur den Kommentar zum Transplantationsgesetz – den gibt es bis heute nicht...

In Erinnerung an unseren ersten gemeinsamen Anknüpfungspunkt habe ich mich entschieden, für diesen Beitrag das Thema «Transplantationsgesetz» wiederaufzunehmen. Ich beleuchte die aktuelle Debatte in der Schweiz rund um eine mögliche Einführung der Widerspruchslösung näher, auch wenn beim Erscheinen dieses Beitrags das Parlament bereits einen ersten Entscheid dazu gefällt haben wird, der hier nicht mehr eingearbeitet werden konnte.¹

II. Angebot und Nachfrage im Bereich der Organspende

1. Aktuelle Zahlen

In der Schweiz wird eine Warteliste mit Personen geführt, die auf eines oder mehrere Organe warten. Sie ist lang – Ende 2019 waren 1415 Personen gelistet, Ende 2020 waren es bereits 1457. Immer wieder versterben Personen, während sie auf ein Organ warten, auch wenn es in den letzten Jahren tendenziell weniger geworden sind (2018 waren es 68, 2019 noch 46, 2020 aber wieder 72 Personen, die während des Wartens auf ein Organ verstarben).² Diese Zahlen machen offenbar, dass das Angebot an Organspenden die Nachfrage bei Weitem nicht deckt. Zwar ist die Anzahl verstorbener Organspender in der Schweiz seit 2007 tendenziell steigend (2007: 81 Spender, 2018: 158 Spender), in den letzten beiden Jahren hat sie aber wieder abgenommen (2019 waren es 157 Spender, 2020 noch 146 Spender). Auch die Anzahl transplanteder Organe von verstorbenen Personen ist zwischen 2007 und 2018 angestiegen (2007: 325 Organe, 2018: 508 Organe), hat seither aber ebenfalls wieder abgenom-

¹ Ich arbeite überwiegend mit Materialien und nur mit wenig wissenschaftlicher Literatur (déformation professionnelle meiner Verwaltungstätigkeit) – Thomas Gächter kennt das bereits und möge mir verzeihen ...

² Swisstransplant, Jahreszahlen 2020, abrufbar unter <https://www.swisstransplant.org/de/infos-material/statistiken/jahreszahlen>; Swisstransplant, Jahresbericht 2019, S. 68 ff., abrufbar unter <https://www.swisstransplant.org/de/swisstransplant/publikationen/jahresberichte/>.

men (2019: 501 Organe, 2020: 459 Organe).³ Während also immer mehr Personen auf ein oder mehrere Spenderorgan(e) warten, hat die Anzahl verfügbarer Organe bis anhin nie auch nur annähernd ausgereicht, um die Nachfrage zu decken, und ist derzeit sogar im Sinken begriffen. Der 2013 vom Bundesrat lancierte Aktionsplan «Mehr Organe für Transplantationen» hat zwar positive Entwicklungen ausgelöst (Steigerung von 12 auf 18.7 postmortale Organspender pro Million Einwohner in den Jahren 2012 bis 2018), dennoch wurde das Ziel von 20 postmortalen Organspendern pro Million Einwohner bis 2018 nicht erreicht und es herrscht nach wie vor ein Mangel an Organen, die für Transplantationen zur Verfügung stehen.⁴

2. Einflussgrössen auf die Anzahl postmortaler Organspender

Ist es theoretisch überhaupt vorstellbar, dass genügend Organe für alle Personen auf der Warteliste zur Verfügung stehen könnten? Die Frage muss wohl verneint werden, denn die Anzahl der für Transplantationen zur Verfügung stehenden Organe hängt von verschiedenen Faktoren ab, die nicht alle gleichermaßen beeinflussbar sind. Kaum Einfluss nehmen kann man auf die medizinischen Voraussetzungen, die für eine Organtransplantation gegeben sein müssen (der Organspender muss im Spital auf einer Intensivstation nach Hirntod oder infolge eines Herzstillstands versterben, die Organe müssen in einem guten Zustand sein, es muss ein kompatibler Organempfänger vorhanden sein etc.).⁵ Allerdings hängt die Anzahl der für Transplantationen zur Verfügung stehenden Organe auch von der Einstellung der Gesellschaft zu diesem Thema sowie den rechtlichen Vorgaben bezüglich der Organspenden ab. Diese Faktoren können bis zu einem gewissen Punkt beeinflusst werden. Sollen also mehr Spenderorgane für Transplantationen generiert werden, gilt es hier anzusetzen.

³ Bundesamt für Gesundheit (BAG), Zahlen zur Spende und Transplantation von Organen in der Schweiz, abrufbar unter <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-zu-transplantationsmedizin/zahlen-fakten-zur-spende-und-transplantation-von-organen.html#1902858178>.

⁴ Botschaft des Bundesrats vom 25. November 2020 zur Volksinitiative «Organspende fördern – Leben retten» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Transplantationsgesetzes), BBl 2020, 9547 ff., 9554 f.; BAG, Aktionsplan «Mehr Organe für Transplantationen», abrufbar unter <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/aktionsplan-transplantationsmedizin.html>. 2020 lag die Rate nur noch bei 17 postmortalen Organspendern pro Million Einwohner (vgl. Swisstransplant, Jahreszahlen 2020, S. 3, abrufbar unter <https://www.swisstransplant.org/de/infos-material/statistiken/jahreszahlen/>).

⁵ Vgl. Swisstransplant, Wer kann spenden?, abrufbar unter <https://www.swisstransplant.org/de/organspende-transplantation/rund-umsspenden/wer-kann-spenden/>.

III. Rechtliche Vorgaben und Einstellung der Gesellschaft

1. Geltende gesetzliche Regelung

Gestützt auf Art. 119a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist am 1. Juli 2007 das Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (Transplantationsgesetz, SR 810.21) in Kraft getreten. In Bezug auf die Frage, wer als Organspender in Frage kommt, ist im Gesetz die sogenannte *erweiterte Zustimmungslösung* verankert worden (Art. 8 Transplantationsgesetz). Das bedeutet, dass eine rechtsgültige Entnahme von Organen bei verstorbenen Personen nur dann möglich ist, wenn eine Zustimmung der spendenden Person vorliegt. Wenn diese keinen Willen geäussert hat, bedarf es der Zustimmung der nächsten Angehörigen, wobei diese den mutmasslichen Willen der verstorbenen Person zu beachten haben. Sind keine nächsten Angehörigen vorhanden oder erreichbar, so ist die Organentnahme unzulässig.

2. Grundsätzlich positive Grundhaltung der Bevölkerung

Swisstransplant hat in einer eigens in Auftrag gegebenen Umfrage 2015 die Einstellung und das Verhalten der Bevölkerung gegenüber der Organspende untersuchen lassen.⁶ Es zeigte sich, dass 89% der Befragten um den Organmangel in der Schweiz wussten und 81% angaben, grundsätzlich bereit zu sein, nach dem Tod Organe zu spenden.

Gemäss Umfragen des Bundesamtes für Statistik haben zudem immer mehr Personen eine Spendekarte und sie sprechen auch häufiger mit ihren Angehörigen über das Organspenden. Dies das Ergebnis der Auswertung von Gesundheitsbefragungen der Jahre 2007, 2012 und 2017. Was im Jahresvergleich etwa gleich hoch blieb, war der Anteil jener, die nach dem Tod Organe spenden wollen. Ebenfalls kaum verändert hat sich der Anteil Personen, die sich mit dem Thema der Organspende auseinandergesetzt hatte.⁷

⁶ Swisstransplant, Repräsentative Bevölkerungsumfrage, Ergebnisse der DemoSCOPE Erhebung, Bern, September 2015, S. 3 f., abrufbar unter <https://www.swisstransplant.org/de/swisstransplant/publikationen/wissenschaftliche-publikationen/>.

⁷ BAG, So steht die Bevölkerung zum Thema Organspende, abrufbar unter <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-zu-transplantationsmedizin/zahlen-fakten-zu-einstellung-verhalten-bevoelkerung.html>.

3. Problematik der fehlenden Willensäusserung

Trotz der grundsätzlich positiven Grundhaltung der Bevölkerung zum Thema Organspende hatte nur etwas mehr als die Hälfte der Befragten in den beiden Umfragen ihren Spendewillen (ja/nein) auch geäussert (sei es gegenüber Angehörigen, sei es mittels Spendeausweis oder Patientenverfügung). Die restlichen Befragten hatten sich noch nicht mit dem Thema (eigener Spendewille) befasst oder es verdrängt (59%), fühlten sich zu jung oder zu alt (20%), waren unentschlossen (17%) oder machten mangelndes Wissen geltend (7%).⁸

4. Angehörige: Im Fall der Fälle zur Sicherheit «Nein»

Ist der Spendewille unbekannt, so müssen gemäss geltender gesetzlicher Regelung die Angehörigen befragt werden. Dabei zeigt sich, dass der Wille der verstorbenen Person in mehr als der Hälfte der Gespräche mit Angehörigen nicht bekannt ist. Unter diesen Umständen lehnen die Angehörigen dann eine Organspende in 60% der Fälle ab.⁹ Eine Umfrage bei Fachpersonen machte deutlich, dass ein wichtiger Grund für die hohe Ablehnungsrate der Spende durch Angehörige im Umstand begründet liegt, dass die Angehörigen im Zweifelsfall (Unwissen, was der Spender wollte) und unter Zeitdruck eine Organspende eher ablehnen.¹⁰

IV. Zur Diskussion stehende Reformmodelle

1. Die Volksinitiative «Organspende fördern – Leben retten»¹¹

Aufgrund der in der Schweiz geltenden *erweiterten Zustimmungslösung* ist für eine Organspende entweder die ausdrückliche Zustimmung des Spenders nötig oder – an seiner Stelle – jene der Angehörigen. Wenn dann die Möglichkeit bestünde, Organe zu entnehmen, fehlt oft beides und es gehen quasi Organe

⁸ BAG (Fn. 7); Swisstransplant (Fn. 6), S. 6, S. 8 f.

⁹ BBl 2020 (Fn. 4), 9555; Swisstransplant, Organspende: Meist entscheiden die Hinterbliebenen wegen fehlender Willensäusserung, Medienmitteilung vom 16. Juli 2020, abrufbar unter <https://www.swisstransplant.org/de/infos-material/fuer-medien/medienmitteilungen/>; Markus Christen/Holger Baumann/Giovanni Spitale, Der Einfluss von Zustimmungsmo-
dellen, Spenderregistern und Angehörigenentscheid auf die Organspende: Eine Beurteilung
der aktuellen Literatur, Zürich 2018, S. 4.

¹⁰ Isabelle Not, Eine repräsentative Umfrage zeigt: Die Schweizer haben eine äusserst positive Einstellung zur Organspende, Swisstransplant Magazin, Nr. 28, September 2015, S. 8 ff., S. 10.

¹¹ Vgl. <https://organspende-initiative.ch/initiative>.

«verloren». Und dies nicht etwa, weil der potentielle Spender erklärtermassen nicht spenden wollte, sondern weil seine Haltung zur Organspende unklar blieb. Hier setzen die Initianten der Volksinitiative «Organspende fördern – Leben retten» an. Sie wurde am 22. März 2019 eingereicht und verlangt, dass Art. 119a BV um einen zusätzlichen Absatz 4 ergänzt wird, der folgendermassen lautet:

«Die Spende von Organen, Geweben und Zellen einer verstorbenen Person zum Zweck der Transplantation beruht auf dem Grundsatz der vermuteten Zustimmung, es sei denn, die betreffende Person hat zu Lebzeiten ihre Ablehnung geäussert.»

Die Initianten wollen damit die *enge Widerspruchslösung* verankern (jede Person in der Schweiz ist im Todesfall Organspender, sofern sie zu Lebzeiten nicht ihren Widerspruch geäussert hat). Auf diese Weise erhoffen sich die Initianten, die Verfügbarkeit von Organen zu erhöhen und den Menschen auf der Warteliste Hoffnung auf ein neues Leben geben zu können.¹²

2. Vorschlag der NEK¹³

2019 hat die Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK) erklärt, dass die heutige Situation in Bezug auf die postmortale Organspende unbefriedigend sei. Obwohl die Bevölkerung der Organspende mehrheitlich positiv gegenüberstehe, äusserten dennoch nur wenige explizit die Bereitschaft zur Spende. In der Folge hätten die Angehörigen der verstorbenen Person die Last der Entscheidung zu tragen und letztlich stünden nicht genügend Organe zur Verfügung. Die NEK schlug die Einführung einer *Erklärungsregelung* vor. Dabei sollen die Menschen in der Schweiz regelmässig aufgefordert werden, sich mit dem Thema der Organspende auseinanderzusetzen und sich dazu zu äussern. Damit wird nach Ansicht der NEK dem Selbstbestimmungsrecht am besten Rechnung getragen und die Angehörigen werden entlastet.

3. Der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrats zur Volksinitiative

Obwohl der Bundesrat das Anliegen der Initiative grundsätzlich befürwortet, lehnt er die Initiative selbst ab. Er erachtet die *enge Widerspruchslösung* als ethisch nicht vertretbar und moniert, dass die Rolle der Angehörigen nicht klar

¹² Vgl. <https://organspende-initiative.ch/initiative>.

¹³ Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin NEK, Organspende, Ethische Erwägungen zu den Modellen der Einwilligung in die Organentnahme, Stellungnahme Nr. 31/2019, Bern 2019, S. 29.

sei.¹⁴ Er ist der Ansicht, dass den Angehörigen ein Mitspracherecht zukommen muss, wenn es an einer Willensäußerung der verstorbenen Person zur Spende fehlt. Der Bundesrat weist darauf hin, dass auch in Ländern, in welchen von Gesetzes wegen eine *enge Widerspruchslösung* gilt, den Angehörigen meist ein subsidiäres Entscheidungsrecht zugestanden wird.¹⁵ Daher schlägt er dem Parlament die Einführung einer *erweiterten Widerspruchslösung* vor. Dabei wäre bei fehlendem Widerspruch der verstorbenen Person eine Entnahme grundsätzlich zulässig. Allerdings müssten in solchen Fällen die Angehörigen aktiv einbezogen und über allfällige bekannte Äusserungen der verstorbenen Person befragt werden. Sie könnten eine Entnahme ablehnen, wenn dies dem mutmasslichen Willen der verstorbenen Person entsprochen hätte. Falls keine nächsten Angehörigen erreichbar sind, wäre eine Entnahme unzulässig.¹⁶

V. Persönliche Einschätzung

1. Die diskutierten Reformmodelle sind nicht zielführend

Alle derzeit diskutierten Modelle weisen mit Blick auf das Ziel (mehr Spenderorgane) Schwachstellen auf.

Die Volksinitiative plädiert für eine *enge Widerspruchslösung*, die in der Theorie zu mehr Organen führen müsste, da die Bevölkerung der Organspende grundsätzlich positiv gegenübersteht und daher tendenziell nicht mit vielen Widersprüchen gerechnet werden muss. Zudem würde der Umstand genutzt, dass der Widerspruch aktiv erfolgen muss, was einen gewissen Aufwand und darum wohl eine Hürde darstellen würde. Allerdings blendet die Initiative aus, dass die *enge Widerspruchslösung* kaum in ihrer Reinform praktiziert wird. Auch in Ländern, wo sie gesetzlich verankert ist, werden bei fehlender expliziter Ablehnung der Organspende doch meist die Angehörigen befragt. Organentnahmen ohne die ausdrückliche Zustimmung der Angehörigen sind sehr selten.¹⁷ Damit steht man wieder praktisch am gleichen Punkt wie heute, wo sehr oft die Angehörigen befragt werden und eine hohe Ablehnungsrate das Resultat ist.

¹⁴ BBl 2020 (Fn. 4), 9548.

¹⁵ BBl 2020 (Fn. 4), 9562.

¹⁶ BBl 2020 (Fn. 4), 9548 f., 9566 ff.

¹⁷ Christen/Baumann/Spitale (Fn. 9), S. 28; Michèle Gerber/Patricia Sager/Christian Rüefli, Ländervergleich Willensäußerungsmodelle Organspende, Bern 2019, S. 98.

Die von der NEK vorgeschlagene *Erklärungsregelung* geht insofern in die richtige Richtung als die Ermittlung des Willens der verstorbenen Person gefördert und die Angehörigen von schwierigen Entscheidungen entlastet werden sollen. Das Modell hat jedoch zwei Schwachstellen: Einerseits «funktioniert» es für sich alleine nicht – es muss entweder mit der Zustimmung- oder Widerspruchslösung kombiniert werden. Andererseits kann das Ziel der Erklärungsregelung nur dann erreicht werden, wenn möglichst alle Bürger ihren Willen auch tatsächlich äussern. Dass dies auf freiwilliger Basis der Fall sein wird, muss aufgrund bisheriger Erfahrungen bezweifelt werden. Bereits seit vielen Jahren haben die Bürger die Möglichkeit, ihren Willen mittels Spenderausweis, Patientenverfügung oder Eintrag ins nationale Organspenderegister von Swisstransplant¹⁸ kundzutun. Davon Gebrauch gemacht hat bisher allerdings nur eine kleine Minderheit.

Und auch der Gegenvorschlag des Bundesrats bleibt auf halbem Weg stehen. Zwar soll neu grundsätzlich jeder als Organspender in Frage kommen, wenn kein ausdrücklicher Widerspruch vorliegt. Allerdings sollen bei fehlender Willensäusserung immer noch die Angehörigen befragt werden (*erweiterte Widerspruchslösung*). Sind sie nicht erreichbar, wird keine Organentnahme vorgenommen. Dass unter diesen Umständen die Anzahl zur Verfügung stehender Organe deutlich erhöht werden könnte, muss bezweifelt werden.

2. Widerspruchslösung als Ansatzpunkt

Der Bundesrat hatte bereits beim Erlass des Transplantationsgesetzes die Einführung der *erweiterten Widerspruchslösung* erwogen, damals aber verworfen, da nicht klar war, ob sie tatsächlich zu mehr Spenderorganen führen würde.¹⁹ Neuere Untersuchungen haben nun aber gezeigt, dass in Ländern mit Widerspruchslösung die Organspenderate durchschnittlich höher ist als in Ländern mit Zustimmungslösung. Die Hinweise, dass die Widerspruchslösung die Spenderate positiv beeinflussen könnte, haben sich verdichtet. Die Länder mit den höchsten Spenderaten (Spanien, Frankreich und Italien) haben in ihren Gesetzgebungen alle eine *enge Widerspruchslösung* verankert.²⁰

Dies deckt sich mit Untersuchungsergebnissen aus der Schweiz: So steht die Schweizer Bevölkerung der Organspende zwar grundsätzlich positiv gegenüber, der eigene Willen wird aber nur selten dokumentiert oder mit den An-

¹⁸ Vgl. dazu <https://www.swisstransplant.org/de/nationalesorganspenderegister/>.

¹⁹ Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002, 29 ff., 80 f.

²⁰ BBl 2020 (Fn. 4), 9557, 9564; Christen/Baumann/Spitale (Fn. 9), S. 27 f., 31; Gerber/Sager/Rüfli (Fn. 17), S. 102; NEK (Fn. 13), S. 18.

gehörigen besprochen. In Kombination mit der gesetzlich verankerten *erweiterten Zustimmungslösung* dürfte das nicht unwesentlich dazu beitragen, dass immer wieder Spenderorgane «verloren» gehen, weil eine ausdrückliche Zustimmung des Spenders fehlt und die Angehörigen aus Unsicherheit über den Willen des Verstorbenen eine Spende ablehnen.

Die Volksinitiative und auch der indirekte Gegenvorschlag des Bundesrats setzen insofern am richtigen Punkt an, indem sie – ausgehend von der positiven Grundeinstellung der Bevölkerung gepaart mit der «Erklärungsfaulheit» des einzelnen Bürgers – die Umstellung auf die Widerspruchslösung vorschlagen. Damit aber am Ende tatsächlich mehr Spenderorgane zur Verfügung stehen, braucht es noch eine zusätzliche Massnahme.

3. Die enge Widerspruchslösung mit Erklärungspflicht

a) Lösungsvorschlag

Die *enge Widerspruchslösung* sollte zusätzlich mit einer *Erklärungspflicht* verknüpft werden. Dadurch könnten die vorstehend aufgezeigten Mängel der Reformvorschläge ausgemerzt und das Ziel, mehr Spenderorgane zur Verfügung zu haben, tatsächlich erreicht werden.²¹

b) Grundrechtskonformität der Widerspruchslösung

Das Bundesgericht hat 1997 in einem Urteil bestätigt, dass die Widerspruchslösung grundrechtskonform ausgestaltet werden kann. Voraussetzung dafür sei, dass den Rechten der spendenden Person auch unter der Widerspruchslösung in jedem Fall Vorrang gegenüber den Rechten der empfangenden Person zukommen müsse, dass die Bevölkerung regelmässig und für alle verständlich über die gesetzlichen Grundlagen und die Möglichkeit, einer Entnahme zu widersprechen, informiert werde und die Angehörigen über ihr subsidiäres Recht, widersprechen zu können, im konkreten Fall informiert würden.²²

²¹ In der Theorie müsste die *enge Zustimmungslösung mit Erklärungspflicht* eigentlich zum gleichen Resultat führen, da die Grundeinstellung der Bevölkerung gegenüber der Organspende ja positiv ist und die Erklärungspflicht dazu führen würde, dass jeder und jede auch tatsächlich seinen/ihren Willen kundtut. Auch wäre die *enge Zustimmungslösung mit Erklärungspflicht* politisch wohl einfacher zu «verkaufen» und würde auf weniger Widerstand stossen. Möglicherweise käme es aber bei der Willenskundgabe doch zu Unterschieden und letztlich zu weniger Organspenden, da die Zustimmungslösung tendenziell den Eindruck vermittelt, dass das «Nichtspenden» die Regel ist, während die Widerspruchslösung eher den Eindruck vermittelt, dass das «Spenden» der Normalfall ist.

²² BGE 123 I 112 E. 9d und 9e S. 137 ff.

c) *Vorteile eines solchen Modells*

Mit Verankerung der *engen Widerspruchslösung* wäre der Einbezug der Angehörigen ausgeschlossen. Dies würde zwei Vorteile mit sich bringen: Einerseits würden die Angehörigen von schwierigen Entscheidungen entlastet. Andererseits würde die Problematik entschärft, dass Angehörige in Unkenntnis des Willens des Verstorbenen sicherheitshalber meist eine Organentnahme ablehnen. Um den mit der *engen Widerspruchslösung* verbundenen ethischen Bedenken (Ausschluss der Angehörigen bei einem so sensiblen Thema) zu begegnen sowie die gelebte Praxis (Einbezug der Angehörigen trotz gesetzlich geregelter *engen Widerspruchslösung*) zu ändern, sollte mit Einführung der *engen Widerspruchslösung* gleichzeitig auch eine *Erklärungspflicht* gesetzlich verankert werden. Das würde bedeuten, dass jeder Bürger sich zwingend dazu äussern muss, ob er im Todesfall als Organspender zur Verfügung stehen will oder nicht. Der Vorteil dieser Lösung bestünde darin, dass im Todesfall immer eine Willensäusserung der verstorbenen Person vorliegt (was heute oft nicht der Fall ist), allein die verstorbene Person die Verantwortung für den Entscheid trägt und die Angehörigen von einer schwierigen Entscheidung entlastet würden. Die *enge Widerspruchslösung* kombiniert mit einer *Erklärungspflicht* respektiert das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) der potentiellen Organspender: In dem sich jeder Bürger dazu äussern muss, ob er Organspender sein will oder nicht, wird gewährleistet, dass das Recht auf körperliche Integrität, das Recht über Eingriffe in den eigenen Körper zu bestimmen, sowie das Recht, über das Schicksal des eigenen Körpers nach dem Tod zu befinden, gewährleistet sind.²³ Eine Organentnahme ist nur dann möglich, wenn kein dokumentierter Widerspruch der verstorbenen Person vorliegt, wobei aufgrund der *Erklärungspflicht* sichergestellt wird, dass sich die betreffende Person zu Lebzeiten mit dieser Frage auseinandergesetzt hat.

d) *Offene Fragen*

Unbestrittenermassen birgt dieser Lösungsvorschlag zahlreiche praktische Umsetzungsprobleme und es sind viele Fragen noch offen. Wie kann die Bevölkerung ausreichend informiert werden? Wie kann von jedem Bürger eine Willensäusserung erhältlich gemacht werden? Wie, wo und von wem werden die Willensäusserungen festgehalten? Wie kann sichergestellt werden, dass die Willensäusserungen jederzeit und unkompliziert geändert werden können? Wie kann gewährleistet werden, dass im Todesfall innert nützlicher Frist die

²³ BBl 2020 (Fn. 4), 9586 f.; NEK (Fn. 13), S. 19 f.

dokumentierte Willensäußerung bekannt wird? Dies nur einige der Fragen, die geregelt werden müssten. Auch brauchte es Spezialregelungen für urteilsunfähige Personen oder Personen, die ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz haben und die «zufällig» in der Schweiz versterben. Allerdings kennen andere Länder bereits solche Lösungen – die Schweiz könnte sich davon inspirieren lassen.²⁴

4. Mutige Parlamentarier sind gefragt

Soll der Mangel an Spenderorganen ernsthaft angegangen werden, so dürfte keines der derzeit diskutierten Modelle wirklich erfolgsversprechend sein, denn die «Wurzeln» des Übels (fehlende Willensäußerungen der verstorbenen Personen und vorsichtige Angehörige, die eine Entnahme im Zweifelsfall ablehnen) werden nicht angepackt. Es brauchte stattdessen mutige Parlamentarier, die bereit sind, dem Volk neben der Volksinitiative und dem Gegenvorschlag des Bundesrats einen eigenen Gegenentwurf zur Abstimmung zu unterbreiten (vgl. Art. 101 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002, Parlamentsgesetz, SR 171.10). Dabei sollte das Parlament den Mut haben, die umstrittene *enge Widerspruchslösung in Verbindung mit einer Erklärungsspflicht* zumindest näher zu prüfen trotz aller offener Fragen, die sich stellen. So bestünde zumindest die Möglichkeit, dass sich die Situation für all jene Personen, die in der Schweiz auf der Warteliste stehen, tatsächlich verbessert.

Die Widerspruchslösung steht jedoch unter dem Verdacht, Menschen, die sich nicht wehren können, zu Organlieferanten zu machen, indem sie es ermöglicht, Zwangslagen, Abhängigkeiten, Unerfahrenheit, Unwissen, Unfähigkeit und Schwächen im Urteilsvermögen vieler Personen auszunutzen.²⁵ Dass das Parlament daher die hier vorgeschlagene Lösung ernsthaft in Betracht ziehen und diskutieren könnte, steht daher zu bezweifeln. Die Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates hat bereits über den Gegenvorschlag des Bundesrats beraten und ihm (mit einigen Präzisierungen) zugestimmt. Sie hat es abgelehnt, die *erweiterte Widerspruchslösung* mit einem Erklärungsmodell zu ergänzen, bei dem jede und jeder regelmässig aufgefordert würde, eine Erklärung zum Spendewillen abzugeben. Auch andere Vorschläge, die darauf abzielten, die Spendebereitschaft zu fördern oder deren

²⁴ Vgl. z.B. die Niederlande: Florian Coulmas, Organspender werden vielsprachig begrüsst, NZZ vom 23. Februar 2021, S. 32.

²⁵ Christoph A. Zenger, Organentnahme – Rechte des Einzelnen wahren, Gastkommentar, NZZ vom 17. Februar 2021, S. 19.

Dokumentation zu erleichtern, wurden abgelehnt.²⁶ Die Vorlage soll im Mai 2021 vom Nationalrat in der Sondersession behandelt werden – bei Erscheinen dieses Artikels wird dannzumal vermutlich klar sein, wie mutig das Parlament war.

²⁶ Medienmitteilung der Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 5. Februar 2021 und vom 26. März 2021, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/services/suche-news?k=PdCommissionDE:SGK-N>.

Informed Consent in der Medizin – Quo vadis?

Kerstin Noëlle Vokinger

Inhalt

I.	Einleitung	107
II.	Bedeutung des Informed Consent in der Medizin	108
	1. Überblick	108
	2. Informed Consent im Rahmen der medizinischen Behandlung	109
	3. Informed Consent in der medizinischen Forschung	110
	4. Ergebnis	111
III.	General Consent in der Forschung	111
IV.	Widerspruchslösung in der Transplantationsmedizin	113
V.	Schluss	115

I. Einleitung

Die nachfolgenden Überlegungen zum Informed Consent in der Medizin knüpfen an die erste Begegnung mit Thomas Gächter im Rahmen einer Seminararbeit während des Studiums an – eine Begegnung, die den Auftakt für eine bereichernde Assistentztätigkeit während des Studiums und Doktorats am Lehrstuhl von Thomas Gächter bildete, mir das Tor in die Welt der Wissenschaft öffnete und mir ermöglichte, mich sowohl wissenschaftlich als auch persönlich weiterzuentwickeln.

Gleich zu Beginn meiner Assistentztätigkeit bildeten Rechtsfragen zum Informed Consent in der Medizin wiederum eine zentrale Rolle in verschiedenen wissenschaftlichen Projekten, nämlich im Rahmen eines gemeinsam verfassten Gutachtens für das Bundesamt für Gesundheit (BAG) und eine daran anknüpfende Tagung sowie einen daran anschliessenden Tagungsband.¹

¹ Thomas Gächter/Kerstin Noëlle Vokinger, HIV-Test und Informed Consent. Rechtliche Stellungnahme zu jüngeren Entwicklungen, in: Jusletter vom 26. November 2012. Die weiteren Beiträge des Tagungsbandes können unter nachfolgendem Link konsultiert werden: <https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2012/688.html>.

In diesem Beitrag soll ungefähr zehn Jahre später der Informed Consent in der Medizin wieder aufgegriffen werden. Der Fokus liegt auf seiner rechtlichen Einordnung sowie auf tendenziellen «Aufweichungen» in den Bereichen der Forschung und der Transplantationsmedizin.

II. Bedeutung des Informed Consent in der Medizin

1. Überblick

Der Informed Consent – auch Selbstbestimmungsrecht genannt – setzt sich aus zwei Elementen zusammen: Der Aufklärung (im klinischen Alltag erfolgt diese grundsätzlich durch den Arzt bzw. Leistungserbringer) und der Einwilligung des Patienten.²

Der Grundsatz des Informed Consent ergibt sich aus den verfassungs- und zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechten und folgt auch – sofern ein Vertragsverhältnis vorliegt – aus den auftragsrechtlichen Pflichten.³

Die Aufklärung dient dem Schutz der freien Willensbildung in Bezug auf medizinische Eingriffe in die körperliche Integrität und ist eine Gültigkeitsvoraussetzung für die Einwilligung.⁴

Insbesondere in den 1990er und 2000er Jahren bildeten der Informed Consent und die zugrundeliegenden und daraus folgenden (Rechts-)Fragen Grundlage verschiedener juristischer Dissertationen und wissenschaftlicher Beiträge.⁵ Im Grundsatz haben diese Abhandlungen gemeinsam, dass die Relevanz des Informed Consent hervorgehoben und Ausnahmen hiervon restriktiv ausgelegt wurden.

² Thomas Gächter/Bernhard Rütsche, Gesundheitsrecht, S. 82 f., 160 f.; Regina E. Aebi-Müller/Walter Fellmann/Thomas Gächter/Bernhard Rütsche/Brigitte Tag, Arztrecht, S. 17.

³ Vgl. Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 27 f. ZGB, Art. 394 ff. OR; Gächter/ Rütsche (Fn. 1), S. 82.

⁴ Gächter/ Rütsche (Fn. 1), S. 82.

⁵ Vgl. z.B. Claudia Fink, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker), Bern 2008; Monika Gattiker, Die Verletzung der Aufklärungspflicht und ihre Folgen, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Luzern/Zürich 2003, S. 111 ff.; Jossen Rochus, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, Bern 2009; Pascal Payllier, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung unter besonderer Berücksichtigung der spital-ärztlichen Aufklärung, Zürich 1999; Antoine Roggo, Aufklärung des Patienten. Eine ärztliche Informationspflicht, Bern 2002. Auch in den letzten Jahren erfolgten Publikationen zu rechtlichen Aspekten des Informed Consent, häufig beschäftigten sich diese mit einzelnen medizinischen Bereichen oder Teilaspekten des Informed Consent.

Grundsätzlich unterliegt die Einwilligung keinem speziellen Formerfordernis.⁶ Spezialgesetze sehen jedoch teilweise das Schrifterfordernis vor, so etwa das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, welches vorsieht, dass die betroffene Person für präsymptomatische oder pränatale genetische Untersuchungen die Zustimmung schriftlich erteilen muss.⁷ Auch in der Humanforschung setzt das Humanforschungsgesetz als Grundsatz die Schriftlichkeit voraus.⁸ Selbst wenn Spezialgesetze die Schriftlichkeit im konkreten Fall nicht als zwingend erachten, so erfolgt die Einwilligung trotzdem regelmässig schriftlich, weil in Haftpflichtfällen der Arzt bzw. Leistungserbringer die Beweislast für die Einwilligung des Patienten trägt.⁹

2. Informed Consent im Rahmen der medizinischen Behandlung

Im Rahmen der medizinischen Behandlung unterscheiden Juristen bei der Aufklärung zwischen der Diagnoseaufklärung, Verlaufsaufklärung, Risikoaufklärung und wirtschaftlichen Aufklärung.¹⁰ Die Diagnoseaufklärung umfasst die Informationen über die festgestellten Befunde und den Spontanverlauf der Krankheit ohne Behandlung; bei der Verlaufsaufklärung wird der Patient über den Ablauf eines Eingriffs aufgeklärt. Die Risikoaufklärung soll dem Patienten Informationen über Nutzen und Risiken der Behandlung geben. Der Arzt ist auch verpflichtet, den Patienten über alternative Behandlungsmöglichkeiten aufzuklären, sofern diese ebenfalls der *lege artis* entsprechen. Der Arzt muss den Patienten nicht nur über den medizinischen Eingriff selber aufklären, sondern ist auch verpflichtet, den Patienten über die finanziellen Aspekte der Behandlung zu informieren, vordergründig, ob die Behandlungskosten von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen werden (wirtschaftliche Aufklärung).¹¹

Während dieser dargelegte Informed Consent in der Theorie logisch klingt, ist er in der Praxis nicht immer leicht umsetzbar. Das Medizinpersonal arbeitet, insbesondere in den Zentrums Spitälern, unter grossem Zeitdruck – die notwendige Zeit für eine umfassende Aufklärung ist nicht immer vorhanden.

⁶ Gächter/Rütsche (Fn. 1), S. 82.

⁷ Art. 18 Abs. 3 GUMG.

⁸ Art. 16 HFG.

⁹ Gächter/Rütsche (Fn. 1), S. 82.

¹⁰ Es gibt unterschiedliche Ansätze, wie die Aufklärungsformen klassifiziert werden.

¹¹ Vgl. zum Ganzen Gächter/Rütsche (Fn. 1), S. 82 f. Für den Anwendungsbereich des Humanforschungsgesetzes vgl. Art. 2 HFG. Demnach gilt das Gesetz für die Forschung zu Krankheiten des Menschen sowie zu Aufbau und Funktion des menschlichen Körpers, die durchgeführt wird: mit Personen, an verstorbenen Personen, an Embryonen und Föten, mit biologischem Material, mit gesundheitsbezogenen Personendaten.

Auch logistisch gibt es in der Praxis Herausforderungen. So sind Patientenzimmer häufig von mehreren Patienten gleichzeitig besetzt oder Kojen auf der Notfallstation zum Teil nur durch Vorhänge voneinander getrennt. Dies erschwert private Gespräche, in denen der Patient ungehemmt persönliche Rückfragen stellen und auf Unklarheiten hinweisen kann. Bei jedem Aufklärungsgespräch mit dem Patienten ein separates Zimmer aufzusuchen, macht theoretisch Sinn, ist aber wiederum praktisch schwierig umsetzbar.

Lehre und Rechtsprechung sehen Ausnahmen vom Grundsatz des Informed Consent vor. Das Instrument der *hypothetischen* Einwilligung ermöglicht, dass trotz fehlender Aufklärung und Einwilligung ein Informed Consent dennoch bejaht wird, wenn klarerweise davon auszugehen ist, dass der nicht aufgeklärte Patient auch bei vollständiger Aufklärung in die konkrete Behandlung eingewilligt hätte.¹²

3. Informed Consent in der medizinischen Forschung

Im Rahmen der medizinischen Forschung ist der Grundsatz des Informed Consents ebenfalls massgebend. Auch hier gilt, dass die Voraussetzung für die rechtmässige Forschung am Menschen, mit biologischem Material oder mit gesundheitsbezogenen Personendaten die Einwilligung des Proband in das Forschungsprojekt ist, nachdem er rechtsgenügend aufgeklärt wurde.¹³ Die Anforderungen an den Informed Consent unterscheiden sich je nach Forschungsgegenstand und Personenbezug bzw. Form der Weiterverwendung von Daten und Proben.¹⁴ Die strengsten Voraussetzungen sieht der Gesetzgeber bei der Weiterverwendung von biologischem Material und genetischen Daten in unverschlüsselter Form vor: Eine gültige Einwilligung setzt u.a. eine schriftliche und mündliche Aufklärung sowie eine schriftliche Einwilligung i.S.d. Anforderungen von Art. 16 und Art. 22 – 24 HFG voraus.

Auch bei der medizinischen Forschung gibt es Ausnahmen, in denen vom Informed Consent abgesehen werden kann. So kann etwa die Ethikkommission im Rahmen eines Forschungsgesuchs trotz fehlender Aufklärung und Einwilligung gesundheitsbezogene Personendaten ausnahmsweise zu Forschungszwecken die Weiterverwendung von biologischem Material oder gesundheitsbezogenen Personendaten i.S.v. Art. 34 HFG bewilligen, wenn (a) es unmöglich oder unverhältnismässig schwierig ist, die Einwilligung einzuholen bzw. über das Widerspruchsrecht zu informieren, oder dies der betroffenen Person nicht

¹² Gächter/Rütsche (Fn. 1), S. 79.

¹³ Vgl. als Grundsatz Art. 7 HFG.

¹⁴ Franziska Sprecher, Datenschutz und Big Data im Allgemeinen und im Gesundheitsrecht im Besonderen, in: ZBJV 154/2018, S. 519 ff., 526.

zugemutet werden kann; (b) keine dokumentierte Ablehnung vorliegt; und (c) das Interesse der Forschung gegenüber dem Interesse der betroffenen Person, über die Weiterverwendung ihrer Daten zu bestimmen, überwiegt.

Eine vom BAG in Auftrag gegebene Evaluation zum Humanforschungsgesetz zeigte im Ergebnis, dass die Gesuchsteller in der Praxis sehr häufig, d.h. in einer Mehrheit der Gesuche für Weiterverwendungsprojekte, die Anwendung von Art. 34 HFG beantragen. Mit anderen Worten stellt die Anwendung von Art. 34 HFG eher die Regel denn die Ausnahme dar.¹⁵ Rechtlich ist es nicht unproblematisch, wenn vom Gesetzgeber vorgesehene Ausnahmeregelungen in der Praxis zum «Regelfall» werden. Die gesetzliche Regelordnung darf nicht berührt bzw. inhaltlich korrigiert werden.¹⁶

4. Ergebnis

Im Ergebnis ist der Informed Consent in der Medizin auch heute nach wie vor ein zentraler Grundsatz, der sich durch das gesamte Gesundheitsrecht hindurchzieht. In der Praxis stösst er jedoch vermehrt an seine Grenzen.

Nachfolgend wird anhand eines bereits umgesetzten und eines (immer wieder) diskutierten «Instruments» dargelegt, wie der Informed Consent in bestimmten Bereichen der Medizin zugunsten der medizinischen Innovation und des öffentlichen Interesses «aufgeweicht» wird bzw. werden soll.

III. General Consent in der Forschung

Fortschritte in der Medizin und (Bio-)Informatik eröffnen neue Möglichkeiten und Chancen in der Forschung, welche zum Ziel haben, Prävention, Diagnoseverfahren und Therapiemöglichkeiten für den individuellen Patienten und für die Gesellschaft weiter zu optimieren. Häufig ist zum Zeitpunkt der Datensammlung noch nicht abschliessend klar, für welche Forschungsprojekte die Daten in Zukunft verwendet werden können. Regelmässig ergeben sich neue Forschungsfragen nach Abschluss der Therapie oder sogar nach dem Tod des Patienten. Es kann die Innovation behindern, wenn für jedes einzelne For-

¹⁵ Vgl. zum Ganzen Thomas Widmer/Kathrin Frey/Daniela Eberli/Basil Schläpfer/Julia Rickenbacher, Evaluation des Humanforschungsgesetzes (HFG). Schlussbericht im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit 2019, S. 25.

¹⁶ Vgl. hierzu Alexander Ruch, in: Heinz Aemiseger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen, Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 23 RPG, Rz. 9, der diese Ausführungen in Bezug auf das Baurecht macht, wobei diese nach vorliegender Ansicht im Grundsatz auch auf das Humanforschungsrecht übertragbar sind.

schungsprojekt ein separater Informed Consent bei jedem Probanden eingeholt werden muss, insbesondere vor dem Hintergrund, dass in den heutigen Studien häufig mehrere hundert bis zu mehreren hunderttausend Probanden eingeschlossen werden.

Der Gesetzgeber sieht hierfür eine Aufweichung des Informed Consent i.S.e. General Consent (Generalkonsent) vor. So erlaubt der Gesetzgeber eine Weiterverwendung von biologischem Material und genetischen Daten in verschlüsselter Form sowie die Weiterverbindung von nicht genetischen gesundheitsbezogenen Personendaten in unverschlüsselter Form zu noch unbestimmten Forschungszwecken, sofern ein General Consent vorliegt. Bei einem General Consent willigt der Patient bzw. Proband in die Verwendung seiner Daten und Proben für im Zeitpunkt der Einwilligung noch nicht bekannte, zukünftige Forschungsprojekte ein.¹⁷ Eine zeitliche Limitation des Generalkonsents sieht das Gesetz nicht vor.

Die Schweizerische Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW) und swissethics haben 2017 eine erste gesamtschweizerisch harmonisierte Vorlage für den General Consent vorgelegt.¹⁸ Die Universitätsspitäler haben eine weitere Vorlage in 2018 erarbeitet. In den letzten Jahren haben die Spitäler vom Generalkonsent zunehmend Gebrauch gemacht.¹⁹

In der Lehre wird der General Consent teilweise kritisiert und als einen bedenklichen «Blankoscheck» bezeichnet.²⁰ Ein anderer Teil der Lehre ist der Ansicht, dass der General Consent zu wenig weit geht. So wird konkret vorgeschlagen, dass eine generelle Widerspruchslösung eingeführt werden soll. Demnach sollen die Gesundheitsdaten all jener, die nicht aktiv widersprechen, in einem zentralen Register gesammelt und der Forschung zur Verfügung gestellt werden.²¹

Es ist davon auszugehen, dass die Bedeutung der Auswertung möglichst zahlreicher Daten für den weiteren Fortschritt in der Medizin in Zukunft unab-

¹⁷ Sprecher (Fn. 14), S. 528.

¹⁸ <https://www.unimeduisse.ch/de/projekte/generalkonsent>.

¹⁹ Vgl. z.B. das Universitätsspital Zürich (<https://www.usz.ch/forschung/Documents/Generalkonsent-Einverstaendnis-Forschung.pdf>) oder das Kantonsspital St. Gallen (<https://www.kssg.ch/ueber-uns/forschung/haeufig-gestellte-fragen-zum-generalkonsent-gk>).

²⁰ Franziska Sprecher, Sozialpflichtigkeit von Gesundheitsdaten. Mehr Daten für die Forschung dank einer Widerspruchslösung für Gesundheitsdaten?, in: *digma*, S. 184 ff., 185 m.w.H.

²¹ Valérie Junod/Bernice Elger, Données codées, non-codées ou anonymes, in: Jusletter vom 10. Dezember 2018, Rz. 21.

dingbar ist. So sind auch neue Technologien in der künstlichen Intelligenz und im maschinellen Lernen auf die Auswertung grosser Datenmengen angewiesen. In jeder Studie den Informed Consent bei jedem einzelnen Patienten bzw. Probanden einzuholen, ist schlichtweg nicht umsetzbar. Es würde dazu führen, dass noch mehr Gesuche als bisher auf der Grundlage von Art. 34 HFG – eine vom Gesetzgeber verankerte *Ausnahme* zum Grundsatz des Informed Consent²² – gestellt werden würden. Meines Erachtens wäre es – auch vor dem Hintergrund der Patienten- bzw. Probandeninteressen – sinnvoller, ein grösseres Augenmerk darauf zu legen, dass die Patienten bzw. Probanden tatsächlich im Rahmen des General Consents rechtsgenügend aufgeklärt werden (etwa über die Tragweite des General Consents und das jederzeitige Widerspruchsrechts) und dass die Cybersicherheit sowohl bei der Dateninfrastruktur als auch beim Datentransfer stets gewährleistet ist, um Datenmissbrauch möglichst zu verhindern.

IV. Widerspruchslösung in der Transplantationsmedizin²³

Eine wiederkehrende und gegenwärtig wieder aktuelle Debatte ist die Einführung der Widerspruchslösung in der Transplantationsmedizin. Grund hierfür ist das Ungleichgewicht zwischen den zahlreichen Patienten, die auf ein Organ angewiesen sind und den tatsächlich verfügbaren Organen. Im Jahr 2020 waren mehr als 1400 Patienten auf der nationalen Warteliste registriert.²⁴

Nach geltendem Recht gilt in der Schweiz die sog. Zustimmungslösung. Notwendig ist eine ausdrückliche Zustimmung zur Organ-, Gewebe- oder Zellentnahme durch den Verstorbenen selber zu Lebzeiten (enge Zustimmungslösung) oder durch seine Angehörigen nach seinem Tod (erweiterte Zustimmungslösung).²⁵ Dies im Gegensatz zu Ländern, wie etwa Spanien oder Österreich, wo die Widerspruchslösung greift. Demnach ist die Entnahme erlaubt, sofern weder der Verstorbene zu Lebzeiten (enge Widerspruchslösung) noch die Angehörigen nach seinem Tod (erweiterte Widerspruchslösung) einem solchen Eingriff widersprochen haben.²⁶

²² Vgl. die Ausführungen in Ziff. II.3.

²³ Vgl. hierzu auch den Beitrag von DANIA TREMP, [Mehr Organe braucht das Land, S. 95](#), in: Kerstin Noëlle Vokinger/Matthias Kradolfer/Philipp Egli, *Begegnungen. Beiträge von (ehemaligen) Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter*, Zürich 2021.

²⁴ https://www.swisstransplant.org/fileadmin/user_upload/Infos_und_Material/Statistiken/Jahreszahlen/Preliminary_statistics_2020.pdf.

²⁵ Vgl. zum Ganzen Gächter/Rütsche (Fn. 1), S. 110.

²⁶ Vgl. zum Ganzen Gächter/Rütsche (Fn. 1), S. 110.

Am 22. März 2019 wurde in der Schweiz eine Volksinitiative eingereicht, welche vorsieht, dass die Spende von menschlichen Organen, Geweben und Zellen einer verstorbenen Person zum Zweck der Transplantation auf dem Grundsatz der vermuteten Zustimmung beruht, es sei denn, die betreffende Person hat zu Lebzeiten ihre Ablehnung geäussert.²⁷ Begründet wird diese Initiative damit, dass über 80% der Bevölkerung gegenüber der Organspende positiv eingestellt seien, jedoch nur ein Bruchteil dies schriftlich festhalten würden. Um die Organspende zu fördern und den Menschen auf der Warteliste Hoffnung auf ein neues Leben zu geben, müsse dieser Missstand behoben werden.²⁸

Der Bundesrat hat am 25. November 2020 die Botschaft zum revidierten Transplantationsgesetz an das Parlament überwiesen. Er schlägt einen indirekten Gegenvorschlag zu dieser Volksinitiative vor. Zwar spricht sich auch der Bundesrat für eine Widerspruchslösung aus, jedoch sollen die Angehörigen bei der Frage nach einer Organspende einbezogen werden, wenn sich kein dokumentierter Wille einer verstorbenen Person findet (erweiterte Widerspruchslösung). Die Angehörigen können einer Entnahme von Organen widersprechen, wenn dies dem mutmasslichen Willen der verstorbenen Person entspricht.²⁹

An diesem Gegenvorschlag wird Kritik geübt. So wird unter anderem argumentiert, dass der Gegenvorschlag keine Minimalfristen für die Suche nach einem dokumentierten Widerspruch und nach Angehörigen festlege, sondern diese Regelung auf die Stufe des Verordnungsrechts delegiere. Darüber habe der Bundesrat die Kompetenz und könne diese in Eigenregie abändern und die Fristen ohne demokratische Kontrolle weiter verkürzen, sollte er dies wollen.³⁰

Deutlich wird, dass es sich um eine emotionsgeladene Debatte handelt, die nicht geführt werden müsste, wenn sich genügend Menschen aktiv damit auseinandersetzen und ihre Entscheidung bestenfalls schriftlich festhalten würden, ob sie ihre Organe spenden möchten oder nicht. Trotz staatlichen Kam-

²⁷ <https://organspende-initiative.ch/initiative>.

²⁸ Vgl. zum Ganzen <https://organspende-initiative.ch/initiative>.

²⁹ Vgl. zum Ganzen <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/transplantationsmedizin/rechtsetzungsprojekte-in-der-transplantationsmedizin/indirekter-gegenvorschlag-organspende-initiative.html>.

³⁰ Vgl. zum Ganzen Christoph A. Zenger, Der bundesrätliche «Gegenvorschlag» zur Organentnahme-Initiative: gegen verbürgte Selbst- und Mitbestimmungsrechte, in: NZZ vom 17. Februar 2021 (<https://www.nzz.ch/meinung/der-bundesraetliche-gegenvorschlag-zur-organentnahme-initiative-gegen-verbuergte-selbst-und-mitbestimmungsrechte-ld.1596967?reduced=true>).

pagnen und mehreren Anläufen für Sensibilisierungen in der Gesellschaft ist dies nicht gelungen. Dies liegt wohl auch daran, dass die Auseinandersetzung mit der Organspende zwingend mit der Auseinandersetzung mit dem eigenen Tod einhergeht – ein Thema, das von vielen so lange wie möglich gemieden wird.

Das Ergebnis dieser aktuellen Debatte wird sich weisen. Unabhängig davon, was das Resultat sein wird, ist jedoch davon auszugehen, dass es nicht die letzte Diskussion rund um den Informed Consent sein wird.

V. Schluss

Der Informed Consent durchdringt das Gesundheitsrecht und ist ein wichtiger Grundsatz, um die Rechte des Individuums zu wahren und Missbrauch zu verhindern. Gleichzeitig wird ersichtlich, dass in gewissen Bereichen eine Zurückhaltung mit Augenmass zumindest diskutiert werden muss, um Innovation – die wiederum den Patienten zugutekommt – nicht zu behindern.

An den dargelegten Anwendungsbeispielen des General Consent in der Forschung und der diskutierten Widerspruchslösung in der Transplantationsmedizin zeigt sich die Bedeutung der Güterabwägung, welche regelmässig im Gesundheitsrecht und öffentlichen Recht zum Tragen kommt: Die Güterabwägung zwischen dem individuellen Interesse und öffentlichem Interesse – stets unter Wahrung der Verhältnismässigkeit. Die Ausführungen haben gezeigt, dass diese Güterabwägung je nach gesellschaftlichen Bedürfnissen und Entwicklungen unterschiedlich erfolgen kann.³¹

³¹ Auch Thomas Gächter setzt sich in seinen wissenschaftlichen Beiträgen verschiedentlich mit Güterabwägungsfragen auseinander. Vgl. hierzu etwa den Beitrag Thomas Gächter/Arlette Meienberger, BGE 136 V 396 (Morbus Pompe/Myozyme). Was der Entscheid bedeutet – und was nicht, in: HAVE 2/2013, S. 168 ff.

Öffentliches Recht

Prinzipien und Grundsätze als Hilfestellung für die Praxis - am Beispiel des Hungerstreiks im Gefängnis

Meret Baumann

Inhalt

I.	Einleitende Gedanken	119
II.	Hungerstreik im Gefängnis	120
1.	Herausforderung für die involvierten Behörden	120
2.	Wichtige Prinzipien und Vollzugsgrundsätze im Straf- und Massnahmenvollzug	121
3.	Spannungsfeld zwischen dem Recht auf Selbstbestimmung und der Fürsorgepflicht	122
4.	Medizinisch-ethische Richtlinien	123
5.	Regelungen in den Kantonen	124
6.	Plädoyer für eine klare Trennung zwischen den Aufgaben der Justizvollzugsbehörden und derjenigen der Ärzteschaft	126
III.	Kurzer Ausblick: Klare Trennung auch beim assistierten Suizid	128

I. Einleitende Gedanken

Anspruchsvoll, das war der Zeitplan für die Erarbeitung des Beitrags tatsächlich. Aber als ich angefragt wurde, war es mir ein tiefes Bedürfnis, auf diese Weise Thomas zu danken für all das, was ich von ihm lernen und mitnehmen durfte. Als ich Thomas kennenlernte, habe ich mich auf ein Inserat als wissenschaftliche Mitarbeiterin von 2010 bis 2014 im Rahmen seines Schweizerischen Nationalfondsprojekt «Grundlagen im Schweizerischen Sozialversicherungsrecht» (SNF-Förderungsprofessur) an der Universität Zürich beworben. Während meiner Zeit am Lehrstuhl haben wir sehr viel diskutiert – auch über ethische und moralische Fragestellungen. Wie im Vorwort so schön gesagt wurde: Es ist nicht einfach eine berufliche Ausbildung gewesen, sondern ich habe ganz viel fürs Leben mitgenommen. Sowohl meine juristische wie auch meine private Denkweise wurden stark geprägt durch die Zeit am Lehrstuhl und es gibt im Alltag immer wieder Situationen, in denen mir Zitate – oder ich würde fast schon sagen «Lebensweisheiten» – von Thomas einfallen.

Auch als ich vor einiger Zeit in meiner beruflichen Tätigkeit mit dem Fall eines hungerstreikenden Gefangenen konfrontiert wurde, sind mir immer wieder

Überlegungen von damals in den Sinn gekommen. Prinzipien und Grundsätze sind nicht nur in der Wissenschaft von grosser Bedeutung, sondern sie dienen vor allem auch der Praxis. Nicht alles ist regel- und voraussehbar und deshalb gibt es immer wieder Fälle, bei denen es (noch) keine Regelung gibt und die Behörden gleichwohl Entscheidungen treffen müssen. Prinzipien und Grundsätze sind dabei von wesentlicher Bedeutung bzw. sie dienen als Richtschnur und ermöglichen die Einbettung eines Entscheids in einen vorgesehenen Rahmen, wobei die Gewichtung innerhalb des Rahmens von der Gewichtung der jeweiligen Prinzipien abhängt. Und dabei sollte man nicht immer nur im gleichen Schema denken, sondern ganz im Sinne des Vorworts auch einmal über den Tellerrand hinausschauen – und z.B. bei einem Hungerstreik im Gefängnis nicht einfach nur strafvollzugsrechtliche, sondern auch medizin-ethische Fragestellungen einbeziehen.

II. Hungerstreik im Gefängnis

1. Herausforderung für die involvierten Behörden

Ein Hungerstreik im Gefängnis kommt immer mal wieder vor, häufig dauert ein solcher nur wenige Tage. Die Medien berichten meist nur dann darüber, wenn es um länger dauernde Hungerstreiks von bekannten Gefangenen wie z.B. René Osterwalder oder Hugo Portmann geht. Von medialem Interesse begleitet wurde sodann insbesondere auch der Fall des Walliser Hanfbauerns Bernard Rappaz.¹ Das Bundesgericht äusserte sich im Jahr 2010 im Rahmen einer Beschwerde von Rappaz gegen die Ablehnung von Vollzugslockerungen in einem obiter dictum zur Problematik der Zwangsernährung. Es erklärte, dass die Anordnung einer Zwangsernährung unter bestimmten Voraussetzungen selbst alleine gestützt auf die polizeiliche Generalklausel zulässig sein kann.² Der zuständige Arzt weigerte sich jedoch, die von den Walliser Behörden angeordnete Zwangsernährung durchzuführen, obwohl er unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) dazu verpflichtet worden war.

¹ Ausführlich zum Fall Bernard Rappaz siehe Brigitte Tag, Hungerstreik im Freiheitsentzug: Entscheidungen zwischen Selbst- und Fremdbestimmung, in: Brigitte Tag/Dominik Gross (Hrsg.), *Tod im Gefängnis*, Frankfurt am Main 2012, S. 23 ff., 23 ff.

² BGE 136 IV 97 E. 6 S. 106 ff. In Bezug auf die polizeiliche Generalklausel verwies das Bundesgericht auf einen früheren Leitentscheid, bei welchem im Kanton Bern eine Zwangsmedikation ausnahmsweise trotz fehlender formeller Rechtsgrundlage für zulässig erklärt wurde. Gleichzeitig wurde der bernische Gesetzgeber aber aufgefordert, die entsprechenden rechtlichen Grundlagen zu schaffen (BGE 126 I 112 E. 3c S. 116 f.).

Als die Behörden im Kanton Zug im Jahr 2011 mit einem länger dauernden Hungerstreik konfrontiert waren, standen sie vor der gleichen Herausforderung wie die Walliser Behörden, denn auch sie hatten keine Regelung für solche Fälle getroffen. Sie orientierten sich aber nicht einfach am Fall Rappaz, sondern versuchten gestützt auf die wichtigsten Prinzipien sowie den Vollzugsgrundsätzen für den konkreten Fall einen eigenen sachgerechten Entscheid zu fällen.

2. Wichtige Prinzipien und Vollzugsgrundsätze im Straf- und Massnahmenvollzug

Art. 74 StGB sieht vor, dass die Menschenwürde der Gefangenen und eingewiesenen Personen zu achten ist. Dies garantiert auch in genereller Weise Art. 7 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Des Weiteren enthält Art. 74 StGB die Vorgabe, dass die Freiheitsrechte nicht weiter einzuschränken sind, als dies für den Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung notwendig ist (*Verhältnismässigkeitsprinzip*).³

Neben dem allgemeinen Vollzugsziel der Resozialisierung findet sich in Art. 75 StGB unter anderem das in diesem Kontext wesentliche *Normalisierungsprinzip* (auch *Angleichungsgrundsatz* genannt).⁴ Demnach sollen die Lebensverhältnisse im Gefängnis so weit als möglich denjenigen extra muros entsprechen. Dies gilt auch im Hinblick auf die medizinische Versorgung, wonach der Staat dafür Sorge zu tragen hat, dass der Standard soweit als möglich demjenigen ausserhalb der Vollzugseinrichtung entspricht (sog. *Äquivalenzprinzip*).⁵

Weitere Vollzugsgrundsätze von Art. 75 Abs. 1 StGB sind das Entgegenwirkungsprinzip (gegen die schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs), das Siche-

³ Vgl. auch Ziffer 3 der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze 2006 (Empfehlungen des Europarates Rec[2006]2, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/smv/dokumentation/empfehlung-europarat-d.pdf.download.pdf/empfehlung-europarat-d.pdf>).

⁴ Vgl. auch Ziffer 5 der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze 2006 (Fn. 3). Dabei soll eine möglichst geringe Diskrepanz zwischen den allgemeinen Lebensverhältnissen und der Vollzugswirklichkeit geschaffen werden. Benjamin F. Brägger, Art. 75 N 6, in: Niggli Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht, 4. A., Basel 2018.

⁵ Benjamin F. Brägger/Tanja Zangger, Freiheitsentzug in der Schweiz, Handbuch zu grundlegenden Fragen und aktuellen Herausforderungen, Bern 2020, 408 f. Das Äquivalenzprinzip lässt sich ganz allgemein auch aus der Rechtsgleichheit ableiten. Vgl. Jörg Künzli/Florian Weber, Gesundheit im Freiheitsentzug, Rechtsgutachten zur Gesundheitsversorgung von inhaftierten Personen ohne Krankenversicherung, Bern 2018, S. 26 ff.

rungsprinzip (Schutz der Allgemeinheit, des Vollzugspersonals und der Mitgefangenen) und das im vorliegenden Kontext wichtige *Prinzip der besonderen Fürsorgepflicht* (Betreuungsgebot). Eine inhaftierte Person steht in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat (sog. Sonderstatusverhältnis), welches sich dadurch kennzeichnet, dass auf der einen Seite die Freiheitsrechte der betroffenen Person stark eingeschränkt werden, dafür aber auf der anderen Seite eben diese staatliche Fürsorgepflicht entsteht, nach welcher der Staat unter anderem die Gesundheit und das Leben der inhaftierten Personen zu schützen hat.

3. Spannungsfeld zwischen dem Recht auf Selbstbestimmung und der Fürsorgepflicht

Das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie auch das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 Ziff. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 [EMRK, SR 0.101]) enthalten das Recht auf Selbstbestimmung. Dieses umfasst auch das Recht jedes Einzelnen, über den eigenen Körper und das eigene Leben frei zu verfügen.⁶

Das Recht auf Selbstbestimmung steht bei einem länger dauernden Hungerstreik im Spannungsfeld zur oben beschriebenen Fürsorgepflicht des Staates sowie dem Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK und der daraus verbundenen positiven Pflicht des Staates zur Wahrung der Gesundheit und des Lebens von inhaftierten Personen. Eine Zwangsernährung gegen den Willen einer urteilsfähigen Person würde jedoch einen sehr starken Eingriff in mehrere Grundrechte (insbesondere das in Art. 10 Abs. 2 BV besonders betonte Recht auf körperliche Unversehrtheit) bedeuten und tangiert unter gewissen Umständen gar das absolut geltende Folterverbot gemäss Art. 3 EMRK sowie Art. 10 Abs. 3 BV. Das Bundesgericht hat im Fall Rappaz jedoch festgehalten, dass eine in würdiger Weise durchgeführte Zwangsernährung zur Wahrung der Gesundheit und des Lebens der betroffenen Person zulässig sei.⁷ Der Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bestätigte, dass eine nach ärztlicher Kunst durchgeführte Zwangsernährung nicht a priori eine Verletzung der EMRK darstellen würde. Mit Hinweis auf einen früheren Fall führte der EGMR aber auch aus, dass für die Wahrung der Pflichten der Behörden entscheidend sei, dass es eine ordnungsgemäss Verfahrensführung gebe und die hungerstreikende Person eine angemessene medizinische Versorgung erhalte. Unter diesen Umständen stelle es sodann auch keinen Verstoß ge-

⁶ BGE 142 I 195 E. 3.2 S. 199 f.; 133 I 58 E. 6.1 S. 66 f. m.w.H.

⁷ BGE 136 IV 97 E. 6.1.1 S. 107.

gen die EMRK dar, wenn ein Staat bei einem Hungerstreik im Gefängnis keine Zwangsernährung anordne, selbst wenn die betroffene Person daraufhin an den Folgen des Hungerstreiks sterbe.⁸

Wie gesagt waren die Behörden im Kanton Zug mit einem länger dauernden Hungerstreik konfrontiert und mussten sich mangels gesetzlicher Regelung an den allgemeinen Prinzipien und Grundsätzen orientieren. Gestützt auf das Normalisierungs- und Äquivalenzprinzip sowie auch in Kenntnis der Umsetzungsschwierigkeiten bei der Anordnung einer Zwangsernährung war es ihnen wichtig, nicht allein die justizvollzugsrechtliche Perspektive einzunehmen, sondern auch die Bestimmungen zu medizinischen Zwangsmassnahmen bei Personen in Freiheit zu berücksichtigen und zusammen mit der zuständigen Ärzteschaft einen gangbaren Weg zu finden.

4. Medizinisch-ethische Richtlinien

Auch in der medizinischen Ethik ist das Recht auf Selbstbestimmung des Patienten ein Leitprinzip. Da die Ärztinnen und Ärzte das Wohl ihrer Patienten zu fördern und ihnen nicht zu schaden haben, steht das Prinzip der Achtung der Autonomie in Bezug auf allfällige Zwangsmassnahmen ebenso in einem Spannungsverhältnis zum Fürsorge- und Nichtschadensprinzip.⁹

Die zum Standesrecht¹⁰ gehörenden medizinisch-ethischen Richtlinien «Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen» der SAMW vom 28. November 2002 sehen in Ziff. 9 vor, dass bei einer urteilsfähigen Person der Entscheid zum Hungerstreik selbst bei einem beträchtlichen Gesundheitsrisiko medizinisch zu respektieren sei. Sofern die Person in ein Koma fällt und für diesen Fall eine ausdrückliche Anordnung hinterlegt hat (also eine Patientenverfügung), soll diese respektiert werden, selbst wenn dies den Tod zur Folge haben könnte.¹¹

Das Bundesgericht erklärte zwar bereits mehrfach, dass die medizinisch-ethischen Richtlinien keine gesetzlichen Normen sind und somit auch keine direk-

⁸ Urteil des EGMR Rappaz gegen die Schweiz vom 26. März 2003 (Nr. 73175/10), § 51, mit Verweis auf Urteil des EGMR Horoz gegen Türkei vom 31. März 2009 (Nr. 1639/03), § 28.

⁹ Vgl. die medizinisch-ethischen Richtlinien «Zwangsmassnahmen in der Medizin» der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaft (SAMW) vom 19. November 2015, S. 13 f.

¹⁰ Vgl. Art. 18 der Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) vom 12. Dezember 1996.

¹¹ Dass einer gültigen Patientenverfügung entsprochen wird, ist auch mit der gesetzlichen Regelung von Art. 370 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) kongruent.

te juristische Wirkung haben.¹² Gleichwohl ist es wichtig, diese als «Standpunkt der Ärzteschaft»¹³ in die Überlegungen einzubeziehen. Wie man im Fall Rappaz gesehen hat, besteht ansonsten die Gefahr, dass sich die Ärztinnen und Ärzte weigern, im Widerspruch zum eigenen Standesrecht eine Zwangsernährung durchzuführen.¹⁴

5. Regelungen in den Kantonen

Im Nachgang zum Fall Rappaz hat der Bundesrat im Rahmen einer Motionsbeantwortung erklärt, dass er nicht beabsichtige, gestützt auf Art. 123 Abs. 3 BV eine bundesrechtliche Regelung betreffend den Umgang mit Hungerstreiks im Straf- und Massnahmenvollzug zu erlassen, sondern dass dies in der Kompetenz der Kantone bleiben soll.¹⁵ Im Auftrag des Vorstandes der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) hat sich die Kommission für Strafvollzug und Anstaltswesen der KKJPD (sog. Neunerausschuss) mit dem Thema beschäftigt und forderte mit Schreiben vom 7. April 2011 im Rahmen einer Empfehlung die Kantone auf, klare Handlungsanweisungen betreffend die jeweiligen Abläufe bei einem Hungerstreik im Gefängnis zu erlassen.¹⁶ Als Beispiel wurde auf den Kanton St. Gallen verwiesen, welcher auf Verordnungsebene eine Regelung zum Hungerstreik erlassen hat sowie über eine Checkliste mit Handlungsanweisungen und eine spezifische Gefangenenernährung

¹² BGE 142 I 195 E. 3.1 S. 198 f. mit weiteren Hinweisen; 136 IV 97 E. 6.2.2 S. 112 f. Vgl. auch Brägger/Zangger (Fn. 5), S. 410 f.; Tag (Fn. 1), S. 39 f.

¹³ So explizit auch die Präambel der medizinisch-ethischen Richtlinien «Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen».

¹⁴ Das Bundesgericht verlangte im Fall Rappaz vom zuständigen Arzt, dass dieser die Zwangsernährung nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchführe. Da jedoch die Zwangsernährung in diesem Fall gegen die in der Standesordnung verankerten medizinisch-ethischen Richtlinien versties, war dies praktisch ein Widerspruch in sich bzw. würde bedeuten, dass die ärztliche Kunst auf technische Tätigkeiten reduziert und nicht mehr ein Handeln nach bestem Wissen und Gewissen verlangt würde. Vgl. Christian Kind, Verhinderung des Todes um jeden Preis? Ärztliches Ethos und Zwangsernährung, in: Brigitte Tag/Dominik Gross (Hrsg.), Tod im Gefängnis, Frankfurt am Main 2012, S. 83 ff., 89 f.

¹⁵ Motion von Roberto Schmidt betreffend Hungerstreik im Strafvollzug und in der Ausschaffungshaft vom 28. September 2010, Curia Vista 10.3702.

¹⁶ Der Neunerausschuss hielt in diesem Schreiben des Weiteren fest, dass zwischen dem eigentlichen Strafvollzug und der intensiven medizinischen Betreuung zu unterscheiden sei. Für den Teil des eigentlichen Strafvollzugs seien die damit beauftragten kantonalen Direktionen bzw. Departemente und deren Verwaltungseinheiten zuständig, hingegen läge die medizinische Behandlung in der Verantwortung der zuständigen Ärztinnen und Ärzte.

verfügung (Patientenverfügung) verfügt.¹⁷ In der entsprechenden Bestimmung ist unter anderem vorgesehen, dass bei freier Willensbestimmung und Urteilsfähigkeit der inhaftierten Person deren Wunsch nach Ablehnung von medizinischen Zwangsmassnahmen respektiert wird.

Bereits zum damaligen Zeitpunkt hatten auch die Kantone Bern, Neuenburg und Graubünden eine Regelung. Diese sehen auf Gesetzesstufe die Möglichkeit der Anordnung einer Zwangsernährung bei Lebensgefahr oder schwerwiegender Gefahr für die betroffene Person vor.¹⁸ Gleichzeitig halten sie fest, dass bei einer freien Willensbestimmung der Person keine Intervention erfolgt, was zu einer weitgehenden Relativierung der Bestimmung führt.¹⁹

Auch der Kanton Wallis, bei welchem im Fall Rappaz noch auf die polizeiliche Generalklausel Rückgriff genommen werden musste, hat in der Zwischenzeit eine spezifische Regelung erlassen.²⁰ Darin wird ebenfalls die Möglichkeit einer Zwangsernährung vorgesehen.²¹ Interessanterweise distanziert sich die Regelung insofern von der früheren Anordnung der Zwangsernährung im Fall Rappaz, als dass eine Zwangsernährung erst bei voller Urteilsunfähigkeit der inhaftierten Person und nicht entgegen einer Patientenverfügung durchgeführt werden darf, selbst wenn damit der Tod der inhaftierten Person in Kauf genommen werden muss.

Die meisten Kantone haben in der Zwischenzeit legiferiert, wobei viele auf Gesetzesstufe die Möglichkeit der Anordnung einer Zwangsernährung festlegen. Diese Möglichkeit wird jedoch gleichzeitig dadurch erheblich relativiert, dass

¹⁷ Art. 31^{bis} der Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten vom 13. Juni 2000 (sGS 962.4).

¹⁸ Kanton Bern: Art. 61 des Gesetzes über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 25. Juni 2003 (SMVG, BSG 341.1); Kanton Neuenburg: aktuelle Bestimmung in Art. 95 de la Loi sur l'exécution des peines et des mesures pour les personnes adultes vom 24. Mai 2016 (LPMPA, RSN 351.0), Kanton Graubünden: Art. 27 des Gesetzes über den Justizvollzug im Kanton Graubünden vom 27. August 2009 (Justizvollzugsgesetz, JVG, BR 350.500).

¹⁹ Gemäss Brägger/Zangger (Fn. 5), S. 415, stellt sich gar die Frage, ob überhaupt noch von einem Hungerstreik gesprochen werden sollte, wenn aufgrund von einer psychischen Erkrankung von einer Beeinträchtigung der freien Willensbildung auszugehen ist.

²⁰ Art. 49 der Verordnung über die Rechte und Pflichten von Gefangenen vom 19. November 2011 (SRVS 340.100).

²¹ Dass sich die Regelung einzig auf Verordnungsstufe befindet, ist aufgrund der mit einer Zwangsernährung verbundenen Grundrechtseingriffe kritisch zu würdigen, da auch bei Personen im Sonderstatusverhältnis bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen ein Gesetz im formellen Sinn gefordert wird. Thomas Gächter, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, S. 437 ff., 462 f. mit Hinweis auf BGE 139 I 280 E. 5.3 S. 286 f.

bei Urteilsfähigkeit, freier Willensbestimmung und/oder Vorliegen einer Patientenverfügung keine Intervention erfolgt.²² Dabei erscheint fraglich, ob es bei einer Beeinträchtigung der Willensbildung oder Urteilsunfähigkeit überhaupt die Anordnung einer Zwangsernährung braucht, da durch die Sicherstellung der medizinischen Versorgung in einem solchen Fall ohnehin auch die zuständigen Ärztinnen oder Ärzte von sich aus einschreiten würden.

6. Plädoyer für eine klare Trennung zwischen den Aufgaben der Justizvollzugsbehörden und derjenigen der Ärzteschaft

Auch im Kanton Zug wurde eine Bestimmung erlassen, welche jedoch gleich wie der Kanton St. Gallen nicht die Möglichkeit der Anordnung einer Zwangsernährung durch die Justizvollzugsbehörden vorsieht. Gestützt auf die gemachten Erfahrungen wurde stattdessen vorgesehen, dass sich in einem solchen Fall allfällige medizinische und pflegerische Zwangsmassnahmen nach dem kantonalen Gesundheitsgesetz richten.²³ Damit gelten für die inhaftierten Personen dem Normalisierungs- und dem Äquivalenzprinzip folgend keine Sonderregeln, sondern dieselben Bestimmungen wie für Personen in Freiheit. Ebenso wird damit eine klare Trennung zwischen dem Justizvollzug mit Zuständigkeit der Vollzugsbehörden und den medizinischen Zwangsmassnahmen mit Zuständigkeit der Ärzteschaft vorgesehen, so dass die Entscheidungsgewalt jeweils bei denjenigen Personen liegt, welche auch die Mittel zur Durchführung eines entsprechenden Entscheids haben.

Gemäss den Vollzugsgrundsätzen sollten die Rechte nur insoweit eingeschränkt werden, als dies für den Freiheitsentzug und das Zusammenleben in einer Vollzugseinrichtung erforderlich ist. Die Fürsorgepflicht darf meines Erachtens nicht dahingehend interpretiert werden, dass dadurch die Freiheitsrechte noch mehr eingeschränkt werden und z.B. das Selbstbestimmungsrecht der gefangenen Person über ihren Körper nicht mehr respektiert wird. Diese Überlegung wird auch durch das Äquivalenzprinzips unterstützt, denn

²² Vgl. z.B. Kanton Basel-Stadt: § 16 des Gesetzes über den Justizvollzug vom 13. November 2019 (Justizvollzugsgesetz, JVG, SG 258.200), Kanton Luzern: § 39 des Gesetzes über den Justizvollzug vom 14. September 2015 (JVG, SRL Nr. 305), Kanton Schwyz: § 122c f. des Justizgesetzes vom 18. November 2009 (JG, SRSZ 231.110).

²³ § 6 der Justizvollzugsverordnung vom 20. März 2018 (JVV, BGS 331.11) mit Verweis auf § 39 ff. des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug vom 30. Oktober 2008 (Gesundheitsgesetz, GesG, BGS 821.1). Da es sich dabei vor allem um eine Zuständigkeitsregelung sowie um die Definition von Abläufen handelt und in Bezug auf medizinische Zwangsmassnahmen auf ein Gesetz im formellen Sinn verwiesen wird, reicht die Regelungsstufe der Verordnung aus.

es ist praktisch unbestritten, dass bei einer sich z.B. aus Protest gegen Menschenrechtsverletzungen im Hungerstreik befindenden, urteilsfähigen Person in Freiheit eine Zwangsernährung nicht zulässig wäre.²⁴

Aufgrund seiner Fürsorgepflicht sowie dem Äquivalenzprinzip hat der Staat bei einem Hungerstreik die medizinische Versorgung sicherzustellen. Hingegen liegt die medizinische Behandlung nicht im Aufgabenbereich der Vollzugsbehörden, sondern in demjenigen der zuständigen Ärztinnen und Ärzte. Da die Vollzugsbehörden über keine Weisungsbefugnis gegenüber der Ärzteschaft verfügen, sollte auch die Verantwortung entsprechend den jeweiligen Kompetenzen aufgeteilt sein. Die zuständigen Ärztinnen und Ärzte haben in der Folge darüber zu befinden, ob die Patientin oder der Patient in Bezug auf den Hungerstreik als urteilsfähig oder nicht zu betrachten ist, ob eine gültige Patientenverfügung vorliegt oder ob Zweifel bestehen, dass diese auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen der hungerstreikenden Person entspricht (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Je nach Ergebnis entscheiden sie dann auch darüber, ob medizinische oder pflegerische Zwangsmassnahmen anzuordnen sind.

Als die Justizvollzugsbehörden des Kantons Zug im Jahr 2013 mit einem erneuten Hungerstreik konfrontiert waren, welcher schlussendlich zum Versterben des betroffenen Gefangenen führte, zeigte sich überdies die Wichtigkeit, dass jemand «Unabhängiges» ausserhalb des Justizvollzugs über allfällige medizinische Zwangsmassnahmen entschied. Wie sich in der Praxis zeigte, war es für die Ärzteschaft viel selbstverständlicher, mit dem Sterbewillen einer Person umzugehen.²⁵ Des Weiteren konnte damit einer allfälligen Erpressbarkeit des Staates entgegengewirkt werden, denn die Forderungen des Hungerstreikenden richteten sich dadurch nicht an dieselben Personen, welche über eine allfällige Zwangsernährung zu entscheiden hatten. Überdies konnten sich die

²⁴ Kind (Fn. 14), S. 84, mit Verweis auf den Hungerstreik von Bruno Manser, der damit auf seine Forderungen zum Schutz des Regenwaldes aufmerksam machen wollte. Vgl. auch Tag (Fn. 1), S. 59.

²⁵ In Bezug auf die Frage, ob der Inhaftierte tatsächlich einen Sterbewillen hatte bzw. ob seine Patientenverfügung tatsächlich auf einem freien Willen beruhte, gilt es zu beachten, dass wir alle von äusseren Umständen beeinflusst sind und in der Regel einzig eine bedingte Willensfreiheit besteht. D.h. die Wahlfreiheit beschränkt sich darauf, dass zwischen zwei oder mehr Optionen gewählt werden kann und somit zumindest die Möglichkeit besteht, dass man sich auch anders hätte entscheiden können. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass der Inhaftierte mehrfach über die gesundheitlichen Folgen seiner Handlungen aufgeklärt wurde und im Zustand voller Urteilsfähigkeit mittels Patientenverfügung bestimmte, dass auch im Falle seiner Bewusstlosigkeit keine lebenserhaltenden Massnahmen ergriffen werden sollten. Er war sich dabei bewusst, dass er damit seinen Tod in Kauf nahm.

behandelnden Ärzte auf diese Weise in einem ärztlichen Vertrauensverhältnis mit dem Hungerstreikenden austauschen und die Vollzugsbehörden wussten nicht, ob der Gefangene gegenüber der Ärzteschaft für den Fall des Bewusstseinsverlusts eine andere Anweisung gegeben hatte als diejenige, welche er gegenüber der Vollzugsbehörden kommuniziert hatte. Schlussendlich konnte damit verhindert werden, dass eine Patientenverfügung nur als Druckmittel zur Verdeutlichung der Ernsthaftigkeit des Hungerstreiks unterzeichnet wurde.

III. Kurzer Ausblick: Klare Trennung auch beim assistierten Suizid

Vor einiger Zeit äusserte ein in der Justizvollzugsanstalt Bostadel Inhaftierter unter anderem gegenüber den Medien seinen Wunsch nach einem assistierten Suizid. Dies hat eine Reihe von rechtlichen Fragen aufgeworfen.²⁶ Gleich wie es vor gut zehn Jahren betreffend Hungerstreik im Gefängnis in vielen Kantonen keine Regelung gab, galt es auch die Fragen zum assistierten Suizid im Freiheitsentzug anhand von Prinzipien und Grundsätzen zu beurteilen. Das hat das Schweizerische Kompetenzzentrum für den Justizvollzug (SKJV) getan und am 15. September 2020 eine Orientierungshilfe mit handlungsleitenden Prinzipien veröffentlicht, über welche schweizweit bei den zuständigen Behörden ein breiter Konsens besteht.²⁷

Wie erwähnt umfasst das Recht auf Selbstbestimmung auch das Recht jedes Einzelnen, über das eigene Leben und somit auch die Art und den Zeitpunkt seines Todes verfügen zu können.²⁸ Bei einer Einschränkung müsste neben den Voraussetzungen von Art. 36 BV²⁹ auch wiederum Art. 74 StGB berücksichtigt werden, wonach Einschränkungen von Freiheitsrechten im Vergleich zur Allgemeinheit nur insoweit zulässig sind, als dies für den Freiheitsentzug

²⁶ Eine ausführliche Analyse der Rechtsfragen findet sich bei Brigitte Tag/Isabel Baur, Suizidhilfe im Freiheitsentzug, Expertise zuhanden des Schweizerischen Kompetenzzentrums für den Justizvollzug, Zürich 2019.

²⁷ Das SKJV hat diesbezüglich in einem Projekt «Der assistierte Suizid im Straf- und Massnahmenvollzug» ein Grundlagenpapier vom 25. Juli 2019 erarbeitet, welchem das in der vorgängigen Fn. zitierte Gutachten zugrunde lag. In einer Vernehmlassung bei den Kantonen zeigten sich jedoch unterschiedliche Haltungen zu einzelnen Punkten des Grundlagenpapiers. Im Auftrag des Vorstands der KKJPD hat das SKJV die Rückmeldungen konsolidiert und gestützt darauf die erwähnte Orientierungshilfe erarbeitet. Alle Unterlagen finden sich auf der Homepage des SKJV unter <https://www.skjv.ch/de/unsere-themen/assistierter-suizid>.

²⁸ Vgl. die Hinweise in Fn. 6.

²⁹ Derzeit sieht kein Kanton eine gesetzliche Grundlage spezifisch zum assistierten Suizid im Freiheitsentzug vor.

und das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung erforderlich ist. Gleich wie beim Hungerstreik darf die Fürsorgepflicht nicht dazu führen, dass die Freiheitsrechte einer inhaftierten Person noch weiter eingeschränkt werden.³⁰ Insbesondere kann es nicht sein, dass eine todkranke, urteilsfähige Person gegen ihren freien Willen zum Leben gezwungen wird, denn mit dem Tod wird der Person auch die Freiheit genommen.³¹ Mit derselben Überlegung kann auch das staatliche Interesse an der positiven Generalprävention und am Schuldausgleich (Sühnegedanke) das Recht, über Art und Zeitpunkt des eigenen Todes zu entscheiden, nicht einschränken.

Gemäss dem Normalisierungsprinzip sollte der Entscheidungsprozess analog demjenigen ausserhalb des Freiheitsentzugs stattfinden. Die inhaftierte Person soll mit einer privaten Sterbehilfeorganisation Kontakt aufnehmen können und diese soll dann prüfen, ob sie bereit ist, eine inhaftierte Person in den Tod zu begleiten, ob die gesetzlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind und in welchen Räumlichkeiten dies stattfinden kann.³² Wichtig ist hier wiederum eine klare Trennung zwischen den Aufgaben der Justizvollzugsbehörden und derjenigen der Ärzteschaft. Es handelt sich beim Entscheid über die Bewilligung der Suizidhilfe nicht um eine Vollzugsfrage, welche von der einweisenden Behörde mittels Verfügung entschieden werden soll oder für welche die einweisende Behörde z.B. für ein Gutachten Kosten zu tragen hätte. Es ist vielmehr Sache der jeweiligen Ärztin oder des jeweiligen Arztes zu klären, ob im Einzelfall die Voraussetzung für eine ärztlich unterstützte Suizidhilfe erfüllt sind und der assistierte Suizid damit aus medizinisch-ethischer Sicht ge-

³⁰ Selbstverständlich gilt es jedoch gestützt auf das Fürsorgeprinzip der allgemeinen Suizidprävention einen hohen Stellenwert einzuräumen sowie Massnahmen zum Schutz vor sog. Affektsuiziden zu ergreifen. Vgl. Tag/Baur (Fn. 26), S. 21 und 24. Zur Unterscheidung zwischen Affekt- und Bilanzsuizid vgl. Julian Mausbach, Suizid im Gefängnis, in: Brigitte Tag/Dominik Gross (Hrsg.), Tod im Gefängnis, Frankfurt am Main 2012, S. 151 ff., 158 f.

³¹ Eine abweichende Interpretation würde im Ergebnis eine Pervertierung der Thematik der Todesstrafe darstellen.

³² Vgl. auch Orientierungshilfe des SKJV (Fn. 27). Um eine klare Abgrenzung zu haben und das Anstaltspersonal nicht unnötig zu belasten, sollte die Suizidhilfe nicht in den Räumlichkeiten der Vollzugsanstalt durchgeführt werden. Anders als im Fall von Alters- und Pflegeheimen, wo das Sterben viel selbstverständlicher ist, sind Gefängnisse sowie deren Personal und Abläufe nicht darauf ausgerichtet. Dies wird sich in Zukunft vielleicht ändern, wenn vermehrt auch Abteilungen für ältere Personen geschaffen werden (so z.B. der geplante Neubau für alte und langzeitverwahnte Gefangene in der JVA Bostadel).

rechtfertigt erscheint.³³ Bei den Vollzugsbehörden oder der Vollzugsinstitution verbleiben in diesem Zusammenhang einzig Entscheide, welche direkt den Vollzug betreffen und auch in anderem Zusammenhang zu treffen sind – beispielsweise in welcher Form die eingewiesene Person das Gefängnis verlassen kann (z.B. Sicherheitsvorkehrungen entsprechend einer polizeilichen Zuführung zu einem Arzt- oder Gerichtstermin) oder Bewilligungen für Zahlungen ab dem Sperrkonto.

³³ Die SAMW hat dazu in Ziff. 6.2. der ethisch-medizinischen Richtlinien «Umgang mit Sterben und Tod» vom 17. Mai 2018 Ausführungen gemacht, welche auch bei inhaftierten Personen zur Anwendung gelangen sollten. Diese medizinisch-ethischen Richtlinien wurden von der FMH (bisher) nicht in das ärztliche Standesrecht übernommen.

Covid-19: Schlaglichter auf das Verhältnis zwischen «Recht» und «Wissenschaft»

Kaspar Gerber

Inhalt

I.	Erste Begegnung mit Thomas Gächter und die Motive für diesen Beitrag	131
II.	Wissenschaft im Pandemiefall	132
	1. Wissenschaft im Dienst der Aufklärung	132
	2. Bild und Sprache der Wissenschaft gegen aussen	132
	3. Rechtliches Wissenschaftsverständnis bei der Pandemiebekämpfung	133
	4. Evidenz und Pandemiemassnahmen	135
	a) «Evidenzbasiert» vs. «eminenzbasiert»	135
	b) Evidenz und Dauer bzw. Intensität der Massnahmen	136
III.	Information der Bevölkerung über Covid-19	138
	1. Aktuelle Situation	138
	2. Mögliche künftige Verbesserungen in der Kommunikation	140
IV.	Vorläufiges Fazit	140

I. Erste Begegnung mit Thomas Gächter und die Motive für diesen Beitrag

Seit meinem ersten Arbeitstag im Sozialversicherungswesen im Jahre 2000 stellt sich für mich die langweilig-technisch anmutende, aber inhaltlich unendlich komplexe Frage: «Wie lässt sich der Grad der Zuverlässigkeit rechtsrelevanter medizinisch-wissenschaftlicher Aussagen in den rechtlich erforderlichen Beweisgrad «übersetzen»? Nach 15 Jahren Berufserfahrung stand bei mir 2015 eine nebenberufliche Weiterentwicklung an – mein Doktorat bei Thomas Gächter. So drängte es sich fast auf, eine Dissertation zur rechtlichen Würdigung psychosomatischer Leiden im IV-Rentenbereich zu verfassen.¹

Die Intensität des Spannungsverhältnisses zwischen der Medizin und der mit ihr korrelierten Wissenschaften einerseits und dem Recht andererseits erreicht für mich seit Beginn der Covid-19-Pandemie eine regelrechte *Kulmina-*

¹ Kaspar Gerber, Psychosomatische Leiden und IV-Rentenanspruch – Ein juristisch-medizinischer Zugang über IV-versicherte Gesundheitsschäden, funktionelle Einschränkungen und Beweisfragen auf Basis von BGE 141 V 281, Diss.; Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, 257, Zürich 2018.

tion. Im Folgenden hebe ich im Hinblick auf die eingangs gestellte Frage ein paar ausgewählte Punkte hervor. Da die Covid-19-Pandemie bei Redaktionsschluss (22. März 2021) andauert, ist die nachfolgende Beurteilung freilich eine vorläufige und bei deren Publikation möglicherweise eine zumindest teilweise überholte.

II. Wissenschaft im Pandemiefall

1. Wissenschaft im Dienst der Aufklärung

Oft war und ist seit einem Jahr davon die Rede, man müsse auf «die Wissenschaft» hören oder es gelte «follow the science». Was ist damit gemeint? Ein (spezial)technokratisches und damit undemokratisches Staatsverständnis, wo die politischen Entscheidungsträger «Beschlüsse» der jeweils für einschlägig erachteten «Wissenschaft» nur noch formell durchwinken können? Oder die Notwendigkeit, die politischen Entscheidungen zumindest in Kenntnis der jeweils bestmöglichen wissenschaftlichen Evidenz zu fällen? Was ist bzw. soll also die Wissenschaft? Gibt es überhaupt «die Wissenschaft»? Die Frage ist ein viel zu weites Feld für diesen Beitrag. Dem Schreibenden scheint deshalb die folgende Kurzformel einen guten Ausgangspunkt für diese Diskussion zu bilden: «Die Wissenschaft dient der Aufklärung mündiger Bürger. Wer sich ihrer bedient, um anderen vorzuschreiben, was sie tun oder lassen sollen, missbraucht sie.»²

2. Bild und Sprache der Wissenschaft gegen aussen

Ein Pandemiefall zwingt verschiedene Wissenschaftszweige zu einer engen Zusammenarbeit und zu *gemeinsamen Haltungen* gegen aussen und vor allem auch gegenüber den politischen Entscheidungsträgern. Was bedeutet das konkret? Zunächst müssen *alle relevanten Wissenschaftszweige* miteinbezogen werden. Covid-19 ist «nur», aber immerhin im Kern ein naturwissenschaftliches Problem (Identifikation des Erregers, medikamentöse Behandlung, Impfung usw.). Für die gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen der Pandemie sind zweifellos auch weitere Disziplinen wie die Sozialwissenschaften, die Wirt-

² So die Einleitung bei Michael Esfeld/Philip Kovce, Corona, Lockdown, Vernunft und Politik: Was genau lehrt uns die Wissenschaft?, NZZ Online vom 27. Januar 2021 <https://www.nzz.ch/feuilleton/corona-lockdown-vernunft-und-politik-was-genau-lehrt-uns-die-wissenschaft-ld.1598398>.

schaftswissenschaften oder die Psychologie gefragt.³ Und ja: Auch die Rechtswissenschaft gehört zur massgeblichen Wissenschaft und muss in einem Rechtsstaat einen sicheren Platz haben.

Im Weiteren berufen sich Fachleute aus verschiedenen Wissensbereichen oft auf die *Empirie*, verkennen aber dabei gelegentlich die damit verbundenen *Widersprüchlichkeiten*. So drohen der Verlust der *ganzheitlichen Sicht* und in der Folge ein «babylonisches Sprachgewirr». Es hilft dann wenig, wenn die involvierten medizinisch-naturwissenschaftlichen Disziplinen im Nachhinein versuchen, unter dem Titel «evidenzbasiert» den Wirrwarr funktionalistisch in «evidente» Einzelheiten aufzudröseln.

So prägen die u.a. zur Ergänzung des fehlenden (breitgefächerten) Spezialwissens der Bundesverwaltung *gesetzlich* eingerichteten offiziellen Gremien wie ausserparlamentarische Kommissionen⁴ und offiziöse Körperschaften wie die vom Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) und dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) *mandatierte*⁵ «Swiss National COVID-19 Science Task Force» das Bild der Wissenschaft in der Öffentlichkeit stark.⁶ Entsprechend ihrer Rollen als Fachgruppen müssen sie bei der Information der Öffentlichkeit zu politischen Fragen auf die *gebotene Zurückhaltung* achten.⁷

3. Rechtliches Wissenschaftsverständnis bei der Pandemiebekämpfung

Im Bereich «Schutz der Gesundheit» ist das zu Grunde liegende Wissenschaftsverständnis in der innerstaatlichen Normhierarchie ganz oben in der Bundesverfassung angesiedelt: Unter dem Überbegriff «Schutz der Gesund-

³ Zum Ganzen Richard Sennett, «Ich bin erstaunt, wie soziologisch naiv viele Epidemiologen sind», Welt Online vom 21. Februar 2021 <https://www.welt.de/wissenschaft/plus226756687/Richard-Sennett-Die-Deutschen-sollten-mehr-Eigeninitiative-zeigen.html>. Sennett hält bei Covid-19 «Isolation nicht für einen gangbaren Weg, mit einer Krise wie dieser umzugehen.»

⁴ Fedlex – Die Publikationsplattform des Bundesrechts, Ausserparlamentarische Kommissionen <https://www.fedlex.admin.ch/de/extra-parliamentary-commission>.

⁵ Swiss National COVID-19 Science Task Force, Mandat an die Task Force, S. 3 https://science-taskforce.ch/wp-content/uploads/2020/12/Science_Task_Force_Mandate_2020.pdf.

⁶ Vgl. zum Ganzen Kaspar Gerber, Öffentliche Kommunikation der «Swiss National COVID-19 Science Task Force» – Welche Regeln gelten?, in: Jusletter Coronavirus-Blog vom 22. Dezember 2020 <https://jusletter.weblaw.ch/blog/gerber22122020.html>.

⁷ Für ausserparlamentarische Kommissionen siehe Art. 8ter der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1), für die Swiss National COVID-19 Science Task Force (Fn. 5), S. 3, Ziff. 4 am Ende.

heit» gemäss Art. 118 BV⁸ macht die Spezialnorm 118a BV mit der «Komplementärmedizin» sowie e contrario mit der «Schulmedizin» verschiedene Wissenschaftsbilder und damit eine wissenschaftsmethodische «doppelte Buchführung»⁹ fest.¹⁰

Die für die Pandemiebekämpfung erforderlichen Massnahmen gehen über die Bekämpfung (individueller) medizinischer Probleme *weit hinaus*. Dementsprechend sind zusätzliche Wissenschaftsbereiche relevant. So greifen denn auch die im EpG¹¹ vorgesehenen Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, die sich gegen bestimmte Personen oder gegen die Bevölkerung richten, in *verfassungsrechtlich geschützte Grundrechte* (Persönlichkeitsrechte, Wirtschaftsfreiheit) ein.¹² Die entsprechenden Massnahmen der Gesundheitsbehörden stehen in einem *Spannungsfeld* zwischen der Wahrnehmung öffentlicher Interessen einerseits und der potenziellen Verletzung von Persönlichkeitsrechten oder Wirtschaftsinteressen andererseits.¹³ Beschränkungen dieser Freiheiten bedürfen nach Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein. Es sind denn auch «Verfahren einzurichten, welche den Betroffenen eine Überprüfung der Einschränkung der Grundrechte ermöglichen».¹⁴ Dieses Postulat ist jedoch insbesondere gegenüber bundesrätlich angeordneten Massnahmen noch *nicht zufriedenstellend* erfüllt.¹⁵

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

⁹ So Thomas F. Lüscher, Ist die Medizin von Sinnen? Zur Rückkehr des autistisch-undisziplinierten Denkens, *Kardiovaskuläre Medizin* 2009;12(10): S. 277-281, S. 279 <https://www.zh.ch/sites/zh.online.ias/files/files/TFL/CVM2009-Ist-die-Medizin-von-Sinnen.pdf>. Diese doppelte Buchführung muss gemäss Lüscher «als Rückschritt hinter die Aufklärung verstanden werden.» (S. 281).

¹⁰ In der obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) stehen bei der Beurteilung der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit komplementärmedizinischer Leistungen Spezialkriterien im Vordergrund (Art. 35a der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 [KVV, SR 832.102]).

¹¹ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101).

¹² Botschaft des Bundesrates zur Revision des Epidemiengesetzes, BBl 2011 311, 445.

¹³ BBl 2011 445. Dabei sind öffentliche Interessen entgegen der Andeutung in der dortigen Formulierung keineswegs generell gegensätzlich zu Wirtschaftsinteressen.

¹⁴ So BBl 2011 387.

¹⁵ Zum Ganzen Kaspar Gerber, Rechtsschutz gegen bundesrätlich angeordnete Schliessungen von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern – «Egoistische Verbandsbeschwerden» als Möglichkeit? – Ein Gedankenexperiment, Jusletter Coronavirus-Blog, 1. März 2021 <https://jusletter.weblaw.ch/blog/gerber01032021.html>; vgl. auch Andreas Stöckli, Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen – quo vadis?, Jusletter, 15. Februar 2021, Rz. 36.

Diese Vorgaben zwingen auch die jeweils zuständigen Behörden (Bundesrat, kantonale Behörden) – und damit die Juristinnen und Juristen – zu einem ausgeprägten Verständnis und Gespür für die konkret massgebenden wissenschaftlichen Erhebungen. Die Behörden dürfen die relevanten wissenschaftlichen Aussagen weder für die Ergreifung *angemessener Massnahmen zur Pandemiebekämpfung* 1:1 in ihre Beschlüsse überführen noch sie für eine *willkürfreie Entscheidung* ignorieren. Es besteht immer ein gewisser Beurteilungsspielraum, der sich realistischere auch schlicht nach der *gegenwärtigen (politischen) Opportunität* richten kann. Dies darf aber auch nicht dazu führen, von der «Wissenschaft» die notwendigen «dramaturgischen» Untermauerungen für bereits vorgefasste politische Entscheide zu Pandemiemassnahmen zu verlangen.¹⁶

4. Evidenz und Pandemiemassnahmen

a) «Evidenzbasiert» vs. «eminenzbasiert»

Evidenzbasiert bedeutet «auf der Basis empirisch zusammengetragener und bewerteter wissenschaftlicher Erkenntnisse erfolgend (von diagnostischen oder therapeutischen Massnahmen)».¹⁷

Der Bundesrat legt nach Art. 4 Abs. 1 EpG unter Einbezug der Kantone die Ziele und Strategien der Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten fest. Gemäss Art. 4 Abs. 2 EpG sind bei der Festlegung der Ziele und Strategien u.a. internationale Empfehlungen und Richtlinien (lit. b) und der aktuelle Stand der Wissenschaft (lit. c) zu berücksichtigen. Diese *Separierung der Entscheidungsgrundlagen* lässt den Schluss zu, dass die Evidenzgrade der internationalen Empfehlungen und Richtlinien (lit. b) und des aktuellen Stands der Wissenschaft (lit. c) nicht unbedingt *deckungsgleich*

¹⁶ Dazu für Deutschland eingehend Sebastian Viehmann, Mailwechsel des Innenministeriums Zahlreiche Seiten geschwärzt: Wie es zur Lockdown-Strategie der Bundesregierung kam, FOCUS Online vom 15. Februar 2021 https://www.focus.de/gesundheit/lockdown-und-kollateralschaeden-zahlreiche-seiten-geschwaerzt-wie-kam-es-zur-lockdown-strategie-der-bundesregierung_id_12965163.html anhand der (juristisch erstrittenen) teilweise herausgegebenen Korrespondenz des Bundesinnenministeriums (BMI) unter anderem mit dem Robert-Koch-Institut (RKI).

¹⁷ Duden Online, Stichwort «evidenzbasiert» <https://www.duden.de/rechtschreibung/evidenzbasiert>.

sein müssen. Daher können je nach deren Urheber die kraft EpG zu berücksichtigen internationalen Empfehlungen und Richtlinien mehr «eminenzbasierten» als «evidenzbasierten» Charakter aufweisen.¹⁸

b) *Evidenz und Dauer bzw. Intensität der Massnahmen*

In der gegenwärtigen besonderen Lage kann der Bundesrat nach Art. 6 Abs. 2 EpG verschiedene *Massnahmen auf dem Verordnungsweg* regeln. Nach Art. 40 Abs. 3 EpG dürfen die Massnahmen nur so lange dauern, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern. Sie sind regelmässig zu überprüfen. Diese Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Massnahmen ist u.a. ohne wissenschaftliche Evidenz nicht möglich.

Für die Epidemie- bzw. Pandemiebekämpfung ist ein gewisser *Schematismus* der ergriffenen Massnahmen zweifellos notwendig. In der ausserordentlichen Lage nach Art. 7 EpG muss das behördliche Ermessen zumindest zu Beginn aufgrund der «Gefahr im Verzug» zweifellos grösser sein («Chaosbonus») als in der jetzigen besonderen Lage nach Art. 6 EpG mit mehreren Monaten internationaler Erfahrung mit der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie. Man dürfte also annehmen, dass mit zunehmender Intensität und/oder zunehmender Dauer der Coronamassnahmen generell mehr interdisziplinäre wissenschaftliche Evidenz zu verlangen wäre. Auch Gesamtpakete von Massnahmen (Zugangsbeschränkungen zu gewissen Betrieben, Verhaltensregeln, Maskentragpflicht an verschiedenen Orten usw.), die insgesamt laut offizieller Einschätzung «irgendwie» wirken, dürften die Behörden je länger je weniger

¹⁸ Der Bundesrat liess in seiner Stellungnahme vom 2. September 2020 zur Anfrage von Marchesi durchblicken, dass er trotz bisher fehlender gesicherter wissenschaftlicher Ergebnisse zur Frage, in welchem Ausmass eine allgemeine Maskentragpflicht zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie beitragen würde, massgeblich aufgrund der entsprechenden Empfehlung der WHO eine allgemeine (und laufend erweiterte) Maskenpflicht eingeführt hat: «Bei Personen ohne Symptome war der Nutzen von Hygienemasken im öffentlichen Raum umstritten. Es gibt bisher keine gesicherten wissenschaftlichen Ergebnisse zur Frage, in welchem Ausmass eine allgemeine Maskentragpflicht zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie beitragen würde. Die WHO ermunterte in ihrer Empfehlung vom 5. Juni 2020 aufgrund von Erkenntnissen zur asymptomatischen Verbreitung sowie der bisherigen Erfahrungen, trotz noch fehlender wissenschaftlicher Evidenz, die Bevölkerung zum Tragen von Masken in spezifischen Situationen, z. B. im öffentlichen Verkehr. Der Bundesrat hat unter anderem unter Berücksichtigung dieser Empfehlung schweizweit per 20. Juni 2020 eine Maskentragpflicht bei Demonstrationen sowie per 6. Juli 2020 eine Maskentragpflicht im öffentlichen Verkehr beschlossen.» (Piero Marchesi, 20.1011 Anfrage «Maskentragpflicht. Es braucht Klarheit», Einreichungsdatum 6. Mai 2020 <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20201011>).

von evidenzbasierter Rechenschaft dispensieren. Sie haben entweder nachzuweisen, dass jede einzelne Vorkehrung dieses Gesamtpakets einen *signifikant positiven Effekt* auf die Eindämmung der Covid-19-Pandemie entfaltet, oder sie müssten zumindest die (erwünschten) Wechselwirkungen der einzelnen Coronamassnahmen zueinander nachvollziehbar aufzeigen.

Wo stehen wir bei Redaktionsschluss am 22. März 2021? Die Datenlage zur Covid-19-Pandemie in der Schweiz ist offenbar auch ein Jahr nach Ausbruch der Coronakrise noch ungenügend. Gar von «Blindflug» war und ist die Rede.¹⁹ Das Contact Tracing scheint *ins Leere* zu laufen, da bei fast 90 Prozent der Corona-Fälle der Ansteckungsort unbekannt ist.²⁰ Auch bestehen Hinweise für eine *zu hoch ausgewiesene* Positivitätsrate der Coronatests.²¹ Zudem ist fraglich, inwieweit Virusmutationen zu *schwereren Verläufen* führen.²² Für März 2021 sind zwar *epidemiologische Richtwerte* für weitere Lockerungen der Massnahmen

¹⁹ Marcel Salathé, «Wir sind nach wie vor im Blindflug», Tagesanzeiger Online vom 3. Februar 2021 <https://www.tagesanzeiger.ch/wir-sind-nach-wie-vor-im-blindflug-440840910381>.

²⁰ Adrian Schmid, Contact-Tracing funktioniert viel schlechter als angenommen, Tagesanzeiger Online vom 14. Februar 2021 <https://www.tagesanzeiger.ch/contact-tracing-laeuft-ins-leere-881422373659>.

²¹ Der Bundesrat hielt in seiner Antwort auf die Frage von Egger am 8. März 2021 u.a. fest: «[...] Der Bundesrat ist sich bewusst, dass diese Meldevorgaben einen direkten Einfluss auf die Positivitätsrate haben und diese entsprechend ein unvollständiges Bild gibt. Auch deshalb hat der Bundesrat bewusst auf ein fixes Ampelsystem verzichtet. Er wird die Auswirkungen der aktuellen Meldevorgaben auf die Positivitätsrate bei seinem Entscheid über allfällige weitere Öffnungsschritte berücksichtigen.» (Mike Egger, 21.7028, Fragestunde. Frage «Covid-19-Pandemie: Verfälscht das BAG bewusst die Positivitätsrate?», Einreichungsdatum 1. März 2021 <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?t=AffairId=20217028>; vgl. auch Christof Vuille, Alain Berset sieht Positivitätsrate kritisch, News für die Schweiz (nau.ch) vom 9. März 2021 <https://www.nau.ch/politik/bundeshaus/alain-beret-sieht-positivitaetsrate-kritisch-65884299>).

²² Dazu das BAG: «Es gibt Hinweise darauf, dass diese Varianten deutlich ansteckender sind und das Virus sich dadurch wesentlich schneller ausbreitet als dies bei der bisherigen Variante des neuen Coronavirus mit Ursprung in Wuhan der Fall war. Bei allen Varianten gibt es momentan keine Hinweise darauf, dass sie stärkere Symptome verursachen oder zu mehr Todesfällen führen.» (BAG, Coronavirus: Krankheit, Symptome, Behandlung, Varianten vom neuen Coronavirus <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung.html#808019177>).

definiert worden.²³ Bei Covid-19 ist die Zuverlässigkeit der Hochrechnung der Sentinella-Daten auf die Bevölkerung allerdings «zurzeit begrenzt».²⁴ Inwieweit die schweizerischen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie tatsächlich evidenzbasiert waren und sind, werden wohl erst spätere Untersuchungen zeigen.

III. Information der Bevölkerung über Covid-19

i. Aktuelle Situation

Im Pandemiefall muss die Bevölkerung in der Lage sein, die Gefährlichkeit von Covid-19 als spezifisches Lebensrisiko auch im *Verhältnis zu vergleichbaren anderen Lebensrisiken* möglichst realistisch zu beurteilen und sie weder zu unter- noch zu überschätzen. Das EpG auferlegt den zuständigen Behörden denn auch eine *Informationspflicht*. Die Information nach Art. 9 EpG über Krankheitsrisiken oder die Förderung der Gesundheit mittels Informationskampagnen sind ein zentrales Mittel zum Schutz der öffentlichen Gesundheit. Die Bürgerinnen und Bürger sollen ihre Entscheidungen möglichst auf der Grundlage von angemessenen Informationen treffen. Insbesondere dort, wo persönliche Entscheidungen und Verhaltensweisen zu Konsequenzen für die eigene oder für die Gesundheit Dritter führen können, sollen Handlungsoptionen und Entscheidungsgrundlagen bereitgestellt werden.²⁵ Die Empfehlungen des BAG

²³ Die Positivitätsrate soll unter fünf Prozent, die Auslastung der Intensivplätze mit Covid-19-Patienten unter 250 belegten Betten und die durchschnittliche Reproduktionszahl über die letzten 7 Tage unter 1 liegen. Zudem soll die 14-Tages-Inzidenz am 17. März nicht höher sein als bei der Öffnung am 1. März (Medienmitteilung des Bundesrates vom 24. Februar 2021 <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-82462.html>).

²⁴ «Die Zuverlässigkeit der Hochrechnung der Sentinella-Daten auf die Bevölkerung ist zurzeit begrenzt. Einerseits unterscheiden sich die Symptome von COVID-19 nur wenig von denen grippaler und weiterer respiratorischer Erkrankungen, die durch andere Erreger bedingt sind. Diese Erkrankungen sind daher in den Sentinella-Daten zu COVID-19 Verdacht enthalten. [...]» (BAG, Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Situationsbericht zur epidemiologischen Lage in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein - Woche 10 (08.03 - 14.03.2021), Stand am 17. März 2021, S. 14 https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/bisherige-lageberichte-q1-2021.zip.download.zip/Bisherige%20Situationsberichte.%202021_Q1.zip); vgl. auch Ziffer III.2 hinten.

²⁵ BBl 2011 367.

nach Art. 9 Abs. 3 EpG sollen dem *aktuellen Stand des Wissens* entsprechen und möglichst *laufend* an wichtige Entwicklungen auf dem Fachgebiet angepasst werden.²⁶

Da es sich bei einer Pandemie um etwas sehr «Ungutes» handelt, herrschen im Rahmen der zugehörigen Kommunikation zwangsläufig *negativ besetzte Begriffe* wie Krankheit, Elend, Tod, wirtschaftliche und gesellschaftliche Krisen usw. vor. Daher ist eine *behutsame Kommunikation* unabdingbar. Ansonsten droht durch das tägliche mediale Publizieren teils stark emotionalisierend aufbereiteter Daten zur Covid-19-Pandemie ein vielschichtiger *Nocebo-Effekt*.²⁷ Epidemiologische Grössen wie hohe Fallzahlen mit der Notwendigkeit weiterer Massnahmen, Mutanten, schwere Krankheitsfälle, Todesfälle, Schutz von besonders gefährdeten Personen(gruppen), Überlastung des Gesundheitswesens und Langzeitfolgen sind zweifellos wichtige, aber für die breite Bevölkerung ebenso *suggestive und narrativbeladene Begriffe*, die nicht einfach für sich selbst sprechen und automatisch uneingeschränkte (*wissenschaftliche und politische*) *Autorität* beanspruchen dürfen. Sie müssen vielmehr *gut begründet, wissenschaftlich untermauert und allgemeinverständlich eingeordnet werden*, um *Rechtsfolgen* (hier Massnahmen zu Bekämpfung der Covid-19-Pandemie) nicht nur zu legitimieren, sondern auch um für deren *möglichst hohe Akzeptanz* in der Bevölkerung zu sorgen. Gerade die Tolerierung von Einschränkungen im alltäglichen Leben der Gesamtbevölkerung hängt immer auch von den *vernünftigen Erwartungen* ab, welche die Bürgerinnen und Bürger rund um einen Pandemiefall an die (mittels ihrer Zwangsabgaben finanzierten) staatlichen Institutionen haben dürfen.²⁸ So hat die Covid-19-Pandemie die Schweiz

²⁶ BBl 2011 367.

²⁷ Vgl. Eva Druey Just, Nocebo als ernstzunehmender Faktor in der Aufklärungsdiskussion, in: Jusletter vom 1. Februar 2021, *passim*.

²⁸ Hierzu hat der Bund etwa bei der Bevölkerung sehr hohe Erwartungen an die Pandemievorbereitung geweckt unter Zitat von Benjamin Franklin: «If you fail to plan, you are planning to fail» (BAG, Influenza-Pandemieplan Schweiz Strategien und Massnahmen zur Vorbereitung auf eine Influenza-Pandemie, 2018, S. 3 <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/hygiene-pandemiefall/influenza-pandemieplan-ch.pdf.download.pdf/bag-pandemieplan-influenza-ch.pdf>).

punkto *Pandemievorbereitung* schlicht auf dem falschen Fuss erwischt.²⁹ Auch bei der *Impfintensität* erreicht die Schweiz zumindest bis dato international keinen vorderen Platz.³⁰

2. Mögliche künftige Verbesserungen in der Kommunikation

Statistische Daten zu Covid-19 sollten nur im grösseren Zusammenhang mit einer *statistischen Gesamtschau* insbesondere (und zumindest) der *respiratorischen Infektionskrankheiten* erfolgen. Zu den saisonal auftretenden grippeähnlichen Erkrankungen veröffentlicht das BAG von Oktober bis April wöchentlich einen Bericht, das «Grippemonitoring». Die Datenerhebung für den Bericht erfolgt im Rahmen der – wegen Covid-19 gegenwärtig nur eingeschränkt zuverlässigen – *Sentinella-Überwachung* und der *Meldepflicht*.³¹ Die relevanten Daten zu Covid-19 sollten künftig in die bisher etablierten Monitoringgefässe des BAG zu Infektionskrankheiten und von Oktober bis April *klarer und anschaulicher* in das Grippemonitoring eingegliedert werden. Auf jeden Fall sollte möglichst rasch auf die prominente und *isolierte tägliche Berichterstattung* zu erhobenen Daten zu Covid-19 verzichtet werden.

IV. Vorläufiges Fazit

Als Antwort auf die vom Titel dieses Beitrags implizierte Frage lässt sich sagen, dass sich «Recht» und «Wissenschaft» *wechselseitig beeinflussen*. So verweisen einzelne Artikel des EpG u.a. auf die wissenschaftlichen Erhebungen als *notwendige, aber nicht hinreichende Entscheidungsgrundlagen für die zustän-*

²⁹ «Trotz des 2018 in Kraft getretenen Influenza-Pandemieplans Schweiz waren offensichtlich weder Bund noch Kantone auf eine Gesundheitskrise dieser Grössenordnung vorbereitet.» (Konferenz der Kantonsregierungen [KdK], Zwischenbericht zur Covid-19-Pandemie: Das Krisenmanagement in der ersten Welle aus Sicht der Kantone, Plenarversammlung vom 18. Dezember 2020, S. 8 https://kdk.ch/uploads/media/AN_4310-5-20201221-Zwischenbericht_Covid-DE_final.pdf).

³⁰ OurWorldinData (OWID), Statistics and Research, Coronavirus (COVID-19) Vaccinations <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>.

³¹ Die Sentinella-Überwachung verfolgt laufend die Zahl der Arztkonsultationen aufgrund grippeähnlicher Erkrankungen (Grippeverdacht) in Arztpraxen und bei Hausbesuchen von Grundversorgerinnen und Grundversorgern. Die Beteiligung ist für Grundversorgerinnen und Grundversorger freiwillig. Die Meldepflicht der Laboratorien umfasst alle Influenza-Nachweise mit positivem Befund (BAG, Saisonale Grippe – Lagebericht Schweiz <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/saisonale-grippe---lagebericht-schweiz.html>).

digen Behörden (u.a. Bundesrat) zur Ergreifung von Pandemiemassnahmen. Wenn der Bundesrat neue Massnahmen z.B. auf dem Verordnungsweg ergreift, schafft er dadurch *neues (geschriebenes) Recht*.

In einem grösseren Zusammenhang betrachtet, stellt die Covid-19-Pandemie das *gesamtgeseftliche Leben* auf eine teils harte Probe, wobei die Beurteilung einzelner Faktoren je nach Sichtweise und Standpunkt differieren mag. Doch ist die Pandemie ein Grund für einen generellen Ausnahmezustand mit der Losung «mehr Diktatur wagen», wie es mittlerweile auch in unseren Breitengraden zumindest halb ernsthaft angeregt wird?³² Sicher nicht. Eine Pandemie ist bei aller Tragik im Einzelfall kein Grund, die *demokratische Gesellschaftsordnung* ab initio umzukrempeln mit dem Anspruch, es müsse jetzt «alles anders werden». Notwendig ist es allerdings, sich den folgenden offenkundigen Herausforderungen zu stellen: Die (suboptimale) Pandemievorbereitung muss verbessert werden. Die Beschaffungsprobleme beim Impfstoff, der (verbesserungsfähige) Rechtsschutz gegen (notrechtliche) bundesrätliche Massnahmen und damit deren Verhältnismässigkeit,³³ die pandemische Datenerhebung und -verwaltung und vor allem die Kommunikationpraxis sind dereinst bei der Aufarbeitung der Pandemie prioritär zu thematisieren. Auf alle Fälle erfordert die (Nach)Beurteilung der Covid-19-Pandemie einen *freien Geist* und inhaltliche Auseinandersetzungen mit *offenem Visier* – so wie es der Jubilar verkörpert und für sein Umfeld in inspirierender Weise vorlebt. Ich gratuliere Thomas Gächter ganz herzlich zu seinen ersten 50 Lebensjahren. Auf die nächsten 50!

³² Thomas Brussig, Pandemie, Mehr Diktatur wagen, Süddeutsche Zeitung Online vom 9. Februar 2021 <https://www.sueddeutsche.de/kultur/corona-diktatur-thomas-brussig-1.5199495?reduced=true>; dazu die Replik von René Schlott, Bekämpfung der Pandemie, Der Freiheit eine Gasse, Süddeutsche Zeitung Online vom 10. Februar 2021 <https://www.sueddeutsche.de/kultur/brussig-corona-diktatur-rki-mutante-1.5202051>.

³³ Gerber (Fn. 15).

Staatliche Schutzpflichten gegenüber künftigen Generationen?

Matthias Kradolfer

Inhalt

I.	Einleitung	143
II.	Kernelemente der Schutzpflichtenlehre	145
III.	Objektivierung des Grundrechtsschutzes	147
IV.	Inhalt möglicher Schutzpflichten	149
V.	Folgeprobleme	151

I. Einleitung

1. Staatliche (oder grundrechtliche¹) Schutzpflichten zählen zum etablierten Repertoire der Schweizer Grundrechtsdogmatik.² Grundrechte statuieren demgemäss nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat, sondern verpflichten ihn zum aktiven Schutz grundrechtlicher Positionen. Im Text der totalrevidierten Bundesverfassung findet die Schutzpflichtenlehre ihren «Aufhänger» in

¹ Zur Begrifflichkeit vgl. Patricia Egli, *Drittwirkung von Grundrechten*. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Diss. Zürich 2002, S. 31.

² Thomas Gächter, § 34 *Allgemeine Grundrechtslehren*, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 46; Ders., *Grundsatzfragen und Konzepte der Sanierung*, URP 2003, S. 459–506, S. 468; siehe weiter: Jörg Paul Müller, § 39 *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, Rz. 37; Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wyttenbach, *Grundrechte*, 3. A., Bern 2018, § 4 Rz. 17 ff.; René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. A., Basel 2016, Rz. 1173 ff.; Markus Schefer, *Gefährdung von Grundrechten*, in: Thomas Sutter-Somm et. al. (Hrsg.), *Risiko und Recht. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Basel/Genf/München 2005, S. 441–480, S. 445 f.; zurückhaltend Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar*, 2. A., Zürich 2017, Art. 35 Rz. 7.

Art. 35 BV, welcher die «Multifunktionalität»³, «Mehrfunktionalität»⁴ und «Plurifunktionalität»⁵ der Grundrechte zum Ausdruck bringt. Im Einzelnen bleibt jedoch vieles unklar.⁶

2. Die nachfolgenden Überlegungen zur Schutzpflichtenlehre knüpfen an eine von Thomas Gächter betreute Seminararbeit⁷ an und entwickeln dortige Gedanken weiter. Die Frage lautet, ob die Schutzdimension der Grundrechte zugunsten künftiger Generationen wirkt. Biologisch noch nicht konzipierte Menschen sind keine Grundrechtsträger, weil die Grundrechtsträgerschaft frühestens mit der konkreten Potenzialität zum Menschsein einsetzt.⁸ Zumindest die Abwehrfunktion von Grundrechten läuft ins Leere. Gilt das gleiche für die Schutzfunktion? Der Beitrag versteht sich als Versuch, über Konsequenzen von Grundrechtsdogmatik nachzudenken. Weder will er die Schutzpflichtenlehre umfassend darstellen noch kann er der Frage nach konkreten Rechten zukünftiger Generationen gerecht werden.⁹

3. Dass Grundrechte zugunsten zukünftiger Generationen wirken könnten, erscheint auf den ersten Blick utopisch. Entwicklungen der jüngeren Staatspraxis unterstreichen jedoch die Berechtigung der Fragestellung. Das schweizerische Bundesgericht entschied mit Urteil vom 16. September 2020, die baselstädtische Initiative «Grundrechte für Primaten» könne im Licht von Art. 35 BV so verstanden werden, dass nichtmenschlichen Primaten spezifische Ab-

³ Peter Saladin, Grundrechte im Wandel, 3. A., Bern 1982, S. LVI.

⁴ Georg Müller, Privateigentum heute: Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, ZSR 115 (1981) II, S. 1–116, S. 35.

⁵ René Rhinow, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 427–445, S. 432.

⁶ Biaggini (Fn. 2), Art. 35 Rz. 7 (die Schutzpflichtenlehre stecke noch in den «Kinderschuhen»).

⁷ Matthias Kradolfer, Grundrechtliche Schutzpflichten als Element der Schweizerischen Sozialverfassung, in: Editions Weblaw (Magister VI.7), Bern 2007.

⁸ Weiterführend: Bernhard Rütsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2009, passim.

⁹ Weiterführend: Michael Kleiber, Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, Diss. Hamburg, Tübingen 2014, passim; Klaus Mathis, Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit, Habil. Luzern, Tübingen 2017, passim; Peter Saladin/Christoph Andreas Zenger, Rechte künftiger Generationen, Basel/Zürich 1988, passim; Johan Rochel, Des invités dans la Constitution cantonale? Réflexions sur l'intégration de nouvelles entités dans le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution valaisanne, ZBl 2021 (122), S. 67–89, S. 76 ff.; Christian Lux-Wesener, Generationengerechtigkeit im Grundgesetz?, in: Handbuch Generationengerechtigkeit, 2. A., München 2003, S. 405–439, passim.

wehrechte gegenüber dem Staat einzuräumen seien.¹⁰ Wenn nichtmenschliche Primaten als Grundrechtsträger in Frage kommen, warum nicht auch zukünftige Generationen? Der niederländische *Hooge Raad* fällt sodann am 20. Dezember 2019 ein Leiturteil zum Klimaschutz. Das Gericht verpflichtete den niederländischen Staat, den Ausstoss an Treibhausgasen bis Ende 2020 signifikant zu reduzieren. Die Entscheidung liefert starke Begründungselemente für einen menschenrechtlich fundierten Klimaschutz.¹¹

II. Kernelemente der Schutzpflichtenlehre

4. Der Schutz der Bürgerinnen und Bürger ist geradezu klassische Staatsaufgabe.¹² Die Schutzpflichtenlehre rekurriert damit auf eine ideengeschichtlich mächtige Vorstellung über Sinn und Berechtigung eines Staats.¹³ Sie entwickelte sich namentlich in der Spruchpraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des EGMR. Die Rechtsprechung dieser Gerichte war für die Schweizer Lehre richtungsweisend.¹⁴

5. Gemäss mit dem «Lüth-Urteil» begründeter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts errichten die Grundrechte eine «objektive Wertordnung»¹⁵. In dieser objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte sind im Prinzip alle Probleme der Grundrechtsdogmatik angelegt, auch die Schutz-

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 16. September 2020, 1C_105/2019 (zur Publikation vorgesehen), E. 8.3.

¹¹ Vgl. die englische Urteilsfassung in HRLJ 2019, S. 427–448; zur Einordnung des Urteils: Julia Hänni, Menschenrechtlicher Schutz in der Klimakrise – Das Leiturteil Uganda, EUGRZ 2020, S. 616–633, passim.

¹² Thomas Hobbes, *Leviathan*, 17. Kapitel, S. 151 ff. (zitiert nach der Ausgabe Reclam, Stuttgart 1970); aus staatsrechtlicher Sicht: Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter, *Allgemeines Staatsrecht*, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 50.

¹³ Vgl. Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. A., Berlin 2005, S. 21 ff.; Gerhard Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, Baden-Baden 1987, S. 1 ff.

¹⁴ Mit weiteren Hinweisen: Samantha Besson, *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – un essai en dogmatique comparative*, ZSR 122 (2003) I, S. 49–96, S. 57 ff.; Egli (Fn. 1), S. 38 ff.; Axel Tschentscher, *Schutzpflichten*, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1317–1343, Rz. 1 f. und Rz. 18 ff.; siehe auch zur Rechtsprechung des früheren Zürcher Kassationsgerichts Regina Kiener, *Die «Rote Zora», die Zuhälterbande und die Polizei. Wie das Zürcher Kassationsgericht (sinngemäss) Schutzpflichten anerkannte*, in: Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Donatsch*, S. 619–631, passim.

¹⁵ BVerfGE 7, 198 (205).

pflichtenlehre.¹⁶ Das «Lüth-Urteil» kann deshalb als «Geburtsurkunde des eigenständigen und spezifischen deutschen Grundrechtsdenkens» gelesen werden.¹⁷ Die Schweizer Lehre steht wohl nicht auf dem Boden einer derart umfassenden (objektiven) Grundrechtstheorie. Staatliche Schutzpflichten werden stattdessen als konkret auszuformende Gehalte einzelner Grundrechte begriffen.¹⁸ Sie sind in dieser Optik eine besondere Modalität von Grundrechten, die gleichberechtigt neben deren Abwehrgehalt tritt.¹⁹

6. Gleich wie die Abwehrfunktion der Grundrechte kann ihre Schutzfunktion in eine Tatbestands- und Rechtsfolgeseite zerlegt werden. Der Tatbestand setzt die Verkürzung eines Grundrechtsgehalts voraus, was zugleich bedeutet, dass die Schutzpflichtenlehre nicht den Kreis grundrechtlicher Positionen erweitert.²⁰ Urheber des «Grundrechtseingriffs» kann eine personale oder apersonale Gefahrenquelle sein. Die Rechtsprechung anerkennt beispielsweise Naturgefahren²¹ und die Kernenergie²² als potenzielle Grundrechtsgefährdun-

¹⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990), S. 1–31, S. 8.

¹⁷ Rainer Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin 2006, S. 32.

¹⁸ So der Befund bei Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten, *Habil.* Bern 2001, S. 246; mit Hinweis auf Jörg Paul Müller, Zur sog. subjektiv- und objektiv-rechtlichen Bedeutung der Grundrechte, *Der Staat* 29 (1990), S. 33–47, S. 39: «Generell lässt sich kaum eine objektiv-rechtliche Geltung der Grundrechte vertreten» (Hervorhebung im Original); ähnlich Tschentscher (Fn. 14), Rz. 8 f. Näher zur objektiven Grundrechtsdimension unten, Rz. 10 ff.

¹⁹ Z.B. Kiener/Kälin/Wytenbach (Fn. 2), § 4 Rz. 17 f. Die Strukturgleichheit von Abwehr- und Schutzrecht ist freilich umstritten; zu dieser Debatte: Michel Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, *Habil.* Wien, Wien/New York 1997, S. 254 ff.

²⁰ Besson (Fn. 14) S. 78; Egli (Fn. 1), S. 284; Rhinow/Schefer/Uebersax (Fn. 2), Rz. 1175.

²¹ ECHR (Judgment), *Di Sarno and others vs. Italy*, 10. Januar 2012, Nr. 30765/08, Ziff. 105 f.; aus der älteren Rechtsprechung: *López Ostra c. Espagne*, *Série A, Rec.* 1994 Nr. 303C; *Guerra c. Italie*, *Série A, Rec.* 1998-I 210.

²² BGE 140 II 317 E. 4.7 S. 328 f.

gen. Selbst gesellschaftliche und soziale Zustände sind geeignet, die Schutzfunktion zu aktivieren.²³

7. Auf der Rechtsfolgeseite spiegelt sich die tatbestandliche Offenheit der Schutzpflichtenlehre in zahlreichen Differenzierungen. Die grundrechtlich gebotenen Massnahmen sind auf die Intensität der Grundrechtsverkürzung abzustimmen und variieren inhaltlich je nach Adressaten.²⁴ Im Bereich der Grundrechtsgefährdung, also gleichsam im Vorfeld eines eigentlichen «Eingriffs», trifft den Staat die Pflicht, zu tolerierende Risiken festzulegen und Mindeststandards der Risikovorsorge zu definieren.²⁵ Das ist primäre Aufgabe des Gesetzgebers. Je intensiver der Schutzbereich tangiert ist, desto eher können Schutzpflichten die Gestalt von präventiv wirkenden justiziablen Rechten annehmen.²⁶ Wo der Gesetzgeber bereits eine wirksame Vorsorge getroffen hat, erschöpfen sich die Schutzpflichten nach Ansicht des Bundesgerichts regelmässig in der richtigen Anwendung des Gesetzesrechts.²⁷

III. Objektivierung des Grundrechtsschutzes

8. Die Abwehrdimension der Grundrechte setzt einen Grundrechtseingriff voraus. Dieses Bauelement der Grundrechtsdogmatik koordiniert formellen und materiellen Grundrechtsschutz, indem es eine Grundrechtsbeeinträchtigung dem Staat zurechnet, die Rechtfertigungsprüfung abrufet und den Weg zum Rechtsschutz ebnet.²⁸ Die klassische Definition des Grundrechtseingriffs umfasst die Elemente der Imperativität, Finalität, Unmittelbarkeit und Rechts-

²³ Jörg Paul Müller, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018, S. 69; bemerkenswert ist die Entscheidung ECHR (Judgment), Gorgel and Georgeta Stoicescu vs. Romania, 16. Juli 2011, Nr. 9718/03; die Beschwerdeführerin war von streunenden Hunden in einem Quartier in Bukarest angegriffen worden; in Ziff. 59 erwoog der EGMR: «Indeed, where an issue in the general interest is in stake, which reaches a degree of gravity such that it becomes a public health issue, it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate and consistent manner»; differenzierend zu sozialen Risiken: Azucena Sorrosal, Soziale Wirksamkeit der Grundrechte, Diss. St. Gallen, St. Gallen/Lachen 2002, S. 55 f., S. 67 und S. 132 ff.; Kradolfer (Fn. 7), S. 35 f. und S. 47 f.

²⁴ Siehe Bernhard Waldmann, Kommentar zu Art. 35 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Rz. 44–50.

²⁵ Peter Hettich, Kooperative Risikovorsorge, Habil. St. Gallen, Zürich/Basel/St. Gallen 2014, Rz. 191.

²⁶ Vgl. Markus Schefer, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006, S. 42.

²⁷ BGE 126 II 300 E. 5c S. 315.

²⁸ Gertrude Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Habil. Bielefeld, Baden-Baden 1988, S. 30 ff.; Beatrice Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1997), Berlin/New York 1998, S. 57–99, S. 61 f.

förmigkeit.²⁹ Eine Reihe potenziell grundrechtsbedrohender Phänomene sprengen allerdings das klassische Eingriffskonzept, bspw. bestimmte Formen informalen Staatshandelns.³⁰ Es überrascht daher nicht, wenn der Grundrechtseingriff zum «Begriff in Auflösung»³¹ verkam.

9. Die Schutzpflichtenlehre hat ihren Anteil an den Auflösungserscheinungen. Insbesondere die Merkmale der Imperativität und Finalität der klassischen Eingriffskonzeption sind ihr fremd, weil die Schutzpflicht nicht an formalisiertes staatliches Handeln anknüpft, sondern an eine Beeinträchtigung grundrechtlicher Positionen. Mit anderen Worten ist jeweils *staatliches Unterlassen* zu beurteilen. Dabei muss die Schutzpflichtenlehre diejenigen Probleme, die die Grundrechtsdogmatik mit dem Grundrechtseingriff bewältigen will, ebenfalls angehen. Vorab zwei Herausforderungen sind zu meistern: Eine Grundrechtsbeeinträchtigung muss dem Staat irgendwie zurechenbar sein; und eine «Mindestintensität» der Grundrechtsbeeinträchtigung ist zu umschreiben, wenn nicht jede Berührung des Schutzbereichs sogleich eine (welche?) Schutzpflicht aktivieren soll.³²

10. Die Zurechnungs- und Beeinträchtigungsproblematik illustrieren eine Tendenz zur Objektivierung des Grundrechtsschutzes. Anstatt einen konkreten Grundrechtsträger vor einem bestimmten staatlichen Akt zu schützen, nimmt die Schutzpflichtenlehre den Schutzbereich in das Blickfeld. Dieser *Perspektivenwechsel* ist grundlegend und wohl unumkehrbar.³³

11. Der Perspektivenwechsel vollzieht sich an der *Schnittstelle von Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*. Je stärker der Anteil der Grundrechtstheorie gewichtet wird, desto weitergehend sind die daraus folgenden Verformungen der Grundrechtsdogmatik.³⁴ Für die an Rudolf Smend (1882–1975)

²⁹ Christoph Raess, Die Grundrechtsbeeinträchtigung, Diss. Zürich 2020, Rz. 131, 133, 135 f.

³⁰ Pierre Tschannen, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 118 (1999) II, S. 355–455, S. 380 ff.

³¹ Tschannen (Fn. 30), S. 406; bei diesem Befund setzt beispielsweise die Arbeit von Raess (Fn. 29) an und versucht, eine dogmatische Alternative zu entwickeln.

³² Zum Problem der Beeinträchtigung vgl. Schefer (Fn. 26), S. 42 ff.; zur Frage der Zurechnung vgl. Hänni (Fn. 11), S. 619 ff.; für ein allgemeines Prüfprogramm vgl. Tschentscher (Fn. 14), Rz. 42–52.

³³ Vgl. Dieter Grimm, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: Ders., Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991, S. 221–240, S. 234 ff.

³⁴ Auf diesen Zusammenhang weist zu Recht Lübke-Wolff (Fn. 28), S. 63 f., hin. In diesem Sinn auch Holoubek (Fn. 19), S. 91 ff. (mit dem Ergebnis, die in der deutschen Lehre entwickelte objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte sei nur vor dem Hintergrund des Grundgesetzes verständlich und für das österreichische Verfassungsrecht abzulehnen [a.a.O., S. 96]).

angelehnte institutionelle Grundrechtstheorie verwirklichen die Grundrechte eine Wertordnung;³⁵ subjektiver Grundrechtsschutz geht in der objektiven Pflicht des Staates zur Grundrechtseffektuiierung auf.³⁶ Als objektive Leitprinzipien verstanden lassen sich Grundrechte «nicht nur zwanglos, sondern geradezu zwingend auf Künftige erstrecken»³⁷.

IV. Inhalt möglicher Schutzpflichten

12. Wenn Grundrechte in ihrer objektiven Dimension die Rechtsordnung losgelöst von subjektiven Ansprüchen «bis in die feinsten Verästelungen»³⁸ durchströmen, und wenn es irrelevant ist, wodurch ihre Realisierung bedroht ist, trifft den Staat eine Schutzpflicht für potenzielle Grundrechtspositionen zukünftiger Generationen.³⁹ Bezogen auf die klassischen Abwehrrechte der Bundesverfassung, etwa das Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 BV) sowie auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), liesse sich der Inhalt dieser Schutzpflicht dahingehend umschreiben, der Staat solle das Notwendige vorkehren, damit zukünftige Menschen die in den Grundrechten verbürgten Freiheiten effektiv wahrnehmen können.⁴⁰

13. Diese Verpflichtung ist unbestimmt. Aber es ist möglich, sie ansatzweise zu konkretisieren. Bleiben wir bei den Rechten auf Leben und persönliche Freiheit sowie auf Schutz der Privatsphäre. Zum Ersteren zählen die Selbstbestimmung und die individuelle Lebensgestaltung.⁴¹ *Klimatische Veränderungen* könnten zukünftige Generationen – im Vergleich zu Heute – erheblich in der individuellen Lebensgestaltung beeinträchtigen. Die vom National Cent-

³⁵ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München/Leipzig 1928, S. 163: «Darin kommen die beiden Momente unzweideutig zum Ausdruck, in denen der inhaltliche Sinn eines Grundrechtskatalogs besteht: er will eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d.h. ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem normieren (...); näher zum Einfluss von Smend: Frieder Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970*, München 2004 (Nachdruck 2013), S. 243 ff.

³⁶ Peter Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 2. A., Karlsruhe 1972, S. 22; Ulrich Scheuner, *Pressefreiheit*, VVDStRL 22 (1965), Berlin 1965, S. 1–100, S. 45 f.

³⁷ Saladin/Zenger (Fn. 9), S. 78.

³⁸ Saladin (Fn. 3), S. 296.

³⁹ So ausdrücklich: Saladin/Zenger (Fn. 9), S. 76 und S. 107 f.; Lux-Wesener (Fn. 9), S. 420 f.; differenzierend Mathis (Fn. 9), S. 586 f.; eine ausführliche Konzeptionalisierung findet sich bei Kleiber (Fn. 9), S. 218 ff.

⁴⁰ Vgl. zur Struktur eines solchen Rechts auf Schutz: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1994, S. 420 f.

⁴¹ BGE 138 IV 13 E. 7 S. 25 f.

re for Climate Services (NCCS) entwickelten Klimaszenarien errechnen für die Schweiz im Jahr 2060 einen Temperaturanstieg von 1.5 bis 5.5 Grad Celsius im Sommer und 2.0 bis 4.0 Grad Celsius im Winter, bis zu 9 Tage längere Sommertrockenperioden und um 10% erhöhte Eintagesniederschläge.⁴² Bewirken diese veränderten Umweltbedingungen eine Grundrechtsbeeinträchtigung? Folgefrage wäre, wer die Grundrechtsbeeinträchtigung rügen kann.⁴³ Grundrechte zukünftiger Generationen sind, zumindest auf den ersten Blick, Grundrechte ohne Grundrechtsträger.

14. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schützt Art. 13 BV die informationelle Selbstbestimmung.⁴⁴ Unter den Bedingungen einer technisierten und netzwerkartig organisierten Gesellschaft wird es faktisch immer schwieriger, eigenverantwortlich mit Daten umzugehen. Gerade mit Blick auf zukünftige technische Entwicklungen wird in der Lehre gefordert, der Staat habe verstärkt seine Schutzpflicht wahrzunehmen⁴⁵ und zwecks Grundrechtsverwirklichung ein eigentliches «Datenverkehrsrecht» zu konzipieren.⁴⁶ Eine die Informationsentwicklung steuernde Gesetzgebung kann zugunsten künftiger Generationen wirken.

15. Die Beispiele belegen, dass die Schutzpflichtenlehre einen Begründungsansatz liefert, um Interessen zukünftiger Generationen in der Grundrechtsdogmatik zu verarbeiten. Der in die Zukunft gerichtete Blick kann die Probleme, die mit der Schutzpflichtenlehre verbunden sind, aber nicht abstreifen. Entscheidend bleiben Fragen wie: Wann ist eine grundrechtlich relevante Beeinträchtigung zu befürchten? Ist der Staat dafür verantwortlich? Mit welchen Mitteln kann er der Gefährdung begegnen? Wer ist zuständig für den Grundrechtsschutz (Rechtsetzung oder Rechtsanwendung), und wer setzt diesen durch?

⁴² NCCS, Klimaszenarien für die Schweiz (CH2018), Zürich 2018, S. 16 (Szenario «2060 ohne Klimaschutz»).

⁴³ Das Bundesgericht verneinte in BGE 146 I 145 E. 5.4 f. S. 154, eine Grundrechtsbeeinträchtigung von Mitgliedern des Vereins KlimaSeniorinnen durch den Klimawandel. Die von der Schweiz ratifizierte Aarhus-Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten in Art. 9 zu präventivem Rechtsschutz, der sich ausdrücklich auch auf «Mitglieder der Öffentlichkeit» erstreckt. Die Schweiz hat dazu im Bereich der Kernenergie einen Vorbehalt angebracht. Nach Ansicht des Bundesgerichts konnten die Mitglieder des Vereins KlimaSeniorinnen aus Art. 9 der Aarhus-Konvention nichts zu ihren Gunsten ableiten (BGE 146 I 145 E. 5.5 S. 155).

⁴⁴ BGE 144 II 78 E. 5.2 S. 84.

⁴⁵ Christine Kaufmann et. al., Das Recht auf Privatsphäre im digitalen Zeitalter, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte, Bern 2016, Rz. 201, Rz. 204 f.

⁴⁶ Thomas Gächter/Philipp Egli, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, Jusletter vom 6. September 2010, Rz. 26.

V. Folgeprobleme

16. Die Ausweitung grundrechtlich geschützter Lebensbereiche verspricht ein Mehr an Rechtspositionen, und insofern könnte man die Entwicklung begrüßen.⁴⁷ Doch ergeben sich auch Folgeprobleme. An dieser Stelle nicht nachzugehen ist der «Wiederbelebung» des Naturrechts in Gestalt der Grundrechtslehre.⁴⁸ Stattdessen soll auf ausgewählte *Konsistenzprobleme* der Grundrechtsdogmatik hingewiesen werden (Rz. 18, 19, 20 und 21).

17. Erfolgreich gebildete juristische Dogmatik verknüpft Aussagen über die Rechtsordnung zu einem widerspruchsfreien Erklärungsmodell. Sie erfüllt dadurch eine *Speicher- und Ordnungsfunktion*.⁴⁹ Als Produkt wissenschaftlicher Reflexion über das Recht unterscheidet sich Dogmatik von ihrem Erkenntnisgegenstand. Dogmatische Aussagen sind in diesem Sinn nicht normativ.⁵⁰ Gleichwohl zielen sie auf einen rechtlichen Geltungsanspruch. Problematisch werden dogmatische Aussagen dann, wenn der rechtliche Geltungsanspruch dazu dient, politische Entscheidungsfreiheit einzuschränken.

18. Die Problematik der «*Verrechtlichung*»⁵¹ politischer Spielräume stellt sich für die Grundrechtsdogmatik mit besonderer Schärfe, weil die Grundrechte auch den Gesetzgeber binden. Jede dogmatische Aussage, die die Grundrechtssensitivität der Rechtsordnung erhöht, wirkt für die Politik als Handlungspflicht und «Stopp-Regel». Pierre Moor bemerkt mit Recht, juristische Rationalität sei eine bestimmte Form der «*Machtorganisation*»⁵². Wird der Gesetzgeber durch die Grundrechtsdogmatik auf den Schutz zukünftiger Generationen verpflichtet, schrumpfen seine Entscheidungsfreiräume. Die inhaltli-

⁴⁷ Hansjörg Seiler, Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems, ZSR 126 (2007) I, S. 159–177, S. 161, bezeichnet diese Sichtweise kritisch als «juristischen Mainstream».

⁴⁸ Dazu Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, S. 459 ff.

⁴⁹ Vgl. Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt am Main 1983, S. 307 ff.; Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1972, S. 90 ff.; Eberhard Schmidt-Assmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 4 f.

⁵⁰ Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. A., Wien 1960 (Nachdruck 2000), S. 73 f.

⁵¹ Zum Phänomen: Angelika Nussberger, Sozialstandards im Völkerrecht, Habil. München, Berlin 2005, S. 463 ff.

⁵² Pierre Moor, Für eine mikropolitische Theorie des Rechts, Bern/Baden-Baden 2011, S. 205.

che Unbestimmtheit von Schutzpflichten lässt ihm zwar viel «Ermessen», aber es bleibt die Gefahr von Missbräuchen grundrechtsdogmatischer Argumente.⁵³

19. Das zweite Folgeproblem ist mit dem ersten verknüpft. Dogmatische Konzepte können sich verselbständigen und zu Konsequenzen führen, die in ihnen nicht angelegt sind. Ein Beispiel ist die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte, wenn sie im Sinn einer eigentlichen Wertordnung verstanden wird. Die Rechtsordnung stellt sich in diesem Licht besehen als Vollzug verfassungsrechtlicher Vorgaben dar. Ein solches Verständnis führt durch «*Tyrannie der Werte*»⁵⁴ zur bereits erwähnten «Verrechtlichung». Überdies legt es eine vereinfachte Wahrnehmung von Verfassungsverwirklichung nahe. Die Schweizer Rechtsordnung, die stark von direktdemokratischen Elementen geprägt ist, muss mit inneren Widersprüchen rechnen.⁵⁵ Grundrechtsdogmatik sollte sich deshalb nicht auf eine systematisch-teleologische Ordnung innerhalb der Verfassung verlassen.

20. Die objektive Dimension der Grundrechte hat eine weitere Konsequenz. Sie löst Grundrechte in einem ersten Schritt von konkreten Grundrechtsträgern ab. Die Frage nach Rechten zukünftiger Generationen führt jedoch in einem zweiten, auf die Objektivierung folgenden Schritt zur *Resubjektivierung*: Wer soll die Rechte zukünftiger Generationen wahrnehmen – und wie?⁵⁶ Rechtstechnisch gesehen dient die Verknüpfung eines Rechts mit einem Subjekt dazu, formelles und materielles Recht aufeinander zu beziehen.⁵⁷ Ohne formalisierte Verfahren droht materielles Recht toter Buchstabe zu bleiben. Will man zukünftigen Generationen die Möglichkeit eröffnen, die ihnen zugeschriebenen Rechtspositionen in einem Verfahren geltend zu machen, bieten sich zwei Optionen an. Entweder wird die Rechtsdurchsetzung anderen Grundrechtssubjekten überlassen, die in eigenem Namen auch die Interessen künftiger Ge-

⁵³ So mit Recht Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. A., Bern 2011, § 7 Rz. 80.

⁵⁴ Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, 3. A., Berlin 2011, passim; als kritische Diagnose hat das Diktum von Schmitt seine Berechtigung. Demgegenüber ist die Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit durch Schmitt abzulehnen. Nach wie vor grundlegend: Hans Kelsen, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, in: Robert Christian van Ooyen (Hrsg.), *Hans Kelsen – Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, 2. A., Tübingen 2019, S. 58–105, S. 67 f.

⁵⁵ Vgl. Kaspar Ehrenzeller, *Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch*, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 55 (das Initiativrecht als «Recht auf Widerspruch»).

⁵⁶ Vgl. Mathis (Fn. 9), S. 554 und S. 586 f.; Rochel (Fn. 9), S. 86 f.; Saladin/Zenger (Fn. 9), S. 107 f.; Kleiber (Fn. 9), S. 145 ff.

⁵⁷ Hier und für das Folgende vgl. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1995, S. 536 f.

nerationen wahrnehmen; oder das Rechtssystem sieht eine Art Prozessstand-schaft vor. Beide Varianten gehen mit Verhandlungsmacht in der Gegenwart einher und führen zum Problem der «Machtorganisation» im Recht zurück (Rz. 18).

21. Die Objektivierung des Grundrechtsschutzes und dessen Ausdehnung auf neue Problemfelder nagen am tradierten Begriffsapparat der Grundrechts-dogmatik. Begriffliche Konturverluste sind «gewissermassen der Preis, der für die Umstellung des modernen Staates auf die Prämissen eines ausgreifend Ge-fahren und Risiken antizipierenden Gemeinwesens zu zahlen ist»⁵⁸. Solange an die Stelle des etablierten Instrumentariums keine ähnlich stabilen Konzepte treten, leiden die Speicher- und Ordnungsfunktion der Grundrechtsdogmatik. Orientierungsverluste wirken sich praktisch aus, wenn fraglich ist, ob ein grundrechtlicher Schutzbereich berührt ist, welcher die Rechtsmittellegitima-tion begründet.⁵⁹ Methodische Probleme treten hinzu. Wird der Grundrechts-eingriff als Baustein der Grundrechtsdogmatik aufgegeben, muss der Inhalt eines subjektiven Rechts aus diesem Recht selbst heraus bestimmt werden.⁶⁰ Diese Innentheorie hat theoretisch die gleiche Berechtigung wie ein Aussen-theorie des subjektiven Rechts,⁶¹ ihr fehlt aber die disziplinierende Argumen-tationsstruktur.⁶²

22. Die im vorliegenden Rahmen nur grob skizzierten Folgeprobleme umreis-sen die Aufgabe: Soll die Schutzfunktion der Grundrechte zukünftige Gene-rationen erfassen – wofür man gute Gründe anführen kann –, ist ein stabiler grundrechtsdogmatischer Rahmen zu entwickeln. Die internationale Recht-sprechung liefert wertvolle Hinweise darauf, wie dieser konstruiert werden könnte. Es dürfte sich aus binnenstaatlicher Perspektive lohnen, die Entwick-lungen unvoreingenommen zu beobachten und unter Berücksichtigung der Schweizer Verfassungsordnung zu verarbeiten.

⁵⁸ Oliver Diggelmann, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, ZSR 124 (2005) I, S. 329–348, S. 348.

⁵⁹ Z.B. Urteil des Bundesgerichts vom 1. Dezember 2020, 1C_377/2019 (zur Publikation vorge-sehen), E. 7.1 und E. 8.

⁶⁰ Vgl. für eine solche Theorie: Marcel Bolz, Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte, Diss. Zürich 1991, S. 282 ff.

⁶¹ Pierre Moor, Aménagement du territoire et propriété privée, ZSR 110 (1976), S. 365–479, S. 384, hält die Wahl einer Innen- oder Aussen-theorie für eine letztlich ideologische Ent-scheidung.

⁶² Thomas Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Habil. Zürich 2005, S. 302 f.

23. Offen für Neues zu sein und dabei die eigene methodische Position kritisch zu reflektieren war Thomas Gächter stets ein Anliegen. In seinen Worten gehört die «ständige kritische Hinterfragung des eigenen Tuns» zum Kernbereich der Rechtswissenschaft; erst

«diese kritische Hinterfragung hebt sie über eine bloße Technik hinaus.

Die Offenheit für neue Erkenntnisse und das Bewusstsein, dass die eigene Methode einem zeitlichen Wandel unterworfen ist, gehört zu den bedeutendsten Errungenschaften der Methodenlehre der letzten Jahrzehnte.

Diese Offenheit und das Eingeständnis der Relativität der eigenen Methode führt nun aber nicht zu einer Aufweichung der Rechtssicherheit; sie erhöht vielmehr die Rationalität in der Rechtsanwendung (...).

Für die Entscheidenden wird die Aufgabe dadurch freilich schwieriger»⁶³.

Dem ist nichts mehr hinzuzufügen.

⁶³ Gächter (Fn. 62), S. 237.

Die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung im Lichte der Covid-19-Pandemie

Jürg Marcel Tiefenthal

Inhalt

I.	Vorgeschichte und erste Begegnung mit Thomas Gächter	155
II.	Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)	156
	1. Entstehungsgeschichte	156
	2. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Ausführungsgesetzgebung	157
	3. Wirksamkeitsanalyse der NFA-Grundsätze	158
	4. Mandat zur Fortführung der Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung	160
	5. Kritik der politisch-ökonomischen Föderalismusforschung	160
III.	Föderalismus im Krisenmodus der Covid-19-Pandemie	162
	1. Ausgangslage	162
	2. Nicht-evidenzbasierte Kritik am Föderalismus	162
	3. In der Krise manifestierte Problematik und ihre Lösung	164
	4. Direkte Auswirkungen auf die politische Agenda	164
IV.	Schlussfolgerung	165

I. Vorgeschichte und erste Begegnung mit Thomas Gächter

Mein erster Kontakt mit der hier nur skizzenhaft behandelten Thematik der «*verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung*» bildet wohl nicht zufällig gleichzeitig eine Verbindung zwischen Prof. Dr. iur. Alfred Kölz und seinem akademischen Schüler Thomas Gächter, unserem heutigen Jubilaren. Die allererste Vorlesung meiner juristischen Ausbildung («*Allgemeines Staatsrecht*») besuchte ich bei Alfred Kölz.¹ Mit leicht verständlichen und zugleich scharfsinnigen Worten erläuterte dieser das *Subsidiaritätsprinzip* und seine Bedeutung im schweizerischen Bundesstaat. Bezugnehmend auf die geltende verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung wies Kölz bereits vor 20 Jahren auf die

¹ Die Vorlesung basierte auf einem ursprünglichen Vorlesungsskript der Professoren Walter Haller und Alfred Kölz, welches als Buch in der ersten Auflage im Jahr 1996 erschien und an welchem Thomas Gächter zunächst als Assistent von Alfred Kölz mitarbeitete bzw. nach dessen viel zu frühem Versterben seit der vierten Auflage als Autor mitwirkt (vgl. Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter, *Allgemeines Staatsrecht*, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2020).

stetig zunehmenden *Zentralisierungstendenzen* hin und charakterisierte das Verhalten des Bundes unverhohlen als «*gefrässig*»; er zeichnete das Bild eines Bundes, der sich immer stärker übergriffig in den *originären Kompetenzbereich der Kantone* wortwörtlich «*hineinfrisst*». Diese treffende Beschreibung ist mir nachhaltig in Erinnerung geblieben. Gedanklich begleitete sie mich fortan in meiner praktischen wie auch wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit verschiedensten Fragen an den Schnittstellen der Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen und erhielt sodann wiederholt besondere Bedeutung im fachlichen Diskurs mit Thomas Gächter.

Thomas Gächter lernte ich anlässlich eines Seminars kennen, das er an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern unter dem Titel «*Sozialverfassung*» durchführte. Anlässlich der Einführungsveranstaltung gewann er mich dafür, die Institution der *Erziehungsdirektorenkonferenz (EDK)* aus verfassungsrechtlicher Sicht genauer zu untersuchen.² Diese Begebenheit sollte der Ausgangspunkt zahlreicher fachlich wie persönlich wertvoller und inspirierender Begegnungen mit Thomas Gächter werden.

II. Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)

1. Entstehungsgeschichte

Die Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) stellte im Anschluss an die 1999 erfolgte Nachführung der Bundesverfassung der zweite Schritt einer umfassenden *Föderalismusreform* dar, der im vorliegenden Kurzbeitrag wesentliche Bedeutung zukommt. Die Botschaft des Bundesrates³ nannte als zentrale Ziele der NFA die Steigerung der Wirksamkeit des Ausgleichssystems, die Klärung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten zwischen Bund und Kantonen sowie die Stärkung der bundesstaatlichen Zusammenarbeit.⁴ Aus staatspolitischer Perspektive handelt es sich dabei um vielschichtige Ziele, die allesamt darauf ausgerichtet sind, die *föderalen Strukturen der Schweiz zu stärken und weiter-*

² Dank seiner Förderung entstand aus der schriftlichen Seminararbeit meine erste wissenschaftliche Publikation: vgl. Jürg Marcel Tiefenthal, Die Erziehungsdirektorenkonferenz (EDK), Verfassungsrechtliche Problematik einer einflussreichen Institution, in: Jusletter vom 24. Januar 2005.

³ Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 2002 2291 ff. (zit.: Botschaft NFA I).

⁴ Botschaft NFA I (Fn. 3), 2314.

zuentwickeln.⁵ Demgegenüber wurde aus finanzpolitischer Sicht mehr Transparenz und Einfachheit, Effizienz und Wirksamkeit angestrebt. Der Abbau von Doppelspurigkeiten und von undurchsichtigen Finanzierungsgeflechten sollte den Finanzausgleich wieder steuerbar machen, nachdem die historisch über Jahrzehnte gewachsene Kompetenz- und Aufgabenverteilung zwischen den beiden staatlichen Ebenen zu einem schwer durchschaubaren Komplex mit Fehlanreizen und verdeckten Finanztransfers verwischt worden war. Die Kompetenz- und Aufgabenverteilung entsprach so dem Subsidiaritätsprinzip⁶ nur noch ungenügend und erschwerte eine rationale und effiziente Bewirtschaftung der öffentlichen Haushalte. Dementsprechend sollte die *Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen* wieder *klar und übersichtlich* gestaltet werden.⁷ Schliesslich stimmten Volk und Stände dem Bundesbeschluss zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)⁸ am 28. November 2004 mit einem Ja-Anteil von 64,4 Prozent (und 20,5 Ständen) zu,⁹ wodurch die Verfassungsgrundlagen für die *Umsetzung der Aufgabenentflechtung bzw. -teilung* und den *neuen Finanz- und Lastenausgleich* geschaffen wurden.

2. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Ausführungsgesetzgebung

Die Neuerungen, Ergänzungen und Änderungen in der BV betrafen das *Subsidiaritätsprinzip* (Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV), das *fiskalische Äquivalenzprinzip* (Art. 43a Abs. 2–3 BV), die *Gebote der Gleichbehandlung* in der Grundversorgung, der Wirtschaftlichkeit und Bedarfsgerechtigkeit (Art. 43a Abs. 4–5 BV), die Neuregelung der *Verbundaufgaben* (Art. 46 Abs. 2–3 BV), den Leitsatz der *Eigenständigkeit der Kantone* (Art. 47 Abs. 2 BV), die Erweiterung der *interkantonalen Zusammenarbeit* (Art. 48 Abs. 4–5 BV) sowie die Verpflichtung der Kantone durch den Bund zur *Zusammenarbeit beim Lastenausgleich* (Art. 48a BV).¹⁰

⁵ Vgl. Botschaft NFA I (Fn. 3), 2293, 2305 u. 2539.

⁶ Seit jeher ist das Prinzip der Subsidiarität mit dem schweizerischen Föderalismus eng verbunden; vgl. eingehend Paul Richli, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 1998 II, S. 139 ff.

⁷ Eingehend zum Finanzausgleich i.e.S.: vgl. zum Ganzen Botschaft NFA I (Fn. 3), 2307 f., 2359 ff.

⁸ Bundesbeschluss zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 3. Oktober 2003, BBl 2003 6591 ff. bzw. AS 2007 5765 ff. (zit.: Bundesbeschluss NFA I).

⁹ Bundesratsbeschluss vom 26. Januar 2005 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 28. November 2004, BBl 2005 951 ff., 951, 953.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen ferner Bundesbeschluss NFA I (Fn. 8), 5765 ff.

Im Weiteren verlangte die Aufgabenentflechtung Änderungen der BV in den Normen betreffend Landesverteidigung, Bildung und Forschung, amtliche Vermessung, Verkehr und öffentliche Werke, soziale Sicherheit, Landwirtschaft, Natur und Umwelt sowie Strafrecht. Ausserdem bedurfte es einer Verfassungsgrundlage für den Finanz- und Lastenausgleich (Art. 135 BV), worauf gestützt sogleich das neue *Bundesgesetz über den Finanz- und Lastenausgleich (FiLaG)*¹¹ verabschiedet wurde, sowie Änderungen in den Übergangsbestimmungen (Art. 197 BV).¹²

In einem zweiten Schritt verabschiedete das Parlament die Ausführungsgesetzgebung. Diese wurde in einem *Mantelerlass*, dem Bundesgesetz über die Schaffung und die Änderung von Erlassen zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 6. Oktober 2006¹³, zusammengefasst. Der Mantelerlass enthielt die Änderung von 30 bislang bestehender Bundesgesetze und enthielt als Anhänge drei neue bzw. total revidierte Bundesgesetze.¹⁴ Das gesamte Reformprojekt der NFA – wohl zu Recht als «*Jahrhundertwerk*» bezeichnet – trat sodann am 1. Januar 2008 in Kraft.

3. Wirksamkeitsanalyse der NFA-Grundsätze

Mit dem Postulat 12.3412: «*Überprüfung der Einhaltung der NFA-Prinzipien*» vom 29. Mai 2012 von Ständerat Markus Stadler (GLP/UR) wurde der Bundesrat beauftragt, aufzuzeigen, in welchen Gesetzesbestimmungen des Bundes seit der Volksabstimmung vom 28. November 2004 über die Verfassungsgrundsätze der NFA wesentlich von diesen Aufgabenzuweisungsprinzipien zwischen Bund und Kantonen und anderen Organisationsprinzipien der Verfassung abgewichen wird.¹⁵ Der Postulant begründete seinen Auftrag an den Bundesrat ausdrücklich damit, dass sowohl das *Subsidiaritätsprinzip* als auch das *fiskalische Äquivalenzprinzip* nicht einklagbare verfassungsrechtliche Prinzipien seien, weshalb deren Einhaltung eine politische Kontrolle erfordere.

¹¹ Bundesgesetz über den Finanz- und Lastenausgleich vom 3. Oktober 2003 (FiLaG, SR 613.2).

¹² Vgl. zum Ganzen ferner Bundesbeschluss NFA I (Fn. 8), 5765 ff.

¹³ BBl 2006 8341 ff. bzw. AS 2007 5779 ff.

¹⁴ Vgl. Näheres zum Ganzen Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7. September 2005, BBl 2005 6029 ff.

¹⁵ Wortlaut zitiert aus dem eingereichten Text des Postulats: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20123412>. Der Bundesrat empfahl am 15. August 2012 die Annahme des Postulats; der Ständerat nahm es daraufhin am 13. September 2012 an.

Der Bundesrat erkannte im vorgelegten Prüfungsauftrag eine tiefergreifende Dimension.¹⁶ Dementsprechend entwickelte er im Rahmen seines Berichts vom 12. September 2014 «*Leitfragen*», anhand derer die Respektierung der Verfassungsgrundsätze der NFA, namentlich des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz, überprüft werden kann.¹⁷ In Erfüllung der Motion 13.3363 «*Aufgabentrennung zwischen Bund und Kantonen*» der Finanzkommission des Nationalrates vom 12. April 2013, die eine vollständige Analyse sämtlicher Verbundaufgaben von Bund und Kantonen¹⁸ verlangte, um nach Einführung der NFA allenfalls weitere Aufgaben zu entflechten, legte der Bundesrat seinen Bericht vom 28. September 2018¹⁹ vor. In diesem hat er in Zusammenarbeit mit den Kantonen bzw. der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) die bestehenden *Verbundaufgaben* vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grundsätze zur Aufgabenteilung analysiert. Die Beurteilung der geltenden Aufgabenteilung orientierte sich an den Kriterien für die Aufgabenzuweisung und für die Finanzierungszuständigkeit des Botschaftsleitfadens. Die Untersuchung der Aufgaben ergab, dass die Aufgabenteilung vor allem im Bereich der *individuellen Prämienverbilligung (IPV)*, bei den *Ergänzungsleistungen zur AHV/IV*, beim *regionalen Personenverkehr* sowie bei der *Finanzierung und dem Ausbau der Bahninfrastruktur (FABI)* überprüft werden sollte.²⁰

Bund und Kantone sprachen sich für eine regelmässige Überprüfung der Aufgabenteilung aus. Den Ansatzpunkt einer Aufgabenentflechtung erblickte man in der *Umsetzung der NFA-Grundsätze der Subsidiarität und der fiskalischen Äquivalenz*. Mit einer Entflechtung sollte die Zuordnung der Verantwortlichkeiten verbessert und die Effizienz der staatlichen Leistungserbringung erhöht werden.²¹

¹⁶ Bericht des Bundesrates vom 12. September 2014 in Erfüllung des Postulats 12.3412 (Markus Stadler) vom 29. Mai 2012, Einhaltung der Grundsätze der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA), 6 (zit.: Bericht Postulat Stadler).

¹⁷ Bericht Postulat Stadler (Fn. 16), 17 f.

¹⁸ Verbundaufgaben sind Aufgaben, für deren Erfüllung Bund und Kantone gemeinsam die finanzielle Verantwortung tragen.

¹⁹ Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Motion 13.3363, Finanzkommission-NR, 12. April 2013, Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern, 28. September 2018 (zit.: Bericht Aufgabenteilung).

²⁰ Bericht Aufgabenteilung (Fn. 19), 5, 11 ff. (insb. 24 ff., 37 ff., 82 ff., 85 ff.).

²¹ Zum Ganzen Bericht Aufgabenteilung (Fn. 19), 8.

4. Mandat zur Fortführung der Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung

Die Resultate des Berichts vom 28. September 2018 veranlassten den Bundesrat und die Kantonsregierungen dazu, ihren *politischen Willen* deutlich zu bekräftigen, die im Rahmen der NFA begonnene *Aufgaben- und Finanzierungsentflechtung* fortzusetzen und ein entsprechendes *Mandat für ein gemeinsames Projekt* am 14. Juni resp. 28. Juni 2019²² zu verabschieden. Bund und Kantone tun dies im Wissen darum, dass ein gut funktionierender Bundesstaat voraussetzt, dass Zuständigkeiten zwischen den verschiedenen Staatsebenen möglichst klar abgegrenzt und Aufgaben sowie deren Finanzierung eindeutig zugewiesen sind, klare Verantwortlichkeiten zu einer besseren Steuerbarkeit, zu mehr Effizienz und Transparenz bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben führen und eine konsequente Aufgabenteilung die Handlungsfähigkeit beider staatlichen Ebenen erhöht sowie die *Stellung der Kantone* im schweizerischen Bundesstaat und somit den *föderalistischen Staatsgedanken* stärkt. Der Bundesrat und die KdK setzten im Herbst 2019 eine gemeinsame, paritätisch zusammengesetzte und breit abgestützte *Projektorganisation* ein, die beauftragt wurde, konkrete Vorschläge für die *Neuordnung der Aufgabenteilung* (Projekt «*Aufgabenteilung II*») zu erarbeiten. Die Projektorganisation sollte ein umfangreiches Paket an Aufgaben im Hinblick auf mögliche Entflechtungen überprüfen, bis Mitte 2021 einen Zwischenbericht ihrer Arbeiten vorlegen und bis Ende 2022 den Schlussbericht mit konkreten Empfehlungen erarbeiten.²³

5. Kritik der politisch-ökonomischen Föderalismusforschung

Die aktuelle schweizerische politisch-ökonomische Föderalismusforschung weist die Politik seit einigen Jahren auf schleichende Gefahren und den Föderalismus unterhöhrende Tendenzen sowohl seitens des Bundes als auch der Kantone hin. Spezifisch in Bezug auf die deklarierten Ziele der NFA wird der Politik kein gutes Zeugnis ausgestellt. Namentlich Schaltegger, der derzeit wohl führende wissenschaftlich Forschende auf diesem Gebiet, moniert die *Problematik einer schleichenden Zentralisierung* in der Schweiz, die zu einem *Bruch der fiskalischen Äquivalenz* und zu einer *Aushöhlung des Subsidiaritätsprinzips* führe und dadurch die Vorteile des Föderalismus ernsthaft bedrohe. Anhaltspunkte hierfür identifiziert er hauptsächlich in der Schaffung

²² Überprüfung der Aufgabenteilung und Finanzierungsverantwortung Bund – Kantone, Bundesrat/Kantonsregierungen, Mandat, Bern 14./28. Juni 2019 (zit.: Bundesrat/Kantonsregierungen), https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-75644.html.

²³ Vgl. zum Ganzen Bundesrat/Kantonsregierungen (Fn. 22), S. 1 f.

neuer Aufgaben- und Finanzierungsverflechtungen zwischen Bund und Kantonen, im Autonomieverlust der einzelnen Kantone durch hoheitlich tätige, gesamtschweizerische Fachkonferenzen²⁴ sowie in einem stärkeren Einfluss des Bundes auf den Gesetzesvollzug.²⁵ Es entstünden *komplexe Aufgaben- und Finanzierungsverflechtungen*, die den politischen Handlungs- und Gestaltungsspielraum aller beteiligten Staatsebenen einschränkten. Die *Erwartungen* an die NFA seien bislang *klar nicht erfüllt* worden; vielmehr habe man fortlaufend neue Ausgaben- und Einnahmenverbünde geschaffen und ein beachtlicher Teil der im Rahmen der NFA umgesetzten Aufgabenentflechtungen und Dezentralisierungen seien inzwischen bereits wieder rückgängig gemacht worden.²⁶ Nach dezidierter Ansicht der politisch-ökonomischen Föderalismusforschung besteht eine nachhaltige Lösung in einer *Aufwertung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz* durch die Gerichte, aber gleichermassen durch die *politischen Akteure*, um so die schleichende Zentralisierung einzuschränken. Gesetzesvorlagen, welche die Aufgabenteilung und -erfüllung tangieren, sollten künftig zwingend auf deren Vereinbarkeit mit den beiden Verfassungsprinzipien überprüft werden. Eine Eindämmung der Zentralisierungs- und Verflechtungstendenzen scheint aber nur dann wirklich realistisch, wenn künftig der Kreis der Kostenträger und Nutzniesser mit demjenigen der Entscheidungsträger übereinstimmt – wenn folglich dieselben Personen, die das Angebot an öffentlichen Leistungen finanzieren sollen, auch über dieses Angebot selbst bestimmen.²⁷

²⁴ Näheres zu dieser Problematik geschildert am Beispiel der EDK: vgl. Tiefenthal (Fn. 2), Rz. 22 ff., mit der Feststellung, dass es der EDK an demokratischer Legitimation mangelt (insb. Rz. 39 u. Rz. 44); ferner gl. M. bereits Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. A., Bern 2003, S. 99.

²⁵ Vgl. zum Ganzen Christoph A. Schaltegger., Effizienter Staat dank Föderalismus und fiskalischer Äquivalenz, Lehren aus Theorie und Praxis für den «Modellfall Schweiz», in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 21. Januar 2015, S. 31; Christoph A. Schaltegger/Marc M. Winistörfer, Zur Begrenzung der schleichenden Zentralisierung im Schweizerischen Bundesstaat, in: ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 65, Stuttgart 2014, S. 183 ff.; ferner gl. M. Heiko Burret/Lukas A. Schmid, Föderalismus stärkt die Leistungsfähigkeit der Schweiz, in: Die Volkswirtschaft 6/2018, S. 8 ff.

²⁶ Zum Ganzen Christoph A. Schaltegger/Marc M. Winistörfer/Luca Fässler, Verflechtungen bedrohen Föderalismus, in: Die Volkswirtschaft 10/2017, S. 42 ff.

²⁷ Zum Ganzen Schaltegger/Winistörfer/Fässler (Fn. 26), S. 45; ferner für einen Anpassungsbedarf bei der NFA plädierend Burret/Schmid (Fn. 25), S. 11.

III. Föderalismus im Krisenmodus der Covid-19-Pandemie

1. Ausgangslage

Die im Frühjahr 2020 von der Weltgesundheitsbehörde (WHO) ausgerufene und bislang unverändert andauernde globale Pandemie, ausgelöst durch ein *neuartiges Coronavirus* («Sars-CoV-2»), stellt weltweit für die Staaten und deren Bevölkerungen eine riesige Herausforderung und Belastungsprobe dar. Das enorme Ausmass der gesundheitlichen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen, politischen wie auch rechtlichen (Langzeit-)Folgen lässt sich auch heute noch kaum wirklich abschätzen. Der Bundesrat rief für die Schweiz zunächst am 28. Februar 2020 die besondere Lage und sodann bereits kurze Zeit später am 16. März 2020 die ausserordentliche Lage aus. Er übernahm die *Federführung für regulatorische Massnahmen zur Bekämpfung der Epidemie*. Nach einer Rückstufung in die besondere Lage am 19. Juni 2020 folgte ein entspanntere Phase. Ab Anfang Oktober 2020 hat die Epidemiekrise sich erneut kontinuierlich verschärft und zu weiteren regulatorischen Verschärfungen durch den Bundesrat geführt, die bis dato (22. März 2021) nur in unwesentlichem Umfang gelockert worden sind.

2. Nicht-evidenzbasierte Kritik am Föderalismus

Rückblickend fällt auf, dass während der gesamten Epidemie, allerdings ganz besonders seit der erneut verschärften dritten Phase (Herbst 2020), der *Föderalismus* nicht nur seitens der Medien und der Politik, sondern auch in einer breiteren Öffentlichkeit in den *Fokus der Kritik* geraten ist. Ein oft gehörter Vorwurf lautet, die dezentrale Struktur des Schweizer Staatsaufbaus sei ungeeignet, um auf eine Epidemie bzw. Pandemie akkurat und vor allem mit der nötigen Geschwindigkeit reagieren zu können. In diesem Zusammenhang ist von mancher Seite in auffallend despektierlichem Sinne von «*Kantönligeist*» oder von einem «*Flickenteppich*» unterschiedlicher kantonal erlassener Regelungen die Rede. Gemäss Föderalismusexperte Waldmann liegt einer solchen Systemkritik allerdings häufig ein *unvollständiges* oder *gar falsches Verständnis* des Föderalismus zugrunde, das den Begriff des Föderalismus bzw. das Konzept einer föderalen Staatsorganisation mit den besagten Äusserungen gleichsetzt; es wird ausser Acht gelassen, dass eine föderale Staatsorganisation nicht nur *Vielfalt*, sondern gleichermaßen *Einheit* beinhaltet.²⁸ In ausserordentli-

²⁸ Bernhard Waldmann, Der Föderalismus in der Corona-Pandemie, Newsletter Institut für Föderalismus 4/2020, S. 3.

chen Situationen wie einer Epidemie wird der Föderalismus als solcher nicht aufgehoben, sondern in den von Verfassung und Gesetzgebung vorgesehenen *Krisenmodus* versetzt.²⁹

Wie die bisherige Bewältigung der Covid-19-Epidemie mit Blick über die Landesgrenzen offenbart, scheint deren Erfolg oder Misserfolg nicht vom Staatsaufbau abzuhängen. Es liegen denn auch bislang *keine eindeutigen wissenschaftlichen Evidenzen* vor, aufgrund derer nachgewiesen werden kann, dass Bundesstaaten für diese Aufgabe besser oder schlechter gerüstet sind als Einheitsstaaten oder Einheitsstaaten mit dezentralen Strukturen. Eine föderale Staatsform erlaubt zweifellos eine gewisse Flexibilität in der Aufteilung der Kompetenzen zwischen dem Zentralstaat und den Gliedstaaten sowie eine auf die Verhältnisse abgestimmte Intensität an Kooperation und Wettbewerb.³⁰ Trotzdem ertönt in Krisen nationaler Tragweite schnell der Ruf nach einheitlicher und zentraler Steuerung durch den Bund. Dass eine gewisse Zentralisierung der Entscheidungsprozesse nötig und auch sinnvoll ist, wird keinesfalls in Abrede gestellt, aber die *offenbarten Schwierigkeiten* schlechthin der *föderalen Staatsorganisation* zuzuschreiben, erscheint *unseriös und falsch*.³¹ Anstatt das solide Fundament des Föderalismus zu untergraben, sollten vielmehr die

²⁹ Eva Maria Belser/Andreas Stöckli/Bernhard Waldmann, Der schweizerische Föderalismus funktioniert auch im Krisenmodus, Sonderausgabe Newsletter Institut für Föderalismus 2/2020, S. 3. Eingehend zur Kompetenz- und Aufgabenteilung im Bereich der Epidemienbekämpfung: vgl. Waldmann (Fn. 28), S. 4 ff. Die aktuellen Probleme in der Krise betreffen denn vielmehr die Anwendung des bestehenden Rechtsrahmens (namentlich das Epidemienengesetz [EpG; SR 818.101]) und die Ausübung der darin liegenden Ermessens- und Beurteilungsspielräume. Dahinter verbirgt sich die Kernfrage nach dem erforderlichen und angemessenen Mass an Vereinheitlichung in Krisenzeiten wie einer Pandemie. Es handelt sich um eine Gratwanderung zwischen einheitlichen Regelungen, die Klarheit schaffen sollen, und dem Risiko, die unterschiedliche Betroffenheit in einzelnen Kantonen und Regionen auszublenden und die Intensität der Massnahmen nach einer durchschnittlichen Sachlage auszurichten (zum Ganzen Waldmann [Fn. 28], S. 7 f.).

³⁰ Beispielhaft zu den Vorteilen des Föderalismus in der Coronakrise in Bezug auf Deutschland und die Schweiz: vgl. Gabriel Felbermayr/Jürgen Stehn, Corona-Krise: Königreich für einen Flickenteppich, in: Wirtschaftsdienst, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, Heft 5/2020, S. 310; Christoph A. Schaltegger, Föderalismus als Vorteil, Leitartikel, in: Finanz und Wirtschaft vom 20. April 2020, S. 1.

³¹ Zu einem ähnlichen Befund kommt ferner Waldmann (Fn. 28), S. 11 ff.; vgl. Kritik von Christoph A. Schaltegger/Mark Schelker, Corona und die Irrungen und Wirrungen im Schweizer Föderalismus, in: Neue Zürcher Zeitung (NZZ) online vom 25. Januar 2021, <https://www.nzz.ch/meinung/irringen-und-wirrungen-im-schweizer-foederalismus-id.1596163?reduced=true>.

Erfahrungen aus der Krise dazu genutzt werden, mit Korrekturen den *Föderalismus* – namentlich auch im Gesundheitsbereich – anzupassen und diesen dadurch für *künftige Krisensituationen* weiterzuentwickeln.

3. In der Krise manifestierte Problematik und ihre Lösung

Schaltegger/Schelker sehen denn auch in keiner Weise die Ursache des erratischen Krisenmanagements der Exekutive(n) im Föderalismus begründet. Im Gegenteil offenbare die Corona-Krise zwei klassische Probleme: Erstens seien die *Handlungskompetenzen und Verantwortlichkeiten von Bund und Kantonen* in der besonderen Lage *vergemeinschaftet* und blieben damit *diffus*. Eine *klare Aufgabenteilung* würde hierbei Abhilfe schaffen, indem *zentral verantwortete Aufgaben* jene Bereiche umfassen sollten, bei denen die geografisch regionale Dimension keine wesentliche Rolle spiele und die Koordination im Zentrum stehe. *Dezentral verantwortete Bereiche* hätten demgegenüber eine wichtige räumliche Wirkung. Das zweite Problem bezeichnen die Autoren als *«institutionalisierte Verantwortungslosigkeit»*: Handlungskompetenz, Risiko und Verantwortung gehörten in die gleiche Hand, denn wer das Risiko trage, aber keine Kompetenzen besitze, könne nicht reüssieren. Verantwortung lasse sich nicht delegieren. Wer Kompetenzen übertragen erhalte, müsse folglich das Risiko und dafür die finanzielle und politische Verantwortung tragen. Daher brauche es zwingend eine *ordnungspolitisch saubere Aufgabenteilung und Kompetenzzuordnung*, damit nicht die *«heisse Kartoffel»* der unangenehmen Entscheide im Kompetenzwirrwarr zwischen den Staatsebenen herumgeschoben werden könne. Infolgedessen gelte es, die *Strukturen zu entschlacken* und das *Haftungsprinzip zu stärken*, anstatt wie die Konferenz der Kantonsregierungen die Problemlösung in der Schaffung von zusätzlichen Koordinationsorganen zu suchen, womit die Politikverflechtung und -blockade sowie die institutionalisierte Verantwortungslosigkeit weiter zementiert werde. Die Autoren plädieren für eine *Rückbesinnung* auf einen *eigenverantwortlichen Föderalismus* und eine *Abkehr vom zentralisierten Verwaltungsföderalismus*.³²

4. Direkte Auswirkungen auf die politische Agenda

Nachdem die operativen Arbeiten zum von Bund und Kantonen initiierten Projekt *«Aufgabenteilung II»*, der Fortführung der NFA, im Januar 2020 begonnen hatten, haben Bundesrat und die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) am 19. März 2021 – ohne besonderes mediales Aufsehen – Folgendes

³² Zum Ganzen Schaltegger/Schelker (Fn. 31).

offiziell verlautbaren lassen: «Das Einsetzen der Covid-19-Krise im März 2020 setzte rasch neue politische Prioritäten für Bund und Kantone. Anlässlich des Föderalistischen Dialogs vom 6. November 2020 haben die Delegation des Bundesrats und der KdK deshalb entschieden, die Projektarbeiten vorderhand zu sistieren. Voraussichtlich ab Mitte 2022 wird das Eidgenössische Finanzdepartement EFD gemeinsam mit der KdK prüfen, ob und wie das Projekt wiederaufgenommen wird. Bis Mitte 2023 soll darüber entschieden werden.»³³

IV. Schlussfolgerung

Der bereits länger anhaltende Zentralisierungsdruck im schweizerischen Bundesstaat hat sich durch die Covid-19-Pandemie noch weiter verstärkt. Die jüngste Verlautbarung von Bundesrat und KdK betreffend Fortführung der NFA bedeutet das faktisch vorzeitige Ende einer dringend und zwingend notwendigen Reform zum Schutz der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung. Sie bringt zugleich den politischen Unwillen von Bund und Kantonen zum Ausdruck, den Föderalismus als verfassungsrechtliches Strukturelement zu stärken. Angesichts dieser Tatsachen ist in näherer Zukunft vielmehr mit einer sich beschleunigenden materiellen Aushöhlung der verfassungsrechtlichen föderalen Strukturen zu rechnen. Namentlich in Krisenzeiten, in denen rasche und einheitliche Lösungen alternativlos erscheinen, sollte es allerdings gerade in der Rechtswissenschaft oberstes Gebot bleiben, unabhängig und ergebnisoffen sich problematischen Fragen zu stellen, wie dies Thomas Gächter in seinem Umfeld authentisch vorlebt. Meine herzlichsten Glückwünsche zum 50. Geburtstag!

³³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. März 2021: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-82751.html>.

Lehrstuhlleben

Häppchen aus dem Sozialversicherungsrecht und Delikatessen aus dem Lehrstuhlleben

Matthias Appenzeller/Petra Betschart-Koller/Danka Dusek/Sarah
Hack-Leoni/Michael E. Meier/Thuy Xuan Truong/Dominique Vogt

Inhalt

I.	Vorspeise	169
II.	Hauptgang	170
	1. «Die Praxis will belegt sein»	170
	2. Methodenlehre trifft Sozialversicherungsrecht	171
	3. Das Gesundheitsberufegesetz	172
	4. Crans Montana und der Citroën Jumpy	174
	5. Kompetenzverteilung im Bereich der sozialen Sicherheit	175
	6. Bella Venezia	176
	7. Zürich in Gastgeberrolle	177
	8. Frietjes, Waffeln und Strand	177
	9. Die Verfügung in der IV – Ausgewählte Aspekte	178
	10. Auf Wiedersehen, Treichlerstrasse!	179
	11. Team Gächter wandert	180
	12. Referenzpreissystem bei patentabgelaufenen Arzneimitteln	180
	13. Liebe geht durch den Magen	182
III.	Nachspeise	183

I. Vorspeise

Zu Ehren von Thomas Gächters fünfzigstem Geburtstag widmet sich der folgende Text, vierzehnhändig vom derzeitigen Team verfasst, den vielen schönen Momenten des Lehrstuhllebens an der Universität Zürich. Er versteht sich daher mehr als Belletristik denn als streng wissenschaftlicher Beitrag und möchte in erster Linie den Jubilar sowie alle Leserinnen und Leser erheitern und an den gemeinsamen Erinnerungen teilhaben lassen.

Die Lektüre empfiehlt sich aber auch dem wissenschaftsaffinen Publikum, gewährt sie über die Jahre verteilt doch punktuell Einblick in die wissenschaftliche Lehrstuhlätigkeit. Nebst kleineren fachlichen Diskussionen, die verschiedentlich Erwähnung finden, verweist der Text auf eine Auswahl an Werken, die zusammen mit Thomas Gächter aus der Lehrstuhlätigkeit hervorgegangen sind.

II. Hauptgang

1. «Die Praxis will belegt sein»

Viele von Thomas Gächters Assistenten und Assistentinnen lernten ihn in seinen Vorlesungen kennen. So fand Michael Meiers eigentliches Vorstellungsgespräch bereits im Rahmen der Mastervorlesung «Sozialversicherungsrecht II» im Hörsaal statt. Nach dem Studienabschluss trat er nahtlos per Herbst 2014 in die Dienste des Lehrstuhls über.

Kaum angekommen, stand auch bereits die erste Publikation in Form der Kommentierung von Art. 111 BV im damals neu erscheinenden Basler Kommentar¹ an. Zugegeben hätte ihm im ersten Moment ein Thema mit mehr Sexappeal als das seit 1972 in der Bundesverfassung verankerte «Drei-Säulen-Prinzip» zugesagt. Die Kommentierung dieser allgemeinen Zielvorgabe auf Verfassungsstufe lehrte ihn jedoch bereits früh, worauf Thomas Gächter in seiner wissenschaftlichen Arbeit mitunter am meisten Wert legt: Das Heraus Schälen des rechtlichen Gehaltes. Ziel eines jeden mit Thomas Gächter verfassten Beitrages war nie, das «Können», «Wollen» oder gar «Sollen» zu beschreiben, sondern stets das im Rahmen der Rechtsordnung angelegte «Dürfen» und «Müssen» sowie deren juristische Begründung.

Mit dieser Vorgabe gestaltete sich die Kommentierung als echte Herausforderung und wurde mit dem Anspruch angegangen, nicht nur schnöde Literatur zu wälzen und Quellen zu recherchieren, sondern eine eigentliche Novation in der Kommentierung von Art. 111 BV herbeizuführen. Mit dem ersten Entwurf war Michael Meier eigentlich ganz zufrieden, allerdings hatte dieser zwei Schönheitsfehler. Einerseits war die Fertigstellung stark verspätet – ein Umstand, von dem Michael Meier lernte, dass er gewissermassen die juristische Praxis von der Akademie trennt, und der ihn bei Publikationen (ausser beim vorliegenden Werk) noch fast immer ereilt hat. Andererseits mangelte es dem Elabrat an inhaltlichen Quellenangaben in den Fussnoten. Diese waren lapidar mit Hinweisen wie «Quelle für Praxis noch eintragen» oder «Zitat einfügen» gefüllt. Die Kommentierung wurde dem Assistenten als Folge mit dem titelstiftenden Satz «Die Praxis will belegt sein» zur wissenschaftlichen Untermauerung im Akkord retourniert.

Von da an war die Zusammenarbeit an Publikationen sehr harmonisch und in den rund fünf Jahren Assistentenzeit auch ergiebig. Diesbezüglich soll eine weitere Besonderheit der Arbeitsweise von Thomas Gächter hervorgehoben

¹ Thomas Gächter/Michael E. Meier, Kommentar zu Art. 111 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belsler/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015.

werden: Da er um die Bedeutung einer (Co-)Autorenschaft in einer Publikation für Nachwuchsforschende weiss, lässt er seine beteiligten Assistenten und Assistentinnen stets am Ruhm teilhaben. Das ermöglicht ihnen, echte Karrierepunkte statt blosse Verdankungsternchen zu sammeln.

2. Methodenlehre trifft Sozialversicherungsrecht

Im November 2015 hatte Sarah Hack-Leoni, im Studium begeisterte Besucherin von Grundlagenfächern, ihren ersten Arbeitstag am Lehrstuhl von Thomas Gächter. Sie lernte Thomas Gächter während ihres Studiums an der Universität Zürich kennen, als sie seine Fächer zum Sozialversicherungsrecht und zur Methodenlehre besuchte. Dies führte zu interessanten gemeinsamen Diskussionen über Hermeneutik, Systemtheorie und Diskursethik. Aus genau solchen Gesprächen entstand schliesslich ihre erste gemeinsame Publikation.

Sie untersuchten anlässlich des 17. Zentrumstags des Luzerner Zentrums für Sozialversicherungsrecht² das Methodenprogramm der Einleitungsartikel des ZGB.³ Die gemeinsame Publikation befasst sich insbesondere mit den Artikeln 1, 2 und 4 des schweizerischen Zivilgesetzbuches und mit der Auslegung im Sozialversicherungsrecht. Diskutiert wird, ob und wie die Einleitungsartikel des ZGB im öffentlichen Recht Anwendung finden.⁴ Die Auslegung erfolgt im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich nach denselben Regeln wie in anderen Rechtsgebieten.⁵ Die Einleitungsartikel des ZGB gelangen als ungeschriebene Regeln auch im öffentlichen Recht zur Anwendung, jedoch nicht durch eine Erstreckung der formellen Geltung, sondern aufgrund der hinter dem Methodenprogramm stehenden allgemeinen Grundannahmen zur Rechtsfindung und aufgrund der in diesem Methodenprogramm reflektierten allgemeinen Grundsätze.⁶ Methodische Unterschiede ergeben sich im Sozialversicherungsrecht allerdings aus den Besonderheiten des Rechtsgebiets, also aus den grossen Fallzahlen und der Komplexität der Gesetze und Normen.⁷

² Tagung vom 9. Juni 2016 zum Thema «Sozialversicherungsrecht: seine Verknüpfungen mit dem ZGB».

³ Thomas Gächter/Sarah Hack-Leoni, Das Methodenprogramm der Einleitungsartikel des ZGB – Anwendbarkeit im Sozialversicherungsrecht und aktuelle Beispiele, in: Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht: seine Verknüpfungen mit dem ZGB, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 1 ff.

⁴ Gächter/Hack-Leoni (Fn. 3), S. 12 ff.

⁵ Gächter/Hack-Leoni (Fn. 3), S. 15.

⁶ Gächter/Hack-Leoni (Fn. 3), S. 15.

⁷ Gächter/Hack-Leoni (Fn. 3), S. 15.

Die Diskussion von Thomas Gächter und Sarah Hack-Leoni bleibt nicht auf einer abstrakten Ebene, sondern umfasst auch einige aktuelle Beispiele aus dem Sozialversicherungsrecht. Es wird eine methodische Einordnung der Überwindbarkeitsrechtsprechung («alte Schmerzrechtsprechung», BGE 130 V 352) und der Indikatorenrechtsprechung («neue Schmerzrechtsprechung», Praxisänderung in BGE 141 V 281) vorgenommen.⁸ Weiter wird BGE 131 V 97⁹ diskutiert, in welchem Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch) im Zusammenhang mit dem Sozialversicherungsrecht angewendet wurde.¹⁰ Abschliessend wird auch die Adäquanz und ihr Bezug zum Zivilgesetzbuch beleuchtet.¹¹

Ausserhalb von wissenschaftlichen und philosophischen Diskursen liefern sich die beiden auch mit schwarzem Humor häufig einen Schlagabtausch auf Augenhöhe und sorgen am Mittagstisch regelmässig für herzhaftes Lachen. Ihre «dunkle Seite» gleicht Sarah Hack-Leoni durch ihre Rolle als Lehrstuhlmama sowie als Ansprechperson für Alltagssorgen wieder aus.

3. Das Gesundheitsberufegesetz

Bereits in ihrem Studium an der Universität Zürich ist Petra Betschart Thomas Gächter wiederholt in seinen verschiedenen Vorlesungen begegnet. Zu Beginn des Studiums standen insbesondere die Vorlesungen und Übungen zum Modul «Öffentliches Recht I» im Vordergrund. Im Masterstudiengang besuchte sie zusammen mit Sarah Hack-Leoni die Vorlesungen von Thomas Gächter zur Methodenlehre. Sarah Hack-Leoni war es denn auch, die nach ihrer Anstellung als Assistentin den Kontakt zwischen Thomas Gächter und Petra Betschart herstellte. Begeistert von den Erzählungen über den Lehrstuhl hat diese im April 2016 als Assistentin begonnen.

Zu Beginn ihrer Lehrstuhlätigkeit befasste sie sich mit den Entwicklungen in der Rechtsetzung auf dem Gebiet des Gesundheitsrechts. In einer gemeinsamen Publikation mit Thomas Gächter wurden verschiedene Themen ange-

⁸ Gächter/Hack-Leoni (Fn. 3), S. 16 ff.

⁹ Ein Urteil des EVG zur rechtsmissbräuchlichen Verwendung der AHV als Finanzanlageobjekt.

¹⁰ Gächter/Hack-Leoni (Fn. 3), S. 22 ff.

¹¹ Gächter/Hack-Leoni (Fn. 3), S. 26 ff.

sprochen, die im Rahmen der St. Galler Gesundheits- und Pflegerechtstagung im August 2017 vorgestellt wurden.¹² Einen der Schwerpunkte bildete dabei das Gesundheitsberufegesetz¹³.

Im Tagungsbeitrag werden in erster Linie die Grundzüge des GesBG dargestellt. Das GesBG lehnt sich konzeptionell stark an das Medizinalberufegesetz¹⁴ und das Psychologieberufegesetz¹⁵ an.¹⁶ Obwohl der Titel des Gesetzes weit gefasst ist, fallen in den Geltungsbereich des GesBG lediglich die in Art. 2 aufgeführten Berufe – namentlich der Beruf der Pflegefachfrau und des Pflegefachmanns, der Physiotherapeutin und des Physiotherapeuten, der Ergotherapeutin und des Ergotherapeuten, der Hebamme, der Ernährungsberaterin und des Ernährungsberaters, der Optometristin und des Optometristen sowie der Osteopathin und des Osteopathen.¹⁷ Ziel des Gesetzes ist es, die Qualität in den Gesundheitsberufen, die mehrheitlich an Fachhochschulen vermittelt werden, mittels einheitlicher Anforderungen an die Ausbildung und Berufsausübung zu fördern.¹⁸ Aufgrund des hohen Gefährdungspotenzials sieht das Gesetz für die Ausübung eines entsprechenden Gesundheitsberufs in eigener fachlicher Verantwortung eine Bewilligungspflicht vor (Art. 11 GesBG).¹⁹ Die Bewilligungspflicht und die damit verbundenen Berufspflichten gelten dabei nicht nur für den Bereich der Privatwirtschaft, sondern auch für den öffentlich-rechtlichen Sektor.²⁰ Die Grundlage dafür bildet Art. 117a Abs. 2 lit. a BV.²¹ Mit dem Inkrafttreten des GesBG erfolgte hinsichtlich der Berufsausübung auch im MedBG und PsyG eine Erweiterung auf den öffentlich-rechtlichen

¹² Thomas Gächter/Petra Koller, Entwicklungen im Gesundheitsrecht – Rechtsetzung, in: Ueli Kieser/Agnes Leu (Hrsg.), 5. St. Galler Gesundheits- und Pflegerechtstagung, Zürich/St. Gallen 2018, S. 1 ff.

¹³ Bundesgesetz vom 30. September 2016 über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG, SR 811.21).

¹⁴ Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG, SR 811.11).

¹⁵ Bundesgesetz vom 18. März 2011 über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz, PsyG, SR 935.81).

¹⁶ Gächter/Koller (Fn. 12), S. 45.

¹⁷ Gächter/Koller (Fn. 12), S. 45.

¹⁸ Botschaft des Bundesrates vom 18. November 2015 zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe, BBl 2015, 8715 ff., 8716.

¹⁹ Gächter/Koller (Fn. 12), S. 45.

²⁰ BBl 2015 (Fn. 18), 8727; Gächter/Koller (Fn. 12), S. 46.

²¹ BBl 2015 (Fn. 18), 8774 f.

Sektor.²² Der Bundesgesetzgeber hat den Geltungsbereich somit erheblich ausgedehnt. Von besonderem Interesse ist demzufolge, welche Auswirkungen diese Ausweitungen mit sich bringen werden.

Das GesBG, das am 1. Februar 2020 in Kraft getreten ist, bleibt auch im Anschluss an die Tagung Gegenstand verschiedener Diskussionen sowie Publikationen und begleitet Petra Betschart bis heute.²³ Ebenfalls unverändert geblieben ist ihre offensichtliche Schwäche für alles, das mit (nicht allzu dunkler) Schokolade überzogen ist. Sollte sich ihre gute Laune im seltenen Fall mal trüben, sorgt auch Thomas Gächter dafür, dass der Süssigkeitenhaushalt des Lehrstuhls wieder grosszügig aufgestockt wird.

4. Crans Montana und der Citroën Jumpy

Im Jahr 2016 besuchte das Team Gächter den Juristentag in Crans Montana zum Thema «Der Mensch, seine Gesundheit und das Recht». Herr Gächter, der früher in Zürich häufig in seinem Smart gesichtet werden konnte, besitzt zum Glück auch ein etwas gruppentauglicheres Fahrzeug: einen Citroën Jumpy Minivan – vom Team liebevoll «Jumpy» genannt – mit neun Sitzplätzen und viel Stauraum. Als wir am 16. September 2016 im Jumpy unterwegs nach Crans Montana waren, ahnte noch niemand, auf wie viele schöne Ausflüge uns das Fahrzeug noch begleiten würde.

Crans Montana war in der Nebensaison eine eher ruhige Angelegenheit. Dennoch fand das Team schnell einen angenehmen Zeitvertreib, bevor die Tagung offiziell begann: ein gemeinsames Essen im Hotelrestaurant, das eigens für uns geöffnet wurde. Unter den vielen Dingen, welche die Mitglieder des Lehrstuhls miteinander verbinden, nimmt gutes Essen einen wichtigen Platz ein: Die einen bevorzugen Deftiges, den anderen hingegen können die Speisen gar nicht mit genug Schokolade überzogen sein.

Gestärkt betrat das Team anschliessend die Räumlichkeiten des Juristentags. Die zwei Tage vergingen geprägt von interessanten Referaten, unter anderem

²² Thomas Gächter/Petra Koller, Gesundheitsberufegesetz – Auswirkungen auf die Pflegeberufe, *Pflegerecht* 2018, S. 2 ff., 10. Vgl. dazu den Beitrag Thomas Gächter/Gregori Werder, *Gesundheitsberufe 2020 – eine stille Revolution?*, *Pflegerecht* 2019, S. 2 ff.

²³ Siehe dazu den Beitrag Gächter/Koller (Fn. 22), S. 2 ff.

zum Schweizer Pflegefinanzierungssystem²⁴ und zur reproduktiven Autonomie,²⁵ wie im Flug. Nicht zuletzt wird uns auch das gemeinsame Gala-Dinner mit musikalischer Untermalung in Erinnerung bleiben.

5. Kompetenzverteilung im Bereich der sozialen Sicherheit

Thomas Gächters Offenheit für Belange seiner Studierenden und seine in den Vorlesungen klar kommunizierte Bereitschaft, sich ihrer anzunehmen, führten dazu, dass Thuy Xuan Truong ihn als Betreuer ihrer Masterarbeit anfragte. Im zweiten Gespräch bot er ihr überraschend eine Stelle an seinem Lehrstuhl an, sodass sie, nach einem Rundgang mit Sarah Hack-Leoni und Petra Betschart in seinen Räumlichkeiten (einschliesslich Terrasse!), im Juli 2017 in das neue Leben eintauchte.

Ihre Zusammenarbeit mit Thomas Gächter kam von Anfang an einem Sprung ins kalte Wasser gleich. Ohne ihre Vor- und Sprachkenntnisse vorgängig im Detail abzuklären, trug er ihr als Erstes auf, die schweizerische Landschaft der sozialen Sicherheit insbesondere unter dem Aspekt der Dezentralisierung für das rechtsvergleichende Sammelwerk «Devolution and Decentralisation in Social Security – A European Comparative Perspective» darzulegen. Der Band sollte eine Initiative des European Institute of Social Security umsetzen.

Während sich in anderen Rechtssystemen im Bereich der sozialen Sicherheit eine Tendenz zur Dezentralisierung abzeichnet, unterscheidet sich das schweizerische System aufgrund seiner Ausgangslage. Die geschichtliche Entwicklung seiner verschiedenen Sozialversicherungszweige ist vor dem Hintergrund der föderalistischen Kompetenzordnung zu verstehen.²⁶ Die meisten Sozialsysteme hierzulande waren bereits von Beginn an, im Sinne des Subsidiaritätsprinzips, dezentral organisiert: Die Gesetzgebungskompetenz kommt vorwiegend dem Bund zu, der die Vollzugsstandards festlegt, überwacht und insbesondere bei den Sozialversicherungen Voraussetzungen und Umfang der Leistungen abschliessend geregelt hat. Der Vollzug hingegen liegt in den Hän-

²⁴ Referat von Prof. Dr. Hardy Landolt zum Thema «Schweizerisches Pflegefinanzierungssystem – Eine kritische Standortbestimmung», Schweizerischer Juristentag vom 16. September 2016.

²⁵ Referat von Prof. Dr. Andrea Büchler zum Thema «Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens», Schweizerischer Juristentag vom 17. September 2016.

²⁶ Vgl. Thomas Gächter/Thuy Xuan Truong, Devolution and Decentralisation in Social Security: The Situation in Switzerland, in: Gijsbert Vonk/Paul Schoukens (Hrsg.), Devolution and Decentralisation in Social Security – A European Comparative Perspective, Den Haag 2019, 219 ff., S. 225 f., S. 227 f.

den dezentralisierter Verwaltungseinheiten, also Aufgabenträger unterhalb der Bundesebene. Ihnen kommt, abgesehen vom Bereich des Sozialhilferechts, bei der Bemessung, Festlegung und Ausrichtung von Leistungen kaum Gestaltungsspielraum zu.²⁷ Diese klare Kompetenzstruktur ist bis heute weitgehend unverändert geblieben. Eine weitere Dezentralisierung des Vollzugs oder die Aufgabenüberwälzung an untergeordnete Gemeinweisen ist auch nicht geboten, im Gegenteil: Die Professionalisierung und Straffung des Vollzugs könnten durch die räumliche Ausweitung der Vollzugsstrukturen den Bürgern den Zugang zum System erleichtern und Leerläufe verhindern.²⁸

Das «kalte Wasser» in dieser ersten Zusammenarbeit war weniger die Publikation an sich, sondern die nagende Ungewissheit während der Arbeit daran. Thuy Xuan Truong hatte Bedenken, ob Thomas Gächter lediglich mit einem kurzen Blick die Fähigkeiten eines Neuankömmlings richtig einschätzen konnte. Sehr bald aber zeigte sich, dass gegenseitiges Vertrauen die Zusammenarbeit mit ihm ausmacht: Thomas Gächter bringt seinen Leuten (auch deshalb) volles Vertrauen entgegen, weil er Zuversicht in seine Wahl hat, die auf seiner scharfen Intuition in Verbindung mit seiner reichen Erfahrung gründet. Seine Leute vertrauen darauf, dass er – wie bereits oft bewiesen – Recht behält.

6. Bella Venezia

Im Jahr 2018 kam am Lehrstuhl wieder Reisefieber auf. Dieses Mal musste der geliebte «Jumpy» aber in der Garage bleiben, das Reiseziel lag nämlich im Nachbarland Italien. Am 11. Oktober 2018 reiste das Team nach Venedig, um an der jährlichen Tagung des European Institute of Social Security (EISS) teilzunehmen, die gleichzeitig ihr fünfzigjähriges Jubiläum feierte.

Die Reise gibt auch heute noch zu schwärmen Anlass. In versteckten Gassen entdeckten wir die beste Pizza der Stadt und eines Abends veranlassten wir dank unseren hervorragenden Italienischkenntnissen sogar aus Versehen, «antipasti», «primi piatti» und «secondi piatti» zeitgleich zu erhalten. Das Missverständnis betreffend die unterschiedlichen kulturellen Vorstellungen von Vor- und Hauptspeise führte dazu, dass Pasta, Pizza, Risotto und Antipasti dicht an dicht aufgetischt wurden. Am Tisch mischten sich Vorfreude über die fabelhaft duftenden Gerichte mit Zweifeln bezüglich unserer Fähigkeit, alle Menüs erfolgreich zu bewältigen. Es wurde ein sehr schöner und langer Abend, schliesslich wollten wir möglichst keine Reste übriglassen.

²⁷ Gächter/Truong (Fn. 26), S. 229.

²⁸ Gächter/Truong (Fn. 26), S. 232.

Unser Hotel und auch die Tagungslocation, die Venice International University, befanden sich auf der Insel San Servolo in der Lagune von Venedig. Somit war jeder Ausflug in die Stadt mit einer schönen Bootsfahrt verbunden.

Nun könnte man denken, das Team hätte in Venedig nur gegessen, die Sonne genossen und Bootsfahrten unternommen. Nichts lag uns ferner. An drei Tagen fand die EISS Conference zum Thema «Sustainable social security: past and future challenges in social security» statt. Wir lauschten den zahlreichen Referierenden, die aus verschiedenen Ländern angereist waren und verschiedene Disziplinen vertraten, zu spannenden Themen rund um die Nachhaltigkeit im Sozialrecht, beteiligten uns an interessanten thematischen Diskussionen und verschafften uns einen Überblick über die Form der Veranstaltung. Im Hinterkopf behielten wir bei all dem Spass nämlich stets: Die nächste EISS Conference sollte in Zürich stattfinden, organisiert durch niemand anders als das Team des Lehrstuhls Gächter.

7. Zürich in der Gastgeberrolle

Kaum aus Venedig zurück nahm das Team die Organisation der EISS Conference 2019 zum Thema «Changing family structures and social security» auf. Während den Vorbereitungen verliess Michael Meier (vorübergehend) den Lehrstuhl, um sein Gerichtspraktikum und seine Anwaltsprüfung anzutreten. Immerhin konnte das Team ihn als Referenten gewinnen, womit er ebenfalls am Projekt beteiligt war.

Nach mehreren Monaten Vorbereitung fand die zweitägige Tagung in der schönen Aula der ehemaligen pädagogischen Hochschule Zürich statt. Selbstverständlich war auch in Zürich für gutes Essen gesorgt. Die Tagungsgesellschaft traf sich zum Abendessen im Restaurant «Uniturm» und genoss zudem die schöne Aussicht über das abendliche Zürich. Gekrönt wurde der Abend durch ein eindrucksvolles und bezauberndes Klavierkonzert von Prof. Dr. Wolfgang Portmann, das unter den in- wie auch ausländischen Teilnehmern viel Anklang fand.

8. Frietjes, Waffeln und Strand

Für das nächste Abenteuer flogen wir zuerst nach Amsterdam und reisten anschliessend mit einem Mietwagen weiter. In den vier Tagen dieser Reise teilte Herr Gächter in Rekordzeit viele schöne Orte Belgiens mit uns, die er aus seiner Studienzeit kannte und mit denen er als Folge seiner wiederholten Besuche bestens vertraut war. So kosteten wir in der Universitätsstadt Leuven

gleich nach Ankunft die beliebten Frietjes und erkundeten die Stadt,²⁹ ehe sie sich bei Einbruch der Dämmerung gänzlich in eine Party-Szene verwandelte, spazierte durch den Minnewater-Park und den Klostergarten des Begijnenhofs im malerischen Brügge, besuchten das herrlich authentische Küstenstädtchen Ostende und entdeckten dort die klar delikatesten belgischen Waffeln der Reise. Ausserdem sammelte das Team auch eindruckliche geschichtliche Erinnerungen. So besichtigten wir den deutschen Soldatenfriedhof Langemark, die Ruhestätte zahlreicher deutscher Soldaten des ersten Weltkriegs, und wohnten in Ypern der eindrucksvollen Zeremonie «The Last Post» bei. Auf dem Rückweg schliesslich machten wir einen Abstecher nach Amsterdam.

Im Rückblick staunen wir, wie viel wir in wenigen Tagen auf dem Rücken eines Mietwagens gesehen und erlebt haben. Herr Gächter ist ein ausgezeichneter Reiseführer, der unser Augenmerk mal auf imposante, mal auf kuriose und amüsante Dinge lenkt, ohne dabei je die essenziellen (Essens-)Pausen zu vergessen. Auch heute müssen wir noch schmunzeln, wenn wir daran denken, wie wir in Leuven (am Ende erfolgreich) versuchten, unseren 1.95m hohen Mietwagen in die 2.0m hohe Tiefgarage des Hotels zu manövrieren.

9. Die Verfügung in der IV – Ausgewählte Aspekte

Seinen ersten Arbeitstag am Lehrstuhl von Thomas Gächter hatte Matthias Appenzeller im Februar 2020, kurz nach seinem Abschluss des Bachelor of Law an der Universität Zürich. Kennengelernt hatten sich die beiden aber bereits zwei Jahre zuvor im Hallenbad Oerlikon, wo Thomas Gächter gedachte, einem seiner Söhne den Sport Wasserspringen näherzubringen. Wie es der Zufall wollte, war Matthias Appenzeller zu dieser Zeit Trainer beim lokalen Verein und bald auch des kleinen Sprosses seines zukünftigen Arbeitgebers. In interessante und vielseitige Gespräche verwickelt stellte sich schnell heraus, dass beide ein grosses Interesse für das Staats- und Verwaltungsrecht teilen, und nachdem Matthias Appenzeller das Team kennenlernen durfte, war schnell klar, dass auch er bald Teil dieses sehr harmonischen und wunderbaren Lehrstuhls werden würde. Die gemeinsamen Interessen fussen wesentlich auf der einzigartigen Gabe von Thomas Gächter, junge Studenten der rechtswissenschaftlichen Fakultät für das öffentliche Recht und deren Teilgebiete zu begeistern.

²⁹ Dick geschnittene, knusprig heisse Pommes frites in riesigen Papiertüten, serviert mit diversen Saucen.

Obwohl sich die Projekte von Matthias Appenzeller grösstenteils ums Staatsrecht drehen, entstand die erste Publikation mit Thomas Gächter im Bereich des Sozialversicherungsrechts. Sie untersuchten anlässlich der Sozialversicherungsrechtstagung 2020³⁰ verschiedene Aspekte der Verfügung in der Invalidenversicherung und fokussierten sich dabei insbesondere auf Entwicklungen im Vorbescheidverfahren und Verfügungen im Umfeld medizinischer Gutachten.³¹

Das Vorbescheidverfahren als sozialversicherungsrechtliche Einzelercheinung wurde im Jahr 2006 mit der Begründung wieder eingeführt, dass die Akzeptanz der Entscheide durch verstärkte Beratungstätigkeit der IV-Stellen und persönliche und relativ informelle Gespräche erhöht werden soll.³² Dieses Ziel eines mediationsähnlichen Diskurses wurde in der Praxis bis heute verfehlt und die tatsächliche Realisierung scheiterte sowohl an der schwammigen Umsetzung auf Verordnungsstufe als auch an den fehlenden personellen und zeitlichen Ressourcen der IV-Stellen.³³ Einige Bedeutung haben in jüngerer Zeit ferner (Zwischen-)Verfügungen im Zusammenhang mit Begutachtungsanordnungen erlangt. In diesem Bereich hatte die Rechtsprechung bezüglich der prozessualen Chancengleichheit erhebliche Fortschritte erzielen können.³⁴ Dieser Fortschritt wird aber mit der Anpassung von Art. 44 ATSG im Rahmen der IVG-Revision vom 19. Juni 2020 grösstenteils rückgängig gemacht und die Stellung der versicherten Person wird bezüglich ihrer Mitwirkungsrechte erheblich verschlechtert, was insbesondere im Hinblick auf den Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK fragwürdig erscheint.³⁵

10. Auf Wiedersehen, Treichlerstrasse!

Im Laufe des Sommers 2020 stand eine Herausforderung der anderen Art an: Umzug! Da die Büros an der Treichlerstrasse 10 in Zürich saniert wurden, hiess es, vorübergehend Abschied zu nehmen und sich an einem anderen Standort auszubreiten. Im Klartext hiess das Bücher sortieren, Schränke ausräumen, Kisten packen – bei den über dreitausend Büchern der Lehrstuhlbibliothek ei-

³⁰ Tagung vom 22. September 2020 zum Thema «Der sozialversicherungsrechtliche Fall, Tücken, Lücken, Krücken oder umgekehrt – der Blick auf die Rechtsanwendung».

³¹ Thomas Gächter/Matthias Appenzeller, Die Verfügung in der Invalidenversicherung, Ausgewählte Aspekte, in: Ueli Kieser (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2020, Zürich/St. Gallen 2021, S. 27 ff. (im Druck).

³² Gächter/Appenzeller (Fn. 31), S. 35 f.

³³ Gächter/Appenzeller (Fn. 31), S. 36 f.

³⁴ BGE 137 V 210; 138 V 271; BGE 141 V 330.

³⁵ Gächter/Appenzeller (Fn. 31), S. 47 f.

ne wahre Herkulesaufgabe! Herrn Gächter kam dabei eine Schlüsselrolle zu, hatte er doch die Aufgabe, nicht mehr Gebrauchtes auszumisten. Dank der umsichtigen lehrstuhlinternalen Organisation durch Sarah Hack-Leoni und vollem Teameinsatz war im Nu alles schnell und ordentlich verpackt. Der Preis für das Zusammenkleben der meisten «Zügelkisten» ging diese Runde ganz klar an Matthias Appenzeller!

11. Team Gächter wandert

Der jüngste Ausflug führte das Team ins Appenzell, diesmal wieder in Begleitung des geliebten «Jumpy». Angekommen in Gonten zogen wir unsere Wanderschuhe an. Das gemeinsame Mittagessen sollte sich das Team durch eine Wanderung auf die Hundwiler Höhe verdienen. Trotz schlechter Wetterprognose für das anstehende Wochenende schafften wir es trocken und unverseht ans Ziel – die einen mit mehr, die anderen mit weniger Pausen. Als Belohnung gab es nicht nur echte Schweizer Hausmannskost und die ersten Schlückchen Appenzeller Alpenbitter, sondern auch eine idyllische Aussicht über die Berglandschaft.

Der weitere, regnerische Teil des Ausflugs verlief etwas weniger anstrengend. Wir erhielten am nächsten Vormittag eine sehr eindrückliche und interessante Führung durch die Stiftsbibliothek und die Kathedrale in St. Gallen. Zurück im Appenzell genossen wir in der verträumt eingerichteten «Flauderei» ein Referat über ihre Ursprünge, degustierten zahlreiche leckere Getränke und trugen mächtig zum Unternehmensumsatz bei. Glückliche und mit allerlei Appenzeller Delikatessen im Gepäck reisten wir am nächsten Morgen zurück nach Zürich.

12. Referenzpreissystem bei patentabgelaufenen Arzneimitteln

«Schlimmstenfalls vertreten Sie einfach eine gut belegte Irrmeinung.» Mit diesen Worten schickte Thomas Gächter Dominique Vogt Ende 2019 auf eine Reise, welche sie tief in die Gefilde des Leistungsrechts der obligatorischen Krankenpflegeversicherung führte. Im Dickicht der Medikamentenvergütung zwischen Auslandspreisvergleich, Therapiequervergleich und Wirtschaftlichkeit entstand schliesslich die Masterarbeit «Referenzpreissystem – Wundermittel gegen den Kostenanstieg bei Arzneimitteln oder Alibiübung?», betreut durch Thomas Gächter. Im Zentrum dieser Abfassung stand die mögliche Einführung eines Referenzpreissystems im Rahmen der KVG-Teilrevision betref-

fend Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 1.³⁶ Das Referenzpreissystem basiert dabei auf der Idee, dass für Arzneimittel, die aufgrund gleicher Wirkstoffzusammensetzung als austauschbar angesehen werden können – so bspw. Originalpräparate und Generika – nur noch ein einheitlicher, vorgängig festgelegter Preis durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung vergütet wird.³⁷ Wählt die versicherte Person ein teureres Medikament, so muss sie den überschüssenden Betrag nebst Franchise und Selbstbehalt aus eigener Tasche bezahlen.³⁸ Die Arbeit zeigt auf, dass die Einführung eines Referenzpreissystems mit Blick auf den allgemeinen Wirtschaftlichkeitsbegriff nach Art. 32 Abs. 1 KVG grundsätzlich geboten ist.³⁹ Die geplante Umsetzung wies jedoch einige Schwächen auf. So sollte für die Bildung der Referenzgruppen ein Klassifikationssystem herangezogen werden, welches gemäss eigenem Leitfaden explizit nicht für die Festlegung von Referenzpreisen für therapeutische Gruppen oder andere spezifische Preisfestsetzungen geeignet ist.⁴⁰ Darüber hinaus setzte die Vorlage auf alteingesessene Instrumente zur Festlegung des Referenzpreises, anstatt sich der Probleme des derzeitigen Systems anzunehmen und dieses Wissen in Verbindung mit der Mechanik des Referenzpreissystems zu nutzen, um transparentere, nachvollziehbare und letztlich wirtschaftlichere Preise zu generieren.⁴¹

Die Masterarbeit bei Thomas Gächter war jedoch erst der Anfang der Reise von Dominique Vogt. So gelangte sie an einem vorwinterlichen Tag Ende 2020 an seinen Lehrstuhl, um die Publikation eines Ausschnitts eben dieser Arbeit zu besprechen. Von Thomas Gächter nicht ganz ungewollt lernte Dominique Vogt an diesem Tag das ganze Lehrstuhlteam näher kennen und so folgte auf die Begegnung nicht nur ein wissenschaftlicher Beitrag in der SZS,⁴² sondern auch bald schon ihr erster Arbeitstag als neues Teammitglied am Lehrstuhl. Neben leckerem thailändischem Essen, Tipps für Spazierwege inklusive Biber-Sichtungsmöglichkeiten in Zürich und Einführungen in die Finessen von Mi-

³⁶ Botschaft des Bundesrates vom 21. August 2019 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 1), BBl 2019, 6071 ff., 6093 f., 6135 ff., 6144 f., 6149 ff.

³⁷ BBl 2019 (Fn. 36), 6135.

³⁸ BBl 2019 (Fn. 36), 6136.

³⁹ Dominique Vogt, Referenzpreissystem – Wundermittel gegen den Kostenanstieg bei Arzneimitteln oder Alibiübung, Bern 2020, S. 3 ff.

⁴⁰ WHO Collaborating Center for Drug Statistics Methodology, Guidelines for ATC classification and DDD assignment 2020, 3. A., Oslo 2019, 38 f.; vgl. auch Vogt (Fn. 39), S. 14 ff.

⁴¹ Vogt (Fn. 39), S. 27 ff.

⁴² Dominique Vogt, Ablehnung des Referenzpreissystems – eine verpasste Chance?, SZS 2021, S. 10 ff.

crossoft-Word gibt es immer wieder neue, spannende Aufgaben zu entdecken – oder wie Thomas Gächter zu sagen pflegt: «Bei uns gibt es keine Verpflichtungen, nur Chancen. Von diesen dafür eine Menge.»

13. Liebe geht durch den Magen

Vier Tage in Belgien. Vier Mal Stoofvlees auf dem Teller von Thomas Gächter. Stoofvlees ist die belgische, mit Bier verfeinerte Variante vom Rindergulasch. Es war nicht zu übersehen, dass Thomas Gächter Rindergulasch mag. Einige seiner Mitarbeiter liessen sich bei der Menüwahl dadurch inspirieren, andere blieben, bei allem Respekt für ihren lieben Chef, ihrer vegetarischen Affinität treu.

Das erste Gulaschrezept erschien im Jahre 1819 in einem Prager Kochbuch. Das Rezept dieses bekanntlich aus Ungarn stammenden Gerichtes verbreitete sich rasch und eroberte unter anderem die Küchen Voralbergs, Zürichs und sogar Belgiens. Es existieren sehr viele Gulaschrezepte und Variationen. Im Folgenden teilt Danka Dusek, zunächst Sekretärin des Lehrstuhls, nun persönliche Sekretärin des Dekans Gächter, die hauseigene Kochanleitung für das Rindergulasch, mit dem sie das Team einst beglückt hat:

Für ein saftiges, aromatisches Rindergulasch ist die Fleischwahl essenziell. Zu empfehlen ist Fleisch aus der Wade, das sehnige, faserige Muskelfleisch. Weiter ist die Menge an Zwiebel sehr wichtig. Die goldene Regel besagt: gleich viel Zwiebel wie Fleisch. Die Zwiebel ist nämlich sowohl für den Geschmack als auch für die Bindung und Sämigkeit des Gulaschs von grosser Bedeutung.

Die Zwiebeln würfeln und langsam in Bratbutter anbraten, bis sie eine goldene Farbe bekommen. Gewürfeltes Fleisch dazugeben und scharf anbraten. Mit Salz, Pfeffer, Paprikapulver und zermahlenem Kümmel würzen, gut umrühren und nochmals anbraten. Bei schwacher Hitze schmoren lassen, dabei immer wieder mit Wasser ablöschen. Nicht im Wasser kochen! Nach zwei bis drei Stunden zerdrückten Knoblauch und Majoran begeben und weiterschmoren lassen, bis das Fleisch zart ist. Das kann insgesamt drei bis vier Stunden dauern. Kurz, bevor das Gericht fertig ist, nochmals Majoran hinzufügen. Normalerweise braucht man das fertige Gericht nicht anzudicken. Sollte das trotzdem nötig sein, wird dunkles Brot dafür verwendet, das in kleine Stücke zerteilt und mitgekocht wird, bis es zerfällt.

Mit einem feinen Gulasch wird einem warm ums Herz. Und Wärme und Herzlichkeit gehören zu den besonderen Eigenschaften, die Thomas Gächter auszeichnen und die wir an ihm so lieben!

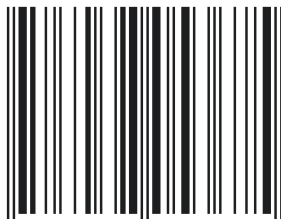
Tipp: Erst nach einigen Tagen oder mehrmaligem Aufwärmen erreicht das Gulasch seinen geschmacklichen Höhepunkt. Die Köchinnen und Köche wussten vor vielen Jahren schon: Nur ein Gulasch schmeckt aufgewärmt besser!

III. Nachspeise

Lieber Herr Gächter, wir wünschen Ihnen das Allerbeste zum fünfzigsten Geburtstag! Wir sind zutiefst dankbar dafür, dass Sie jede und jeden von uns stets fördern, fordern und unterstützen. Herzlichen Dank für die vielfältigen beruflichen Erfahrungen, die wir mit Ihnen und durch Sie sammeln durften, und für die unzähligen schönen Momente, die wir mit Ihnen genießen konnten. An die vielen schönen Team-Events, die stets wundervollen Lehrstuhlweihnachten und die gemütlichen und auch lehrreichen Lehrstuhlmittagessen denken wir gerne zurück. Danke, dass Sie trotz ungemein hoher Arbeitslast immer ein offenes Ohr für uns haben.

Sozialversicherungsrecht, Gesundheitsrecht und öffentliches Recht – in diesen Rechtsgebieten prägt das wissenschaftliche Schaffen von Thomas Gächter die juristische und gesellschaftliche Diskussion. Aus Anlass seines 50. Geburtstags denken (ehemalige) Assistentinnen und Assistenten über aktuelle sozialversicherungsrechtliche, gesundheitsrechtliche und öffentlichrechtliche Problemstellungen nach, die sich aus Begegnungen mit Thomas Gächter ergaben. Die Beiträge vermitteln einen Überblick über Entwicklungstendenzen in den genannten Rechtsgebieten sowie über gegenwärtige und zukünftige Fragen, mit denen sich Praxis und Rechtsetzung zu befassen haben werden.

ISBN 978-3-03805-367-5



9 783038 053675 >