

## **Advanced Practice Nurse und Clinical Nurse Specialist – neue Entwicklungen bei Pflegefachpersonen**



**Ueli Kieser**

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich/St. Gallen*

### *Inhaltsübersicht*

- I. Begriffe
  - A. Clinical Nurse Specialists (CNS)
  - B. Advanced Practice Nurses (APN)
- II. Titelschutz
  - A. Ausgangspunkt
  - B. Titelbezeichnung
  - C. Berufsbezeichnung
- III. Entwicklungen im Rahmen des Gesundheitsberufegesetzes (GesBG)
  - A. Ausgangslage
  - B. Eigene fachliche Verantwortung
  - C. Berufsausübung
  - D. Regelung der Tätigkeit nach Masterausbildung?
- IV. Zulassung von CNS und von APN im Gesundheitsrecht
  - A. Bundesrecht und kantonales Recht
  - B. Ergebnis
- V. Zulassung von CNS und von APN im Krankenversicherungsrecht
  - A. Zulassung im ambulanten Bereich
  - B. Zulassung im stationären Bereich
- VI. Tätigkeitsspektrum der CNS und der APN nach gesundheitsrechtlichen Bestimmungen und im Krankenversicherungsrecht
  - A. Medizinische Diagnosen
  - B. Medikamente
  - C. Therapien
  - D. Überweisungen

- E. Allgemeines zur Frage der Delegation von ärztlichen Aufgaben
- VII. Dokumentationspflichten mit Blick auf die Tätigkeit von CNS
  - A. Gesetzliche Vorgaben im Kanton Zürich
  - B. Dokumentation im Bereich der Pflege
- VIII. Hinweise zu Zusatzversicherungen
- IX. Haftpflichtrechtliche Aspekte der Tätigkeit von CNS und von APN
  - A. Allgemeine Grundsätze der Haftung, insbesondere Haftung in öffentlich-rechtlichen Spitälern
  - B. Allgemeine Hinweise zur Haftung bei unsorgfältiger medizinischer Behandlung
  - C. Haftung für Handlungen von CNS und von APN
- X. Berufshaftpflichtversicherung
- XI. Krankenversicherungsrechtliche Vergütung der Tätigkeit von CNS und von APN
  - A. Grundsätze der Leistungsvergütung im stationären Bereich
  - B. Besonderheiten bei der Tätigkeit von CNS und von APN

Literaturverzeichnis

## I. **Begriffe<sup>1</sup>**

### A. **Clinical Nurse Specialists (CNS)**

CNS bilden eine Untergruppe der Advanced Practice Nurses (APN). APN ist also ein Überbegriff für verschiedene Rollen und schliesst zum Beispiel «Clinical Nurse Specialists» (CNS) und «Nurse Practitioners» (NP) ein.<sup>2</sup> Welches die massgebenden Abgrenzungskriterien sind, wird nicht einheitlich beurteilt. Deshalb stellt die nachstehende Umschreibung nur ein Beispiel für die Konkretisierung des Berufsbildes der CNS dar.

“Clinical Nurse Specialists are Advanced Practice nurses who hold a master’s or doctoral degree in a specialized area of nursing practice. Their area of clinical expertise may be in:

- a population (e.g. pediatrics, geriatrics, women’s health);
- a setting (e.g. critical care, emergency room);
- a disease or medical subspecialty (e.g. diabetes, oncology);
- a type of care (e.g. psychiatric, rehabilitation); or
- a type of health problem (e.g. pain, wounds, stress).

In addition to the conventional nursing responsibilities which focus upon helping patients to prevent or resolve illness, a Clinical Nurse Specialist's scope of practice includes diagnosing and treating diseases, injuries and/or disabilities within his/her field of expertise. Clinical Nurse Specialists provide direct patient care, serve as expert consultants for nursing staffs, and take an active hand in improving health care delivery systems."<sup>3</sup>

## **B. Advanced Practice Nurses (APN)**

Nach der gemeinsamen Definition des Schweizerischen Vereins für Pflegewissenschaft, des Schweizer Berufsverbandes der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner, des Institut universitaire de formation et de recherche en soins (IUFRS) und der IG Suisse ANP 2012 wird die ANP folgendermassen umschrieben: Eine Pflegeexpertin/ein Pflegeexperte APN ist eine registrierte Pflegefachperson, welche sich durch akademische Ausbildung Expertenwissen, Fähigkeiten zur Entscheidungsfindung bei hochkomplexen Sachverhalten und klinische Kompetenzen für eine erweiterte pflegerische Praxis angeeignet hat. Pflegeexpertin und Pflegeexperte APN sind fähig, in unterschiedlichsten Settings vertiefte und erweiterte Rollen zu übernehmen und diese in eigener Verantwortung im interprofessionellen Team auszuführen. Die Kernkompetenzen einer Pflegeexpertin/eines Pflegeexperten APN sind: direkte klinische Praxis, Expertencoaching, Beratung, ethische Entscheidungsfindung, interdisziplinäre Zusammenarbeit, klinisches und fachspezifisches Leadership und Forschungskompetenz.<sup>4</sup> Diplomierte Pflegefachpersonen werden international als APN bezeichnet, wenn sie eine vertiefte pflegerische Expertise besitzen, in komplexe Entscheidungsprozesse involviert sind und ihre Kompetenzen in erweiterter Verantwortlichkeit in der klinischen Praxis ausüben. In der Literatur werden vier Kriterien beschrieben, die einen erweiterten Einsatz möglich machen:

- selbständiges Handeln
- selbstverantwortliches klinisches Entscheiden
- organisatorische Fähigkeiten, um Gesundheitsdienste zu koordinieren
- Teilnahme an Pflegeforschung und an der Entwicklung der Pflege.<sup>5</sup>

## **II. Titelschutz**

### **A. Ausgangspunkt**

Die Thematik des Titelschutzes ist in doppelter Hinsicht zu klären. Zum einen geht es um die Frage, ob mit der Verwendung des Titels allenfalls ausgesagt wird, dass ein Studium erfolgreich abgeschlossen wurde (= Titelbezeichnung). Zum anderen muss berücksichtigt werden, dass durch die Verwendung eines Titels im massgebenden Verkehr (d.h. etwa bezogen auf die Publikumserwartung) allenfalls eine unzutreffende Erwartung geweckt werden kann (= Berufsbezeichnung). Die nachstehenden Hinweise

beziehen sich auf diese beiden Hauptaspekte, wobei es sich nur um allgemeine Hinweise handelt, welche gegebenenfalls zu vertiefen wären.<sup>6</sup>

## **B. Titelbezeichnung**

Die Titel an Schweizer Hochschulen, d.h. die Bezeichnungen der Abschlüsse, die aufgrund eines erfolgreich abgeschlossenen Studiums oder aufgrund einer besonderen wissenschaftlichen Leistung vergeben werden, sind auf Bundes- und kantonaler Ebene in den entsprechenden Hochschulerlassen geregelt und geschützt. Im Fachhochschulbereich regelt der Bund die Fachhochschultitel heute gestützt auf das Fachhochschulgesetz (FHSG). Ab 1. Januar 2016 wird dieser Titelschutz durch das Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz (HFKG) erfasst. Diesbezüglich kann ausgesagt werden, dass Titel mit Hinweis auf abgeschlossene Studien nur verwendet werden dürfen, wenn das Studium tatsächlich abgeschlossen wurde, und zudem nur in derjenigen Form, welche von der jeweiligen Hochschule festgelegt wurde. Bezogen auf CNS ergeben sich diesbezüglich keine Fragen; soweit es sich um APN handelt, darf eine Titelbezeichnung mit allfälligem Hinweis auf einen Masterabschluss nur erfolgen, wenn ein solcher effektiv vorliegt, und der Titel darf nur in derjenigen Form verwendet werden, wie er von der jeweiligen Fachhochschule festgelegt wurde.<sup>7</sup>

Pflegerecht 2016 - S. 132

## **C. Berufsbezeichnung**

Das Tragen und der Schutz von Berufsbezeichnungen (z.B. Therapeutin) sind in der Schweiz grundsätzlich nicht geregelt. Berufsbezeichnungen können somit von jeder Person geführt werden und sind kein Beweis besonderer Fachkompetenzen oder gar besonderer rechtlicher Befugnisse. Werden allerdings ungeschützte Berufsbezeichnungen verwendet, ohne dass man den im Verkehr erweckten Vorstellungen entspricht, kann dies allenfalls gegen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (v.a. Art. 3 Bst. c UWG)<sup>8</sup> oder des Strafrechts (z.B. Art. 146 StGB: Betrug und Art. 151 StGB: Arglistige Vermögensschädigung) verstossen. Allerdings muss weiter differenziert werden. Es gibt nämlich Berufe, welche in der Schweiz reglementiert sind (z.B. Psychotherapeut; vgl. die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Psychologieberufe, PsyG, SR 935.81). Die Führung einer Berufsbezeichnung im Falle eines solchen reglementierten Berufs ist unzutreffend, wenn die Person nicht über die erforderlichen geprüften Qualifikationen verfügt. Im Fall nicht reglementierter Berufe ist die Berufsbezeichnung dann unzutreffend, wenn die Person, die sie führt, aufgrund fehlender Fähigkeiten oder Kenntnisse oder wegen mangelnder Spezialisierung die Erwartungen, die sie im Verkehr durch die Verwendung der Berufsbezeichnung weckt, nicht erfüllen kann. Die Verwendung muss sodann geeignet sein, beim Publikum den Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten zu erwecken. Ihr muss daher Aussagefunktion in Bezug auf die berufliche oder gewerbliche Leistungsfähigkeit des Verwenders zukommen. Bezogen auf die Verwendung der Bezeichnung CNS muss diesbezüglich berücksichtigt werden, dass damit eine besondere pflegerische Aus- und Weiterbildung verlangt wird; eine solche Bezeichnung darf also

nur eine Person tragen, welche (mindestens) die üblichen pflegerischen Aus- und Weiterbildungen absolviert hat.

### **III. Entwicklungen im Rahmen des Gesundheitsberufegesetzes (GesBG)**

#### **A. Ausgangslage**

Nachfolgend ist ausführlicher auf die Gesetzesentwicklung auf der Ebene des Bundes einzugehen.

Der Bund hat bislang seine verfassungsrechtliche Kompetenz zur Regelung der Berufsausübung im Bereich des Gesundheitsrechts nur teilweise wahrgenommen. Es geht in den bisher erlassenen Gesetzen im Wesentlichen um das Medizinalberufegesetz (MedBG) sowie um das Psychologieberufegesetz (PsyG). Diese Regelungen ordnen bestimmte universitäre Berufe. Weitere Berufe werden im geltenden Recht des Bundes nicht geregelt. Insoweit ist im heutigen Zeitpunkt für die gesundheitsrechtliche Ordnung der Tätigkeit im Pflegebereich auf kantonale Ordnungen zurückzugreifen.

Es ist aber darauf hinzuweisen, dass gegenwärtig ein Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (GesBG) vorliegt.<sup>9</sup> Dieser Gesetzesentwurf gehört zum Handlungsprojekt Gesundheit 2020 und innerhalb dieses Projektes zum Handlungsfeld Versorgungsqualität. Es soll gewährleistet werden, dass mehr und gut qualifiziertes Gesundheitspersonal zur Verfügung steht. Aus der Entstehungsgeschichte des Entwurfes ist auf folgende Aspekte hinzuweisen: Am 21. November 2014 wurde der Vernehmlassungsbericht im Bundesrat behandelt. Dieser gab Aufträge zur Überarbeitung des Entwurfs. Die entsprechenden Prüfaufträge bezogen sich auf drei Aspekte. Es geht um die Klärung der Fragen, (1) ob ausserhalb der im Vorentwurf genannten Berufe weitere Berufe in den Geltungsbereich des Gesetzes aufzunehmen sind, (2) ob der Geltungsbereich des Gesetzes auf öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnisse auszudehnen ist und (3) ob die Masterstufe aufzunehmen ist. In der Folge verabschiedete der Bundesrat den Gesetzesentwurf zuhanden des Parlamentes.<sup>10</sup> Dieser Entwurf ist im Februar 2016 in der ständerätlichen Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur behandelt worden, wobei eine Kommissionsmehrheit vorschlägt, Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 9 GesBG zu ergänzen, und zwar dahin gehend, dass das Gesetz auch den Masterstudiengang in Pflege mit Schwerpunkt Advanced Practice Nurse (APN) regelt.<sup>11</sup> Die Entwicklung der weiteren Gesetzgebung ist im Zeitpunkt des Abfassens des vorliegenden Beitrags noch nicht erkennbar.

#### **B. Eigene fachliche Verantwortung**

Grundsätzlich erfasst der erwähnte Gesetzesentwurf auch die Tätigkeit im Pflegefach.<sup>12</sup> Das Gesetz soll insbesondere die Berufsausübung in eigener fachli-

cher Verantwortung regeln.<sup>13</sup> Von Bedeutung ist diesbezüglich, was mit eigener fachlicher Verantwortung gemeint ist.

Zum Begriff der eigenen fachlichen Verantwortung wird im erläuternden Bericht zum Vorentwurf des Gesundheitsberufegesetzes festgehalten, dass Gesundheitsfachleute, die selbständig erwerbend sind, nur einen Teil jener Personen darstellen, die gemäss der Terminologie des Gesetzesentwurfs «in eigener fachlicher Verantwortung» tätig sind. Dies lässt zunächst erkennen, dass weniger auf die sozialversicherungs- bzw. steuerrechtliche Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit abzustellen ist, sondern vielmehr auf die inhaltliche Frage, ob die Pflegefachperson eigenverantwortlich tätig ist. Keine eigene Verantwortlichkeit besteht, wenn die Tätigkeit «unter Aufsicht» ausgeübt wird. Dazu wird im erläuternden Bericht festgehalten, dass bei Personen, welche beaufsichtigt tätig sind, davon auszugehen ist, «dass durch die Aufsicht eine genügende Kontrolle gegeben ist, um die Patientensicherheit und die Qualität der Leistungen zu gewährleisten, sodass eine zusätzliche Bewilligung nicht nötig ist».<sup>14</sup>

Offenbar versteht die Bundesbehörde im heutigen Zeitpunkt den Begriff der «eigenen fachlichen Verantwortung» so, dass nur die Verantwortung innerhalb eines jeweiligen Gesundheitsberufes gemeint ist.<sup>15</sup> Keine eigene fachliche Verantwortung besteht deshalb im Pflegebereich, wenn die Pflegefachperson einer anderen Pflegefachperson unterstellt ist. Wenn hingegen eine Pflegeperson einer ärztlichen (d.h. nicht einer pflegerischen) Aufsicht unterstellt ist, wird damit das Tätigsein «in eigener fachlicher Verantwortung» nicht aufgehoben. Dies bedeutet, dass unabhängig von einer direkten ärztlichen Beaufsichtigung die unterstellte Pflegefachperson «in eigener fachlicher Verantwortung» tätig ist. Damit ist – wenn auch die weiteren Elemente gegeben sind – anzunehmen, dass eine unter direkter ärztlicher Aufsicht tätige Pflegefachperson eine Bewilligung des Gesundheitsberufegesetzes benötigt, wenn die betreffende Pflegefachperson nicht ihrerseits auch von einer Pflegefachperson beaufsichtigt wird.

### **C. Berufsausübung**

Was den Begriff der Berufsausübung betrifft, musste vom Bundesrat insbesondere entschieden werden, ob nur die privatrechtliche oder jede Berufsausübung vom Gesundheitsberufegesetz erfasst werden soll. Im Bericht zum Vorentwurf Gesundheitsberufegesetz wird von einer Ausrichtung nur auf die privatrechtliche Ausübung ausgegangen und dazu festgehalten, dass die wirtschaftliche Tätigkeit dann nicht mehr als «privat» gilt, wenn es sich um eine Aufgabe handelt, die von staatlichen Stellen wahrgenommen wird, welche dem öffentlichen Recht unterstehen.<sup>16</sup> Der Bewilligungspflicht wäre insoweit unterstellt gewesen, wer in einer privatrechtlich organisierten Einrichtung tätig ist und nicht unter Aufsicht einer oder eines Angehörigen desselben Berufes steht.<sup>17</sup> Ob der Geltungsbereich des Gesundheitsberufegesetzes von der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit auf öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnisse ausgeweitet werden soll, bildete in der Folge einen vom Bundesrat dem Bundesamt für Gesundheit erteilten Prüfauftrag. Der Bundesrat entschied sich letztlich dafür, nicht auf die Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses abzustellen.<sup>18</sup> In verfassungsrechtlicher Hinsicht konnte der Bundesrat auf Art. 117a BV (mit dem Randtitel «medizinische Grundversorgung») Bezug nehmen. Diese Bestimmung legt fest, dass der Bund Vorschriften über die Anforderungen zur Ausübung der Berufe der medizinischen Grundversorgung erlässt. Dies schliesst in sich, dass auch

die öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnisse erfasst werden. Nicht massgebend ist also die Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses: «Das einer medizinischen Dienstleistung inhärente Gefährdungspotenzial besteht unabhängig von der Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses (privatrechtlich, öffentlich-rechtlich). Deshalb sieht Artikel 11 zur Gewährleistung der Patientensicherheit eine einheitliche Bewilligungspflicht für die Ausübung in eigener fachlicher Verantwortung vor.»<sup>19</sup>

Pflegerecht 2016 - S. 134

#### **D. Regelung der Tätigkeit nach Masterausbildung?**

Was das Ausbildungsniveau betrifft, wird im Gesetz auf die Fachhochschulen Bezug genommen.

Soweit die Ausbildung zu einer Masterstufe führt, ist gemäss dem erläuternden Bericht davon auszugehen, dass ein entsprechender Masterstudiengang in Pflege ebenfalls unter das Gesundheitsberufegesetz fallen würde.<sup>20</sup> Dass auch die Masterstufe in das Gesundheitsberufegesetz aufgenommen werden soll, ist im Rahmen der Vernehmlassung verschiedentlich gefordert worden. Freilich ergaben sich dabei unterschiedliche Forderungen hinsichtlich Art und Umfang der allfälligen Aufnahme der Masterstufe. Im bundesrätlichen Entwurf des Gesundheitsberufegesetzes wird auch die Masterstufe geregelt, wobei allerdings bei der Gesetzesberatung umstritten ist, ob auch der Masterstudiengang in Pflege mit Schwerpunkt Advanced Practice Nurse (APN) erfasst werden soll.<sup>21</sup>

#### **IV. Zulassung von CNS und von APN im Gesundheitsrecht**

Zu klären ist im vorliegenden Zusammenhang, ob sich in gesundheitsrechtlichen Erlassen Regelungen bezüglich der Zulassung bzw. der Tätigkeit von APN finden. Dabei ist mit Blick darauf, dass gegenwärtig verschiedene gesetzgeberische Entwicklungen festzustellen sind,<sup>22</sup> auch auf die Frage einzugehen, ob sich diesbezüglich Änderungen bezogen auf die Tätigkeit der APN ergeben können.

##### **A. Bundesrecht und kantonales Recht**

Es sind – soweit ersichtlich – in den bisherigen gesundheitsrechtlichen Erlassen keine Regelungen zur Tätigkeit der APN zu finden. Die Bedeutung dieser zusätzlichen Ausbildung wird allerdings unschwer erkennbar, wenn der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe analysiert wird. Wie den Unterlagen zum laufenden Vernehmlassungsverfahren zu entnehmen ist, werden nämlich im Rahmen dieses Verfahrens Fragen zur Klärung der Regelung der Masterstufe im Gesundheitsberufegesetz gestellt. Hier wird danach gefragt,

- ob sich die heutige Nichtreglementierung der Berufsausübung einer Pflegeexpertin und eines Pflegeexperten APN allenfalls einschränkend auswirkt,

–

ob das Potenzial von Pflegeexpertinnen und Pflegeexperten APN in der Schweiz vollumfänglich genutzt wird und

- ob die Reglementierung der Berufsausübung einer Pflegeexpertin und eines Pflegeexperten APN als notwendig und verhältnismässig betrachtet wird.<sup>23</sup>

Hinzuweisen ist ferner auf eine Diskussion im Kanton Aargau, welche sich auf die allfällige Tätigkeit von Pflegeexperten und Pflegeexpertinnen APN bezieht.<sup>24</sup>

Zu verweisen ist zudem auf Arbeiten im Rahmen der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und Gesundheitsdirektoren (GDK), welche sich auf die Thematik «Neue Versorgungsmodelle für die medizinische Grundversorgung» beziehen. Hier wird gerade die Frage thematisiert, ob es zielführend sei, Aufgaben, die bislang von Ärztinnen und Ärzten übernommen wurden, an Pflegefachpersonen zu übertragen, sei dies durch Delegation, indem die Ärztin bzw. der Arzt in der Verantwortung bleibt, oder durch Substitution, indem die Verantwortung ebenfalls an die Pflegefachperson übergeht.<sup>25</sup>

Diesbezüglich ist ferner auf die Parlamentarische Initiative «Gesetzliche Anerkennung der Verantwortung der Pflege» zu verweisen, welche am 16. März 2011 von NR Rudolf Joder eingereicht wurde. Diese Initiative ist zwischenzeitlich im Parlament teilweise behandelt worden, ohne dass sie aber bereits zu einer Gesetzesänderung geführt hätte. Die zuständigen Kommissionen haben die Stossrichtung der Initiative unterstützt, doch ist im heutigen Zeitpunkt noch umstritten, ob allenfalls wegen einer – allfälligen – Kostenentwicklung Abstand von der angeregten Gesetzesänderung genommen werden soll.<sup>26</sup>

Insgesamt lässt sich erkennen, dass im heutigen Gesundheitsrecht sowohl der Kantone wie auch des Bundes die Tätigkeit als Pflegefachexpertin bzw. Pflegefachexperte APN nicht ausdrücklich geregelt wird. Allgemein anerkannt wird indessen, dass es sich um eine wichtige und für die Zukunft relevante Berufs-

Pflegerecht 2016 - S. 135

sparte handelt. Wie den gesetzgeberischen Schritten des Bundes zu entnehmen ist, wird im heutigen Zeitpunkt noch als ungeklärt betrachtet, ob die Tätigkeit als APN einer gesetzlichen Regelung bedarf und gegebenenfalls welcher.

In den gesundheitsrechtlichen Erlassen findet sich also keine ausdrückliche Ordnung der spezifischen Tätigkeiten als APN. Damit wird davon auszugehen sein, dass die allgemeinen (allfälligen) kantonalen Regelungen zur Tätigkeit im Pflegeberuf vorderhand auch für die Tätigkeit einer APN massgebend sind.

## **B. Ergebnis**

In den heutigen gesundheitsrechtlichen Erlassen der Schweiz findet sich – soweit ersichtlich – keine ausdrückliche Regelung der Tätigkeit als APN. Damit ist in gesundheitsrechtlicher Hinsicht – soweit erforderlich – auf analog anwendbare Regelungen zurückzugreifen. Im Vordergrund wird stehen, allfällige kantonale rechtliche Regelungen zur Tätigkeit im Pflegeberuf heranzuziehen.

Es ist davon auszugehen, dass in näherer Zukunft ein bundesrechtlicher Erlass, nämlich das Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe, die heute bestehenden kantonale rechtlichen Regelungen ablösen wird. Aber auch hier ist noch offen, ob die Tätigkeit als APN ausdrücklich geregelt wird.<sup>27</sup>

## V. Zulassung von CNS und von APN im Krankenversicherungsrecht

Zu klären ist, ob die Tätigkeit als APN im heute geltenden Krankenversicherungsrecht bereits geregelt wird. Dabei ist nachfolgend zu unterscheiden zwischen einer allfälligen Regelung im ambulanten Bereich und einer solchen im stationären Bereich.

### A. Zulassung im ambulanten Bereich

Art. 35 Abs. 2 KVG legt fest, welches diejenigen Leistungserbringer sind, die zur Tätigkeit zulasten der Krankenpflegeversicherung zugelassen sind. Hier werden in Art. 35 Abs. 2 lit. e KVG Personen genannt, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin Leistungen erbringen. Diesbezüglich geht es auch um Pflegefachpersonen, was Art. 49 KVV entnommen werden kann. Bezüglich dieser Pflegefachpersonen, die auf ärztliche Anordnung oder im ärztlichen Auftrag tätig werden, ist daran zu erinnern, dass die jeweiligen Leistungen, die von ihnen erbracht werden dürfen, rechtlich ebenfalls erfasst werden; der Bundesrat muss nämlich die entsprechenden Aufgaben umschreiben.<sup>28</sup> Das entsprechende Leistungsspektrum wird in Art. 7 bis Art. 8 KLV (aber eben nur bezogen auf die ambulante Krankenpflege und die Krankenpflege im Pflegeheim) umschrieben. Durch dieses Zusammenspiel zwischen Umschreibung der Zulassung zur Tätigkeit in Art. 49 KVV und der Nennung der vergütungsfähigen Leistungen in Art. 7 bis Art. 8 KLV kann abgeleitet werden, dass die spezifische Tätigkeit als APN nicht zu Besonderheiten führt. Es bleibt allemal dabei, dass Pflegefachfrau und Pflegefachmann zugelassen sind – und zwar auch ohne die besondere Qualifikation einer APN – und dass nur die in Art. 7 bis Art. 8 KLV ausdrücklich aufgeführten Leistungen vergütungsfähig sind.

### B. Zulassung im stationären Bereich

Im Krankenversicherungsrecht bestehen bezogen auf die Tätigkeit im stationären Bereich nur beschränkte Regelungen. Ins Gewicht fällt jedenfalls, dass Pflegefachmann und Pflegefachfrau vorderhand<sup>29</sup> nicht als selbständige Leistungserbringende auftreten können. Sie müssen allemal im Auftrag oder auf Anordnung eines Arztes oder einer Ärztin tätig werden. Wie spitalintern die Aufgabenzuteilung an die tätigen Personen vorgenommen wird, wird im Übrigen aber durch das Krankenversicherungsrecht nicht bestimmt. Es ist deshalb bezogen auf den allfälligen Einsatz einer APN im stationären Bereich insbesondere auf fachliche Aspekte abzustellen und zu klären, bezogen auf welchen einzelnen Tätigkeitsbereich welche fachliche Voraussetzung verlangt wird. Bei dieser

Zuordnung sind die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen im Krankenversicherungsrecht zu berücksichtigen. Es geht hier um die Kriterien der Wirksamkeit, der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit. Insoweit eröffnet sich für die Tätigkeit der APN im stationären Bereich ein nicht von vorneherein durch das Gesetz beschränktes Ausmass. Es wird nachfolgend bezogen auf bestimmte einzelne Bereiche zu klären sein, welche allfälligen Schranken zu berücksichtigen sind.

Pflegerecht 2016 - S. 136

Regelmässig ist dabei zu beachten, dass eine APN «auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin» tätig wird und Leistungen erbringt. Denn diese Grundvoraussetzung wird in Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KVG festgelegt. Zusätzlich muss berücksichtigt werden, dass Pflegefachfrau und Pflegefachmann im stationären Bereich Leistungen nicht selbständig abrechnen können. Die Leistungsvergütung erfolgt über die stationäre Einrichtung, welche mit Fallpauschalen entschädigt wird.<sup>30</sup> Insoweit ist offensichtlich die APN in die betreffende stationäre Einrichtung eingebunden und wird insoweit regelmässig unter einer bestimmten fachlichen Aufsicht stehen und also nicht eigenverantwortlich in dem Sinne tätig sein können, dass sie ohne Auftrag bzw. ohne Anordnung tätig würde.

## **VI. Tätigkeitsspektrum der CNS und der APN nach gesundheitsrechtlichen Bestimmungen und im Krankenversicherungsrecht**

### **A. Medizinische Diagnosen**

In gesundheitsrechtlicher Hinsicht steht fest, dass Absolventinnen und Absolventen des Studiums der Humanmedizin die Diagnostik beherrschen müssen.<sup>31</sup> Damit allein ist noch nicht festgelegt, dass ausschliesslich diese Medizinalpersonen die Diagnostik beherrschen. Es ist in gesundheitsrechtlicher Hinsicht nicht ausgeschlossen, dass auch andere befähigte Personen Diagnosen stellen können. Es geht in gesundheitsrechtlicher Hinsicht um die Frage, welche Berufe für welche Diagnosen zuständig sind. Gerade Diagnosen mit einem starken oder ausschliesslichen Bezug zu Pflegefragen sind Diagnosen, welche in gesundheitsrechtlicher Hinsicht durchaus auch von Personen aus Pflegeberufen gestellt werden können. Insoweit kann in gesundheitsrechtlicher Hinsicht nicht angenommen werden, es müssten sämtliche Diagnosen zwingend durch Absolventinnen und Absolventen des Studiums der Humanmedizin gestellt werden.

In krankenversicherungsrechtlicher Hinsicht ist demgegenüber die Regelung enger. Dies hängt damit zusammen, dass nach Art. 25 Abs. 2 lit. a KVG die Untersuchungen und Behandlungen – wenn sie nicht von einem Arzt oder Chiropraktor vorgenommen werden – nur von Personen vorgenommen werden können, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes tätig werden. Hier ist also jedenfalls erforderlich, dass eine ärztliche Anordnung oder ein ärztlicher Auftrag erfolgen.

### **B. Medikamente**

In gesundheitsrechtlicher Hinsicht ist die Abgabe von Medikamenten prinzipiell den Ärztinnen und Ärzten vorbehalten, doch besteht nach den Bestimmungen des Heilmittelgesetzes eine gewisse Offenheit.<sup>32</sup> In krankensicherungsrechtlicher Hinsicht ist es demgegenüber zwingend erforderlich, dass Arzneimittel ärztlich verordnet werden.<sup>33</sup>

### **C. Therapien**

Der Begriff der Therapien ist sehr weit gefasst und hat in gesundheitsrechtlicher Hinsicht keine klaren und fassbaren Konturen. Es wird hier darauf abzustellen sein, in welchem Fachbereich eine Therapie allenfalls festzulegen ist. Es sind jedenfalls keine gesundheitsrechtlichen Bestimmungen ersichtlich, welche die Festlegung einer Therapie zwingend einem Arzt oder einer Ärztin zuordnen würden. So kann etwa darauf hingewiesen werden, dass Art. 8 lit. b MedBG bezogen auf die Behandlung der Gesundheitsstörungen und Krankheiten einschränkend festhält, dass diejenigen Störungen und Krankheiten gemeint sind, die sich im jeweiligen Berufsfeld ergeben. Insoweit ist in gesundheitsrechtlicher Hinsicht davon auszugehen, dass eine APN Therapien in demjenigen Bereich festlegen kann, in dem sie fachlich ausgewiesen ist.

In krankensicherungsrechtlicher Hinsicht fällt wiederum ins Gewicht, dass das Primat direkt oder indirekt beim Arzt oder bei der Ärztin liegt. Soweit hier eine APN eine Therapie festlegen soll, ist mindestens erforderlich, dass die betreffende Pflegefachperson beauftragt ist oder auf Anordnung eines Arztes oder einer Ärztin handelt.

### **D. Überweisungen**

In gesundheitsrechtlicher Hinsicht lässt sich bezogen auf die Frage der Überweisungen den bestehenden Regelungen nichts entnehmen. Dies bedeutet nicht, dass die Frage der Überweisung nicht von gesund-

heitsrechtlicher Relevanz wäre. Es geht hier nämlich um die Frage, für welche Handlungen die betreffende Person befähigt ist. Wenn eine Fachperson erkennt, dass sie für eine bestimmte Tätigkeit nicht befähigt ist, kann sie die betreffende Tätigkeit nicht ausführen und ist allenfalls gehalten, eine Überweisung vorzunehmen. Insoweit ist von Bedeutung, dass – in gesundheitsrechtlicher Hinsicht – die betreffende Fachperson die Grenzen ihres Fachwissens kennt. Es ist ein Grundprinzip der gesundheitsrechtlichen Erlasse, dass die betreffenden Personen die interdisziplinäre Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Berufe akzeptieren.<sup>34</sup> Insoweit ist von Bedeutung, dass die Grenzen der eigenen Tätigkeit erkannt und respektiert werden.<sup>35</sup> Aus diesem Erkennen der eigenen Grenzen erwächst zugleich die allfällige Verantwortung dafür, eine Überweisung vorzunehmen. Dies gilt sowohl für die ärztliche Tätigkeit wie auch für diejenige der APN.

In krankensicherungsrechtlicher Hinsicht ist bezogen auf die Überweisung davon auszugehen, dass diese regelmässig ärztlich vorgenommen werden muss oder jedenfalls von einer Person, die im Auftrag oder auf Anordnung eines Arztes oder einer Ärztin handelt. Im Übrigen wirft die Überweisung im Krankensicherungsrecht insbesondere entschädigungsrechtliche Fragen auf.<sup>36</sup>

## **E. Allgemeines zur Frage der Delegation von ärztlichen Aufgaben**

Nachstehend ist in allgemeiner Form auf die Frage einzugehen, wie bei der allfälligen Delegation von ärztlichen Aufgaben vorzugehen ist. Welche ärztlichen Aufgaben allenfalls delegiert werden können, hat sich bezogen auf einzelne Bereiche aus den vorstehenden Hinweisen (bezogen auf Diagnosen, Medikamente und Therapien) ergeben. Hier ist in der Folge zu klären, wie in formaler Hinsicht vorzugehen ist.

Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass die hier zu beurteilende Delegation eine ärztliche Aufgabe betrifft. Soweit es sich um pflegerische Aspekte selber handelt, liegt – was explizit zu erwähnen ist – keine Delegation vor. Hier wird vielmehr die betreffende APN in eigener Verantwortung tätig bzw. wird als Pflegefachperson tätig, welche ihrerseits eine pflegerisch verantwortliche Person als Vorgesetzte hat.

Wenn eine ärztliche Aufgabe in zulässiger Weise delegiert wird, ist davon auszugehen, dass die betreffende APN als Hilfsperson tätig wird. Solche Hilfspersonen sind bezogen auf die Vornahme der betreffenden Delegation (1) im erforderlichen Mass zu instruieren und (2) zu überwachen. Es kommt hinzu, dass (3) die betreffende Hilfsperson vorab sorgfältig auszuwählen ist, was aber im vorliegenden Zusammenhang deshalb nicht näher thematisiert werden muss, weil es sich um den Einsatz einer APN handelt, welche als solche einen jedenfalls hinreichenden beruflichen Ausbildungs- und Weiterbildungsstand ausweist.

Die Instruktion der APN muss konkret und bezogen auf die zu übernehmende Aufgabe erfolgen. Dabei können verschiedene Instruktionmassnahmen ins Gewicht fallen; denkbar sind allgemeine schriftliche Instruktionen, und es sind auch auf den konkreten Fall bezogene mündliche Instruktionen zulässig. Was die ebenfalls erforderliche Überwachung betrifft, hängt deren Mass von der delegierten Hilfstätigkeit ab; je gewichtiger die entsprechende Tätigkeit ist und je eher durch die Übernahme der delegierten Tätigkeit eine Auswirkung auf die gesundheitliche Situation entstehen kann, desto strikter ist die Überwachung auszugestalten.

Es drängt sich auf, die massgebenden Schritte der Delegation (Auswahl, Instruktion sowie Überwachung) in schriftlicher Form festzuhalten.

## **VII. Dokumentationspflichten mit Blick auf die Tätigkeit von CNS**

Vorstehend wurde aufgezeigt, in welchen Bereichen und bezogen auf welche Aufgaben eine CNS in der stationären Behandlung tätig werden kann. Es stellt sich – davon ausgehend – die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Form zu dokumentieren ist, dass eine CNS tätig wird.

## **A. Gesetzliche Vorgaben im Kanton Zürich**

§ 17 des Patientinnen- und Patientengesetzes legt fest, dass über jede Patientin und jeden Patienten eine laufend nachzuführende Patientendokumentation über die Aufklärung und Behandlung angelegt wird. Die Patientendokumentation kann schriftlich oder elektronisch geführt werden. Sie soll auf einfache Weise anonymisiert werden können. Die Urheberschaft der Daten muss unmittelbar ersichtlich sein. Die Berichtigung einer Eintragung erfolgt durch eine entsprechende Ergänzung. Patientinnen und Patienten können eine Ergänzung verlangen, wenn

Pflegerecht 2016 - S. 138

sie ein schützenswertes Interesse haben. Diese Regelung ist für Spitäler unmittelbar anwendbar.<sup>37</sup>

Zur Dokumentationspflicht legt das Gesundheitsgesetz ebenfalls Vorschriften fest. Diese beziehen sich allerdings nur auf die selbständige Berufsausübung, können aber als Ausdruck allgemeiner Grundsätze betrachtet werden. § 13 des zürcherischen Gesundheitsgesetzes (GesG) bestimmt Folgendes:

*1 Wer einen Beruf des Gesundheitswesens ausübt, legt über jede Patientin und jeden Patienten eine Patientendokumentation an und führt sie laufend nach. Diese gibt Auskunft über die Aufklärung und Behandlung der Patientinnen und Patienten. Als Behandlung gelten insbesondere Untersuchungen, Diagnosen, Therapie und Pflege. Die Urheberschaft der Einträge muss unmittelbar ersichtlich sein.*

*2 Die Patientendokumentation kann in schriftlicher oder elektronischer Form geführt werden. Wird eine elektronische Aufzeichnungsform gewählt, müssen die Eintragungen in der Patientendokumentation datiert, unabänderbar gespeichert und jederzeit abrufbar sein.*

*3 Die Patientendokumentation wird während zehn Jahren nach Abschluss der letzten Behandlung aufbewahrt.*

*4 Die Patientinnen und Patienten haben Anspruch auf Herausgabe der Patientendokumentation in Kopie. Die Herausgabe kann mit Rücksicht auf schutzwürdige Interessen Dritter eingeschränkt werden.*

*5 Die Bewilligungsinhaberinnen und -inhaber sorgen dafür, dass auch nach ihrem Hinschied oder bei einem Verlust der Handlungsfähigkeit die Patientendokumentationen für die Patientinnen und Patienten unter Wahrung des Berufsgeheimnisses zugänglich bleiben.*

*6 Für Apothekerinnen und Apotheker sowie für Drogistinnen und Drogisten gelten die vorstehenden Bestimmungen nur, soweit sie diagnostische und therapeutische Verrichtungen vornehmen, zu denen sie nach Bundesrecht berechtigt sind.*

## **B. Dokumentation im Bereich der Pflege**

§ 13 GesG hält fest, dass die Pflege zur «Behandlung» gehört und insoweit dokumentiert werden muss.

Es fragt sich, ob sich dieser Bereich bezogen auf die Dokumentation weiter konkretisieren lässt. Dabei ist davon auszugehen, dass die Dokumentation über diejenigen Anordnungen und Schritte Auskunft geben muss, welche den wesentlichen Nachvollzug der Pflege erlauben. Es soll also rückwirkend rekonstruiert werden können, wie sich die Pflege gestaltet hat. Dabei konkretisiert sich die Dokumentationspflicht anhand verschiedener Teilkriterien. Zu dokumentieren ist, was praxisrelevant, vergütungsrelevant oder mit Blick auf die Beurteilung von Haftpflichtansprüchen notwendig ist.

Dazu gehört, dass die Dokumentation Auskunft gibt über folgende Elemente:

- wesentliche Anordnungen zur Gestaltung der Pflege
- Verantwortung für die wesentlichen Anordnungen
- Bestätigung des vorgesehenen Verlaufs der Pflege sowie Festhalten der wesentlichen Abweichung vom vorgesehenen Verlauf.

### **VIII. Hinweise zu Zusatzversicherungen**

Im vorliegenden Abschnitt ist auf allfällige spezifische Fragen einzugehen, die sich bei einer Zusatzversicherungsrechtlichen Deckung der Abklärung und Behandlung ergeben können.

Wenn eine Patientin oder ein Patient über eine Zusatzversicherung verfügt, bringt dies in gesundheitsrechtlicher Hinsicht keine Änderung mit sich. Auch bei der Abklärung und der Behandlung von zusatzversicherten Patientinnen und Patienten sind die jeweiligen gesundheitsrechtlichen Voraussetzungen umfassend zu berücksichtigen. Insoweit haben die voranstehenden Überlegungen zu den gesundheitsrechtlichen Aspekten der Tätigkeit einer APN auch bei der Behandlung von zusatzversicherten Personen vollumfängliche Gültigkeit.

Es ist denkbar und zulässig, dass ergänzend zu den jedenfalls zu berücksichtigenden gesundheitsrechtlichen Voraussetzungen weitere zusatzversicherungsrechtliche Voraussetzungen hinzutreten. Solche zusätzlichen Voraussetzungen müssten sich ergeben aus Vertragswerken zwischen der jeweiligen Zusatzversicherung und der betreffenden stationären Einrichtung bzw. der betreffenden Medizinalperson oder Pflegefachperson. Es ist beispielsweise denkbar, dass eine Zusatzversicherung voraussetzt, dass der betreffende Leistungserbringer auf einer spezifischen versicherungseigenen Liste figuriert. Soweit es aber an solchen spezifischen und hinzutretenden Regelungen fehlt, richtet sich die Berechtigung, im Rahmen von zusatzversicherungsrechtlich abgedeckten Behandlungen tätig zu sein, einzig nach den massgebenden gesundheitsrechtlichen Bestimmungen.

Insoweit ergeben sich für die Behandlung im Bereich von Zusatzversicherungen keine spezifischen Probleme.

## **IX.      Haftpflichtrechtliche Aspekte der Tätigkeit von CNS und von APN**

Es ist zu klären, wie die Tätigkeit als APN in haftpflichtrechtlicher Hinsicht einzuordnen ist. Es kann sich dabei nur um allgemeine Hinweise handeln. Die rechtlichen Grundlagen einer Spitalhaftpflicht sind – gerade bei öffentlich-rechtlichen Institutionen – in der gebotenen Kürze kaum zu fassen, weshalb nur auf einige allgemeine Grundsätze hinzuweisen ist.

### **A. Allgemeine Grundsätze der Haftung, insbesondere Haftung in öffentlich-rechtlichen Spitälern**

Bei der Haftung von Arzt und Spital ist grundsätzlich zu unterscheiden, ob das Rechtsverhältnis dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht untersteht.

Wenn die zu beurteilende Tätigkeit in Spitälern ausgeübt wird, für welche öffentlich-rechtliche Träger verantwortlich sind, untersteht das allfällige Haftungsverhältnis regelmässig öffentlich-rechtlichen Normen. Dies gilt sowohl für eine stationäre wie auch für eine ambulante Behandlung. Bei einem öffentlich-rechtlichen Spitalaufenthalt muss ferner – wie beim privatrechtlich geregelten Aufenthalt – geklärt werden, ob allenfalls zwischen der ärztlichen und der weiteren Betreuung eine rechtliche Spaltung besteht (Abgrenzung zwischen medizinischer Behandlung einerseits und Hotellerieleistung andererseits).

Im Übrigen gilt für die öffentlich-rechtlichen Haftungsordnungen in aller Regel eine Kausalhaftung. Haftungsgrund bildet insoweit ein widerrechtliches amtliches Handeln. Diese Haftungsregelung, welche sich eben durch die fehlende Verschuldensvoraussetzung kennzeichnet, bedeutet allerdings gegenüber der privatrechtlichen Haftung in der Sache keinen Unterschied. Die Schadzufügung zufolge Unsorgfalt im Spitalbereich ist regelmässig so gekennzeichnet, dass bei einer privatrechtlichen Einordnung damit ein Verschulden verbunden ist.<sup>38</sup>

### **B.      Allgemeine Hinweise zur Haftung bei unsorgfältiger medizinischer Behandlung**

Weil für die Haftung nach Privatrecht und für die Haftung nach öffentlichem Recht in verschiedener Hinsicht Parallelen bestehen, ist nachfolgend ergänzend auf einzelne Elemente der privatrechtlichen Haftung einzugehen.

Im Rahmen des Privatrechts wird als Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Patient und Arzt in der Regel ein Behandlungsvertrag angenommen. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung wird dieser Behandlungsvertrag als einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR qualifiziert.<sup>39</sup>

Neben der vertraglichen Haftung können auch ausservertragliche Ansprüche gegen die behandelnden Ärzte und die weiteren beteiligten Personen (z.B. Pflegepersonal, Anästhesie usw.) nach Art. 41 ff. OR bestehen, wenn deren Verhalten widerrechtlich war.<sup>40</sup> Es besteht eine Anspruchskonkurrenz und eine solidarische Haftung.

Im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit Aufgaben an APN delegiert werden können, sind grundsätzliche Überlegungen darüber anzustellen, ob bei der Erfüllung der vertraglichen Leistungen

Drittpersonen beigezogen werden und, wenn ja, welche Aufgaben von den Vertragspartnern an Dritte übertragen werden dürfen.

Wie aufgezeigt wurde, wird der ärztliche Behandlungsvertrag als Auftrag qualifiziert. Nach Art. 398 Abs. 3 OR hat der «Beauftragte das Geschäft persönlich zu besorgen», ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig erachtet wird. In der Lehre und Praxis wird für den ärztlichen Behandlungsvertrag von der persönlichen Leistungspflicht des Arztes ausgegangen. Dies erfolgt aus der Überlegung heraus, dass ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient besteht. Der Beizug von Dritten wird jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen. Untergeordnete Aufgaben dürfen vom Arzt an Erfüllungsgehilfen übertragen werden, solange das materielle Hauptgewicht der Leistung auf der Tätigkeit des Arztes liegt.<sup>41</sup> Die beigezogenen Gehilfen dürfen somit nur der Unterstützung der Leistungshandlungen des Arztes dienen. Zudem müssen die Aufgaben unter der Aufsicht und der Leitung des Arztes durchgeführt werden.

Zur Frage, welches in haftungsrechtlicher Hinsicht die nicht delegierbaren Handlungen des Arztes sind, findet sich in der Lehre und Rechtsprechung kaum Material. Die Antwort auf diese Frage ist abhängig vom im Einzelfall zu bewältigenden medizinischen

Pflegerecht 2016 - S. 140

Sachverhalt, von den weiteren Umständen sowie den Abreden zwischen Arzt und Patient oder dem Willen des Patienten. Als nicht delegierbare Handlungen werden in der Lehre die Stellung der Diagnose, die Operation sowie schwierige Injektionen, Infusionen und Blutentnahmen genannt.<sup>42</sup> Vorbehalten bleibt selbstverständlich die ausdrückliche Einwilligung des Patienten für eine andere Vorgehensweise.

### **C. Haftung für Handlungen von CNS und von APN**

Im Zusammenhang mit der Frage der Haftung von APN ist von zentraler Bedeutung, unter welchem Rechtstitel die Leistung der APN erbracht wird. Die APN treten in aller Regel gegenüber den Patienten nicht als eigenständige Vertragspartner auf, sondern erbringen die Leistungen als Mitarbeiter des Spitals oder als Unterstützung des Arztes. In rechtlicher Hinsicht stehen die Institute der Hilfsperson respektive des Erfüllungsgehilfen (Art. 101 OR) und der Delegation von persönlich zu erfüllenden Leistungen im Auftragsverhältnis (Art. 398 Abs. 3 OR) im Vordergrund. Für diese beiden Konstellationen gelten unterschiedliche Anforderungen an die Sorgfalt und die Haftungsregeln. So hat der Geschäftsherr beim Beizug einer Hilfsperson (Art. 101 OR) deren Handlungen sich als seine eigenen anrechnen zu lassen, während bei der erlaubten Substitution der Beauftragende nur für sorgfältige Auswahl und Instruktion des Dritten haftet (Art. 399 Abs. 2 OR). Die Abgrenzung zwischen Substitution und Beizug einer Hilfsperson ist in der Praxis oftmals schwierig. Bei ärztlichen Tätigkeiten wird ein «Ersatzarzt» in der Praxis eines abwesenden Arztes als Erfüllungsgehilfe (nach Art. 101 OR)

angenommen, während ein an einem anderen Ort praktizierender Arzt als Substitut (nach Art. 398 Abs. 3 OR) qualifiziert wird.<sup>43</sup>

Im Lichte dieser Praxis handeln die APN wohl in aller Regel als Erfüllungsgehilfen/Hilfspersonen der behandelnden Ärzte resp. des Spitals. Somit werden die Handlungen der APN dem Schuldner (Spital oder Arzt) wie deren eigenen Handlungen zugerechnet. Für eine Haftung des Arztes oder des Spitals ist es nicht notwendig, dass die APN ein Verschulden trifft. Wenn eine Hilfsperson eine an sich vom Schuldner (hier Arzt oder Spital) vorzunehmende Handlung übernimmt und diese nicht oder nicht richtig erfüllt, haftet der Geschäftsherr, wenn ihm das Verhalten des Gehilfen vorzuwerfen wäre, hätte er die Handlung selber vorgenommen (hypothetische Vorwerfbarkeit).<sup>44</sup> Es wird somit der für den Geschäftsherrn geltende Sorgfaltsmassstab auf die Gehilfen angewendet. Eine Haftung besteht somit dann nicht, wenn dem Arzt oder dem Spital kein Verschulden angelastet werden könnte, falls sie selbst so gehandelt hätten. Das gilt grundsätzlich auch, wenn die Hilfsperson sachkundiger ist als der Geschäftsherr, es sei denn, dass zwischen den Parteien abgemacht war, dass eine sachkundigere Drittperson beigezogen wird.<sup>45</sup>

## **X. Berufshaftpflichtversicherung**

Die Berufshaftpflichtversicherung bezweckt, von Dritten erhobene Schadenersatzansprüche abzuwehren und im Falle einer Haftung, allenfalls mit Abzug eines Selbstbehaltes, den Schaden zu decken. Welche Schadensfälle gedeckt werden, beurteilt sich ausschliesslich nach der Versicherungspolice und den anwendbaren Versicherungsbedingungen. Gleiches gilt für den Deckungsumfang. Ergänzend kommen die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) zur Anwendung.

Die Berufshaftpflichtversicherung betrifft nur das Verhältnis zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer (Arzt oder Spital resp. allenfalls deren Mitarbeiter). Inhalt und Umfang der Haftpflichtversicherungspolice haben keine Auswirkungen auf die Haftung im Verhältnis zwischen dem Arzt/Spital und den Patienten. Diese bemisst sich allein nach den Grundsätzen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung. Es besteht auch kein direktes Forderungsrecht von Patienten gegenüber der Haftpflichtversicherung. Der Arzt resp. das Spital bleiben somit passivlegitimiert.

Gemäss Art. 40 lit. h MedBG sind selbständige Ärzte verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken abzuschliessen oder eine andere gleichwertige Sicherheit zu erbringen.<sup>46</sup> Auch die Bestimmungen des Gesundheitsberufegesetzes (GesBG) werden voraussichtlich eine Bestimmung über die Notwendigkeit einer Berufshaftpflichtversicherung enthalten.<sup>47</sup>

## **XI.**

### **Krankenversicherungsrechtliche Vergütung der Tätigkeit von CNS und von APN**

## **A. Grundsätze der Leistungsvergütung im stationären Bereich**

Die Vergütung der stationären Behandlung richtet sich im Krankenversicherungsrecht nach Art. 49a KVG. Die Abgeltung der stationären Leistungen erfolgt in der Regel mit Fallpauschalen, welche leistungsbezogen sind und auf gesamtschweizerischen einheitlichen Strukturen beruhen.<sup>48</sup> Mit den jeweiligen Fallpauschalen sind grundsätzlich sämtliche Aufwendungen der stationären Einrichtung abgegolten. Dies bedeutet, dass in vergütungsrechtlicher Hinsicht nicht von Relevanz ist, welche konkreten Kosten im einzelnen Fall oder insgesamt entstanden sind. Die Vergütung richtet sich allemal nach der festgelegten Fallpauschale.

## **B. Besonderheiten bei der Tätigkeit von CNS und von APN**

Wenn im Rahmen des gesundheitsrechtlich bzw. krankenversicherungsrechtlich Zulässigen eine stationäre Einrichtung eine APN einsetzt, bedeutet dies bezogen auf die Vergütung durch die Fallpauschale zunächst nichts. Es ist allemal die festgelegte Fallpauschale zu entrichten. Es mag sich indirekt eine Auswirkung auf die Fallpauschale ergeben. Denn nach Art. 49 Abs. 1 KVG sind die Fallpauschalen leistungsbezogen, und es haben die Spitäler für die weitere Entwicklung der Fallpauschalen die dazu notwendigen Kosten, Daten und Leistungsdaten anzugeben.<sup>49</sup> Insoweit mag der Fall eintreten, dass allfällige Kostenersparnisse, welche sich durch den Einsatz von APN ergeben, in einem späteren Zeitpunkt zu einer tieferen Fallpauschale führen.

## **Literaturverzeichnis**

Basler Kommentar, Obligationenrecht I, HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, 4. Aufl., Basel 2007

EUGSTER GEBHARDT, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Teil Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2015

FELLMANN WALTER, Arzt und Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Arztrecht in der Praxis, Hrsg. Moritz W. Kuhn/Tomas Poledna, 2. Aufl., Zürich 2007

HÄNDLER-SCHUSTER DANIELA/MAHRER-IMHOF ROMY, Advanced practice nursing (APN), work-shadowing in den USA, Psych. Pflege Heute, 28 (2012), 252 – 257

HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Unsorgfältige ärztliche Behandlung – Arzthaftung, in: Haftung und Versicherung, 2. Aufl., Basel 2015, 895 ff.

IMHOF LORENZ/NAEF BRAND RAHEL/WALLHAGEN MARGARET I./SCHWARZ JÜRIG/MAHRER-IMHOF ROMY, Effects of an Advanced Practice Nurse, in-home health consultation program for community-dwelling persons aged 80 and older, Journal of American Geriatrics society, 60 (2012) 2223 ff.

Kommentar MedBG, Ayer Ariane/Kieser Ueli/Poledna Tomas/Sprumont Dominique (Hrsg.), Basel 2009

Kurzkommentar Obligationenrecht Art. 1–529, Hrsg. Heinrich Honsell, Basel 2008

MAHRER IMHOF ROMY, Advanced Practice Nursing (APN), Unabhängige Co-Playerinnen im Gesundheitswesen, [http://gesundheit.zhaw.ch/fileadmin/user\\_upload/gesundheit/studium/masterstudiengaenge/Pflege/ANP\\_Zur\\_Sache.pdf](http://gesundheit.zhaw.ch/fileadmin/user_upload/gesundheit/studium/masterstudiengaenge/Pflege/ANP_Zur_Sache.pdf)

MARTI MARIO/STRAUB PHILIPP, Arzt und Berufsrecht, in: *Arztrecht in der Praxis*, Hrsg. Moritz W. Kuhn/Tomas Poledna, 2. Aufl., Zürich 2007, 233 ff.

NEWHOUSE R.P./STANIK-HUTT J./WHITE K.M./JOHANTGEN M./BASS E. B./ZANGARO/WEINER J.P., Advanced practice nurse outcomes 1990–2008, *Nurs Econ*, 29 (2011), 230 ff.

WALDBOTH VERONIKA/SCHLÜER A.B./MÜLLER-STAUB M., Evaluation pädiatrischer Advanced practice nurses: Qualität und Nutzen für die Schweiz?, *Pflege* 26 (2013) 421 ff.

- 
- 1 Der vorliegende Beitrag geht zurück auf Vorarbeiten zu Gutachten, welche der Autor für stationäre Institutionen der Krankenpflege ausgearbeitet hat. Für die vorliegende Publikation sind diese Vorarbeiten aktualisiert und nachgeführt worden. Der Autor dankt Rechtsanwalt Kaspar Gehring, Fachanwalt Haftpflicht und Versicherungsrecht, für die Ausarbeitung der Teile zu haftpflichtrechtlichen Fragen.
  - 2 Dazu MAHRER IMHOF, 8. Allgemein zur APN: HÄNDLER-SCHUSTER/MAHRER-IMHOF; IMHOF/NAEF/WALLHAGEN/SCHWARZ/MAHRER-IMHOF; NEWHOUSE/ STANIK/WHITE/JOHANTGEN/BASS/ZANGARO/WEINER; WALDBOTH/SCHLÜER/MÜLLER-STAUB.
  - 3 Vgl. [http://explorehealthcareers.org/en/Career/82/Clinical\\_Nurse\\_Specialist](http://explorehealthcareers.org/en/Career/82/Clinical_Nurse_Specialist).
  - 4 Vgl. <http://suisse-anp.ch>.
  - 5 Vgl. MAHRER IMHOF, 8.
  - 6 Die nachstehenden Hinweise stützen sich im Wesentlichen auf Ausführungen im folgenden Bericht: Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Bericht in Erfüllung des Postulats Titelverordnung für Fachhochschulen 05.3716.
  - 7 Vgl. zum Ganzen auch BBI 2015, 8732.
  - 8 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (SR 241).
  - 9 Vgl. BBI 2015, 8715 ff.
  - 10 Vgl. BBI 2015, 8715 ff.
  - 11 Vgl. zum Anwendungsbereich des Gesetzes BBI 2015, 8730 f.
  - 12 Vgl. Art. 2 lit. a des Entwurfes.
  - 13 Vgl. dazu Art. 10 ff. des Entwurfes. Dazu BBI 2016, 8747 ff. «Der Begriff «Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» umfasst sowohl die unselbstständige (Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines öffentlichen oder privaten Unternehmens) als auch die selbstständige Ausübung, und zwar sowohl im Nebenerwerb als auch im Haupterwerb, solange diese in eigener fachlicher Verantwortung

beziehungsweise nicht unter der Aufsicht einer Angehörigen oder eines Angehörigen desselben Berufs geschieht» (so BBI 2016, 8747).

14 So Erläuternder Bericht zu Art. 10.

15 Dazu BBI 2015, 8747: «Bei einer Person, die unter fachlicher Aufsicht einer entsprechenden Fachperson tätig ist, ist hingegen davon auszugehen, dass diese Kontrolle ausreicht, um die Patientensicherheit und die Qualität der Leistungen zu gewährleisten, sodass eine Bewilligung nicht nötig ist.»

16 Erläuternder Bericht zu Art. 1.

17 So Erläuternder Bericht zu Art. 10.

18 Vgl. BBI 2015, 8747.

19 So BBI 2016, 8747.

20 Vgl. Erläuternder Bericht, Anm. 35.

21 Dazu Ziff. 3.1.

22 Vgl. dazu Ziff. 3 und Ziff. 4.1.

23 Vgl. dazu [www.sbvi.admin.ch/Berufsbildung/01539/02070/Index.html](http://www.sbvi.admin.ch/Berufsbildung/01539/02070/Index.html). Ausführlich zum GesBG Ziff. 8.

24 Vgl. dazu Interpellation DR. MARTINA SIGG, 0281 vom 26. November 2013.

25 Vgl. dazu [www.fmh.ch/files/pdf6/versorgungsmodelle\\_d.pdf](http://www.fmh.ch/files/pdf6/versorgungsmodelle_d.pdf).

26 Vgl. dazu Curia Vista 11.418.

27 Dazu eingehender Ziff. 3.

28 Vgl. [Art. 33 Abs. 2 KVG](#).

29 Zur Parlamentarischen Initiative Joder vgl. Ziff. 4.1.

30 Dazu [Art. 49 KVG](#).

31 Vgl. dazu [Art. 8 lit. b MedBG](#).

32 Vgl. dazu [Art. 24 Abs. 1 lit. c HMG](#).

33 Vgl. dazu [Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG](#).

34 Vgl. dazu etwa [Art. 6 Abs. 1 lit. f MedBG](#).

35 Dazu [Art. 7 lit. a MedBG](#). Dazu ausführlich KIESER UELI, Art. 7 Rz. 5 f., in: Kommentar MedBG.

36 Vgl. dazu Ziff. 11.

- 37 Vgl. § 1 Abs. 1 des Patientinnen- und Patientengesetzes: «Dieses Gesetz gilt bei der medizinischen Versorgung von Patientinnen und Patienten a. in Spitälern (...)».
- 38 Vgl. dazu BGE 115 Ib 180; zum Ganzen auch HAUSHEER/JAUN, Unsorgfältige ärztliche Behandlung, Rz. 19.73 ff.
- 39 Vgl. dazu FELLMANN, Arzt und Rechtsverhältnis zum Patienten, 106.
- 40 Vgl. dazu FELLMANN, Arzt und Rechtsverhältnis zum Patienten, 107.
- 41 FELLMANN, Arzt und Rechtsverhältnis zum Patienten, 119.
- 42 FELLMANN, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, 119 mit Hinweis auf Uhlenbruck/Laufs, § 47 N 4.
- 43 Vgl. dazu KUKO OR-ROLF WEBER, Art. 399 N 18.
- 44 Vgl. dazu BSK OR I-WOLFGANG WIEGAND, Art. 101 N 13; KUKO OR-ROLF WEBER, Art. 101 N 5.
- 45 Vgl. dazu BSK OR I-WOLFGANG WIEGAND, Art. 101 N 14.
- 46 Vgl. dazu MARTI/STRAUB, Arzt und Berufsrecht, 251 f.
- 47 Vgl. Art. 15 lit. g des Vorentwurfes GesBG.
- 48 Vgl. dazu Art. 49 Abs. 1 KVG.
- 49 Vgl. dazu Art. 49 Abs. 2 KVG.