

Regina Aebi-Müller

Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung

Der urteilsfähige Patient muss einer medizinischen Behandlung immer selber zustimmen, während der urteilsunfähige Patient der Vertretung bedarf. Aufgrund dieses gesetzgeberischen Konzepts, das auch im neuen Erwachsenenschutzrecht seinen Niederschlag gefunden hat, kommt dem Urteilsfähigkeitsbegriff zentrale Bedeutung zu. Der Beitrag setzt sich damit und mit der Frage auseinander, wie die Urteilsfähigkeit zu klären und wie bei Urteilsunfähigkeit des Patienten vorzugehen ist.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Personenrecht; Gesundheitsrecht; Patientenrechte, Persönlichkeitsrechte; Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Zitiervorschlag: Regina Aebi-Müller, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, in: Jusletter 22. September 2014

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Grundlagen
 - 1. Rechtliche Einordnung der Arzt-Patienten-Beziehung
 - 2. Rechts- und Handlungsfähigkeit und deren Bedeutung im Kontext des Arztrechts
 - a) Begriffliches
 - b) Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit
 - c) Verschiedene Stufen der Handlungsfähigkeit
 - aa) Übersicht
 - bb) Urteilsfähigkeit genügt für Einwilligung in Behandlung
 - cc) Volle Handlungsfähigkeit ist erforderlich für den Vertragsschluss
- III. Begriff der Urteils(un)fähigkeit
 - 1. Vorbemerkungen und Grundlagen
 - 2. Subjektive Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit
 - a) Übersicht
 - b) Willensbildungsfähigkeit
 - aa) Erfordernis verstandesmässiger Einsicht (Intellekt)
 - bb) Realitätsbezug des Urteilsvermögens
 - cc) Fähigkeit zur Bildung und Abwägung nachvollziehbarer Motive
 - dd) Fähigkeit zur Motivkontrolle und Willensbildung
 - c) Willensumsetzungsfähigkeit
 - 3. Objektive Ursachen der Urteilsunfähigkeit
 - a) Kindesalter
 - b) Psychische Störung und geistige Behinderung
 - c) Schwere somatische Erkrankungen
 - d) Rausch und ähnliche Zustände
 - 4. Relativität der Urteilsfähigkeit
 - a) Problemstellung
 - b) Relativität in zeitlicher Hinsicht
 - c) Relativität in sachlicher Hinsicht
 - 5. Urteilsfähigkeit und «natürlicher Wille»
 - 6. Insbesondere zur Urteilsfähigkeit mit Bezug auf die Einwilligung zur Behandlung
 - a) Problematik des «proper standard of capacity»
 - b) Mögliche Beeinträchtigungen der Urteilsfähigkeit im Behandlungskontext
 - 7. Insbesondere zur Urteilsfähigkeit bzw. Handlungsfähigkeit mit Bezug auf den Vertragsabschluss
- IV. Nachweis der Urteils(un)fähigkeit
 - 1. Problemstellung und Beweislast
 - 2. Zum Beweis der Urteils(un)fähigkeit
 - 3. Sachverhalt und Rechtsfragen
 - 4. Beweismittel
 - a) Zeugenaussagen
 - b) Krankengeschichte und Tests
 - c) Gutachten
 - d) Unvernünftigkeit von Anordnungen
 - e) Erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen
- V. Exkurs: Zum Umgang mit Patienten mit zweifelhafter Urteilsfähigkeit
- VI. Urteilsfähigkeit und ‚Entscheiddelegation‘
- VII. Vertretung des urteilsunfähigen Patienten
 - 1. Übersicht
 - 2. Vorgehen bei Urteilsunfähigkeit des Patienten
 - 3. Einbezug der urteilsunfähigen Person (Partizipationsrecht)
 - a) Allgemeines
 - b) Insbesondere zum Partizipationsrecht des Minderjährigen

4. Vertretungskaskade nach Art. 378 ZGB
 - a) Die zur Vertretung berufenen Personen
 - b) Konflikt mehrerer Vertretungsberechtigter
 5. Inhalt des Vertreterentscheids
 - a) Grundsätze
 - b) Weisungen in einer Patientenverfügung
 - c) Kasuelle und habituelle Urteilsunfähigkeit
 - d) Mutmasslicher Wille des Patienten
 - e) Objektive Interessen des Patienten
 6. Besonderheiten bei Dringlichkeit
 7. Aufgaben der Erwachsenenschutzbehörde
- VIII. Bedeutung der Patientenverfügung (PV)
1. Übersicht
 2. Errichtung und Widerruf der Patientenverfügung
 - a) Gültigkeitsvoraussetzungen der PV
 - aa) Voraussetzung der Urteilsfähigkeit
 - bb) Formerfordernisse
 - cc) Hinterlegung der PV
 - b) Mögliche Inhalte der PV
 - c) Widerruf der PV
 3. Rechtswirkungen der Patientenverfügung
 - a) Voraussetzung der Urteilsunfähigkeit des Patienten
 - b) Klärung des Vorliegens einer Patientenverfügung
 - c) Grundsatz: Verbindlichkeit der Anordnungen
 - d) Erfordernis der Auslegung der PV
 - e) Ausnahme: Abweichen von der PV
 - aa) Verstoss gegen gesetzliche Vorschriften und nicht indizierte Behandlung
 - bb) Zweifel am freien Willen
 - cc) Widerspruch zum (aktuellen) mutmasslichen Willen
 - dd) Vorgehen bei Nichtbefolgung der PV
 - f) Bedeutung der ungültigen bzw. unwirksamen PV
 4. Anrufung und Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde
- IX. Schlussbemerkungen

I. Problemstellung

[Rz 1] Das geltende Arztrecht geht im Allgemeinen vom mündigen, selbstbestimmten Patienten aus, der nach gehöriger Aufklärung durch den Arzt entscheidet, ob und wie er sich behandeln lassen will. Hält man sich das frühere, stark paternalistische Modell der Arzt-Patienten-Beziehung vor Augen, so ist der aktuellen Betrachtungsweise sicher viel abzugewinnen. Sie gelangt allerdings an Grenzen, die in jüngerer Zeit zunehmend in den Fokus der medizinrechtlichen Literatur gelangt sind. Denn manche Patienten sind nicht in der Lage, dem *Idealbild des selbstbestimmten Patienten* zu entsprechen: Sie sind existenziell verunsichert, verängstigt, von heftigen Schmerzen geplagt, von hohem Alter gezeichnet oder befinden sich umgekehrt noch im Kindes- oder Jugendalter, sie haben Schwierigkeiten beim Verständnis der medizinischen Gegebenheiten oder bei der Verständigung mit dem Arzt oder sie sind, beispielsweise im Zustand der Bewusstlosigkeit oder des Schocks, schlicht nicht in der Lage, sich zu äussern. In der medizinischen Praxis führen solche und ähnliche Sachlagen oft zu Verunsicherung bezüglich des richtigen Vorgehens: Soll die Willensäusserung des Patienten auch dann ernst genommen werden, wenn sie medizinisch als ‚falsch‘ erscheint? Darf sich der Arzt auf die Zustimmung des Patienten zu einem vorgeschla-

genen Vorgehen verlassen, wenn Zweifel darüber bestehen, dass der Patient überhaupt verstanden hat, welche Behandlung geplant ist? Muss ein Spital eine Willensbekundung eines Patienten respektieren, wenn der Eindruck besteht, die betroffene Person stehe unter dominierendem Eindruck einer Sekte? Aus rechtlicher Sicht scheint die Antwort relativ einfach zu sein: Ist der Patient urteilsfähig und sind alle anderen Voraussetzungen der gültigen Einwilligung gegeben, so ist sein Wille beachtlich. Ist der Patient hingegen urteilsunfähig, so dürfen sich Arzt und Spital auf seine Willensbekundungen nicht verlassen. Die Schlüsselfrage ist damit in der medizinischen Praxis oft jene nach der Urteilsfähigkeit.

[Rz 2] Der Beitrag versteht sich vor diesem Hintergrund als *Beitrag zur Klärung des Urteilsfähigkeitsbegriffs im medizinischen Kontext*¹. Die besondere Situation des minderjährigen Patienten und dessen Vertretung wird dabei nur am Rande behandelt², die Problematik der Zwangsbehandlung urteilsunfähiger Patienten im Rahmen einer Fürsorgerischen Unterbringung bleibt unberücksichtigt. Hingegen wird — vergleichsweise kurz — auf die Folgen der Urteilsunfähigkeit eines Patienten eingegangen, nämlich auf die Berücksichtigung einer Patientenverfügung und auf die gesetzliche Vertretung.

[Rz 3] Inspiriert wurde der vorliegende Beitrag u.a. durch das laufende Nationalfondsprojekt der Autorin³, in dessen Rahmen eine umfangreiche empirische Studie⁴ zu Entscheidungen am Lebensende durchgeführt wurde.

II. Grundlagen

1. Rechtliche Einordnung der Arzt-Patienten-Beziehung

[Rz 4] Lehre und Rechtsprechung gehen in der Schweiz seit langem davon aus, dass ein ärztlicher Heileingriff unabhängig von seinem Erfolg grundsätzlich eine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Die Persönlichkeitsverletzung ist widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, wobei im Bereich des Arzthandelns praktisch nur der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Patienten in Frage kommt⁵. Oberste Norm des ärztlichen Handelns ist daher bei konsequenter Betrachtung nicht die Förderung des Wohls des Patienten, sondern der Respekt vor des-

¹ Selbstverständlich gibt es weitere Grenzen der Patientenautonomie, die — teilweise mit Recht — in jüngerer Zeit wieder verstärkt kritischer Betrachtung ausgesetzt ist. Der vorliegende Beitrag versteht sich nicht als grundsätzliche Kritik am Autonomiekonzept, sondern fokussiert bewusst nur auf den ‚Zustand‘ des betroffenen Patienten.

² Siehe dazu u.a. BÜCHLER/HOTZ, Medizinische Behandlung, Unterstützung und Begleitung Jugendlicher in Fragen der Sexualität, Ein Beitrag zur Selbstbestimmung Jugendlicher im Medizinrecht, in: AJP 2010, S. 565—581; MICHEL, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Diss. Zürich, Basel 2009 (zit. MICHEL, Rechte); RUMETSCH, Medizinische Eingriffe bei Minderjährigen, Diss. Basel 2013.

³ Projekt «Selbstbestimmung am Lebensende im Schweizer Recht: Eine kritische Auseinandersetzung mit der rechtlichen Pflicht, selber entscheiden zu müssen», im Rahmen des NFP 67 «Lebensende»; siehe dazu die Projektwebsite www.unilu.ch/fakultaeten/rf/professuren/aebi-mueller-regina/forschung/nfp-67-selbstbestimmung/ (alle Internetquellen zuletzt abgerufen am 16. September 2014).

⁴ GRAF/STETTLER/KÜNZIET al., Entscheidungen am Lebensende, Bern 2014 (zit.: BASS-Studie); die Studie ist abrufbar auf der in Fn 3 erwähnten Projektwebsite der Autorin.

⁵ Grundlegend BUCHER, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1985, S. 39 ff. (zit. BUCHER, Persönlichkeitsschutz); aus der neueren Literatur exemplarisch HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB, Das neue Erwachsenenschutzrecht — insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung, in: Wolf (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht — insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Bern 2012, S. 65 ff., S. 97, m.w.H.; MICHEL, Rechte (Fn. 2), S. 41.

sen Selbstbestimmung⁶. Die Achtung des Patientenwillens ist sowohl ethisches Prinzip wie auch juristische Legitimation des Arzthandelns⁷. Im vorliegenden Beitrag steht die rechtliche Einordnung im Vordergrund, weshalb im Folgenden auf ethische und philosophische Annäherungen an die Patientenautonomie nicht eingegangen wird.

[Rz 5] Die *gültige Einwilligung* des Patienten in den ärztlichen Heileingriff ist an mehrere Voraussetzungen geknüpft⁸. Zunächst muss der Patient aufgeklärt werden. Die Aufklärung wiederum umfasst mehrere Einzelaspekte, die vorliegend nur verkürzt angesprochen werden können⁹: Dazu gehört die Diagnoseaufklärung, d.h. die Aufklärung über Befunde und Verdachtsmomente. Sodann die Verlaufsaufklärung i.S. einer Aufklärung über den voraussichtlichen Krankheitsverlauf, Behandlungsablauf und -alternativen. Selbstredend muss auch eine Risikoaufklärung über Nebenwirkungen und Risiken der geplanten Behandlung erfolgen. Die Einwilligung ist zudem — auch wenn die Aufklärung korrekt erfolgte — nur dann gültig, wenn sie sich auf einen hinreichend bestimmten Eingriff bezieht, keine Willens- und Inhaltsmängel vorliegen¹⁰ und die Einwilligung nicht widerrufen wurde¹¹. Schliesslich, und dieser Aspekt steht im vorliegenden Beitrag im Vordergrund, bedarf die Einwilligung der Urteilsfähigkeit des Patienten bzw. dessen Vertreters. Die Einwilligung eines Urteilsunfähigen ist aus rechtlicher Sicht vollständig unwirksam, weshalb der ärztliche Eingriff bei dieser Sachlage grundsätzlich widerrechtlich bleibt¹².

[Rz 6] Im Einzelnen ist für die rechtsdogmatische Einordnung der Arzt-Patienten-Beziehung zwar danach zu unterscheiden, ob die Behandlung in einem *öffentlichen Spital* oder in einem *Privatspital* bzw. einer *privaten Arztpraxis* erfolgt¹³. Für die vorliegend interessierenden Fragen nach der Einwilligung des Patienten und dessen Urteilsfähigkeit spielt die Unterscheidung indessen — mindestens in der Rechtspraxis — keine Rolle¹⁴. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen daher Rechtsverhältnisse des öffentlichen sowie des privaten Rechts¹⁵.

⁶ ADVENA-REGNERY, Informed Consent: Geeignetes Instrumentarium zur Wahrung der Patientenautonomie?, in: Ach (Hrsg.), Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin, Münster 2013, S. 29 ff., S. 31.

⁷ ADVENA-REGNERY (Fn 6), S. 32.

⁸ Einzelheiten bei HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern 2007, Rz. 247 ff.

⁹ Ausführlich dazu u.a.: GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, autodétermination ou paternalisme?, Neuchâtel 1986; MANAI, Droits du patient et biomédecine, Bern 2013, S. 79 ff.; FELLMANN, in: Kuhn/Polledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 167 ff., m.w.H.

¹⁰ Zu denken ist an Drohung und Täuschung oder an einen wesentlichen Irrtum; zudem ist dem Patienten wenn möglich genügend Zeit für die Entscheidung einzuräumen.

¹¹ Zum an sich jederzeit möglichen Widerruf der Einwilligung s. exemplarisch HAAS (Fn. 8), Rz. 540 ff.

¹² Dazu und zur damit verbundenen Beweisproblematik hinten, Rz. 76 ff.

¹³ Zur Abgrenzung u.a. FELLMANN (Fn. 9), S. 103 ff., MEIER, Haftung für ärztliche Tätigkeit in öffentlichen Spitälern, HAVE 2012, S. 468 ff., sowie STEINER, Der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht in der Arzthaftung und seine Auswirkungen auf die Prozessführung, ZBJV 2006, S. 101 ff.

¹⁴ Exemplarisch zur aufgeklärten Einwilligung des Patienten bei der Behandlung in einem öffentlichen Spital Urteil des Bundesgerichts 4P.265/2002 vom 28. April 2003 E. 4.

¹⁵ Nicht eingegangen wird allerdings auf spezielle Sonderstatusverhältnisse, zu denken ist hier etwa an die Behandlung von Strafgefangenen, von Angehörigen der Armee sowie von urteilsunfähigen Personen, die fürsorgerisch untergebracht wurden.

2. Rechts- und Handlungsfähigkeit und deren Bedeutung im Kontext des Arztrechts

a) Begriffliches

[Rz 7] «Rechtsfähig ist jedermann.» Dies ist die prägnante Aussage von Art. 11 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB). Konkret bedeutet sie, dass jede natürliche Person Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Dies gilt auch für Neugeborene, für Schwerstbehinderte und für Sterbende. Die Rechtsfähigkeit beginnt mit der Geburt des lebenden Kindes und endet mit dem Tod¹⁶.

[Rz 8] Die Rechtsfähigkeit des Menschen impliziert allerdings nicht zwingend, dass der Einzelne durch sein eigenes Handeln Rechte und Pflichten zu begründen vermag. Diese *Möglichkeit der eigenen Rechtsgestaltung* ist dem handlungsfähigen Menschen vorbehalten. Zweck der Handlungsfähigkeitsregeln ist es, der handlungsfähigen Person eine selbstverantwortliche Lebensgestaltung zu ermöglichen und gleichzeitig jenen Personen, die dazu nicht in der Lage sind, Schutz vor unbedachtem Handeln zu gewähren. Handlungsfähigkeitsrecht ist daher in erster Linie *Schutzrecht*: Nur wer selbstverantwortlich handeln kann, soll die Rechtsfolgen seines Verhaltens tragen müssen. Der nicht handlungsfähigen Person werden daher ihre Willensäusserungen und sonstigen Handlungen (mindestens dem Grundsatz nach¹⁷) nicht zugerechnet. Im vorliegenden Kontext des Arztrechts bedeutet dies, dass sowohl der Abschluss eines Vertrages (mit einem Arzt oder Spitalträger) als auch die Ausübung der Selbstbestimmungsrechte (insbesondere die Einwilligung zu einer Behandlung) dem Handlungsfähigen vorbehalten sind. Die Voraussetzungen an die jeweils geforderte Handlungsfähigkeit sind allerdings unterschiedlich¹⁸. Der mit Bezug auf eine bestimmte rechtsgeschäftliche bzw. rechtsgeschäftsähnliche Willensäusserung nicht handlungsfähige Patient bedarf der Vertretung¹⁹.

b) Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit

[Rz 9] Die volle Handlungsfähigkeit setzt gemäss Art. 13 ZGB Volljährigkeit²⁰ und Urteilsfähigkeit voraus, zudem darf die Handlungsfähigkeit nicht durch eine Massnahme des Erwachsenenschutzrechts eingeschränkt sein. Im Einzelnen:

[Rz 10] Die *Urteilsfähigkeit* als Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB), bildet die subjektive Seite der Handlungsfähigkeit. Die urteilsunfähige Person ist stets voll handlungsunfähig und kann daher mit ihren Willensäusserungen und Verhaltensweisen grundsätzlich gar keine Rechtswirkungen herbeiführen. Insbesondere kann sie einer medizinischen Behandlung weder zustimmen noch eine solche verweigern. Im Gegensatz zum objektiven Kriterium der Volljährigkeit ist die Urteilsfähigkeit nicht einfach zu erfassen und muss für jedes in Frage stehende (Rechts-)Handeln geprüft werden. Die Urteilsfähigkeit ist daher relativ²¹.

¹⁶ Siehe zum Ganzen u.a. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012 (zit. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht), §§ 2–3.

¹⁷ Für Ausnahmen siehe HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 16), Rz. 07.35 ff. (zur Rechtsstellung des vollständig Handlungsunfähigen) und 07.55 (zur Rechtsstellung des beschränkt Handlungsunfähigen).

¹⁸ Siehe sogleich, Rz. 13.

¹⁹ Dazu hinten, Rz. 109 ff.

²⁰ Der Begriff der Volljährigkeit wurde mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht (i.K. seit 1. Januar 2013) eingeführt. Bis zu diesem Zeitpunkt verwendete das Gesetz die Begriffe Mündigkeit bzw. Unmündigkeit.

²¹ Siehe unten, Rz. 54 ff.

[Rz 11] Voll handlungsfähig ist nur die volljährige Person, wobei das Gesetz in Art. 14 ZGB die *zivilrechtliche Volljährigkeit* mit dem Vollenden des 18. Altersjahres gleichsetzt. Minderjährige Personen, d.h. Kinder und Jugendliche, sind daher nie (voll) handlungsfähig. Sind sie allerdings mit Bezug auf ein konkretes Geschäft urteilsfähig, so ist ihre Handlungsunfähigkeit beschränkt²².

[Rz 12] Mit einer *Massnahme des Erwachsenenschutzrechts* kann die Handlungsfähigkeit einer volljährigen Person eingeschränkt werden. Anders als beim früheren Vormundschaftsrecht ist der vollständige Entzug der Handlungsfähigkeit durch Anordnung einer umfassenden Beistandschaft (nach früherem Recht: Entmündigung) zwar die Ausnahme. Dennoch ist bei Patienten mit geistiger Behinderung oder psychischer Störung²³ abzuklären, ob sie für den Vertragsabschluss durch einen sog. Vertretungsbeistand vertreten werden müssen oder die Zustimmung eines Mitwirkungsbeistandes erforderlich ist. Ist ein Patient aufgrund seines Schwächezustandes zugleich urteilsunfähig, so ist immer ein Vertreterhandeln erforderlich, und zwar auch dann, wenn bisher keine entsprechende erwachsenenschutzrechtliche Massnahme angeordnet wurde.

c) **Verschiedene Stufen der Handlungsfähigkeit**

aa) **Übersicht**

[Rz 13] Die beiden Voraussetzungen der vollen Handlungsfähigkeit — Urteilsfähigkeit und Volljährigkeit — werden durch den Gesetzgeber unterschiedlich gewichtet:

- Fehlt es einer Person an der Urteilsfähigkeit, so ist sie stets *vollständig handlungsunfähig*, was zur Folge hat, dass ihre Handlungen grundsätzlich keine rechtlichen Wirkungen auslösen.
- Ist eine Person zwar urteilsfähig, aber minderjährig, ist ihre *Handlungsunfähigkeit beschränkt*: Gewisse Rechtswirkungen kann der urteilsfähige Minderjährige selbständig herbeiführen, für andere Geschäfte braucht er die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.
- *Uneingeschränkt handlungsfähig* ist (nur) der urteilsfähige Volljährige.

[Rz 14] Im vorliegenden Kontext kann nicht auf sämtliche Einzelfragen eingegangen werden²⁴. Die Unterscheidung der verschiedenen Stufen der Handlungsfähigkeit ist allerdings im Bereich des Arzthandelns insofern von erheblicher Bedeutung, als der Vertragsschluss einerseits und die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten andererseits unterschiedlichen Regeln folgen.

[Rz 15] Das schweizerische Handlungsfähigkeitsrecht folgt im Übrigen einem *Schwarz-Weiss-Schema*²⁵: Bezogen auf ein bestimmtes rechtlich relevantes Verhalten ist die Handlungsfähigkeit entweder gegeben, dann entfaltet das Verhalten volle Rechtswirkungen, oder es fehlt an der Handlungsfähigkeit, dann ist das fragliche Verhalten — von wenigen, hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen²⁶ — rechtlich bedeutungslos.

²² Siehe sogleich, Rz. 13 und 16 ff.

²³ Zu diesen Begriffen siehe Rz. 47 ff.

²⁴ Siehe zum Ganzen etwa HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 16), § 7.

²⁵ AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, ZBJV 2013, S. 150 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Selbstbestimmung), S. 155; ähnlich WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung — insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern 2010, S. 32.

²⁶ Dazu u.a. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 16), Rz. 07.43 ff.

bb) Urteilsfähigkeit genügt für Einwilligung in Behandlung

[Rz 16] Wie dargelegt, sind ärztliche Heileingriffe aus rechtlicher Sicht grundsätzlich Persönlichkeitsverletzungen und bedürfen zu ihrer Rechtfertigung der gültigen Einwilligung. Bei der Einwilligung zu einer Persönlichkeitsverletzung handelt es sich um ein *relativ höchstpersönliches Recht* i.S.v. Art. 19c ZGB, das durch den urteilsfähigen Patienten auch dann ohne Mitwirkung eines Vertreters ausgeübt werden kann, wenn es an der vollen Handlungsfähigkeit fehlt, der Betroffene also entweder minderjährig ist oder seine Handlungsfähigkeit durch eine Beistandschaft eingeschränkt wurde. Konkret bedeutet dies, dass der urteilsfähige Patient immer selber seine Zustimmung zur Behandlung erteilen muss und diese Zustimmung gleichzeitig auch genügt, um den entsprechenden Eingriff zu rechtfertigen. Die stellvertretende *Einwilligung eines Vertreters* ist daher nur dann erforderlich und erlaubt, wenn der Patient urteilsunfähig ist. Die Urteilsfähigkeit ist m.a.W. der «Schlüssel» zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten²⁷.

[Rz 17] Das Gesagte hat, dies sei im vorliegenden Kontext nur beiläufig erwähnt, Auswirkungen auf die *gesamte Arzt-Patienten-Beziehung*. Soweit der Patient urteilsfähig ist, darf der Arzt beispielsweise ohne dessen ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis keine persönlichen Informationen an Angehörige oder andere nahestehende Personen weitergeben oder diese um ihre Meinung betreffend eine bestimmte Behandlung fragen.

cc) Volle Handlungsfähigkeit ist erforderlich für den Vertragsschluss

[Rz 18] Beim Vertrag des Patienten mit dem Spitalträger oder dem behandelnden Arzt²⁸ handelt es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Der gültige *Vertragsschluss* setzt *volle Handlungsfähigkeit* beider Vertragspartner voraus. Konkret bedeutet dies, dass der urteilsfähige, aber minderjährige oder durch eine erwachsenenschutzrechtliche Massnahme in seiner Handlungsfähigkeit beschränkte Patient nicht bzw. nicht alleine einen Vertrag abschliessen kann. Ein entsprechendes Rechtsgeschäft ist nichtig²⁹. Dementsprechend kann keine der Vertragsparteien daraus Rechte (z.B. einen Honoraranspruch oder Ansprüche aus Vertragsverletzung) ableiten.

[Rz 19] Ist der Patient *urteilsunfähig*, so bedarf der gültige Vertragsschluss eines entsprechenden Vertreterhandelns. Beispielsweise schliessen die Eltern den Behandlungsvertrag zwischen dem Kinderarzt und dem kranken Kleinkind in dessen Namen ab.

[Rz 20] Ist der Patient zwar *urteilsfähig, aber minderjährig* oder durch eine Beistandschaft in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt, so ist für den gültigen Vertragsschluss die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. Diese Zustimmung kann formlos und als vorgängige Ermächtigung, als gleichzeitige Mitwirkung oder als nachträgliche Genehmigung erfolgen³⁰. So ist beispielsweise denkbar, dass die Eltern ihrer minderjährigen Tochter im Sinne einer generellen Ermächtigung erlauben, selbständig und alleine eine Ärztin aufzusuchen und dort einfachere Behandlungen direkt zu vereinbaren und/oder sich Medikamente (z.B. Verhütungsmittel) ver-

²⁷ SPRECHER, Patientenrechte Urteilsunfähiger — Veto- und Partizipationsrechte Urteilsunfähiger in medizinischen Angelegenheiten und ihre (spezialgesetzliche) Regelung im schweizerischen Recht, in: FamPra.ch 2011, S. 270 ff., S. 276.

²⁸ Zu den verschiedenen Vertragskonstellationen siehe die Übersicht bei GÄCHTER/RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2013, Rz. 294 ff.

²⁹ Für Einzelheiten siehe HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 16), Rz. 07.41 ff.

³⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 16), Rz. 07.90 ff.; WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 36.

schreiben zu lassen.

[Rz 21] Gemäss Art. 19 Abs. 2 ZGB kann der urteilsfähige Minderjährige «*geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens*» selbständig und mit voller Rechtsgültigkeit besorgen. Eine gesetzliche Umschreibung der damit gemeinten Lebensbereiche fehlt. Es gilt bei der Auslegung einen Ausgleich zu finden zwischen dem Anliegen der Selbstbestimmung und dem Schutzbedürfnis des Betroffenen, der aus unbedachtem Handeln keine Nachteile erleiden soll. Im Kontext des Arzthandelns ist davon auszugehen, dass der urteilsfähige Minderjährige für einfache diagnostische und kurative Massnahmen jedenfalls dann keiner Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf, wenn diese Massnahmen wirtschaftlich unbedeutend oder durch die Krankenkasse gedeckt sind. Zu denken ist etwa an den Jugendlichen, der sich im Sportunterricht verletzt und selbständig mit dem Arzt das Nähen der Platzwunde vereinbart.

[Rz 22] Da für die Einwilligung zur Behandlung nur Urteilsfähigkeit, für den Vertragsschluss hingegen sowohl Urteilsfähigkeit als auch Volljährigkeit bzw. Fehlen einer die Handlungsfähigkeit beschränkenden erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme erforderlich sind, kann es vorkommen, dass für den Vertragsschluss ein Vertreterhandeln nötig ist, während der Patient die Zustimmung zur Behandlung selbst erteilen muss. Bei *Uneinigkeit* zwischen Vertreter und Patient (z.B. mit Bezug auf die Notwendigkeit eines invasiven Eingriffs) kann dies zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Diese Sachlage wird besonders häufig beim urteilsfähigen Jugendlichen eintreten und gegebenenfalls ein Eingreifen der Kinderschutzbehörden erfordern. Dabei ist zu bedenken, dass das grundsätzliche Zustimmungserfordernis für Vertragsschlüsse den Handlungsspielraum, den Art. 19c Abs. 1 ZGB dem Urteilsfähigen mit Bezug auf höchstpersönliche Rechte eröffnet, nicht illusorisch machen darf³¹.

III. Begriff der Urteils(un)fähigkeit

1. Vorbemerkungen und Grundlagen

[Rz 23] Nach dem bisher Gesagten ist die Frage der Urteilsfähigkeit im Kontext der medizinischen Behandlung von grundlegender Bedeutung: Der urteilsfähige Patient bestimmt selber darüber, welche Behandlung er will und welche er verweigert. Demgegenüber handelt für den urteilsunfähigen Patienten in der Regel³² dessen gesetzlicher Vertreter³³. Damit ist die Urteilsfähigkeit der entscheidende Faktor für die Abgrenzung zwischen Selbst- und Fremdbestimmung³⁴.

[Rz 24] Bei der Urteilsfähigkeit handelt es sich nicht um einen medizinischen, sondern um einen gesetzlich vorgegebenen *Rechtsbegriff*³⁵. Kommt es im Zusammenhang mit einem Behandlungsentscheid oder einem Vertragsschluss zum Prozess, entscheidet daher das Gericht darüber, ob der Patient zum fraglichen Zeitpunkt urteilsfähig war oder nicht. Im Folgenden wird zunächst der Begriff der Urteilsfähigkeit geklärt, anschliessend ist auf die damit zusammenhängenden Beweis-

³¹ S. MICHEL, Rechte (Fn 2), S. 124; BÜCHLER/HOTZ(Fn 2), S. 575.

³² Ausnahmsweise fehlt es an einer vertretungsberechtigten Person, siehe dazu Rz. 140.

³³ Zur Vertretung der urteilsunfähigen Person siehe hinten, Rz. 109 ff.

³⁴ MICHEL, Rechte (Fn. 2), S. 44.

³⁵ Anstatt vieler: MONSCH, Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit, insbesondere bei Menschen mit Demenz, in: Wolf (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht — insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Bern 2012, S. 1 ff., S. 13, m.w.H.

fragen näher einzugehen³⁶.

[Rz 25] Der Begriff der Urteilsfähigkeit wird in *Art. 16 ZGB* definiert. In der seit dem 1. Januar 2013 geltenden Fassung³⁷ lautet die Bestimmung wie folgt: «Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.» Die Norm beinhaltet eine *doppelte Negation*, weil die Urteilsfähigkeit als Normalzustand anzusehen ist³⁸. Das Gesetz definiert daher die Ausnahme davon, die Urteilsunfähigkeit.

[Rz 26] Der Begriff der Urteilsfähigkeit enthält einerseits subjektive Elemente, nämlich die Fähigkeit vernunftgemässen Handelns, die ihrerseits weiter differenziert werden muss. Unvernünftiges Handeln genügt andererseits aber nicht für eine Feststellung der Urteilsunfähigkeit. *Art. 16 ZGB* setzt nämlich voraus, dass die Urteilsunfähigkeit auf bestimmte objektive Ursachen zurückzuführen ist³⁹. Im Übrigen ist die Urteilsfähigkeit einer Person immer mit Blick auf ein konkretes Geschäft zu beurteilen, sie ist somit (in sachlicher und zeitlicher Hinsicht) relativ. Im Einzelnen:

2. Subjektive Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit

a) Übersicht

[Rz 27] Urteilsunfähigkeit setzt gemäss *Art. 16 ZGB* in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Betroffene nicht in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln. Positiv ausgedrückt: Urteilsfähigkeit ist die Fähigkeit zu vernunftgemäßem Handeln. Die gesetzliche Formulierung ist freilich fast zu knapp ausgefallen. Reichhaltiger und doch eindrucksvoll konzis ist die Umschreibung durch EGGER: «Es müssen alle seelischen Kräfte spielen, welche richtiges Denken und Handeln erst ermöglichen, es müssen jene geistigen Vermögen funktionieren, welche notwendig sind zur Bildung und Ausführung eines Entschlusses. Das Handeln muss das Ergebnis eines (physiologisch) ungestörten, von pathologischen Einwirkungen freien Zusammenwirkens der erforderlichen Kräfte sein. Das Wahrnehmen, die Bildung von Vorstellungen, von Erinnerungsbildern (Gedächtnis), das Denken (die Assoziationenbildung), das Urteilen und Bewerten, die zeitliche und örtliche Orientierung, die Aufmerksamkeit und Konzentration, die Affektivität, die Entschlussfähigkeit, das Wollen und die Auslösung desselben im Handeln — alle diese Kräfte wirken mit [...], sie dürfen nicht fehlen, wenn Urteilsfähigkeit vorhanden sein soll.»⁴⁰ Hilfreich ist auch die Umschreibung des rechtlich relevanten Willens durch den Mediziner HABERMEYER. Er sieht darin «die Fähigkeit (...), auf Grundlage von Werten, getragen von affektiven, dynamischen Elementen, über Reflexion, Planung und Wahl zielgerichtete Entscheidungen und dann auch deren Realisie-

³⁶ Die folgenden Ausführungen beruhen teilweise auf dem Aufsatz von AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, *successio* 2012, S. 4 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit), und wurden auf den vorliegenden Kontext der medizinischen Behandlung adaptiert und erweitert.

³⁷ Mit dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts wurde die Norm begrifflich geringfügig angepasst; die damit verbundenen materiellen Änderungen sind aber marginal, sodass Lehre und Rechtsprechung zum früheren Recht ohne weiteres weiter verwendet werden können.

³⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, *Personenrecht* (Fn. 16), Rz. 06.21; zu den damit verbundenen Konsequenzen für die Beweislast siehe hinten, Rz. 76 ff.

³⁹ Vgl. MICHEL, *Rechte* (Fn. 2), S. 45; WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 39.

⁴⁰ EGGER, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht*, 2. Aufl., Zürich 1930, N 4 zu *Art. 16 ZGB*.

rung zu bewirken»⁴¹.

[Rz 28] Lehre und Rechtsprechung unterteilen die Fähigkeit zu vernunftgemäsem Handeln regelmässig in zwei *Teilaspekte*: Einerseits die Fähigkeit, sich einen eigenen vernünftigen Willen zu bilden (Willensbildungsfähigkeit) und andererseits die Fähigkeit, entsprechend diesem Willen zu handeln (Willensumsetzungsfähigkeit)⁴². Nachfolgend wird, in Anlehnung an verschiedene Autoren, eine stärkere Ausdifferenzierung verschiedener Elemente der Urteilsfähigkeit vorgeschlagen. Ziel dieser Strukturierung ist es nicht, den Begriff unnötig zu komplizieren oder zu dogmatisieren. Vielmehr kann eine Aufschlüsselung einerseits dabei helfen, der ganzen Breite der Urteils(un)fähigkeit Rechnung zu tragen. Das Vorliegen einer einzelnen Teilfähigkeit, wie etwa der nötigen intellektuellen Grundvoraussetzungen, sollte nämlich nicht vorschnell dazu verleiten, die Urteilsfähigkeit zu bejahen, dies trotz wesentlicher anderer Einschränkungen oder Defizite (bspw. übermässige Beeinflussbarkeit durch Dritte). Und auch ein besonders bestimmtes Auftreten lässt noch kein abschliessendes Urteil über die Urteilsfähigkeit des Betroffenen zu, sondern dient u.U. nur dazu, die an sich vorhandene Unsicherheit zu kaschieren. Andererseits kann die Struktur auch dazu dienen, vermutete Defizite der freien Willensbildung zu benennen und deren Tragweite für den konkreten Entscheid zu erfassen. Dabei darf aber nie vergessen gehen, dass die Beurteilung der Urteilsfähigkeit immer wertend erfolgt⁴³ und den ganzen Patienten in seiner spezifischen Situation im Blick behalten muss.

b) Willensbildungsfähigkeit

[Rz 29] Die Fähigkeit, sich einen eigenen Willen zu bilden, beruht wiederum auf unterschiedlichen Teilfähigkeiten, welche kumulativ erfüllt sein müssen, damit von einem eigenen, rechtlich relevanten Willen des Betroffenen gesprochen werden kann.

aa) Erfordernis verstandesmässiger Einsicht (Intellekt)

[Rz 30] Die Willensbildungsfähigkeit setzt zunächst ein *Mindestmass an intellektueller Einsichts- und rationaler Beurteilungsfähigkeit*, an Denkvermögen und Urteilskraft voraus. Dies beinhaltet einerseits die Fähigkeit, die Aussenwelt in ihren Realitäten zu erfassen⁴⁴; aber andererseits auch die Fähigkeit, die (künftigen) Konsequenzen des eigenen Verhaltens wenigstens in groben Zügen erkennen und beurteilen zu können⁴⁵. In der Medizin wird dieser Teilbereich der Willensbildungsfähigkeit oft als Kognition umschrieben. Der Begriff der Kognition ist allerdings unscharf und wird uneinheitlich verwendet.

[Rz 31] Das Vorhandensein verstandesgemässer Einsicht schützt den Patienten nicht unbedingt vor *Missverständnissen* im Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärung. Ob die Information,

⁴¹ HABERMEYER, Der ‚freie Wille‘ aus medizinischer Sicht, in: BtPrax 2010, S. 69 ff., S. 71.

⁴² Ausführlich und grundlegend zum Begriff der Urteilsfähigkeit: BUCHER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 1. Teilband: Kommentar zu den Art. 11–26 ZGB, Bern 1976, N 42 ff. zu Art. 16 ZGB, der auch treffend darauf hinweist, dass die einzelnen Elemente «ineinander übergehen und bloss Teilaspekte einer psychischen Gesamterscheinung sind» (a.a.O., N 42 zu Art. 16 ZGB).

⁴³ Dazu hinten, Rz. 65 ff.

⁴⁴ S. u.a. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 16), Rz. 06.26; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993, S. 71.

⁴⁵ Vgl. BK-BUCHER(Fn. 42), N 47 zu Art. 16 ZGB.

die für einen Behandlungsentscheid nötig ist, in geeigneter Form vermittelt wird oder nicht, ist jedoch nicht ein Problem der Urteilsfähigkeit, sondern der nicht immer vollständig gelingenden Kommunikation zwischen Arzt und Patient⁴⁶. Im vorliegenden Kontext ist daher nicht näher darauf einzugehen.

bb) Realitätsbezug des Urteilsvermögens

[Rz 32] Eine rein rationale Denkfähigkeit genügt nicht zum Fassen vernünftiger Entschlüsse⁴⁷, vielmehr muss auch die Fähigkeit der Realitätserfassung aufgrund von Lebenserfahrung und (mindestens minimalem) Erinnerungsvermögen vorhanden sein, damit ein im eigentlichen Sinne *realistischer Entschluss* gefasst werden kann. Das bedeutet u.a., dass der Patient die Tragweite eines Behandlungsentscheides lebenspraktisch einschätzen können muss⁴⁸. Der geforderte Realitätsbezug lässt sich nicht schon durch gelegentliche ‚lichte Momente‘ schaffen, sondern beruht auf einer Summe von Umwelterfahrungen⁴⁹. Der Patient muss in der Lage sein, den Behandlungsentscheid in den Kontext seiner Lebensumstände zu setzen. Mit anderen Worten braucht es, mindestens für Behandlungsentscheide mit langfristiger Tragweite, beispielsweise über einen Behandlungsabbruch bei einer lebensbedrohlichen Erkrankung⁵⁰, einen ‚Blick fürs Ganze‘. Dieser Aspekt verdient deshalb besondere Beachtung, weil schwer kranke Patienten aufgrund der bedrohlichen Ausgangssituation Wahrscheinlichkeiten und Risiken zuweilen völlig realitätsfremd einordnen⁵¹.

[Rz 33] Zur Urteilsfähigkeit gehört ferner die Fähigkeit, *Wesentliches von Unwesentlichem unterscheiden* und den (hinreichend erkannten) Sachverhalt adäquat bewerten zu können. Daran kann es fehlen, wenn harmlose oder sehr seltene Risiken oder Nebenwirkungen einer Behandlung bei der Entscheidungsfindung einen völlig überdimensionierten Stellenwert erhalten.

[Rz 34] Sodann darf die Urteilsfähigkeit *nicht nur rational-intellektuell* beurteilt werden. Verstand und Vernunft sind nicht gleichzusetzen⁵². Vielmehr bedarf der Intellekt einer Verwurzelung auf einer hinreichend gesunden und einigermaßen stabilen emotionalen Basis⁵³. Auch dies ist im medizinischen Kontext von besonderer Bedeutung, und zwar namentlich deshalb, weil die Krankheitssymptome als solche oder die Eröffnung der Diagnose den Patienten verängstigen oder verstören kann. In solchen Sachlagen ist genügend Zeit für die Entscheidungsfindung einzuplanen⁵⁴. Umgekehrt ist ein emotional abgesicherter Behandlungsentscheid u.U. auch dann zu respektieren, wenn der Patient nicht (mehr) im Vollbesitz seiner intellektuellen Kräfte ist⁵⁵.

⁴⁶ Siehe zu diesem Problem u.a. MACLEAN, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law, A Relational Challenge*, Cambridge University Press 2009, S. 79 ff.

⁴⁷ GUTZWILLER, Über die Substanz der Urteilsfähigkeit, in: AJP 2008, S. 1223 ff., 1228 f.

⁴⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, *Personenrecht* (Fn. 16), Rz. 06.27.

⁴⁹ BK-BUCHER(Fn. 42), N 48 zu Art. 16 ZGB.

⁵⁰ S. zur Relativität der Urteilsfähigkeit hinten, Rz. 54 ff.

⁵¹ Vgl. das Fallbeispiel bei GERBER, *Decision-making relating to cardio-pulmonary resuscitation attempts*, *Ther Umsch* 2009, S. 575 ff.

⁵² GUTZWILLER(Fn. 47), 1228 f.

⁵³ BK-BUCHER(Fn. 42), N 45 zu Art. 16 ZGB; ferner GUTZWILLER(Fn. 47), 1229, der von einer «emotionalen Dimension der Vernunft» spricht.

⁵⁴ Dazu auch hinten, Rz. 100 ff.

⁵⁵ Siehe hinten, Rz. 70.

cc) Fähigkeit zur Bildung und Abwägung nachvollziehbarer Motive

[Rz 35] Die dem Willensentschluss zugrunde liegenden Motive dürfen nach allgemeiner Auffassung nicht *grundlegenden, anerkannten Wertvorstellungen* zuwiderlaufen, sie müssen vielmehr ‚annehmbar‘ oder wenigstens einfühlbar sein⁵⁶. Dies setzt voraus, dass der Patient überhaupt über ein funktionierendes individuelles Wertesystem verfügt⁵⁷, was bspw. bei jüngeren Kindern nicht zutrifft. Ist diese Voraussetzung im Einzelfall gegeben, darf das Erfordernis der Ausrichtung der Entscheidungen nach sozial verständlichen Wertmassstäben nur behutsam angewendet werden und sollte lediglich in extremen *Ausnahmesituationen* zur Verneinung der Urteilsfähigkeit führen. Der Inhalt des Willensentschlusses muss insbesondere weder den Wertvorstellungen des behandelnden Arztes noch der Angehörigen oder der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde entsprechen. Es geht nicht darum, über das Kriterium der Urteilsfähigkeit einen ‚besseren‘ Behandlungsentscheid zu erzwingen. Zu fragen ist in diesem Kontext vielmehr lediglich, ob dem Patienten ein kritisches Abwägen der in ihm wohnenden Motive, das Ausrichten seines Verhaltens nach einem sinnvoll ausgewählten Motiv möglich ist, ob er aus der Vielfalt widerstrebender Interessen, Gesichtspunkte und Erwartungen eine Entscheidung treffen, bestimmte Ziele verwirklichen und andere zurückstellen kann⁵⁸.

[Rz 36] Ob die für eine Entscheidung letztlich ausschlaggebenden Motive nachvollziehbar sind, hängt grundlegend mit dem *Weltbild und den Wertvorstellungen des Betroffenen* zusammen. Es liegt auf der Hand, dass der Dritte, der die Urteilsfähigkeit des Patienten einschätzen muss, nicht sein eigenes Weltbild als allein gültigen Wertmassstab nehmen darf. Er muss sich in das Weltbild des Patienten und in dessen Wertesystem einfühlen, solange diese nicht geradezu krankhaft sind oder auf (u.a. krankheitsbedingten oder religiösen) Wahnvorstellungen, Halluzinationen oder dergleichen beruhen.

dd) Fähigkeit zur Motivkontrolle und Willensbildung

[Rz 37] Urteilsfähigkeit setzt auch die Fähigkeit zur *verstandgeleiteten Auswahl* unter verschiedenen Handlungsmotiven bzw. die Fähigkeit verstandgeleiteter Verhaltenskontrolle voraus. Das menschliche Verhalten und Handeln wird zwar durch die Antriebe und Impulse auf der vitalen (biologischen) und seelischen (emotionalen) Ebene wesentlich mitdeterminiert, aber eben nicht allein bestimmt. Der urteilsfähige Patient verfügt über eine gewisse Verhaltenskontrolle, über ein ‚überbaumässiges‘ Selbstbestimmungselement, dank dem er momentanen Impulsen und Trieben nicht blindlings folgt⁵⁹. Exemplarisch für Störungen in diesem Bereich ist der an sich sterbewillige, schwer kranke Patient, der sich nach reiflicher Überlegung gegen eine Intubation entschieden hat, dann aber unter Atemnot seine Meinung abrupt ändert. Ganz generell dürften schwer kranke Patienten in ihrer Motivkontrolle oft labiler sein als Gesunde.

[Rz 38] Zur Willensbildungsfähigkeit gehört schliesslich auch die Voraussetzung einer einigermaßen stabilen Willensbildung. Immer wieder *wechselnde Behandlungswünsche*, beispielsweise ein dauerndes Hin und Her zwischen palliativer und kurativer oder schul- und alternativmedi-

⁵⁶ Eingehend BK-UCHER (Fn. 42), N 51 zu Art. 16 ZGB.

⁵⁷ JOSSEN, *Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff*, Diss. Bern 2009, S. 76.

⁵⁸ Vgl. JOSSEN (Fn.57), S. 79 f.

⁵⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, *Personenrecht* (Fn. 16), Rz. 06.30.

zinischer Behandlung sind ein Indiz für fehlende Urteilsfähigkeit, weil sie aufzeigen, dass sich der Patient nicht zu einem einigermaßen ‚endgültigen‘ Behandlungsentscheid durchzuringen vermag bzw. diesen nicht verbindlich kommunizieren kann⁶⁰.

c) Willensumsetzungsfähigkeit

[Rz 39] Es ist durchaus denkbar, dass die Fähigkeit zur rationalen Erfassung der Grundlagen und der Bedeutung einer rechtlich relevanten Willensäußerung auch bei komplizierteren Sachverhalten vorhanden ist (und damit die Willensbildungsfähigkeit als intakt erscheint), gleichzeitig jedoch die *Fähigkeit, einer fremden Willensbeeinflussung in normalem Mass zu widerstehen*, derart beeinträchtigt ist, dass das Verhalten des Patienten nicht mehr dessen eigenen Überlegungen und Überzeugungen entspricht. Der geäußerte Wille muss der eigene Wille des Handelnden sein⁶¹. Der urteilsfähige Patient ist in der Lage, Meinungen und Einflüsse Dritter in kritischer Abwägung in seine eigenständige Urteilsbildung einzubeziehen⁶².

[Rz 40] Am Erfordernis der Willensumsetzungsfähigkeit fehlt es somit dann, wenn der fremde Willenseinfluss besonders dominant wird und der Behandlungsentscheid daher nicht mehr persönlichkeitsadäquat erscheint, selbst wenn er an sich aus medizinischer Sicht vernünftig ist⁶³. Dabei brauchen weder Täuschung noch Drohung vorzuliegen. Für eine Beeinträchtigung der Willensumsetzungsfähigkeit kann vielmehr genügen, dass der Patient sich subjektiv bedrängt fühlt oder trotz inneren Widerständen nicht in der Lage ist, die Erwartungen seines Umfeldes, beispielsweise von nahen Angehörigen oder auch des behandelnden Arztes, zu enttäuschen⁶⁴. Problematisch sind in diesem Zusammenhang insbesondere *Fälle tatsächlicher oder vermeintlicher Abhängigkeit* des Patienten von bestimmten Personen, was u.a. bei Pflegebedürftigkeit zutreffen kann oder wenn ein tragfähiges soziales Netzwerk (fast) vollständig fehlt, der Patient also auf Rat und Hilfe einer oder weniger Personen zwingend angewiesen ist oder zu sein glaubt.

[Rz 41] An der Willensumsetzungsfähigkeit fehlt es aber nicht nur dann, wenn der Patient sich einen fremden Willen ohne kritische Reflexion zu Eigen macht, sondern auch dann, wenn er in einem ersten Schritt an sich durchaus zu einem eigenen, vernunftgemässen Willensentschluss gelangt, diesen aber angesichts entgegenstehender Auffassungen Dritter *nicht in die Tat umsetzen* kann⁶⁵.

[Rz 42] Die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit dürfen indessen auch in diesem Zusammenhang *nicht unrealistisch hoch* angesetzt werden. In der Literatur wird mit Recht darauf hingewiesen, dass der Mensch in seinem Vermögen, frei zu handeln, immer in gewisser Weise ein-

⁶⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 16), Rz. 06.32.

⁶¹ Vgl. BIGLER-EGGENBERGER, Kommentierung von Art. 11–21 ZGB, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), 4. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N ... zu Art. ... ZGB), N 11 zu Art. 16 ZGB.

⁶² Urteil des Bundesgerichts 5A_748/2008 vom 16. März 2009 E. 3.2; PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Generelle Aspekte, Urteilsfähigkeit als Ehevoraussetzung, zum Testieren, zum willentlichen Sterben sowie Screening-Tools, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 101.

⁶³ Exemplarisch BGE 77 II 97; siehe auch BSK-BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 61), N 12 zu Art. 16 ZGB.

⁶⁴ Vgl. MICHEL, Rechte (Fn. 2), S. 51; ähnlich JOSSEN (Fn. 57), S. 80. Besonders eindrücklich dazu das in der BASS-Studie (Fn. 4), S. 24 f., geschilderte Fallbeispiel einer Patientin, die von ihrem Ehemann stark beeinflusst wurde: Diese Sachlage hätte deutlich entschärft werden können, wenn die beteiligten Ärzte den dominierenden Einfluss des Partners als Beeinträchtigung der freien Willensbildung bzw. -umsetzung verstanden hätten, anstatt sich auf die verbalen Äusserungen der geschwächten Ehefrau nach Besuchen ihres Mannes zu verlassen.

⁶⁵ Vgl. BK-BUCHER (Fn. 42), N 63 zu Art. 16 ZGB.

geschränkt ist. Bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit kann es daher nur darum gehen, «ein menschliches Normalmass von Selbstbestimmung [zu] konstruieren, von dem aus sich grobe Abweichungen messen lassen»⁶⁶.

3. Objektive Ursachen der Urteilsunfähigkeit

[Rz 43] Die Urteilsunfähigkeit im Rechtssinne setzt voraus, dass diese zumindest teilweise auf *objektivierbaren physiologischen bzw. psychischen Ursachen* beruht, nämlich auf Kindesalter, geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch und «ähnlichen Zuständen»⁶⁷. Das Vorliegen eines solchen Zustandes bedeutet indes nicht zwingend, dass die Urteilsfähigkeit mit Bezug auf die konkret in Frage stehende Willensäusserung verneint werden muss. Es bedarf darüber hinaus der rechtlichen Feststellung, wonach dieser Zustand bzw. diese Störung im konkreten Fall zum Fehlen der Fähigkeit vernunftgemässen Handelns geführt hat.

a) Kindesalter

[Rz 44] Dass das Neugeborene nicht zu einer selbstbestimmten Willensäusserung fähig ist, liegt auf der Hand. Umgekehrt verfügt ein kurz vor dem Volljährigkeitsalter stehender Jugendlicher über ähnliche Fähigkeiten wie ein Erwachsener. Das Kindesalter ist daher nicht per se ein Grund für fehlende Urteilsfähigkeit, vielmehr bedarf es der *differenzierten Betrachtung*⁶⁸. Dabei ist zu bedenken, dass die intellektuelle Einsicht alleine nicht genügt. Die Urteilsfähigkeit setzt, wie dargelegt, weitere Teilfähigkeiten voraus, u.a. eine hinreichende emotionale Stabilität, die Fähigkeit zur Einordnung des aktuellen Entscheids in einen grösseren Kontext, zur (je nach anstehender Behandlung auch langfristigen) Motivabwägung und zur Willensumsetzung. Im Zusammenhang mit medizinischen Eingriffen ist namentlich dem Umstand Rechnung zu tragen, dass aktuelle Schmerzen und Ängste gerade bei jüngeren Patienten die Fähigkeit zur verstandesgemässen Motivabwägung und Reflexion erheblich einschränken können. Trifft dies zu, so muss die Urteilsfähigkeit verneint werden⁶⁹.

[Rz 45] Auf eine fixe Altersgrenze kann nicht abgestellt werden⁷⁰. Kinder entwickeln sich sehr unterschiedlich und weisen auch einen individuellen Erfahrungshorizont auf. Ein aufgewecktes 15-jähriges Mädchen, das vor einigen Jahren an Krebs erkrankt ist und das schon mehrere Krankheitsschübe und Behandlungszyklen hinter sich hat, ist unter Umständen in jeder Hinsicht reif

⁶⁶ SCHWAB, Selbstbestimmung im Alter, ZBJV 2006, S. 561 ff., S. 564.

⁶⁷ Siehe u.a. DESCHENAUX/STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4. Aufl., Bern 2001, § 4, Rz. 70; BGE 117 II 231E. 2a: «Une personne n'est privée de discernement au sens de la loi que si sa faculté d'agir raisonnablement est altérée, en partie du moins, par l'une des causes énumérées à l'art. 16 CC, dont la maladie mentale et la faiblesse d'esprit, à savoir des états anormaux suffisamment graves pour avoir effectivement altéré la faculté d'agir raisonnablement dans le cas particulier et le secteur d'activité considérés [...]».

⁶⁸ Vgl. BSK-BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 61), N 15 zu Art. 16 ZGB; WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 44.

⁶⁹ Pointiert äussert sich in diesem Zusammenhang wiederum BUCHER, *Persönlichkeitsschutz* (Fn. 5), S. 44: «Ist das Nein [...] durch Angst diktiert, wird die Urteilsfähigkeit und damit auch die Verbindlichkeit des Neins in Frage gestellt. Die Urteilsfähigkeit wird nicht bloss vom Intellekt bestimmt, vielmehr ist die ganze Persönlichkeitsstruktur zu berücksichtigen.»

⁷⁰ U.a. MIRABAUD/BARBE/NARRING, *Les adolescents sont-ils capables de discernement?*, in: *Rev Med Suisse* 2013, S. 415 ff., 416.; diese Autoren schlagen zur Klärung der Urteilsfähigkeit von Jugendlichen einen Fragekatalog vor, der die verschiedenen Kriterien der Urteilsfähigkeit gut widerspiegelt; ausführlich zum Ganzen auch JOSSEN (Fn.57), S. 87 ff.

genug, um selber über die weitere Behandlung oder einen Behandlungsabbruch zu entscheiden⁷¹. Für weniger wichtige Behandlungen oder für die Wahl zwischen gleichwertigen Behandlungsalternativen kann die Urteilsfähigkeit allenfalls schon deutlich früher bejaht werden⁷². Ein absolutes Mindestalter von sieben Jahren scheint auch für ganz geringfügige Behandlungsentscheide angemessen⁷³. Ab einem Alter von 12 Jahren kann man für einfachere Eingriffe mit der Bejahung der Urteilsfähigkeit rechnen. Die Fähigkeit, hypothetische Kausalverläufe abstrakt zu erfassen, bildet sich allerdings erst ab der Pubertät aus⁷⁴, weshalb für langdauernde bzw. komplexe Therapien und Behandlungen eher Zurückhaltung bei der Annahme der Urteilsfähigkeit angebracht ist. Spätestens ab 16 Jahren dürfte die Urteilsfähigkeit den Regelfall bilden⁷⁵.

[Rz 46] Behandlungsentscheide sind oft eng mit (u.a. religiösen) *Wertvorstellungen* verbunden, welche sich beim Heranwachsenden erst allmählich ausformen. Selbst für Teenager kann es schwierig sein, sich hinreichend von den Eltern und deren Überzeugungen abzugrenzen. Unter Umständen muss das Kind davor geschützt werden, den Entscheid, den es unter dominierendem, für Aussenstehende aber nicht leicht wahrnehmbaren Einfluss der Eltern trifft, als eigene Entscheidung auszugeben⁷⁶. Ganz generell sind *Steuerungsfähigkeit und Widerstandskraft* gegenüber Fremdeinflüssen bei Jugendlichen noch nicht ausgereift⁷⁷, weshalb selbst ein an sich klar geäussertes Wille eines Jugendlichen nicht vorschnell zur Bejahung der Urteilsfähigkeit führen darf.

b) Psychische Störung und geistige Behinderung

[Rz 47] Mit der Inkraftsetzung des neuen Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013 wurden die Begriffe «Geisteskrankheit» und «Geistesschwäche» ersetzt durch «geistige Behinderung» und «psychische Störung», während der Begriff der «Trunkenheit» durch «Rausch» abgelöst wurde. Eine materielle Änderung der Rechtslage wurde mit dieser Anpassung aber nicht beabsichtigt. Die Begriffe der Geisteskrankheit und der Geistesschwäche werden in der Gerichtspraxis sehr weit ausgelegt.

[Rz 48] Unter einer «*psychischen Störung*» ist jede geistige Beeinträchtigung zu verstehen, welche die Urteilsfähigkeit ausschliesst. Dieser Schwächezustand umfasst die anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie, insbesondere Psychosen und Psychopathien, unabhängig davon, ob sie körperlich begründet sind oder nicht⁷⁸. Ferner zählen dazu auch Demenz- und Suchterkrankungen⁷⁹. Entscheidend für die Frage der Urteilsfähigkeit eines Patienten ist allerdings nicht die

⁷¹ Zur Bedeutung einer entsprechenden Erfahrung siehe MICHEL, Zwischen Autonomie und fürsorglicher Fremdbestimmung: Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen im Bereich medizinischer Heilbehandlungen, in: FamPra.ch 2008, S. 243 ff. (zit. MICHEL, Partizipationsrechte), S. 257.

⁷² Vgl. etwa BGE 134 II 235, wo die Urteilsfähigkeit einer 13-Jährigen mit Bezug auf den Abbruch einer osteopathischen Behandlung bejaht wurde; s. zu diesem Urteil u.a. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit und Zwangsmassnahmen, in: Wiegand et al. (Hrsg.), FS Bucher, Bern 2009, S. 237—255 (zit. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit), S. 237 ff.

⁷³ Vgl. BK-BUCHER (Fn. 42), N 132 zu Art. 16 ZGB; dagegen stellen MIRABAUD/BARBE/NARRING (Fn. 70) unter Verweis auf BGE 134 II 235 auf eine (nach hier vertretener Auffassung zu hohe) absolute Limite von 12 Jahren ab.

⁷⁴ JOSSEN (Fn. 57), S. 89, m.w.H.

⁷⁵ BUCHER, Persönlichkeitsschutz (Fn. 5), S. 43.

⁷⁶ Exemplarisch sei auf eine Sektenzugehörigkeit der Familie hingewiesen, welche es selbst dem reifen Jugendlichen u.U. kaum erlaubt, eine eigene, andere Weltsicht zu vertreten.

⁷⁷ JOSSEN (Fn. 57), S. 90, m.w.H.

⁷⁸ Illustrativ die Zusammenstellung bei PETERMANN (Fn. 62), S. 25 ff.

⁷⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 16), Rz. 06.45a.

Tatsache, dass ein bestimmtes Krankheitsbild nachgewiesen ist; vielmehr ist zu fragen, ob und inwiefern sich die Erkrankung auf die Fähigkeit zur Willensbildung und -umsetzung, d.h. auf die Fähigkeit zu vernunftgemäsem Handeln, ausgewirkt hat⁸⁰.

[Rz 49] Bei der «*geistigen Behinderung*» handelt es sich nicht um eine Krankheit im eigentlichen Sinn, sondern um eine angeborene oder unfallbedingte Schwäche der geistigen Fähigkeiten und der Urteilskraft. Nach einem jüngeren Entscheid liegt eine geistige Behinderung vor, «wenn auf die Dauer psychische Störungen auftreten, die dem besonnenen Laien (unter Umständen sehr stark) auffallen, ihm jedoch nicht den Eindruck uneinführbarer, qualitativ tiefgehend abwegiger Störung und «Verrücktheit» wie bei Geisteskrankheit machen, sondern noch einführbar erscheinen, weil sie nach aussen nur als quantitativ vom «Normalen» abweichend in Erscheinung treten»⁸¹. Die Abgrenzung der geistigen Behinderung zur psychischen Störung ist allerdings unscharf und spielt in der Gerichtspraxis kaum eine Rolle⁸².

c) Schwere somatische Erkrankungen

[Rz 50] Auch *schwere physische Erkrankungen* haben unter Umständen Rückwirkungen auf die geistigen Fähigkeiten einer Person und können daher deren Urteilsfähigkeit beeinträchtigen. Beispielsweise kann eine schwere Diabetes die intellektuelle und affektive Verfassung des Patienten hemmen und die Auswirkungen der Erkrankung können so weit gehen, dass eine eigentliche Wesensveränderung eintritt⁸³. Eine lebensbedrohliche Erkrankung kann zudem einen Patienten derart ängstigen und verunsichern, dass er zu einer sinnvollen Entscheidungsfindung nicht mehr in der Lage ist.

[Rz 51] Unproblematisch ist die Frage nach der Urteilsfähigkeit selbstredend dann, wenn der Patient *bewusstlos* und daher nicht ansprechbar ist. Nach den Ursachen der Bewusstlosigkeit ist diesfalls nicht zu fragen. Ist der Patient hingegen an sich bei klarem Bewusstsein, aber aufgrund physischer Einschränkungen nicht in der Lage, seine Behandlungspräferenzen verbal zu kommunizieren, kann nicht ohne weiteres auf die für die Urteilsunfähigkeit geltenden Regeln zurückgegriffen werden. Bei Vorliegen einer solchen *Äusserungsunfähigkeit* (bspw. bei einem Locked—in—Patienten) ist vielmehr der Patient selber aufzuklären und es muss versucht werden, ihm eine eigene Entscheidung zu ermöglichen, ggf. mit entsprechenden Hilfsmitteln. Nur dann, wenn aufgrund der Einschränkungen keine für den Behandlungsentscheid wegweisende Rückmeldung des Patienten erlangt werden kann, muss der Vertreter des Patienten nach dessen mutmasslichen Willen entscheiden⁸⁴.

⁸⁰ BGE 117 II 231E. 2b; BREITSCHMID, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1—456 ZGB, 2. Aufl., Zürich 2012, N 6 zu Art. 16 ZGB.

⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 5C.259/2002 vom 6. Februar 2003 E. 3.2.3, m.w.H.; im Entscheid wird noch auf den bis Ende 2012 gültigen Gesetzeswortlaut und damit auf den Begriff der «Geistesschwäche» Bezug genommen.

⁸² WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 45.

⁸³ Vgl. den Entscheid des OGer ZH in ZR 1978, S. 38 ff.; in casu scheiterte allerdings der Nachweis der Urteilsunfähigkeit der Betroffenen.

⁸⁴ Dazu Rz. 132 ff.

d) Rausch und ähnliche Zustände

[Rz 52] Alkohol- oder Drogenrausch können eine Urteilsunfähigkeit verursachen, welche allerdings in der Regel nur vorübergehenden Charakter hat. Zu denken ist im vorliegenden Zusammenhang sodann an Medikamentensucht (bspw. Schlafmittelabhängigkeit) sowie an sonstige medikamentöse Beeinträchtigungen, wie etwa bei der Verabreichung von starken Schmerzmitteln (bspw. Morphium).

[Rz 53] Als «ähnliche Zustände» wie die im Gesetz ausdrücklich genannten Beeinträchtigungen sind etwa Aufregungs- und Schockzustände oder hohes Fieber zu erwähnen⁸⁵. Auch ohne eine dementielle Erkrankung kann ferner sehr hohes Alter die Entschlusskraft verlangsamen und beeinträchtigen⁸⁶.

4. Relativität der Urteilsfähigkeit

a) Problemstellung

[Rz 54] Mit Art. 16 ZGB beschränkt sich das Gesetz auf eine Generalklausel, die der Konkretisierung im Einzelfall bedarf. Dies bedingt, dass unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände wertend zu entscheiden ist, ob die Urteilsfähigkeit vorliegt. Diese wird mit anderen Worten nicht allgemein beurteilt, sondern immer im Hinblick auf eine konkrete Willensäusserung⁸⁷. Klassisch ist etwa folgender Textbaustein des Bundesgerichts: «Zu beachten ist ferner, dass das schweizerische Recht keine abstrakte Feststellung der Urteilsunfähigkeit kennt. Das Gericht hat vielmehr stets zu prüfen, ob die fragliche Person im konkreten Fall, das heisst im Zusammenhang mit einer bestimmten Handlung oder bei der Würdigung bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten, als urteilsunfähig angesehen werden kann.»⁸⁸ Die Relativität der Urteilsfähigkeit besteht in zwei Richtungen, nämlich in zeitlicher und in sachlicher Hinsicht:

b) Relativität in zeitlicher Hinsicht

[Rz 55] Die Urteilsfähigkeit kann in zeitlicher Hinsicht begrenzt sein. Sie muss einer Person (nur, aber immerhin) im *Zeitpunkt der Vornahme der fraglichen Handlung* zukommen. So kann ein Geisteskranker allenfalls in lichten Momenten gültig testieren⁸⁹. Vorausgesetzt ist allerdings, wie bereits ausgeführt, dass der Betroffene trotz seiner zeitweiligen geistigen Absenzen einen ausgewogenen Bezug zu den realen Grundlagen seiner Entscheidung hat. Fehlende Krankheitseinsicht kann etwa bei einer Schizophrenie dazu führen, dass auch in ‚besseren Phasen‘ keine verbindlichen Behandlungsentscheidungen getroffen werden können.

[Rz 56] Umgekehrt kann ein an sich geistig gesunder Patient beispielsweise zufolge Medikamenteneinnahme, Flüssigkeitsmangel oder Alkoholkonsum nur *zeitweilig verwirrt oder geschwächt*

⁸⁵ BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Rz. 152; DESCHENAUX/STEINAUER (Fn. 67), § 4, Rz. 92 f.; WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 46, m.w.H.

⁸⁶ Dazu u.a. BK-UCHER (Fn. 42), N 134 zu Art. 16 ZGB.

⁸⁷ Anstatt vieler: BGE 124 III 5E. 1a; aus der Literatur siehe etwa BK-UCHER (Fn. 42), N 87 ff. zu Art. 16 ZGB.

⁸⁸ BGE 118 Ia 236E. 2b; BGE 117 II 231E. 2a, m.w.H. auf die Rechtsprechung.

⁸⁹ BGE 124 III 5E. 1b.

und aus diesem Grund in seiner Urteilsfähigkeit beeinträchtigt sein⁹⁰. Die Frage der Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit stellt sich daher stets bezogen auf einen ganz konkreten Entscheid und für den Zeitpunkt, in dem dieser getroffen wird. Dieser Umstand erschwert offenkundig die ohnehin nicht zu unterschätzenden Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Urteilsfähigkeit. Immerhin ist der Beweis der Urteilsunfähigkeit in einem bestimmten Zeitpunkt dann vergleichsweise einfach zu führen, wenn aufgrund einer nachgewiesenen Erkrankung des Betroffenen von einer *permanent vorhandenen Beeinträchtigung* der geistigen Fähigkeiten ausgegangen werden muss und damit auch luzide Intervalle auszuschliessen sind⁹¹.

[Rz 57] Fallen Aufklärung und Behandlungsentscheid auseinander oder erfolgt eine *mehrstufige Aufklärung*, muss die Urteilsfähigkeit des Patienten sowohl im Zeitpunkt der Aufklärung als auch im Zeitpunkt des Behandlungsentscheids vorhanden sein. Da die Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung jederzeit widerrufen werden kann, genügt es bei länger dauernden, nicht unmittelbar auf den Entscheid folgenden Behandlungen, bspw. einer wiederkehrenden Dialyse, nicht, wenn die Urteilsfähigkeit nur gerade anlässlich des ersten Behandlungsschritts gegeben ist. Vielmehr muss der Betroffene die Möglichkeit haben, seine Einwilligung gültig zurückzuziehen⁹². Kann er dies nach dem Entfallen der Urteilsfähigkeit nicht mehr persönlich tun, bedarf er zu seinem Schutz einer entsprechenden Vertretung. Die Fortsetzung der besprochenen Behandlung wird in dieser Situation aber regelmässig dem mutmasslichen Willen des Patienten entsprechen, solange sich keine wesentlichen Entscheidfaktoren verändert haben.

c) Relativität in sachlicher Hinsicht

[Rz 58] Die sachliche Relativität der Urteilsfähigkeit bedeutet, dass diese immer mit Bezug auf die *konkrete rechtsgeschäftliche Willensäusserung* zu beurteilen ist. Eine hochbetagte Person ist vielleicht noch ohne weiteres in der Lage, sich dezidiert zu pflegerischen Massnahmen oder zur Menuwahl zu äussern. Das bedeutet noch nicht, dass sie auch hinsichtlich bedeutungsvollerer Geschäfte, wozu der Abschluss eines Vertrages mit dem Arzt oder Spitalträger gehört, urteilsfähig ist. Im Kontext der Einwilligung zu einer Behandlung kann einem bestimmten Patienten zwar die Zustimmung zu einer Antibiotika-Therapie noch möglich sein, während er gleichzeitig nicht mehr in der Lage ist, die Chancen und Risiken eines schwierigen chirurgischen Eingriffs zu verstehen und darüber selbständig zu entscheiden. Die Frage, ob ein Patient in der Lage ist, für medizinische Entscheidungen in einer Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht eine Vertrauensperson zu bezeichnen oder solche Entscheidungen selber zu treffen, hat nur wenig mit der Frage zu tun, ob derselbe Patient über die nötigen Fähigkeiten für einen komplexen Behandlungsentscheid verfügt.

[Rz 59] Richtigerweise sind bei der sachlichen Relativität der Urteilsfähigkeit wiederum mehrere Aspekte auseinanderzuhalten, nämlich die *Komplexität* der Entscheidung einerseits und deren

⁹⁰ Vgl. etwa den (erbrechtlichen) Sachverhalt in Urteil des Bundesgerichts 5A_727/2009 vom 5. Februar 2010: Der Betroffene hatte vorübergehend u.a. unter Verwirrheitszuständen, Verfolgungsängsten und Desorientierung gelitten; dieser Zustand, der zu einer Klinikeinweisung geführt hatte, wird aber als nur «momentane Bewusstseinsstörung» (E. 2.4) bezeichnet, die für die Frage der Urteilsfähigkeit im massgeblichen Zeitpunkt nicht als entscheidend erachtet wird. Ebenfalls illustrativ ist Urteil des Bundesgerichts 5A_12/2009 vom 25. März 2009 E. 4.2. Das Urteil betrifft den Fall eines Mannes im letzten Stadium einer schweren Krebserkrankung, der zur Schmerzlinderung im Abstand von wenigen Stunden Morphiumgaben erhielt.

⁹¹ BGE 124 III 5E. 1b.

⁹² Siehe auch MICHEL, Rechte (Fn. 2), S. 52.

Tragweite andererseits⁹³. Der wenig komplexe Entscheid, eine bestimmte Behandlung abzulehnen, bspw. jegliche Behandlung mit Blutprodukten, kann für den Betroffenen von grösster Tragweite sein, wenn ohne die Behandlung der Tod unmittelbar droht. Umgekehrt kann die Wahl zwischen zwei gleichermassen anerkannten und risikoarmen Operationstechniken zwar für den medizinischen Laien komplex, aber von vergleichsweise geringer Tragweite sein.

[Rz 60] In der Literatur wird teilweise unterschieden zwischen der *Einwilligung* in eine Behandlung und die *Verweigerung* einer solchen, wobei die Verweigerung tiefere Voraussetzungen an die Urteilsfähigkeit stelle. Die Unterscheidung zwischen der Einwilligungserteilung und deren Verweigerung ist aber in juristischer Hinsicht nicht überzeugend⁹⁴. Für die rechtsrelevante Verweigerung der Einwilligung muss der Patient nicht nur Einsicht in die Diagnose und den Verlauf der Krankheit ohne ärztliche Behandlung haben. Gleichzeitig muss er auch die vorhandenen Handlungsalternativen und deren unterschiedliche Heilungschancen mindestens in groben Zügen verstehen. Dass es dazu ein ‚Weniger‘ an Urteilsfähigkeit braucht als zum Erteilen der Einwilligung in einen (von der medizinischen Fachperson empfohlenen) Eingriff, ist nicht einzusehen. Faktisch dürfte der erwähnten Differenzierung die Tatsache zugrunde liegen, dass die Behandlungsverweigerung (u.a. bei Psychatriepatienten) oft in ‚eindrücklicherer Form‘ geäussert wird als eine Zustimmung⁹⁵.

5. Urteilsfähigkeit und «natürlicher Wille»⁹⁶

[Rz 61] Aus dem bisher Gesagten folgt unter anderem, dass der blosse Wille einer Person nicht unbedingt beachtlich ist. Rechtlich relevant ist — wie dargelegt — nur der Wille der *urteilsfähigen* Person. Die Einwilligung der *urteilsunfähigen* Person ist deshalb unbestrittenermassen kein Rechtfertigungsgrund. Die Zehnjährige, die ihr Einverständnis zu einer kosmetischen Operation zur Korrektur ihrer abstehenden Ohren erteilt, kann dies mangels Urteilsfähigkeit nicht gültig tun. Die Operation ist somit nur, aber immer dann rechtmässig, wenn der gesetzliche Vertreter an ihrer Stelle gültig in den Eingriff einwilligt. Umgekehrt gilt, dass die *Verweigerung der Einwilligung* des Urteilsunfähigen ebenso wenig rechtliche Wirkungen zeitigt. Die juristische Dogmatik lässt grundsätzlich nur entweder das Fehlen oder das Vorhandensein der Urteilsfähigkeit zu. Die Urteilsfähigkeit ist zwar, wie dargelegt, relativ. Mit Bezug auf die Einwilligung zu einem ganz bestimmten und zeitlich konkretisierten medizinischen Eingriff ist sie aber immer entweder (vollständig) gegeben oder (vollständig) nicht gegeben. Dies führt zwangsläufig zum Schluss, dass bei fehlender Urteilsfähigkeit der geäusserte Wille der betroffenen Person unmassgeblich ist. Dies unabhängig davon, ob diese Willensäusserung zustimmend oder ablehnend ausfällt.

⁹³ Entsprechend sind «je nach der Schwierigkeit und Tragweite einer Rechtshandlung ganz unterschiedliche Anforderungen an die Vernunftkräfte zu stellen»; BK-BUCHER(Fn. 42), N 90 zu Art. 16 ZGB; s. ferner HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 16), Rz. 06.51; vgl. auch den erbrechtlichen Entscheid Urteil des Bundesgerichts 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 2.3.1.

⁹⁴ So auch das Bundesgericht in BGE 127 I 20f. E. 7b/cc; ferner WIDMER BLUM(Fn. 25), S. 85, m.w.H.

⁹⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit (Fn. 72), S. 249; die Behandlung urteilsunfähiger Psychatriepatienten im Rahmen einer Fürsorgereichen Unterbringung hat daher im neuen Erwachsenenschutzrecht auch eine gesonderte Regelung erhalten. Illustrativ ist das in der BASS-Studie (Fn. 4), S. 53, erwähnte Beispiel einer Patientin, bei der zwar die Urteilsunfähigkeit erstellt war, die Ärzte aber trotzdem eine indizierte Folgeoperation ablehnten, weil die Patientin sich dagegen wehrte.

⁹⁶ Die nachfolgenden Ausführungen wurden teilweise entnommen aus HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit (Fn. 72), S. 247 ff.

[Rz 62] Diese ebenso eindeutige wie an sich einleuchtende Rechtslage führt im (juristischen und nichtjuristischen) Alltag dennoch immer wieder zu einem gewissen Unbehagen. Die Sachlagen sind nicht selten, in denen der Patient zwar mangels Urteilsfähigkeit nicht in der Lage ist, einen rechtlich relevanten Willen zu äussern, aber eine zustimmende oder ablehnende *faktische Willensäusserung* — man mag diese in Anlehnung an Lehre und Rechtsprechung in Deutschland und in Österreich «natürlicher Wille» nennen — durchaus vorliegt. In der *medizinischen Praxis* besteht teilweise eine gewisse Tendenz, auf eine Prüfung der Urteilsfähigkeit zu verzichten, solange sich der Betroffene noch äussern kann⁹⁷. Entsprechend dürfte der «natürliche Wille» des Patienten oft höher gewichtet werden als dem Juristen lieb sein kann. Und selbst wenn die Urteilsfähigkeit abgeklärt wird, dürfte eine Untersuchung durch die behandelnden Ärzte gelegentlich Züge einer «self-fulfilling quality» aufweisen⁹⁸: Die Urteilsfähigkeit des Patienten wird umso eher bejaht und dessen Äusserungen als massgeblich erachtet, als diese Willensbekundung mit den Behandlungsplänen der Ärzteschaft übereinstimmt. Solange der schwer an Demenz Erkrankte die ihm auf den Frühstücksteller gelegten, nicht weiter abgesprochenen Medikamente frag- und klaglos einnimmt, wird sich so mancher Arzt wenig darum kümmern, ob eine gültige Einwilligung zum damit konkret verbundenen Behandlungsschritt vorliegt — eine solche würde unter anderem eine Willensbildungsfähigkeit und Einsicht in Krankheit und Behandlung sowie möglichen Nebenwirkungen voraussetzen.

[Rz 63] Für viele Ärzte liegt das Problem daher nicht unbedingt auf der juristischen Ebene der Urteils(un)fähigkeit. Problematisch erscheint erst eine faktische *Behandlungsverweigerung des Urteilsunfähigen*, dessen Widerstand nicht mehr mit gutem Zureden, sondern nur noch mit physischer Gewalt überwunden werden kann. Ist der Patient ‚nur‘ urteilsunfähig, aber nicht bewusstlos, und widersetzt er sich der Behandlung, scheinen die juristischen Behelfsmittel der mutmasslichen bzw. der vertretungsweise Einwilligung (vermeintlich) nicht mehr zu tragen. Es scheint der Ärzteschaft zwar beim (Klein-)Kind verhältnismässig leicht zu fallen, sich mit einer *zwangsweisen*, nur auf der stellvertretenden Einwilligung der Eltern beruhenden *Behandlung* abzufinden. Hingegen wird die juristisch an sich identische Absicherung bei urteilsunfähigen Erwachsenen (Vertreterentscheid gemäss Art. 377 f. ZGB⁹⁹) als weniger verlässlich betrachtet. Dies weckt Bedenken, wenn man sich vor Augen hält, dass das Handlungsfähigkeitsrecht Schutzrecht ist¹⁰⁰, und der Patient, dem die Fähigkeit zu selbstbestimmtem Handeln abgeht, daher vor sich selber geschützt werden sollte. Sowohl die Zustimmung zur medizinisch indizierten Behandlung wie auch deren Ablehnung ist daher, wie dargelegt, nur wirksam, wenn der Betroffene seine Willensäusserung im Zustand der Urteilsfähigkeit getroffen hat.

[Rz 64] Das Gesagte ist allerdings sogleich zu ergänzen: Der «natürliche Wille», insbesondere einer erwachsenen Person, ist selbst dann nicht völlig irrelevant, wenn dem Betroffenen die Urteilsfähigkeit klarerweise abgeht. Zwar trägt ein solcher Patient zu seinem eigenen Schutz *keine Entscheidungsverantwortung* mehr, er ist aber in den Behandlungsentscheid einzubeziehen (dazu hinten, Rz. 115 ff.) und im Rahmen der Bestimmung des mutmasslichen Willens (dazu hinten,

⁹⁷ Siehe auch dazu die Ergebnisse der BASS-Studie (Fn. 4), S. 71 ff.

⁹⁸ DONELLY, From Autonomy to Dignity: Treatment for Mental Disorders and the Focus for Patient Rights, in: International Trends in Mental Health Laws, Law in Context, Annandale/Australia, Vol. 26 (2008), No 2, S. 37 ff., S. 48.

⁹⁹ Hinten, Rz. 109 ff.

¹⁰⁰ Dazu vorne, Rz. 8; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 16), Rz. 06.04; BSK-BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 61), N 39 zu Art. 16 ZGB.

Rz. 132 ff.) können seine Äusserungen durchaus von entscheidender Bedeutung sein.

6. Insbesondere zur Urteilsfähigkeit mit Bezug auf die Einwilligung zur Behandlung

a) Problematik des «proper standard of capacity»

[Rz 65] Der ‚richtige‘ Standard für die Handlungsfähigkeit mit Bezug auf medizinische Behandlungsentscheide ist nicht eine Tat-, sondern eine Rechtsfrage (s. Rz. 24) und beinhaltet stets eine *Wertung*¹⁰¹: «The proper standard of capacity must be chosen, it cannot be discovered»¹⁰².

[Rz 66] Es ist wohl unbestritten, dass die Anforderungen an das Verständnis des Patienten *nicht zu hoch geschraubt* werden dürfen, würde doch sonst das Selbstbestimmungsrecht in vielen Fällen obsolet. Versteht ein Patient die komplexe Wirkungsweise eines Medikaments zwar nicht, kann er aber die ihm erläuterten Chancen, Risiken und Nebenwirkungen begreifen und gegeneinander abwägen, so muss dies für die Einwilligung ausreichen¹⁰³. Für die Einwilligung zu einer Behandlung bedarf es keines Medizinstudiums. Vielmehr genügt es, wenn der Patient die *lebenspraktische Bedeutung* seines Entscheids zu erfassen vermag. Die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit im Behandlungskontext sollten mit anderen Worten «nicht überspannt werden», der Patient sollte vielmehr wenn immer möglich auch «in prekären Situationen physischer oder psychischer Belastung oder Schwäche» selber entscheiden¹⁰⁴. Es ist auch keinesfalls erforderlich, dass der Patient für den Vertragsschluss sämtliche rechtliche Besonderheiten (bspw. des sog. gespaltenen Spitalaufnahmevertrages) im Einzelnen versteht.

[Rz 67] Umgekehrt dürfen die Anforderungen auch *nicht zu tief* angesetzt werden. Wer nicht in der Lage ist, selbstverantwortlich zu handeln, muss vor den Folgen seines (im Rechtssinne) unbedachten Verhaltens geschützt werden. Wer einer geistig beeinträchtigten Person oder einem Minderjährigen weitgehende Entscheidungsbefugnisse zuerkennt, nimmt diesen gleichzeitig in die *Verantwortung*, fordert eine verbindliche Entscheidung und bürdet dem Betroffenen die Konsequenzen dieser Entscheidung auf¹⁰⁵. Einer zu grosszügigen Haltung mit Bezug auf die Urteilsfähigkeit ist daher entgegenzuhalten, dass, falls tatsächlich Urteilsunfähigkeit vorliegt, eben gerade nicht ein rechtlich erheblicher «Wille» des Patienten zur Diskussion steht, sondern nur ein faktischer bzw. «Scheinwille», vor dessen Umsetzung der Betroffene in seinem eigenen Interesse zu schützen ist. Die rechtlich nicht tragfähige Willensäusserung des Patienten ist im Rahmen seiner Partizipationsrechte zu berücksichtigen, was die Tragweite des Entscheids über die Urteilsfähigkeit etwas mildert¹⁰⁶.

¹⁰¹ AEBI-MÜLLER, Selbstbestimmung (Fn. 25), S. 157.

¹⁰² DONELLY(Fn. 98), S. 47.

¹⁰³ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit (Fn. 72), S. 241; siehe auch JOSSEN (Fn.57), S. 78.

¹⁰⁴ Urteil des Bundesgerichts 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 2.3.2, im Kontext der Testierfähigkeit.

¹⁰⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit (Fn. 72), S. 242; vgl. MICHEL, Partizipationsrechte (Fn. 71), S. 251.

¹⁰⁶ Dazu hinten, Rz. 115 f.

b) Mögliche Beeinträchtigungen der Urteilsfähigkeit im Behandlungskontext

[Rz 68] Überträgt man das zu den verschiedenen Teil-Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit (vorne, Rz. 26 ff.) Gesagte auf den Behandlungskontext, so setzt die Urteilsfähigkeit des Patienten zunächst voraus, dass dieser *intellektuell* in der Lage ist, Diagnose, Behandlungsmöglichkeiten und -alternativen, die damit verbundenen Risiken und Chancen usw. mindestens in groben Zügen zu verstehen. Die Urteilsfähigkeit ist beispielsweise zu verneinen, wenn es dem Betroffenen aufgrund einer Demenzerkrankung an der kognitiven Fähigkeit mangelt, ein in Prozenten ausgedrücktes Risiko einer wesentlichen Nebenwirkung einzuordnen, oder wenn der Patient nicht versteht, dass ein Antibiotikamedikament gegen eine Atemwegserkrankung helfen soll. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Betroffene die genaue Wirkungsweise des Medikaments begreift¹⁰⁷.

[Rz 69] Ein hinreichender *Realitätsbezug* fehlt u.a. bei Menschen, welche aufgrund ihrer Erkrankung von wahnhaften Fehleinschätzungen ihrer Umwelt beherrscht sind: Ist die Ausgangsbasis ihrer Handlungen falsch, können der beispielsweise von Verfolgungsängsten geprägten Person keine auf dieser irrealen Bedrohung (bspw. der Angst, vergiftet zu werden) basierenden Entscheidungen zugerechnet werden, selbst wenn diese Entschlüsse (bspw. die Weigerung, ein Medikament einzunehmen) in sich völlig konsequent erscheinen¹⁰⁸.

[Rz 70] Ist ein Patient *depressiv oder emotional sehr labil*, beispielsweise aufgrund einer psychischen Erkrankung, einem schockähnlichen Zustand nach einer fatalen Diagnose oder aufgrund einer medikamentösen Behandlung, so kann dies nicht nur die Stabilität der Willensbildung in Frage stellen, sondern in schweren Fällen bereits den Realitätsbezug des Betroffenen beeinträchtigen¹⁰⁹. Umgekehrt ist der freiwillige, stabile, auf einer gesunden emotionalen Basis und ohne psychische Erkrankung getroffene Sterbewunsch des Krebspatienten im Kontext eines Behandlungsabbruchs, eines Wechsels zur Palliativbehandlung oder auch eines freiwilligen Verzichts auf Essen und Trinken¹¹⁰ auch dann zu respektieren, wenn die rein intellektuellen Fähigkeiten des Betroffenen nicht (mehr) ausreichen, um die konkreten Behandlungsmöglichkeiten bzw. Rettungschancen in ihren Einzelheiten medizinisch-rational zu erfassen. Gleiches gilt für den No CPR-Entscheid eines betagten Menschen.

[Rz 71] Verstellt eine (Demenz-)Erkrankung dem Betroffenen den Zugang zu seinen *persönlichen Wertvorstellungen* oder werden diese zufolge der Krankheit verformt, kann die Beurteilung der Urteilsfähigkeit im Einzelfall heikel sein¹¹¹. Denn grundsätzlich verlangt der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit, dass der Patient jederzeit zu einer Neubeurteilung seiner persönlichen Situation und seiner Behandlungspräferenzen gelangen kann. Dazu gehört auch, dass der Patient seine Vorstellungen von einem lebenswerten Leben jederzeit überdenken darf.

[Rz 72] Im Zusammenhang mit der *Motivabwägung* kann die Urteilsfähigkeit bspw. dann fehlen, wenn ein Patient bspw. als Jugendlicher noch nicht oder als Schwerkranker nicht mehr in der Lage ist, eine längerfristige Perspektive zu entwickeln, sodass die momentane Krankheitssitua-

¹⁰⁷ Vgl. JOSSEN (Fn.57), S. 78 f.

¹⁰⁸ S. STEINAUER/FOUNTOULAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Bern 2014, Rz. 86a. Exemplarisch Urteil des Bundesgerichts 5C.259/2002 vom 6. Februar 2003 E. 3.2.2; s. auch BK-UCHER (Fn. 42), N 49 zu Art. 16 ZGB.

¹⁰⁹ Siehe vorne, Rz. 34.

¹¹⁰ Sog. Sterbefasten oder VSED.

¹¹¹ Dazu MONSCH (Fn. 35), S. 16, m.w.H.

tion den Entscheid übermässig dominiert. Auch heftige Schmerzen oder akute Atemnot können nicht nur die Auffassungsgabe einschränken, sondern auch die Motivabwägung verunmöglichen. In ähnlicher Weise können Phobien¹¹² dazu führen, dass ein Patient nicht in der Lage ist, sich von seiner phobischen Angst zu differenzieren und anderen Motiven ein angemessenes Gewicht beizumessen. Allerdings ist zu relativieren: Angst kann im Einzelfall durchaus ein zulässiges Motiv für einen Behandlungsentscheid und insbesondere eine Behandlungsverweigerung sein, so lange sie nicht derart dominierend ist, dass der Patient in seiner Motivabwägung substantiell beeinträchtigt ist¹¹³.

[Rz 73] An der *Willensumsetzungsfähigkeit* kann es fehlen, wenn ein Patient krankheitsbedingt besonders anfällig ist für (vermeintlichen) Druck von Seiten der Angehörigen oder eines behandelnden Arztes, der eine bestimmte Behandlungsmöglichkeit nachdrücklich empfiehlt. Die Urteilsfähigkeit kann aber nicht schon deshalb verneint werden, weil ein Patient, wie dies häufig geschieht, in einem Entscheidungskonflikt ausdrücklich den Rat des Arztes erbittet und diesen fragt, wie dieser selber denn für sich oder einen Angehörigen entscheiden würde¹¹⁴.

7. Insbesondere zur Urteilsfähigkeit bzw. Handlungsfähigkeit mit Bezug auf den Vertragsabschluss

[Rz 74] Für den Vertragsabschluss mit dem Arzt oder dem Spital finden die üblichen Regeln des Vertragsrechts Anwendung. Insbesondere genügt dafür die Urteilsfähigkeit des Patienten nicht, sondern es ist *grundsätzlich die volle Handlungsfähigkeit* erforderlich¹¹⁵. Mit Bezug auf die Urteilsfähigkeit ist zu fragen, ob der Patient Inhalt und Tragweite des Vertrages versteht, insbesondere auch die damit verbundenen Kostenfolgen. Ist der Patient seiner Verfassung nach zwar noch in der Lage, seine Einwilligung zu einer Behandlung zu geben, geht ihm aber aufgrund seiner Beeinträchtigung die Fähigkeit ab, den Vertrag mit dem Arzt oder Spitalträger einzuordnen und sich einen rechtsgeschäftlichen Willen zu bilden, dann ist für den gültigen Vertragsschluss, nicht aber für die Einwilligung, eine Vertretung erforderlich¹¹⁶.

[Rz 75] Da der nicht voll handlungsfähige, aber urteilsfähige Patient für den Vertragsschluss auf die *Zustimmung* seines gesetzlichen Vertreters angewiesen ist, muss in gewissem Rahmen ein Anspruch des Patienten auf Erteilung der Zustimmung bejaht werden, da der Vertreter ansonsten die dem urteilsfähigen Patienten gewährten Selbstbestimmungsrechte im Ergebnis vereiteln könnte. Gegebenenfalls kann der Betroffene gegen die Verweigerung der Zustimmung die Kindes- bzw. die Erwachsenenschutzbehörde anrufen.

¹¹² Beispielsweise eine Nadel-Phobie; illustrativ aus der englischen Rechtsprechung: Re MB (1997) 38 BMLR 175 CA.

¹¹³ Vgl. auch WIDMER BLUM(Fn. 25), S. 85 f.

¹¹⁴ Dazu vorne, Rz. 106 f.

¹¹⁵ Vorne, Rz. 18 ff.

¹¹⁶ Dazu hinten, Rz. 109 ff.

IV. Nachweis der Urteils(un)fähigkeit

1. Problemstellung und Beweislast

[Rz 76] Gemäss Art. 8 ZGB hat diejenige Partei das Vorliegen der Urteilsfähigkeit einer bestimmten Person nachzuweisen, die aus deren Vorhandensein Rechte ableitet¹¹⁷. Da der ärztliche Eingriff — wie dargelegt (vorne, Rz. 4) — als Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich widerrechtlich ist, der Arzt somit zu seiner Entlastung alle Elemente einer gültigen Einwilligung nachzuweisen hat, führt eine allfällige *Beweislosigkeit* hinsichtlich der Urteilsfähigkeit notwendigerweise zum prozessualen Unterliegen des Arztes, und zwar auch mit Blick auf die (zivil- und strafrechtliche) Rechtmässigkeit des Eingriffs. Holt die Medizinalperson die Einwilligung von der ‚falschen‘ Person ein (nämlich entweder vom urteilsunfähigen Patienten oder aber vom konkret nicht einwilligungsbefugten gesetzlichen Vertreter des urteilsfähigen Patienten), so kann selbst die lege artis ausgeführte Behandlung eine Disziplinarbusse sowie gegebenenfalls zusätzlich zivil- und strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen¹¹⁸. Das mangels Einwilligung widerrechtliche Arzthandeln löst in zivilrechtlicher Hinsicht sodann eine Art ‚Kausalhaftung‘ in dem Sinne aus, dass die Medizinalperson selbst bei Beachten aller Regeln der ärztlichen Kunst für die Kosten von Gesundheitsrisiken einzustehen hat, die sich mit dem unerlaubten Eingriff verwirklicht haben¹¹⁹.

[Rz 77] Nicht nur mit Bezug auf die Einwilligung, sondern auch mit Bezug auf *Vertragsschluss und -inhalt* wird in den meisten Rechtsstreitigkeiten die Beweislast beim Arzt bzw. beim Spitalträger liegen: Wollen die Vertragspartner des Patienten ihre Honorarforderung durchsetzen, so haben sie gemäss Art. 8 ZGB im Streitfall das Vorliegen des Vertrages nachzuweisen, aus dem sie ihre Forderung ableiten.

[Rz 78] Ist die Urteilsfähigkeit *zweifelhaft*, empfiehlt sich daher, die Einwilligung sowohl des Patienten als auch des zuständigen Vertreters einzuholen¹²⁰. Dies ist regelmässig dann unproblematisch, wenn der Patient minderjährig oder verbeiständet ist und daher für den Vertragsschluss ohnehin die Zustimmung des Vertreters eingeholt werden muss. In anderen Sachlagen, beispielsweise beim nicht verbeiständeten erwachsenen Patienten, der sich in einem die Urteilsfähigkeit einschränkenden Verwirrheitszustand befindet, kann dieses Vorgehen mit dem Grundsatz der Vertraulichkeit der Patientendaten in Konflikt geraten¹²¹. Es empfiehlt sich daher, die Kontaktaufnahme mit vertretungsberechtigten Personen soweit als möglich mit dem Patienten abzusprechen und im Zweifelsfall die Erwachsenenschutzbehörde zu kontaktieren.

2. Zum Beweis der Urteils(un)fähigkeit

[Rz 79] *Beweisgegenstand* ist im Zusammenhang mit der Urteilsunfähigkeit des Patienten erstens der konkrete geistig krankhafte oder geschwächte Zustand des Betroffenen (objektives Element

¹¹⁷ So ausdrücklich das Bundesgericht in BGE 134 II 235, unter Berufung auf BK-BUCHER (Fn. 42): «Il appartient alors à celui qui entend se prévaloir de la capacité ou de l'incapacité de discernement de la prouver, conformément à l'art. 8 CC».

¹¹⁸ Eindrücklich dazu BGE 134 II 235.

¹¹⁹ Vgl. BGE 108 II 59E. 3 (wo allerdings eine mangelhafte Aufklärung und nicht Urteilsunfähigkeit im Vordergrund stand; beides hat aber die gleiche Konsequenz des Fehlens einer gültigen Einwilligung).

¹²⁰ So auch WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 87, m.w.H.

¹²¹ Dazu der hilfreiche Überblick bei GÄCHTER/RÜTSCHÉ (Fn. 28), Rz. 358 ff.

der Urteilsunfähigkeit) und zweitens der daraus resultierende Grad verminderter Fähigkeit zu vernünftigem Handeln.

[Rz 80] Die Urteilsfähigkeit einer volljährigen Person ist die Regel, was durch die doppelte Negation in Art. 16 ZGB zum Ausdruck gebracht wird. Entsprechend trägt derjenige, der im Prozess deren Nichtvorhandensein, also Urteilsunfähigkeit, behauptet, die Beweislast¹²². Nicht vollständig geklärt ist indessen, ob es sich bei der Vermutung der Urteilsfähigkeit um eine gesetzliche Vermutung oder um eine bloss tatsächliche, auf die Lebenserfahrung abgestützte Beweiserleichterung handelt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung scheint von einer *gesetzlichen Vermutung* auszugehen¹²³. Es handelt sich sozusagen um ‚geronnene Lebenserfahrung‘, die vom Gesetzgeber in die Form einer Vermutung gegossen wurde.

[Rz 81] Die Entkräftung der Vermutung kann einerseits durch *Umstossen der Vermutungsbasis* erfolgen: Liegt eine offensichtliche, beweismässig erstellte und dauernde Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten des Patienten vor oder ist dieser noch sehr jung, ist nicht vom gesetzlichen Regelfall der Urteilsfähigkeit, sondern gerade umgekehrt davon auszugehen, dass der Betroffene im Allgemeinen urteilsunfähig ist¹²⁴.

[Rz 82] Liegen keine genügenden Anhaltspunkte dafür vor, dass der Patient aufgrund seines Alters und/oder Gesundheitszustandes im Allgemeinen urteilsunfähig war, bleibt es vorerst bei der gesetzlichen Vermutung der Urteilsfähigkeit. Wer das Gegenteil behauptet (und bspw. die Anwendung einer anders lautenden Patientenverfügung verlangt), kann die Folgen dieser gesetzlichen Tatsachenvermutung durch *Beweis des Gegenteils* beseitigen, nämlich durch den Nachweis, dass im konkreten Zeitpunkt der Willensäusserung die Urteilsfähigkeit (ausnahmsweise) nicht vorgelegen hat, etwa zufolge Medikamenteneinflusses.

3. Sachverhalt und Rechtsfragen

[Rz 83] Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit einer Person umfasst sowohl die Feststellung von Tatsachen als auch die Anwendung von Rechtsnormen, wobei die Abgrenzung durchaus heikel sein kann¹²⁵. Es ist zu unterscheiden:

- zwischen der *Feststellung von Tatsachen* bezüglich des fraglichen Geisteszustandes der betreffenden Person. Zu den Tatsachenfeststellungen gehören der geistige Zustand des Patienten im fraglichen Zeitraum (Aufklärung und Behandlungsentscheid) sowie Art und Tragweite allfälliger störender Einwirkungen (u.a. Einflussnahme von Drittpersonen);
- und den *Rechtsfolgen*, die sich aus diesen tatsächlichen Feststellungen ergeben. Der von einem Sachverständigen aufgrund bestimmter Handlungen bzw. Verhaltensweisen gezogene Schluss ist von der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bzw. dem urteilenden Ge-

¹²²STEINAUER/FOUNTOULAKIS(Fn. 108), Rz. 102; BSK-BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 61), N 48 zu Art. 16 ZGB.

¹²³Urteil des Bundesgerichts 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 4.1; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 5C.32/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 3.3.1, wo das Bundesgericht Art. 16 ZGB ausdrücklich als «Beweislastregel» bezeichnet. Anderer Auffassung scheint BRÜCKNER ([Fn. 85] Rz. 165) zu sein, der von einer natürlichen Vermutung ausgeht; ähnlich PEDRAZZINI/OBERHOLZER (Fn. 44), S. 69; ferner BK-BUCHER(Fn. 42), N 126 zu Art. 16 ZGB.

¹²⁴ S. etwa Urteil des Bundesgerichts 5C.259/2002 vom 6. Februar 2003 E. 1.3: «Ist [...] im Einzelfall Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder Trunkenheit offenkundig und unbestritten, [...] so erfolgt eine Umkehr der Beweislast. Das heisst, die Beweislast liegt dann bei derjenigen Person, welche für den massgebenden Zeitraum Urteilsfähigkeit behauptet.»

¹²⁵Siehe u.a. BGE 124 III 5E. 4.

richt auf seine Begründetheit zu überprüfen. Rechtsfrage ist somit, ob die im Beweisverfahren festgestellten Tatsachen den Schluss der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit erlauben¹²⁶.

[Rz 84] Entsprechend kann das Bundesgericht im *Beschwerdeverfahren* Sachverhaltsfeststellungen zum geistigen Zustand des Patienten im fraglichen Zeitraum sowie Art und Tragweite möglicher störender Einwirkungen nur noch beschränkt überprüfen¹²⁷, während die Rechtsfragen, ob die kantonalen Instanzen von einem zutreffenden Konzept der Urteilsfähigkeit ausgegangen sind und vor dem Hintergrund des konkreten Sachverhalts zu Recht oder zu Unrecht vom festgestellten geistigen Gesundheitszustand auf die fehlende oder vorhandene Urteilsfähigkeit geschlossen haben, auf entsprechende Rüge hin frei überprüft werden können¹²⁸.

4. Beweismittel

a) Zeugenaussagen

[Rz 85] Dass *Zeugenaussagen* zu den unzuverlässigsten Beweismitteln gehören, die es gibt, ist hinlänglich bekannt. Das Bundesgericht äussert sich mit Recht im Zusammenhang mit der Beurteilung der Urteilsfähigkeit zurückhaltend mit Bezug auf die Bedeutung der Beobachtung durch Drittpersonen¹²⁹: «Erkrankungen des Geistes, die sich nicht in akuten Erscheinungen, sondern in einer allgemeinen Abnahme der geistigen Kräfte äussern, bleiben dem ungeübten Beobachter leicht verborgen [...]»¹³⁰. Die umgekehrte Ausgangslage ist allerdings ebenso denkbar: Gerade weil Angehörige auch leichte Veränderungen im Verhalten, bei den Wertvorstellungen, in der Gesprächsführung und der Erledigung der täglichen Angelegenheiten einer Person wahrnehmen, sind sie unter Umständen früher in der Lage, beginnende Beeinträchtigungen der kognitiven Fähigkeiten wahrzunehmen¹³¹. Aussagen von verantwortungsbewussten, lebenserfahrenen Zeugen, die den Betroffenen gut kennen, können daher ebenso hohes Gewicht haben wie Meinungsäusserungen von Ärzten¹³².

¹²⁶Vgl. BGE 117 II 231E. 2c, m.w.H.

¹²⁷Urteil des Bundesgerichts 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 3; insbesondere kann aber auch im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht geltend gemacht werden, die tatsächlichen Feststellungen des Sachgerichts seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen oder würden auf einem offensichtlichen Versehen beruhen (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG); siehe auch Urteil des Bundesgerichts 5C.259/2002 vom 6. Februar 2003 E. 2.2, m.w.H.

¹²⁸Urteil des Bundesgerichts 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 3; BGE 124 III 5E. 4; BGE 117 II 231 E. 2c; BGE 91 II 327E. 8.

¹²⁹Zurückhaltend auch BK-BUCHER (Fn. 42), N 154 zu Art. 16 ZGB, der u.a. darauf hinweist, dass Personen, die mit dem zu Beurteilenden befreundet waren, «besonders nach dessen Tod dazu neigen, Schwächen und Absonderlichkeiten zu bagatellisieren».

¹³⁰BGE 124 III 5E. 1c.

¹³¹Alarmierend ist jedenfalls der Befund, dass leichtere Stufen der Demenz in der medizinischen Praxis häufig un bemerkt bleiben (eindrücklich dazu SLATER, Can Attorneys Assess the Legal Capacity of Elderly Clients?, The Elder Law Report 7—8/07, S. 7 ff., S. 7, wonach schätzungsweise zwei Drittel der Demenzerkrankungen bei älteren Personen durch den Hausarzt nicht erkannt werden; milde Formen der Demenz bleiben gar zu 90% unerkannt). Vgl. im erbrechtlichen Kontext auch BREITSCHMID, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1—456 ZGB), 4. Aufl., Basel 2010, N 12 zu Art. 467/468 ZGB, wonach der Stellenwert der Zeugenaussagen wesentlich davon abhängt, wie gut die Zeugen den Betroffenen gekannt haben und ob sie in der Lage waren, die konkret geltend gemachten Defizite zu beurteilen.

¹³²So ausdrücklich (zur Testierfähigkeit) BGE 117 II 231E. 2b.

b) Krankengeschichte und Tests

[Rz 86] Etwas einfacher ist die Beweisführung in der Regel dann, wenn der Patient über längere Zeit und auch im Zeitraum vor der konkreten Erkrankung vom gleichen, kompetenten Arzt begleitet wurde und eine ausführliche *Krankengeschichte* vorliegt.

[Rz 87] Nicht ganz unproblematisch ist es hingegen nach hier vertretener Auffassung, wenn in der Beurteilung der Testierfähigkeit ein zu hohes Gewicht auf *medizinische Tests* gelegt wird¹³³. In der medizinischen Praxis sind schematisierte Testverfahren für die Diagnose und Klärung von Erkrankungsstufen zweifellos von grosser Bedeutung. Deren Ergebnisse müssen aber fachgerecht in die juristische Betrachtungsweise ‚übersetzt‘ werden¹³⁴. Denkbar ist beispielsweise, dass in der medizinischen Terminologie eine bloss «milde Demenz» vorliegt, diese aber konkret bedeutet, dass der Patient nur noch über die funktionalen Kapazitäten eines 8–12-jährigen Kindes verfügt¹³⁵ — ein Alter, in dem nach traditioneller Auffassung die Urteilsfähigkeit für Behandlungsentscheide zumindest zweifelhaft ist und die Eltern regelmässig für ihr Kind entscheiden. Der gleiche Test spricht von einer «moderaten Demenz», wenn die Hirnleistungen nur noch denen eines 5–7-jährigen Kindes entsprechen. Kindern dieses Alters geht die Urteilsfähigkeit für Behandlungsentscheide klarerweise ab, und es ist im Regelfall davon auszugehen, dass Gleiches auch für demente Patienten mit vergleichbaren Hirnleistungen gelten muss.

[Rz 88] Überdies muss man sich aus juristischer Perspektive immer fragen, was mit bestimmten Tests ‚abgefragt‘ wurde. Es liegt auf der Hand, dass einige der gebräuchlichen Testverfahren (Mini-Mental Test, Clock drawing usw.) nicht dazu entwickelt worden sind, um die Urteilsfähigkeit mit Bezug auf Behandlungsentscheide oder Vertragsschlüsse abzuklären¹³⁶. Wird für die *Bewertung der Urteilsfähigkeit* ein ausschliesslich kognitiver Ansatz gewählt, geht vergessen, dass sich Entscheidungsfindungsprozesse (auch bei vollständig gesunden Menschen) nicht ausschliesslich nach rationalen, messbaren kognitiven Kriterien beurteilen lassen, sondern das persönliche und familiäre Umfeld, das Beziehungsgeflecht und die emotionale Befindlichkeit des Betroffenen von erheblicher Bedeutung sein können¹³⁷. Dies dürfte gerade im Zusammenhang mit Behandlungsentscheiden besonders oft zutreffen. Medizinische Tests sagen meist aber kaum etwas darüber aus, ob der Patient noch die *Fähigkeit der Eingliederung des anstehenden Entscheids in den Kontext seiner gesamten Lebensumstände* besitzt. Es ist somit durchaus möglich, dass aufgrund medizinischer Testverfahren fälschlicherweise auf die Urteilsfähigkeit eines Patienten geschlos-

¹³³Für eine Übersicht über häufige Testverfahren siehe GARDNER/COBLE ARMSTRONG /RASHTI, *Dementia and Legal Capacity: What Lawyers Should Know When Dealing With Expert Witnesses*, NAELA Journal, Vol. VI, Number 2, Fall 2010, S. 132 ff., S. 144 f., sowie AMERICAN BAR ASSOCIATION COMMISSION ON LAW AND AGING & AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, *Assessment of older adults with diminished capacity: A handbook for lawyers*, Washington 2005 (zit. ABA/APA, S. ...), S. 59 ff.; in der Schweiz wird allerdings im Zusammenhang mit der Klärung der Urteilsfähigkeit für Behandlungsentscheide nur vereinzelt auf neuropsychologische Tests, Kognitionstests oder ausführlichere Gedächtnistests zurückgegriffen: BASS-Studie (Fn. 4), S. 73; siehe für eine weitere Übersicht über Screenig-Tools auch PETERMANN(Fn. 62), S. 63 f. und 136 ff.; zur Demenz-Diagnostik ferner MONSCH(Fn. 35), S. 11 ff.

¹³⁴Ähnlich Urteil des Bundesgerichts 5A_194/2011 vom 30. Mai 2011 E. 5.4.

¹³⁵Siehe die Stadien, die im FAST (Functional Assessment Staging Test) umschrieben werden; abgedruckt u.a. bei GARDNER/COBLE ARMSTRONG/RASHTI (Fn. 133), S. 146; dieser Test wird gelobt als «most well validated measure of the course of AD [Alzheimer Dementia].»

¹³⁶Dazu auch SLATER(Fn. 131), S. 8, die darauf hinweist, dass auch dann, wenn nur minimale Gedächtnisdefizite durch die Mini-Mental Tests erkennbar sind, bereits signifikante Beeinträchtigungen der Exekutivfunktionen (Fähigkeit zur Planung, Organisation, Entscheidungsfindung) und der emotionalen Kompetenzen vorliegen können.

¹³⁷Vgl. O'CONNOR, *Personhood and dementia: toward a relational framework for assessing decisional capacity*, The Journal of Mental Health Training, Education and Practice Volume 5, Issue 3, September 2010, S. 22 ff., S. 26.

sen wird. Denkbar ist allerdings ebenso die umgekehrte Sachlage, dass nämlich eine beeinträchtigte Leistung, etwa im motorischen Bereich, zu mangelhaften Testergebnissen führt, obschon der Betroffene durchaus noch über Urteilsfähigkeit im juristischen Sinn verfügt und damit bspw. mit Bezug auf einen Behandlungsabbruch entscheidungskompetent ist¹³⁸.

[Rz 89] Dies bedeutet freilich nicht, dass derartige Instrumente im Einzelfall nicht wichtige *Indizien* bei der Klärung der Urteilsfähigkeit des Patienten darstellen. Aus bestimmten Testergebnissen kann unter Umständen mit hinreichender Sicherheit auf eine bestimmte Erkrankung und auf das Stadium, in welchem sich der Patient befindet, geschlossen werden. Daraus wiederum lassen sich gegebenenfalls Rückschlüsse auf die generellen Einschränkungen und verbleibenden kognitiven Fähigkeiten ziehen. Wichtig bleibt jedoch die Erkenntnis, dass sich die Urteilsfähigkeit für Behandlungsentscheide nicht *alleine* an medizinischen, auf kognitive Fähigkeiten ausgerichteten Tests orientieren darf. Ebenso bedeutsam sind die *emotionalen und lebenspraktischen Fähigkeiten* des Patienten und allfällige krankheitsbedingte Persönlichkeitsveränderungen¹³⁹.

c) Gutachten

[Rz 90] Art. 16 ZGB verweist mit seiner Aufzählung objektiver Ursachen der Urteilsunfähigkeit (geistige Behinderung, psychische Störung¹⁴⁰) ausdrücklich auf medizinische Sachverhalte. In der medizinischen Praxis dürfte es in der Regel aber nicht erforderlich sein, vor dem Behandlungsentscheid ein eigentliches Gutachten zur Urteilsfähigkeit des Patienten zu erstellen. Ist der behandelnde Arzt diesbezüglich jedoch unsicher oder äussern die Angehörigen Zweifel an seiner Einschätzung, so sollten zur Absicherung gegen spätere Klagen weitere, am Behandlungsentscheid nicht unmittelbar beteiligte Ärzte beigezogen werden und es drängt sich ein entsprechender Vermerk in der Krankengeschichte auf. Kommt es im Einzelfall nachträglich zum Streit, bspw. weil die Gültigkeit eines Vertragsschlusses und damit der Honorarforderung unklar ist oder weil ein Patient den Arzt wegen Körperverletzung anzeigt, so erweist sich die *Einholung eines medizinischen Gutachtens* meist als unabdingbar¹⁴¹.

[Rz 91] Behörden und Gerichte dürfen sich indessen der *wertenden Beurteilung* einer konkreten Sachlage nicht unter Hinweis auf ärztliche Meinungsäusserungen entziehen. Die rechtliche Bewertung des medizinischen Sachverhalts kann nicht an den Gutachter delegiert werden¹⁴².

d) Unvernünftigkeit von Anordnungen

[Rz 92] An sich ist einzig entscheidend, ob der Patient vernünftig handeln *kann*. Ob er dagegen im Einzelfall ‚*unvernünftig*‘ handelt, darf nicht massgeblich sein¹⁴³. Der hoch betagte Patient, der einen medizinischen Routineeingriff verweigert, der ihm das Leben retten würde, ist nicht unbedingt urteilsunfähig, vielleicht hat er auch einfach mit seinem Leben abgeschlossen und zieht

¹³⁸ ABA/APA (Fn. 133), S. 21 f.; siehe zu differenzierteren Testen auch MICHEL, Partizipationsrechte (Fn. 71), S. 257 ff.

¹³⁹ Vgl. ABA/APA (Fn. 133), S. 61, mit Beispielen für «Tests for Emotional and Personality Functioning».

¹⁴⁰ Dazu vorne, Rz. 43 ff.

¹⁴¹ Ähnlich STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 108), Rz. 104; zum Ganzen auch JOSSEN (Fn. 57), S. 82 ff.

¹⁴² Zumal der Begriff der Urteilsfähigkeit für den Juristen nicht derselbe ist wie für den Arzt, siehe CHK-BREITSCHMID (Fn. 80), N 6 zu Art. 16 ZGB.

¹⁴³ Anstatt vieler: STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 108), Rz. 89e.

den Tod einer längeren Leidensphase vor. Das ist zu respektieren, auch wenn es dem behandelnden Arzt schwer fallen mag¹⁴⁴. Dennoch erlaubt der Inhalt eines Behandlungsentscheids unter Umständen Rückschlüsse auf den Geisteszustand des Betroffenen. Das Kriterium der objektiven Unvernünftigkeit oder Ungewöhnlichkeit des Behandlungsentscheids oder das Fehlen nachvollziehbarer Motive können aber lediglich als *Indiz für eine fehlende Urteilsfähigkeit* dienen¹⁴⁵.

[Rz 93] Umgekehrt ist festzuhalten, dass die blossе Vernünftigkeit von Anordnungen oder deren Wünschbarkeit mit Blick auf das tatsächliche und soziale Umfeld des Patienten eine durch geeignete Beweismittel nachgewiesene *Urteilsunfähigkeit* nicht wettzumachen vermag. Insofern ist bei in der Vergangenheit liegenden Entscheidungen, insbesondere bei Vorsorgeaufträgen und Patientenverfügungen, auch die Frage nach der *Kausalität* allfälliger Einschränkungen des Denk- oder Erinnerungsvermögens im Hinblick auf die zu beurteilende Verfügung *nicht* relevant: Es geht nicht darum, ob der Betroffene, wenn er urteilsfähig gewesen wäre, eine analoge Verfügung errichtet hätte, sondern darum, ob er im Errichtungszeitpunkt tatsächlich über die nötige Urteilsfähigkeit verfügt hat. Davon zu unterscheiden ist allerdings die Frage, inwiefern dem mutmasslichen Willen eines urteilsunfähigen Patienten im Einzelfall Rechnung zu tragen ist. Darauf ist zurückzukommen (Rz. 117 f.).

[Rz 94] Im erbrechtlichen Kontext gelten so genannte «Kurswechselfeststellungen», d.h. die mehrfache wesentliche Neuordnung der Nachlassplanung, als besonders problematisch. Im Arztrecht sind analoge Bedenken nicht unbedingt angebracht. Der aktuelle Wille des Patienten ist auch dann ausschlaggebend, wenn sich der Betroffene früher anders zu Behandlungsoptionen geäußert hat. Stimmt ein Patient, der an einer fortschreitenden Krankheit leidet, zunächst einer aggressiven Therapie zu, so kann er auf diesen Entscheid jederzeit zurückkommen und einen Behandlungsabbruch oder eine blossе Palliativbehandlung verlangen. Umgekehrt ist denkbar, dass ein Patient entgegen einer früheren Einschätzung sein Leben trotz erheblicher krankheitsbedingter Einschränkungen noch als lebenswert empfindet und daher weiter behandelt werden möchte¹⁴⁶. Hellhörig sollte der behandelnde Arzt allerdings dann werden, wenn die gewünschte Änderung des Behandlungsplans auf massgeblichen Einfluss Dritter zurückzugehen scheint, der Patient bspw. nach dem Besuch des geistlichen Oberhauptes einer Sekte ohne nachvollziehbare Motive auf einen zuvor sorgfältig abgewogenen Behandlungsentscheid zurückkommt.

[Rz 95] Umgekehrt kann eine *auffällige Starrheit* in der Einschätzung bzw. Willensäußerung ebenfalls auf eine eingeschränkte oder fehlende Urteilsfähigkeit hindeuten¹⁴⁷.

[Rz 96] Zusammenfassend lässt sich festhalten: Fehlt es an der *Persönlichkeits- und Situationskonformität* eines Entscheids, darf diesem Umstand im Rahmen einer Gesamtbeurteilung angemessenen Rechnung getragen werden.

¹⁴⁴ Zur Tendenz, im Zweifel zugunsten von Therapien zu entscheiden, siehe die BASS-Studie (Fn. 4), S. 44 ff.

¹⁴⁵ BGE 124 III 5E. 4c/cc: «Unter bestimmten Umständen darf auch die Vernünftigkeit der in Frage stehenden Handlung bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit berücksichtigt werden»; ferner BGE 117 II 231E. 2a: «[Une] disposition absurde peut tout au plus être tenue pour l'indice d'un défaut de discernement [...]».

¹⁴⁶ Illustrativ die Forschungsergebnisse von BIRBAUMER mit Locked-in-Probanden; *Psychologie heute* 2014, S. 64 f.

¹⁴⁷ BASS-Studie (Fn. 4), S. 73.

e) Erwachsenenenschutzrechtliche Massnahmen

[Rz 97] Das Vorliegen erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen genügt nicht per se als hinreichender Beweis einer behaupteten Urteilsunfähigkeit. Solche Massnahmen bewirken, für sich genommen, nicht einmal eine Umkehrung der Beweislast¹⁴⁸. Die Tatsache, dass der Patient vor den Folgen eines unbedachten Handelns mit erwachsenenschutzrechtlichen Vorkehrungen geschützt werden muss, sowie insbesondere allfällige Berichte und Gutachten, die im erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren erstellt wurden, können aber unter Umständen als *Indizien* für eine beeinträchtigte Urteilsfähigkeit von Bedeutung sein¹⁴⁹. Dies dürfte unter dem heutigen, flexibleren System der Beistandschaften¹⁵⁰ noch mehr zutreffen als nach dem früheren Vormundschaftsrecht: Damit die Beistandschaft auf die tatsächlichen Beeinträchtigungen und das aktuelle Schutzbedürfnis des Betroffenen ‚massgeschneidert‘ werden kann, wird es im Regelfall relativ umfangreicher Abklärungen bedürfen. Die Anordnung einer *umfassenden Beistandschaft* oder die gezielte Einsetzung eines Beistandes, der den Patienten mit Bezug auf medizinische Massnahmen vertreten soll, ist überdies regelmässig ein deutlicher Hinweis für die fehlende Urteilsfähigkeit des Betroffenen, der durch den behandelnden Arzt nicht leichthin übergangen werden sollte.

[Rz 98] Umgekehrt lässt sich aus dem *Fehlen erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen* nicht auf die Urteilsfähigkeit des Patienten schliessen. Die Vorkehrungen des Erwachsenenenschutzrechts sind subsidiärer Natur (so ausdrücklich Art. 389 ZGB) und gelangen erst dann zur Anwendung, wenn weder die Unterstützung durch die Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste ausreicht oder wenn weder ein gültiger Vorsorgeauftrag bzw. eine Patientenverfügung noch die Massnahmen von Gesetzes wegen (Art. 374 ff. ZGB) ausreichenden Schutz bieten.

[Rz 99] Wird im Rahmen eines Anfechtungsprozesses eine Urkundsperson in einem späteren Prozess als Zeuge befragt, trägt das Bundesgericht im Übrigen richtigerweise dem Umstand Rechnung, dass der Notar nur ungern zugeben wird, das Testament eines Erblassers mit reduzierter Urteilsfähigkeit ohne weitere Vorkehrungen beurkundet zu haben¹⁵¹. Analoges muss mit Bezug auf den Arzt gelten, der sich bezüglich Behandlungsvertrag und/oder Einwilligung zu einem bestimmten Eingriff auf die Urteilsfähigkeit des Patienten verlassen hat und nun ein konkretes Interesse daran hat, dass diese Einschätzung gerichtlicher Überprüfung standhält.

V. Exkurs: Zum Umgang mit Patienten mit zweifelhafter Urteilsfähigkeit

[Rz 100] Ist die Urteilsfähigkeit des Patienten zweifelhaft, gilt es zunächst einmal, möglichst *optimale Rahmenbedingungen* für den Behandlungsentscheid zu schaffen. Obschon zur Beurteilung

¹⁴⁸Vgl. BGE 56 II 159E. 2 betr. eine Erblasserin, die kurz vor Erreichen des Mündigkeitsalters wegen «Blödsinns» unter Kuratel bzw. unter Vormundschaft (entspricht der heutigen umfassenden Beistandschaft) gestellt worden war und Jahrzehnte später ein Testament errichtet hatte.

¹⁴⁹BGE 56 II 159E. 2.

¹⁵⁰Art. 393 ff. ZGB.

¹⁵¹Deutlich Urteil des Bundesgerichts 5C.282/2006 vom 4. April 2007 E. 3.3.1: «[Le] notaire, à qui il incombait de se faire une idée exacte de la capacité de discernement du disposant au moment de l'instrumentation et de la signature de l'acte, ne pouvait a posteriori que difficilement admettre que son client avait eu, au moment des faits, des absences, des oublis et, de façon générale, lui avait donné le sentiment qu'il était diminué dans ses facultés intellectuelles.» Kritisch dazu LENZ, Verfügungsfähigkeit trotz grundsätzlicher Urteilsunfähigkeit?, *successio* 2011, S. 138 ff., S. 140.

der Gültigkeit einer Willensäußerung letztlich ein ‚Alles-oder-Nichts-Entscheid‘ über die Urteilsfähigkeit des Patienten zu treffen ist, bedeutet dies nicht, dass diese unabhängig von den Begleitumständen bejaht oder verneint werden kann. Es gibt zahlreiche Möglichkeiten, einem geschwächten, betagten oder von milden Einschränkungen der geistigen Fähigkeiten betroffenen Patienten die gültige *Entscheidfindung zu erleichtern*¹⁵² und damit die vorhandenen Beeinträchtigungen unter Umständen wirksam aufzufangen. So kann es allenfalls schon genügen, die optimale Tageszeit für Aufklärung und Behandlungsentscheid einzuplanen¹⁵³. Dem Patienten ist sodann *genügend Zeit* für seine Meinungsbildung einzuräumen¹⁵⁴.

[Rz 101] Im Gespräch mit einem geschwächten Patienten ist es wichtig, die *wesentlichen Gesichtspunkte* mehrfach zu wiederholen, zusammenzufassen und zu paraphrasieren. Da ein Patient möglicherweise dazu neigt, seine eigene Schwäche und sein Unverständnis zu überspielen, sollte er dazu aufgefordert werden, das Gesagte *in eigenen Worten* zu wiederholen und deren lebenspraktischen Auswirkungen zu umschreiben, damit der Arzt sich vergewissern kann, dass Diagnose, Behandlungsmöglichkeiten und -alternativen sowie deren Vor- und Nachteile wenigstens in groben Zügen verstanden wurden¹⁵⁵.

[Rz 102] Die kognitiven Kompetenzen einer Person können sodann je nach *Umfeld* stark variieren. Es ist daher durchaus denkbar, dass eine unter leichter Demenz leidende Person in ihr nicht vertrauten Umfeld einer Arztpraxis oder eines Spitals deutlich stärkere Symptome einer kognitiven Beeinträchtigung zeigt als im familiären Kontext und in bekannter Umgebung. Insofern könnten — sofern die konkrete Sachlage dies zulässt — Hausbesuche des behandelnden Arztes bzw. des Hausarztes dazu beitragen, die noch verbliebene Selbstbestimmungsfähigkeit des Patienten optimal auszuschöpfen.

[Rz 103] Hilfreich kann es ferner sein, *Bezugspersonen* zu befragen (gab es grössere Veränderungen im Verhalten des Patienten, stimmen dessen Aussagen zu den tatsächlich gelebten Sozialkontakten und zur Familienkonstellation usw.). Dies ist aber wegen der Vertraulichkeit der Patientendaten nur mit Einverständnis des Patienten zulässig und ist naturgemäss dann besonders heikel, wenn die zu befragenden Personen ihrerseits ein (z.B. erbrechtliches) Interesse hinsichtlich eines Behandlungsentscheids bzw. Behandlungsabbruchs haben.

[Rz 104] Zu bedenken ist schliesslich, dass eine fürsorgliche Fremdbestimmung zufolge Annahme einer Urteilsunfähigkeit vom Betroffenen als Übergriff und Verletzung seiner Persönlichkeit empfunden werden kann¹⁵⁶. Weil schon nur der Vorschlag, sich mit dem Hausarzt oder mit Fa-

¹⁵²S. dazu auch die BASS-Studie (Fn. 4), S. 73; hilfreich sind ferner die Techniken, die in ABA/APA (Fn. 133), S. 27 ff., dargestellt werden, um Einschränkungen beim Hör- und Sehvermögen, eine verlangsamte Denkfähigkeit usw. aufzufangen. Unter anderem wird auf die Bedeutung der Klärung wichtiger Wertvorstellungen und Ziele des Klienten, eines störungsfreien Umfeldes, langsamen, deutlichen Sprechens, des Paraphrasierens, schriftlicher Zusammenfassungen, mehrerer kürzerer Termine anstelle einer einzigen, langen Besprechung usw. hingewiesen. Vgl. ferner HUBER/RÜEGGER, Gerontologische, pflegerische und ethische Aspekte bei der Umsetzung des Erwachsenenschutzrechtes, in: Pflegerecht 2013, S. 2 ff., S. 5.

¹⁵³Beispielsweise mit Rücksicht auf allfällige Medikamente und deren Nebenwirkungen oder auf tageszeitbedingte Schwankungen der Form des geistig geschwächten Klienten. In der Regel scheint der Vormittag für viele geistig geschwächte Personen günstiger zu sein als der Nachmittag oder gar Abend.

¹⁵⁴Zur Problematik einer zu kurzen Überlegungsfrist u.a. Urteil des Bundesgerichts 4P.265/2002 vom 28. April 2003.

¹⁵⁵Vgl. ABA/APA (Fn. 133), S. 29: «The importance of repeated testing for comprehension has been documented in research of informed consent procedures showing that comprehension is sometimes incomplete even when individuals state that they understand. This inconsistency is more pronounced among older adults, particularly those with low vocabulary and education levels.»

¹⁵⁶S. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER Urteilsfähigkeit (Fn. 72), S. 250.

milienmitgliedern über die Urteilsfähigkeit zu unterhalten, das *Vertrauensverhältnis* des Patienten zum aktuell behandelnden Arzt beschädigen kann, gilt es, behutsam vorzugehen und sorgfältig abzuwägen. Bestehen Zweifel an der Urteilsfähigkeit, darf indessen die Furcht, unter Umständen ein lukratives Behandlungsmandat zu verlieren, niemals Grund sein, den Zweifeln nicht nachzugehen.

VI. Urteilsfähigkeit und ‚Entscheiddelegation‘

[Rz 105] In gewisser Hinsicht mit dem Problem der Relativität der Urteilsfähigkeit¹⁵⁷ verbunden ist die Frage nach der Zulässigkeit einer Entscheiddelegation. Nicht selten wird der Patient den Wunsch äussern, dass der Arzt an seiner Stelle über das weitere medizinische Vorgehen entscheidet. Dies wird besonders oft dann zutreffen, wenn sich der Patient subjektiv mit dem Behandlungsentscheid überfordert, fühlt und sich daher selber als nicht urteils- oder entscheidungsfähig einstuft. Es stellt sich die Frage, ob ein solches *Abtreten der Selbstbestimmung* rechtlich zulässig ist.

[Rz 106] Die Delegation des Behandlungsentscheides an eine Vertrauensperson weckt auf den ersten Blick Bedenken angesichts der Höchstpersönlichkeit der solchen Einwilligung in einen Eingriff. Indessen darf die rechtliche Betrachtung nicht bei der abstrakten Beurteilung der Delegation stehenbleiben, sondern bedarf der Anknüpfung an konkrete Lebenssachverhalte der medizinischen Praxis. Vielen Patienten ist das *Vertrauen* zu ‚ihrem‘ Arzt *wichtiger als die Wahrung der alleinigen Entscheidungshoheit*¹⁵⁸. Die Grenze zwischen der (zweifellos zulässigen) bloss beratenden Inanspruchnahme des Arztes («Wie würden Sie in meiner Situation entscheiden?») hin zur Entscheiddelegation («Herr Doktor, bitte entscheiden Sie für mich!») ist oft fließend. Zudem entspricht die Vorstellung einer völlig neutralen Aufklärung durch den Arzt, welche einen uneinflussten Behandlungsentscheid des selbstbestimmten Patienten ermöglicht, kaum der Realität. Meist macht der Arzt, basierend auf einer medizinischen Analyse der Situation, dem Patienten einen konkreten Vorschlag für das weitere diagnostische bzw. therapeutische Vorgehen, und dieser Vorschlag wird oft ohne weitere Rückfragen akzeptiert. Eine kürzlich publizierte Studie, die auf Behandlungsentscheide am Lebensende fokussiert, zeigt den erheblichen Einfluss der Ärzteschaft auf, wobei diese Einflussnahme teilweise auch bewusst und aktiv erfolgt¹⁵⁹. Vor diesem Hintergrund ist entsprechend zu *differenzieren*:

- Verfügt der Patient zum massgeblichen Zeitpunkt über alle nötigen Teilfähigkeiten, um selber einen aufgeklärten Behandlungsentscheid zu treffen, ist die faktische Entscheidungsfindung durch den behandelnden Arzt regelmässig abzulehnen. Erlaubt ist in dieser Sachlage nur — aber immerhin — eine Beratung durch den Arzt, soweit der Patient dessen konkreten Ratsschlag im Anschluss an das Aufklärungsgespräch wünscht. Man könnte insofern von einem

¹⁵⁷ Dazu im Einzelnen vorne, Rz. 54 ff.

¹⁵⁸ Exemplarisch für die zahlreichen dazu erschienenen Studien: GHELLI / GERBER, Wiederbelebung — ja oder nein: Was sagt der Patient dazu, SÄZ 2008, 1667 ff.; DEBERET AL., Do people want to be autonomous patients? Preferred roles in treatment decision-making in several patient populations, Health Expectations 10, Blackwell Publishing Ltd 2007, S. 248 ff.; s. ferner u.a. FOSTER, Choosing Life, Choosing Death, The Tyranny of Autonomy in Medical Ethics and Law, Oxford 2009.

¹⁵⁹ BASS-Studie (Fn. 4), S. 23 ff.; dass eine solche Einflussnahme im Einzelfall wegen des vorhandenen Machtgefälles und divergierender Vorstellungen darüber, was lebenswertes Leben ist, problematisch sein kann, liegt auf der Hand, soll aber im vorliegenden Kontext nicht näher diskutiert werden.

«supportive approach»¹⁶⁰ sprechen, der dem Patienten die Entscheidungsfindung nicht abnimmt, aber erleichtert.

- Für den physisch und psychisch geschwächten und in seiner Urteilsfähigkeit beeinträchtigten Patienten kann demgegenüber eine aktivere Rolle seines Vertrauensarztes eine echte und auch durch die Rechtsordnung grundsätzlich zu respektierende *Entlastung* darstellen. So lange der Patient, im Anschluss an die Beratung durch den Arzt, dem vorgeschlagenen, hinreichend konkret beschriebenen Vorgehen selber zustimmt, liegt, genau genommen, noch keine Delegation des Entscheids vor. Denn die Einwilligung erfolgt zumindest konkludent doch noch durch den Patienten, der den ‚Entscheid‘ des Arztes (dankbar) akzeptiert und gegebenenfalls entsprechende Einwilligungsformulare unterzeichnet. Insofern erfolgt in dieser Sachlage in gewisser Weise eine *wenigstens minimale Überwachung des Arztes* durch den Patienten. Es fragt sich indessen, wie weit auf Einzelheiten der Aufklärung verzichtet werden kann. Der Verzicht auf einlässliche Darstellung aller mit dem Eingriff verbundenen Risiken und möglicher Behandlungsalternativen muss zulässig sein, wenn der Patient seinem Arzt diesbezüglich bewusst Vertrauen schenken will. Unzulässig wäre hingegen ein vollständiger Aufklärungsverzicht¹⁶¹.
- Ist eine *Zustimmung* des (urteilsunfähigen) Patienten zum weiteren medizinischen Vorgehen überhaupt *nicht mehr möglich* und will er aus diesem Grund den Entscheid vollständig dem Arzt übergeben, so muss eine solche Delegation als unzulässig betrachtet werden. In diesen Sachlagen bedarf es (ausser bei Dringlichkeit) von Gesetzes wegen eines eigentlichen Vertreterentscheides, der eigenen Regeln folgt¹⁶².

[Rz 107] Obschon ein Patient in gewissen Sachlagen der aktiven ärztlichen Unterstützung in seiner Entscheidungsfindung bedarf, sollte sich der Arzt mit seiner Meinung niemals aufdrängen. Andernfalls besteht das Risiko, dass der Patient nachträglich eine *unzulässige Einflussnahme* auf die Willensbildung und damit eine letztlich ungültige Einwilligung zur Behandlung geltend macht. Es ist daher dem Patienten zu überlassen, ob er sich die persönliche Meinung gerade des behandelnden Arztes anhören, ob er möglichst autonom entscheiden oder ob er bspw. bei einem anderen Arzt oder einer Vertrauensperson Ratschläge einholen will. Gleichermassen muss ein teilweiser Aufklärungsverzicht vom Patienten ausgehen: Es geht in diesem Zusammenhang um den Schutz und die Selbstbestimmung des Patienten und nicht darum, dass der Arzt sich seiner Pflichten mit der autoritären Bemerkung entledigen darf, er wisse am besten, was zu tun sei. Gerade der geschwächte oder verunsicherte Patient bedarf allenfalls der gezielten Einladung dazu, der Behandlung aktiv zuzustimmen und bei allfälligen Unklarheiten nachzufragen.

[Rz 108] Lässt man — in den beschriebenen Grenzen (Rz. 108) — eine materielle Entscheidungsdelegation an den behandelnden Arzt zu, ist weiter zu fragen, ob eine solche Delegation auch an *andere Vertrauenspersonen* erfolgen darf. Nach hier vertretener Auffassung ist die Frage wiederum jedenfalls für Sachlagen zu bejahen, in denen sich der Patient für den Behandlungsentscheid selber überfordert fühlt oder ihm die diesbezügliche Urteilsfähigkeit sogar klar abgeht, er aber durchaus noch in der Lage ist einzuschätzen, welche Vertrauensperson(en) ihm den Entscheid im Einklang mit seinen eigenen Wertvorstellungen und Prioritäten abnehmen könnten. Das Erwach-

¹⁶⁰ MACLEAN (Fn 46), S. 81 f.

¹⁶¹ DAZU u.a. AEBI-MÜLLER, Selbstbestimmung (Fn. 25), S. 152.

¹⁶² Siehe sogleich, Rz. 109 ff.

senenschutzrecht lässt es zu, dass der Patient einen Vertreter für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit bestimmt (Art. 360 Abs. 1 und Art. 370 Abs. 2 ZGB)¹⁶³. Aufgrund der Relativität der Urteilsfähigkeit ist durchaus denkbar, dass ein Patient noch in der Lage ist, einen Vertreter für medizinische Belange zu benennen, obschon es ihm an der Urteilsfähigkeit für den Behandlungsentscheid als solchen fehlt¹⁶⁴.

VII. Vertretung des urteilsunfähigen Patienten

1. Übersicht

[Rz 109] Aus Art. 378 ZGB ergibt sich indirekt, dass der behandelnde Arzt — anders als vor Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts — grundsätzlich nicht selber über die Behandlung des urteilsunfähigen Patienten entscheidet. Vielmehr sind die durch das Gesetz bezeichneten Personen zu dessen Vertretung berufen¹⁶⁵. Mit anderen Worten ist — ausser bei Dringlichkeit (dazu Rz. 137) — immer ein *Vertreterhandeln* erforderlich, und zwar sowohl für die Einwilligung in die Behandlung wie auch für den Vertragsschluss. Ausgenommen ist — mit Bezug auf die Einwilligung — der in der Praxis seltene Fall, dass eine gültige Patientenverfügung hinreichend konkrete Vorgaben für den konkreten Behandlungsentscheid enthält.

[Rz 110] In Art. 377 ff. ZGB regelt der Gesetzgeber das konkrete Vorgehen für den Fall der *Urteilsunfähigkeit des erwachsenen Patienten*, die Person des Vertreters, den Inhalt des Vertreterentscheids, die Befugnisse des Arztes in dringlichen Fällen sowie die Befugnisse der Erwachsenenschutzbehörde. Ist der urteilsunfähige Patient minderjährig, so gelangen nicht die eben erwähnten Bestimmungen zur Anwendung, vielmehr wird das Kind durch den Inhaber der elterlichen Sorge vertreten¹⁶⁶. Besonderheiten, die vorliegend nicht vertieft werden, gelten sodann auch für die Behandlung einer urteilsunfähigen, an einer psychischen Störung leidenden erwachsenen Person in einer psychiatrischen Klinik.

[Rz 111] Ausnahmsweise kann die Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff nicht vertretungsweise erfolgen. Dies trifft dann zu, wenn aufgrund einer wertenden Betrachtungsweise von einem absolut höchstpersönlichen Recht ausgegangen wird¹⁶⁷. In der Literatur wird exemplarisch der irreversible geschlechtszuweisende Eingriff bei urteilsunfähigen Intersexkindern genannt¹⁶⁸.

2. Vorgehen bei Urteilsunfähigkeit des Patienten

[Rz 112] Die Behandlung einer urteilsunfähigen Person ist unter Beizug des nach Art. 378 ZGB zuständigen Vertreters zu planen (Art. 377 ZGB). Der *Behandlungsplan* bedarf keiner besonderen

¹⁶³ Siehe dazu auch hinten, Rz. 153 ff.

¹⁶⁴ Vgl. BGE 140 III 49E. 4.3.3.

¹⁶⁵ Siehe auch GUILLOD/HERTIG PEA, in: FamKomm, Erwachsenenschutz, Bern 2013, N 1 zu Art. 378 ZGB.

¹⁶⁶ STEINAUER/FOUNTOLAKIS (Fn. 108), Rz. 991.

¹⁶⁷ Selbstredend verbietet sich ein Vertreterhandeln auch dann, wenn der geplante Eingriff medizinisch kontraindiziert ist.

¹⁶⁸ VAERINI, La représentation dans le domaine médical à la lumière des nouvelles dispositions de protection de l'adulte et de l'enfant, in: Jusletter 8. September 2014, Rz. 18 ff.

Form¹⁶⁹ und kann auch darin bestehen, dass im Patientendossier in groben Zügen festgehalten wird, was der Arzt zu tun gedenkt¹⁷⁰.

[Rz 113] Die vertretungsberechtigte Person ist über die Diagnose und Behandlung sowie Behandlungsalternativen umfassend *aufzuklären* (vgl. Art. 377 Abs. 2 ZGB), damit sie an Stelle des Betroffenen ihren «informed consent» zur geplanten Behandlung erteilen oder aber diesen in Kenntnis aller relevanten Umstände verweigern kann.

[Rz 114] Der Behandlungsplan ist regelmässig an veränderte Umstände *anzupassen* und zu aktualisieren. Je nach Bedeutung der Anpassung ist wiederum die Einwilligung des Vertreters einzuholen. Eine «Blankoermächtigung» an die Adresse des Arztes ist im Kontext von Vertreterentscheidungen ebenso unzulässig wie beim Behandlungsentscheid des urteilsfähigen Patienten (Art. 27 Abs. 2 ZGB)¹⁷¹. Nicht geklärt wurde durch den Gesetzgeber die Frage, ob der Vertreter seinerseits schriftliche Anordnungen für den Fall treffen darf, dass er in einer Akutsituation nicht erreichbar ist. Derartige Vertreterverfügungen erfreuen sich in der Praxis, beispielsweise in Institutionen für geistig behinderte Menschen, einer gewissen Beliebtheit. Als Anhaltspunkt für den mutmasslichen Patientenwillen können sie im Einzelfall durchaus hilfreich sein.

3. Einbezug der urteilsunfähigen Person (Partizipationsrecht)

a) Allgemeines

[Rz 115] Die urteilsunfähige Person soll gemäss Art. 377 Abs. 3 ZGB «soweit möglich» in die Entscheidungsfindung einbezogen werden. In der Lehre ist insofern auch von einem *Partizipationsrecht* des Betroffenen die Rede¹⁷². Der urteilsunfähige Patient kann zwar letztlich nicht das entscheidende Wort haben, er muss zufolge seiner Schwäche vor der endgültigen Verantwortung gerade geschützt werden. Die Alles-oder-nichts-Konzeption des Handlungsfähigkeitsrechts bedeutet aber nicht, dass nun gewissermassen über seinen Kopf hinweg entschieden werden darf. Denn erstens ist für den Inhalt des Vertreterentscheids der mutmassliche Wille des Patienten massgeblich, sofern bloss kasuelle Urteilsunfähigkeit vorliegt (siehe Rz. 127 ff.). Und zweitens verlangt das Gesetz in Art. 377 Abs. 3 ZGB ausdrücklich, dass der *Betroffene in die aktuelle Entscheidungsfindung einzubeziehen* ist. Dies entspricht im Übrigen Art. 6 Ziff. 3 Abs. 2 der Biomedizinkonvention.

[Rz 116] Der Einbezug des urteilsunfähigen Betroffenen kann letztlich nicht dessen Selbstbestimmungsrecht verwirklichen, denn von einem eigentlichen Recht auf Selbstbestimmung kann bei Urteilsunfähigkeit nicht gesprochen werden. Vielmehr geht es in einem weiteren Sinne um einen *Schutz der Persönlichkeit* des Betroffenen. Denn verletzend ist nicht nur ein konkreter medizinischer Eingriff, sondern auch — im Rahmen der psychischen Persönlichkeit — das Gefühl des Betroffenen, übergangen und in seiner Meinungsäusserung nicht ernst genommen zu wer-

¹⁶⁹ Mit Recht weist allerdings FANKHAUSER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1—456 ZGB, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. CHK-FANKHAUSER, N ... zu Art. ... ZGB), N 1 zu Art. 377 ZGB, darauf hin, dass sich aus Beweisgründen Schriftlichkeit aufdrängt.

¹⁷⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, Rz. 20.78.

¹⁷¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER(Fn. 170), Rz. 20.78; siehe zur Entscheidelegation auch vorne, Rz. 105 ff.

¹⁷² Eingehend SPRECHER(Fn. 27), S. 281 ff.

den¹⁷³. Über diesen Schutz der Persönlichkeit hinaus dient das Partizipationsrecht als Hilfe bei der *Ermittlung des mutmasslichen Willens* (Rz. 134 ff.) und bei einem minderjährigen Patienten ferner dazu, dessen noch unausgereifte Persönlichkeit zu stärken und ihn in die Selbständigkeit zu leiten¹⁷⁴.

[Rz 117] Nicht zu überzeugen vermag hingegen die in der Literatur gelegentlich anzutreffende Ansicht, dem urteilsunfähigen, aber äusserungsfähigen Betroffenen stehe neben dem Partizipationsrecht generell ein eigentliches «*Vetorecht*» zu¹⁷⁵. Würde man dies bejahen, könnte sich der Patient der geplanten Behandlung widersetzen, obschon diese seinem mutmasslichen Willen (also dem, was er im Zustand der Urteilsfähigkeit selber entscheiden würde) entspricht. Damit würde ein wesentlicher Teil des Schutzzwecks der Handlungsfähigkeitsregeln wegbrechen. Wenn dem Patienten die Urteilsfähigkeit für den Behandlungsentscheid abgeht, dann darf ihm die Verantwortung für diesen Entscheid nicht mit einem Vetorecht wieder überbürdet werden. Davon zu unterscheiden ist allerdings die systematisch ganz anders einzuordnende Frage, wie weit die Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit des Patienten reicht. Da die *Urteilsfähigkeit relativ* ist¹⁷⁶, ist (ausnahmsweise) denkbar, dass der Patient die Diagnose versteht und aus grundsätzlichen Überlegungen keine Behandlung will, sondern der Krankheit gewissermassen «ihren Lauf lassen» möchte. Ist der Patient insofern urteilsfähig, spielt es keine Rolle, wenn seine eingeschränkten kognitiven Fähigkeiten ein genaues Verständnis der aus medizinischer Sicht möglichen und objektiv allenfalls gar empfehlenswerten Behandlungswege und deren Chancen, Risiken und Nebenwirkungen nicht mehr zulassen.

b) Insbesondere zum Partizipationsrecht des Minderjährigen

[Rz 118] Von besonderer Bedeutung ist das Partizipationsrecht des urteilsunfähigen Patienten im Zusammenhang mit *urteilsunfähigen Minderjährigen*¹⁷⁷. Dies hängt zum einen damit zusammen, dass bei Minderjährigen stets ein gesetzlicher Vertreter — in der Regel die Eltern — vorhanden ist. Es liegt daher aus Sicht des behandelnden Arztes oft nahe, sich beim gesetzlichen Vertreter abzusichern und sich die Mühe zu ersparen, den minderjährigen Patienten in den Behandlungsentscheid angemessen einzubeziehen. Zum anderen dürften die Eltern gelegentlich dazu neigen, dem Kind den Entscheid abnehmen zu wollen, insbesondere dann, wenn sie selber klare Vorstellungen zur Behandlung haben. Das Kind seinerseits ist allenfalls aufgrund der ungewohnten Umgebung, fremden Personen, Ängsten und Schmerzen nicht in der Lage, selber den Wunsch nach vertieftem Einbezug in den Behandlungsentscheid zu äussern. Aus diesen Gründen braucht es — verglichen mit dem Einbezug des urteilsunfähigen Erwachsenen — von allen Beteiligten ein besonderes Bewusstsein für die Notwendigkeit eines partizipativen Umgangs mit dem jun-

¹⁷³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit (Fn. 72), S. 250 f.

¹⁷⁴ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit (Fn. 72), S. 245.

¹⁷⁵ Ein Vetorecht ist allerdings insbesondere bei primär oder vollständig fremdnützigen medizinischen Entscheidungen (Lebendtransplantation, klinische Versuche usw.) aufgrund der einschlägigen Gesetzgebung zu bejahen, siehe etwa Art. 22 Abs. 3 lit. b HFG.

¹⁷⁶ Dazu vorne, Rz. 54 ff.

¹⁷⁷ Art. 6 Ziff. 2 Abs. 2 der Biomedizinkonvention widmet daher dem Minderjährigen eine besondere Bestimmung: «Der Meinung der minderjährigen Person kommt mit zunehmendem Alter und zunehmender Reife immer mehr entscheidendes Gewicht zu.» Ausführlich zum Mitspracherecht des Kindes MICHEL, Der Fall Ashley oder von Grenzen und Massstäben elterlicher Entscheidungskompetenz, in: Dörr/Michel (Hrsg.), Biomedizinrecht. Herausforderungen — Entwicklungen — Perspektiven, Zürich/St. Gallen 2007, S. 141 ff. (zit. MICHEL, Grenzen), S. 154 f.

gen Patienten.

[Rz 119] *Ziel der Partizipation* kann allerdings nicht sein, dem urteilsunfähigen Kind die Entscheidungsverantwortung zu überbürden. Das würde mit den Grundsätzen des Handlungsfähigkeitsrechts in offensichtlichem Widerspruch stehen. Vielmehr will die Partizipationsidee dem betroffenen Kind «eine Stimme geben»¹⁷⁸. Davon erhofft man sich erhöhte Akzeptanz der Entscheidung¹⁷⁹, die für das Kind oder den Jugendlichen unter Umständen weitreichende Konsequenzen haben kann. Zudem ist daran zu erinnern, dass die elterliche Sorge, aus welcher das Vertretungsrecht fliesst, zum Ziel hat, das Kind in die Selbständigkeit zu führen. Auch insofern unterscheidet sich der Vertreterentscheid beim Kind vom Behandlungsentscheid an Stelle eines urteilsunfähigen Erwachsenen. Durch den seinem Alter angemessenen Einbezug in Behandlungsentscheidungen wird das Kind an Reife und Erfahrung gewinnen, sodass es später eher in der Lage sein wird, derartige Entscheidungen selbständig in eigener Verantwortung zu treffen.

4. Vertretungskaskade nach Art. 378 ZGB¹⁸⁰

a) Die zur Vertretung berufenen Personen

[Rz 120] Der schweizerische Gesetzgeber hat darauf verzichtet, bei Urteilsunfähigkeit eines Patienten zwingend eine behördliche Intervention vorzusehen. Vielmehr werden in Art. 378 Abs. 1 ZGB im Sinne einer Kaskade diejenigen Personen benannt, die zur Vertretung des Betroffenen befugt sind¹⁸¹:

- In erster Linie ist die in einer *Patientenverfügung* oder in einem *Vorsorgeauftrag* bezeichnete Person zur Vertretung befugt (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Die Ausübung der eigenen Vorsorge und der Selbstbestimmung gehen vor und schliessen alle weiteren Personen von der Vertretungsmacht aus.
- In zweiter Linie ist der von der Erwachsenenschutzbehörde zu diesem Zweck ernannte *Beistand* vertretungsberechtigt (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Errichtet die Erwachsenenschutzbehörde eine entsprechende Beistandschaft, so wird sie regelmässig gleichzeitig die gegebenenfalls in einer Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag ernannte Person im gleichen Umfang ihres Amtes entheben. Eine Kollision der Vertretungsrechte kann somit nur eintreten, wenn die Erwachsenenschutzbehörde bei der Ernennung des Beistandes keine Kenntnis der eigenen Vorkehren des Betroffenen hat. Dann geht aber die eigene Anordnung der behördlichen Verfügung vor¹⁸².
- Erst in dritter Linie kann der *Ehegatte* bzw. der *eingetragene Partner* den Patienten vertreten. Das Vertretungsrecht setzt wie beim rechtsgeschäftlichen Vertretungsrecht (Art. 374 ZGB) voraus, dass ein gemeinsamer Haushalt besteht *oder* der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand geleistet worden ist (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Mit der zwei-

¹⁷⁸ FATKE/NIKLOWITZ, «Den Kindern eine Stimme geben». Partizipation von Kindern und Jugendlichen in der Schweiz, Studie des Pädagogischen Instituts der Universität Zürich im Auftrag des Schweizerischen Komitees für Unicef, Zürich, Februar 2003.

¹⁷⁹ Vgl. MICHEL, Partizipationsrechte (Fn. 71), S. 263.

¹⁸⁰ Die Ausführungen in diesem Kapitel basieren auf und wurden teilweise wörtlich übernommen aus: HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 170), Rz. 20.80 ff.

¹⁸¹ Für Einzelheiten siehe auch FamKomm-GUILLOD/HERTIG PEA (Fn. 165), N 7 ff. zu Art. 378 ZGB.

¹⁸² Art. 378 Abs. 1 Ingress ZGB, «der Reihe nach»; vgl. BBl 2006 7001, 7037.

ten Sachverhaltsvariante wird insbesondere den Fällen Rechnung getragen, in denen kein gemeinsamer Haushalt mehr besteht, weil der betroffene Ehegatte bzw. Partner aus gesundheitlichen Gründen bspw. in einem Pflegeheim wohnt.

- Bei den medizinischen Massnahmen gewichtet das Gesetz die Realbeziehung höher als bei den anderen rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten (Art. 374 ZGB). Zur Vertretung berechtigt ist daher auch, wer ohne eine rechtlich geordnete Beziehung mit der betroffenen Person *in Hausgemeinschaft* lebt und ihr regelmässig und persönlich *Beistand* leistet (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB). Erfasst werden von dieser Umschreibung nicht nur Konkubinatspartner. Vielmehr soll beispielsweise auch im Fall von zwei Freundinnen, die zusammenleben, die eine die andere vertreten können. Die kumulative Voraussetzung («und»), dass neben der Hausgemeinschaft regelmässig und persönlich Beistand geleistet wird, will Verantwortungs- und Lebensgemeinschaften von gewöhnlichen Wohngemeinschaften abgrenzen¹⁸³. Dieses Erfordernis wird in den meisten Fällen verhindern, dass gleichzeitig sowohl der Ehegatte als auch ein Konkubinats- oder Wohnpartner die Voraussetzungen für das Vertretungsrecht erfüllen. Sollte dies ausnahmsweise doch zutreffen, geht das Vertretungsrecht des Ehegatten vor¹⁸⁴. Vorbehalten bleibt selbstredend eine anderslautende Anordnung des Betroffenen in einem Vorsorgeauftrag oder einer Patientenverfügung.
- Fehlt es auch an einer Vertretung durch den Wohn- bzw. Lebenspartner, folgen in der Vertretungskaskade die *Nachkommen*, *Eltern* und *Geschwister*, wenn diese der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 5, 6 und 7 ZGB). Dabei geht das Vertretungsrecht der Nachkommen jenem der Eltern und der Geschwister vor. Eine Wohngemeinschaft wird hier zwar nicht vorausgesetzt. Sie würde aber alleine auch nicht genügen.

[Rz 121] In der *medizinischen Praxis*¹⁸⁵ erweisen sich die erläuterten Regeln oft als wenig massgeblich. Teilweise ist die gesetzliche Kaskadenordnung schlicht nicht bekannt. In anderen Fällen setzt sich das medizinische Personal darüber hinweg, entweder aus Gründen der Bequemlichkeit oder weil die Näheverhältnisse für den konkreten Fall anders eingeschätzt werden als der Gesetzgeber dies in seiner abstrakten Ordnung getan hat. Dies mag man als wenig problematisch ansehen, so lange die zur Diskussion stehende Behandlung weitgehend unstrittig ist und der Entscheid dem mutmasslichen Patientenwillen bestmöglich Rechnung trägt. In allen anderen Sachlagen birgt ein von Art. 377 f. ZGB abweichendes Vorgehen das Risiko, dass sich das Arzthandeln als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung erweist, mit entsprechenden Folgen¹⁸⁶.

[Rz 122] Die in Art. 378 ZGB geregelte Vertretungskaskade ist *abschliessend* zu verstehen¹⁸⁷. Andere Personen als die genannten Angehörigen (z.B. ein guter Freund, Nachbar oder Arbeitskollege) sind daher nur zur Entscheidung berufen, wenn sie entweder durch den Patienten dazu mittels Vorsorgeauftrag oder Patientenverfügung ermächtigt wurden oder durch die Erwachsenenschutzbehörde als Beistand eingesetzt wurden. Die blosser Nähebeziehung oder Kenntnis der Behandlungspräferenzen genügt daher nicht für eine Vertretungsbefugnis. Indessen kann sie für

¹⁸³ BBl 2006 7001, 7037.

¹⁸⁴ Anders und entgegen dem insoweit klaren Gesetzeswortlaut CHK-FANKHAUSER(Fn. 169), N 3 zu Art. 378 ZGB.

¹⁸⁵ Zum Einbezug von Angehörigen in medizinische Entscheidungen am Lebensende siehe die BASS-Studie (Fn. 4), S. 13 ff.

¹⁸⁶ Siehe vorne, Rz. 76.

¹⁸⁷ STEINAUER/FOUNTOULAKIS(Fn. 108), Rz. 996.

die Bestimmung des mutmasslichen Patientenwillens von Bedeutung sein, insbesondere in dringlichen Fällen, in denen der zuständige Vertreter nicht fristgerecht erreicht werden kann.

b) Konflikt mehrerer Vertretungsberechtigter

[Rz 123] Sind *mehrere Personen gleichzeitig* vertretungsberechtigt (bspw. mehrere Nachkommen, welche dem Patienten regelmässig und persönlich Beistand leisten), entscheiden sie gemeinsam. Ein gültiger Vertreterentscheid setzt diesfalls *Einstimmigkeit* voraus¹⁸⁸. Der gutgläubige Arzt darf indessen voraussetzen, dass jede vertretungsberechtigte Person im Einverständnis mit den anderen handelt (Art. 378 Abs. 2 ZGB). Diese Regelung entspricht Art. 304 Abs. 2 ZGB betreffend das Vertretungsrecht im Rahmen der elterlichen Sorge. Kommt keine Einigung unter den Berechtigten zustande, ist die Erwachsenenschutzbehörde zu informieren, die die zur (alleinigen) Vertretung befugte Person bestimmen oder dem Patienten einen Beistand bestellen wird (Art. 381 ZGB)¹⁸⁹.

[Rz 124] Mit dem *Begriff des «guten Glaubens»* verweist Art. 378 Abs. 2 ZGB auf Art. 3 ZGB. Danach wird der gute Glaube vermutet. Nicht auf den guten Glauben berufen kann sich allerdings der Arzt, der unter Beachtung der gebotenen Aufmerksamkeit nicht gutgläubig sein konnte (Art. 3 Abs. 2 ZGB).

[Rz 125] Nicht zur Anwendung kommt Art. 378 Abs. 2 ZGB bei einem Konflikt zwischen *Personen unterschiedlicher Stufen der Kaskadenordnung*. Die genannte Norm beinhaltet eine konkrete Reihenfolge der Vertretungsberechtigung, sodass der primär zur Vertretung Berufene alleine bzw. gemeinsam mit gleichrangigen Vertretern entscheidet. Angehörige nachrangiger Vertretungsstufen können jedoch durch den bzw. die Vertreter zur Ermittlung des mutmasslichen Willens des Betroffenen beigezogen werden.

[Rz 126] Ebenfalls keine Anwendung findet der Gutgläubensschutz von Art. 378 Abs. 2 ZGB für die Frage, ob überhaupt *vertretungsberechtigte Personen einer bestimmten Stufe vorhanden* sind oder nicht. Wird beispielsweise ein betagter, urteilsunfähiger Patient von einem Nachkommen in die Notaufnahme eines Spitals begleitet, entbindet dies den Arzt nicht davon sich zu erkundigen, ob der Betroffene einen Ehe- oder Lebenspartner hat, der als Vertreter dem konkret anwesenden Nachkommen vorgehen würde. Vorbehalten bleiben Fälle der Dringlichkeit; diesfalls handelt der Begleiter aber nicht als eigentlicher Vertreter, sondern lediglich als Auskunftsperson bei der Ermittlung des mutmasslichen Willens des Betroffenen.

5. Inhalt des Vertreterentscheids

a) Grundsätze

[Rz 127] Der Vertreter ist in seinem stellvertretenden Behandlungsentscheid nicht frei. Vielmehr hat er gemäss Art. 378 ZGB entsprechend den Weisungen in einer gültigen Patientenverfügung oder, wenn solche nicht vorliegen, «nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person» zu entscheiden. Mit dieser Umschreibung lässt das Gesetz offen, ob den

¹⁸⁸ STEINAUER/FOUNTOULAKIS(Fn. 108), Rz. 1005.

¹⁸⁹Vgl. Rz. 141; siehe zudem FamKomm-GUILLOD/HERTIG PEa(Fn. 165), N 25 zu Art. 378 ZGB.

objektiven Interessen oder aber dem (subjektiven) mutmasslichen Willen ein *Vorrang* zukommt. Richtigerweise muss insofern danach unterschieden werden, ob eine kasuelle oder eine habituelle Urteilsunfähigkeit vorliegt. Im Einzelnen:

b) Weisungen in einer Patientenverfügung

[Rz 128] Eine Patientenverfügung¹⁹⁰ kann Weisungen an eine vertretungsberechtigte Person oder allgemeine Wünsche zur Behandlung enthalten. Solchen Weisungen hat der Vertreter Folge zu leisten, sofern nicht einer der Gründe gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB vorliegt, welche ein Abweichen von der Verfügung gebieten¹⁹¹. Sind die Weisungen allgemein gefasst (bspw. hat der Betroffene den Wunsch nach einer effektiven Schmerzbekämpfung unter Inkaufnahme einer allfällig damit verbundenen Lebensverkürzung geäussert), so obliegt es dem Vertreter, sie im Hinblick auf die konkrete Behandlungssituation zu konkretisieren.

c) Kasuelle und habituelle Urteilsunfähigkeit

[Rz 129] Die Urteilsunfähigkeit eines Patienten kann sowohl vorübergehende wie auch dauernde Gründe haben. Die Unterscheidung ist im Hinblick auf die Vertretung des Urteilsunfähigen von Bedeutung¹⁹².

[Rz 130] Ist der Patient lediglich *kasuell urteilsunfähig* (z.B. zufolge Medikamenteneinflusses oder Bewusstlosigkeit) oder leidet er an einer nach ursprünglich vorhandener Urteilsfähigkeit eingetretener dauernder Urteilsunfähigkeit (z.B. bei fortschreitender Demenzerkrankung), so ist der aktuelle mutmassliche Willen des Betroffenen für den Behandlungsentscheid von ausschlaggebender Bedeutung.

[Rz 131] Bei *habituellem Urteilsunfähigkeit*, wie sie insbesondere bei Kindern oder geistiger Behinderung bzw. schwerer psychischer Störung vorliegt, hat der Betroffene nicht nur aktuell keinen rechtlich relevanten Willen, sondern konnte auch früher keinen solchen äussern. Der medizinische Entscheid kann daher — unter Vorbehalt der Partizipationsrechte des Betroffenen¹⁹³ — nicht gestützt auf Willensäusserungen des Betroffenen erfolgen, vielmehr ist in dieser Sachlage dessen objektives Interesse ausschlaggebend bzw. beim Minderjährigen das Kindeswohl.

d) Mutmasslicher Wille des Patienten

[Rz 132] Das Vertretungsrecht ist *fremdnützig*, d.h. im Interesse der betroffenen Person auszuüben. Entsprechend hat der Vertreter nicht nach seinen persönlichen Wertungen zu entscheiden, sondern (soweit erkennbar) nach den Vorstellungen des urteilsunfähigen Patienten. Teilt er dessen Wertungen nicht, muss er das Mandat bzw. die Vertretung niederlegen¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Allgemein dazu hinten, Rz. 146 ff.

¹⁹¹ Dazu hinten, Rz. 170 ff.; zudem FamKomm-GUILLOD/HERTIG PEA(Fn. 165), N 26 zu Art. 378 ZGB.

¹⁹² Anders als vor Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts ist die Unterscheidung aber nicht mehr bedeutsam für die Frage, ob die Behandlung einen Vertreterentscheid erfordert: Nach neuem Recht entscheidet — ausser bei Dringlichkeit — immer ein gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter; vgl. dazu Rz. 109.

¹⁹³ Dazu vorne, Rz. 115 ff.

¹⁹⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER(Fn. 170), Rz. 20.76.

[Rz 133] Unter dem Begriff des «mutmasslichen Willens» i.S.v. Art. 378 Abs. 3 ZGB ist «das zu verstehen, was der Patient gewollt hätte, wenn er sich frei und in voller Kenntnis der Umstände äussern könnte»¹⁹⁵. Dabei ist durchaus denkbar, dass dieser Wille nicht dem entspricht, was der behandelnde Arzt im konkreten Fall empfehlen würde. Entscheidend sind vielmehr die konkreten Wünsche des Patienten, soweit diese bekannt sind. Dies ergibt sich aus dem Vorrang der Selbstbestimmung und daraus, dass auch eine entsprechende Patientenverfügung zu befolgen ist, solange sie auf freiem Willen beruht und keine begründeten Zweifel dafür vorliegen, dass sie noch dem mutmasslichen Willen des Betroffenen entspricht¹⁹⁶. Der mutmassliche Wille des kasuell urteilsunfähigen Patienten hat m.a.W. Vorrang vor dessen objektiven Interessen¹⁹⁷.

[Rz 134] *Hinweise auf den mutmasslichen Willen* des kasuell urteilsunfähigen Patienten können sich u.a. aus früheren mündlichen oder schriftlichen Meinungsäusserungen, aus einer formungültigen oder mangels Konkretisierung nicht direkt anwendbaren Patientenverfügung oder auch mit Rücksicht auf die Weltanschauung, religiöse Überzeugungen oder frühere, im Zustand der Urteilsfähigkeit getroffene Behandlungsentscheide ergeben.

[Rz 135] Es ist *Aufgabe des gesetzlichen Vertreters*, den mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten zu ermitteln und entsprechend für den Betroffenen zu entscheiden. Daher muss es dem Vertreter erlaubt sein, zur Klärung des mutmasslichen Willens des Patienten entsprechende Abklärungen zu treffen und sich diesbezüglich mit weiteren Personen (Angehörige, Hausarzt des Betroffenen usw.) abzusprechen. Hingegen ist der Arzt — anders als unter früherem Recht, wonach bei kasueller Urteilsunfähigkeit der behandelnde Arzt für den Patienten entschieden hat¹⁹⁸ — weder dazu befugt, vom Vertreterentscheid abzuweichen¹⁹⁹ noch dazu, andere Personen zu informieren und zum mutmasslichen Patientenwillen zu befragen. Immerhin gilt auch für das Vertretungsrecht, wie ganz generell für medizinische Eingriffe, dass der Vertreter nur in Behandlungen einwilligen kann, welche medizinisch indiziert bzw. jedenfalls *nicht kontraindiziert* sind²⁰⁰.

e) Objektive Interessen des Patienten

[Rz 136] Fehlt es an einem massgeblichen mutmasslichen Willen des Betroffenen, ist nach dessen «Interessen» zu entscheiden (vgl. Art. 378 Abs. 3 ZGB). Mit «den Interessen» der urteilsunfähigen Person meint das Gesetz das objektive Interesse des Betroffenen, d.h. die in der konkreten Behandlungssituation *medizinisch gebotene Massnahme*. Sind mehrere Massnahmen aus medizinischer Sicht gleichwertig oder lässt sich für die konkrete Sachlage kein objektives Interesse be-

¹⁹⁵ FamKomm-GUILLOD/HERTIG PEA(Fn. 165), N 7 zu Art. 379 ZGB.

¹⁹⁶ Dazu hinten, Rz. 162 ff.

¹⁹⁷ So auch FamKomm-GUILLOD/HERTIG PEA(Fn. 165), N 27 zu Art. 378 ZGB; zustimmend HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER(Fn. 170), Rz. 20.76.

¹⁹⁸ Siehe dazu etwa FELLMANN(Fn. 9), S. 192, m.w.H.

¹⁹⁹ Vgl. EICHENBERGER THOMAS/KOHLER THERES, Kommentierung von Art. 373 und 377—381 ZGB, in: Geiser/Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Erwachsenenschutz (Art. 360—456 ZGB), Basel 2012 (zit. BSK-EICHENBERGER/KOHLER, N ... zu Art. ... ZGB), N 13 zu Art. 378 ZGB. Anderes muss allerdings bei Interessengefährdung gelten, ist doch das Vertretungsrecht, ähnlich wie die elterliche Sorge «konditioniert» (FANKHAUSER, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, BJM 2010, S. 240 ff., S. 258 f.). Der Arzt ist in dieser Sachlage befugt, die Erwachsenenschutzbehörde anzurufen (dazu Rz. 142 und 145).

²⁰⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER(Fn. 170), Rz. 20.77.

stimmen und gibt es auch keine Hinweise auf eine Präferenz des urteilsunfähigen Patienten, so ist der Vertreter in seiner Entscheidung frei.

6. Besonderheiten bei Dringlichkeit

[Rz 137] Es liegt auf der Hand, dass eine medizinische Massnahme so dringlich sein kann, dass die Zeit nicht ausreicht, um die Vertretungsberechtigung abzuklären oder um die vertretungsberechtigte Person zu erreichen. Dringlichkeit kann sich aber auch daraus ergeben, dass die Vertretungsverhältnisse streitig sind und bis zur rechtskräftigen Klärung dieser Fragen nicht zugewartet werden kann²⁰¹. Der Begriff der Dringlichkeit ist insofern relativ und bezieht sich keineswegs nur auf Notfallbehandlungen im engeren Sinn. In all den beschriebenen Sachlagen ist das Medizinalpersonal (dazu gehören neben den Ärzten auch bspw. Angehörige der Rettungsdienste) ausnahmsweise berechtigt, selber über die Behandlung oder deren Abbruch zu entscheiden.

[Rz 138] Der Behandlungsentscheid richtet sich wie ein Vertreterentscheid nach dem *mutmasslichen Willen und den objektiven Interessen* der urteilsunfähigen Person (Art. 379 ZGB). Da bei Dringlichkeit oft keine Zeit bleibt, den mutmasslichen Willen des Patienten zu erforschen, dürften bei Anwendung von Art. 379 ZGB die Interessen des Betroffenen im Vordergrund stehen. Steht der mutmassliche Wille im konkreten Fall allerdings zweifelsfrei fest, beispielsweise zufolge einer leicht verfügbaren Patientenverfügung oder der Aussagen von (nicht vertretungsberechtigten) Angehörigen oder sonstiger nahestehender Personen, so hat dieser Vorrang.

7. Aufgaben der Erwachsenenschutzbehörde

[Rz 139] Die Vertretungsrechte nach Art. 378 ZGB entstehen — mit Ausnahme der Einsetzung eines Beistandes — von Gesetzes wegen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Eines behördlichen oder gerichtlichen Entscheides bedarf es dazu nicht²⁰². Die Erwachsenenschutzbehörde schreitet aber ein, wenn die Voraussetzungen nach Art. 381 ZGB erfüllt sind.

[Rz 140] Ein erster Grund für eine behördliche Intervention liegt dann vor, wenn entweder *keine i.S.v. Art. 378 ZGB vertretungsberechtigte Person* vorhanden oder erreichbar ist oder wenn die zur Vertretung berufene Person das Mandat nicht ausüben will und kein Vertreter einer anderen Stufe diese Aufgabe übernimmt. In dieser Sachlage ist eine Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 ZGB) zu errichten.

[Rz 141] Ein Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde ist zudem erforderlich, wenn Unklarheit über die Vertretungsberechtigung besteht. Gleiches gilt, wenn mehrere Vertretungsberechtigte der gleichen Stufe unterschiedliche Auffassungen mit Bezug auf den Behandlungsentscheid haben (s. Rz. 123). In diesen beiden Sachlagen wird die Behörde entweder die vertretungsberechtigte Person (unter Ausschluss aller anderen in Frage stehender Personen) bestimmen oder aber eine Vertretungsbeistandschaft errichten.

[Rz 142] Denkbar ist schliesslich, dass die Interessen des urteilsunfähigen Patienten aus anderen

²⁰¹ BBl 2006 7001, 7037.

²⁰² Ob dieser Automatismus angesichts der bedeutenden in Frage stehenden Rechtsgüter des urteilsunfähigen Betroffenen zu überzeugen vermag, ist fraglich und muss an dieser Stelle offen gelassen werden.

Gründen gefährdet sind, beispielsweise weil die zur Vertretung berechtigte Person aus Pflichtvergesenheit oder abweichenden persönlichen Überzeugungen Behandlungsentscheide trifft, welche in Widerspruch zum mutmasslichen Willen bzw. den Interessen des Betroffenen stehen. Ähnlich wie die Kindesschutzbehörde im Zusammenhang mit der elterlichen Sorge, hat die Erwachsenenschutzbehörde in dieser Sachlage entweder eine andere vertretungsberechtigte Person zu bestimmen oder eine Vertretungsbeistandschaft zu errichten.

[Rz 143] Als *Vertretungsbeistand* wird eine natürliche Person ernannt, welche für die Aufgabe als geeignet erscheint (Art. 400 Abs. 1 ZGB). Der Betroffene kann eine Vertrauensperson als Vertretungsbeistand vorschlagen, zudem sind «soweit tunlich» die Wünsche der Angehörigen und anderer nahestehender Personen zu berücksichtigen (Art. 401 ZGB). Die Erwachsenenschutzbehörde ist bei der Einsetzung eines Vertreters nicht an die Reihenfolge nach Art. 381 ZGB gebunden. Ausnahmsweise ist auch die Bestimmung mehrerer Personen möglich (vgl. Art. 400 Abs. 1 ZGB).

[Rz 144] Unklar ist, ob die Erwachsenenschutzbehörde auch andere Massnahmen treffen kann²⁰³ und beispielsweise in Anwendung von Art. 392 Ziff. 1 ZGB einer bestimmten Behandlung selber zustimmen kann, ohne für diese Aufgabe einen Beistand einzusetzen.

[Rz 145] Die Erwachsenenschutzbehörde handelt gemäss Art. 381 Abs. 3 ZGB *auf Antrag* des Arztes oder einer anderen nahestehenden Person *oder von Amtes wegen*. Faktisch bedeutet dies, dass zwar nur den genannten Personen ein Antragsrecht zukommt, aber dennoch jedermann — unter Vorbehalt gesetzlicher Diskretionspflichten — zur Anzeige befugt ist (vgl. auch Art. 443 Abs. 1 ZGB). Insofern ist praktisch bedeutungslos, wie eng oder wie weit der Begriff der nahestehenden Person letztlich ausgelegt wird. Antragsberechtigt ist auch der betroffene Patient selber²⁰⁴, soweit er dazu in der Lage ist.

VIII. Bedeutung der Patientenverfügung (PV)²⁰⁵

1. Übersicht

[Rz 146] Wie dargelegt, kann der urteilsunfähige Patient weder gültig seine Zustimmung zu einer Behandlung erteilen noch kann er diese gültig verweigern. Nach den allgemeinen Regeln des Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 Abs. 2 ZGB) ist es auch nicht zulässig, gültig und mit Bindungswirkung im Voraus über eine mögliche spätere Behandlung zu entscheiden. Das am 1. Januar 2013 in Kraft getretene neue Erwachsenenschutzrecht eröffnet dem (künftigen) Patienten die Möglichkeit, für den Fall der zukünftigen eigenen Urteilsunfähigkeit Vorkehren zu treffen. Mittels Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung soll der Einzelne selber bestimmen können, wer dereinst auf welche Weise an seiner Stelle für ihn entscheiden soll. Letztlich wird damit die *Selbstbestimmung* über die Zeit der eigenen Handlungs- und Urteilsfähigkeit hinaus *perpetuiert*²⁰⁶. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert namentlich die Patientenverfügung, mit welcher der

²⁰³ Ablehnend CHK-BREITSCHMID(Fn. 80), N 4 zu Art. 381 ZGB.

²⁰⁴ CHK-BREITSCHMID(Fn. 80), N 3 zu Art. 381 ZGB, m.w.H.

²⁰⁵Die folgenden Ausführungen basieren teilweise auf: HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, (Fn. 170), § 20.

²⁰⁶WASSEM, In dubio pro vita? Die Patientenverfügung, Eine Analyse der neuen Gesetze in Deutschland und der Schweiz, Diss. Basel, Berlin 2010, S. 40.

Einzelne für den Fall einer späteren Urteilsunfähigkeit verbindliche Anordnungen in Bezug auf künftige medizinische Massnahmen treffen kann.

[Rz 147] Vor Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts haben verschiedene Kantone die Frage der Wirksamkeit einer Patientenverfügung in *kantonalen Gesundheitsgesetzen* geregelt. Diese kantonalen Vorgaben sind mit Inkrafttreten der bundesrechtlichen Regeln aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts per 1. Januar 2013 unwirksam geworden. Da das Erwachsenenschutzrecht insofern keine Unterscheidung trifft, gilt dies auch für die Behandlung in öffentlichen Spitälern. Nicht vollständig geklärt ist demgegenüber die Frage der Wirksamkeit von Patientenverfügungen nach *ausländischem Recht*. Sie kann beispielsweise dann bedeutsam werden, wenn ein ausländischer Tourist in der Schweiz verunfallt, zufolge seiner Verletzungen nicht mehr ansprechbar ist und eine Behandlungsentscheid getroffen werden muss²⁰⁷.

2. Errichtung und Widerruf der Patientenverfügung

a) Gültigkeitsvoraussetzungen der PV

aa) Voraussetzung der Urteilsfähigkeit

[Rz 148] Handlungsfähigkeit muss hier nicht vorliegen, da es sich beim Entscheid bezüglich medizinische Massnahmen um ein höchstpersönliches Recht (Art. 19c ZGB) handelt²⁰⁸. Nicht erforderlich ist daher ein bestimmtes Mindestalter bzw. die Volljährigkeit des Verfügenden. Konkret ist denkbar, dass eine minderjährige Person eine gültige Patientenverfügung errichtet, welche sowohl für den behandelnden Arzt wie auch für die sorgeberechtigten Eltern verbindlich ist²⁰⁹. Auch eine Beistandschaft hindert die Fähigkeit zur Errichtung einer Patientenverfügung nicht. Allerdings wird es dem Betroffenen dann, wenn eine umfassende Beistandschaft errichtet wurde, in der Regel an der Urteilsfähigkeit fehlen, setzt doch diese Massnahme voraus, dass der Betroffene «namentlich wegen dauernder Urteilsunfähigkeit besonders hilfsbedürftig ist» (Art. 398 Abs. 1 ZGB).

[Rz 149] Bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist im Zusammenhang mit einer Patientenverfügung ein *strengerer Massstab* anzulegen als wenn es sich um einen analogen Entscheid in der Akutsituation handeln würde²¹⁰. Dies rechtfertigt sich deshalb, weil die Antizipation einer künftigen Behandlungssituation höhere Anforderungen insbesondere an die kognitiven Fähigkeiten stellt als ein Entscheid, der mit Bezug auf die aktuell vorliegende Situation getroffen wird²¹¹. Insbesondere kann der Betroffene mit Bezug auf den Behandlungsentscheid das dazumal aktuelle Entscheidungsumfeld (die eigene Lebenswirklichkeit und Befindlichkeit, die medizinischen Gegebenheiten usw.) nicht oder nur aufgrund mehr oder weniger zutreffender Annahmen in den

²⁰⁷ Siehe dazu WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 139 ff.

²⁰⁸ HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 5), S. 100.

²⁰⁹ BÜCHLER/MICHEL, in: FamKomm, Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKomm—BÜCHLER/MICHEL, N... zu Art. ... ZGB), N 16 zu Art. 370 ZGB.

²¹⁰ Zur Urteilsfähigkeit und vernunftgemäsem Handeln in Bezug auf die Patientenverfügung, siehe insbes. WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 197 ff.

²¹¹ Unter anderem aus diesem Grund scheinen Ärzte der Patientenverfügung mehrheitlich kritisch gegenüberzustehen; s. BASS-Studie (Fn. 4), S. 78; illustrativ das a.a.O. wiedergegebene Zitat einer Patientin, welche eine künstliche Beatmung in ihrer Patientenverfügung ausgeschlossen hatte: «Gott sei Dank haben Sie meine Patientenverfügung nicht gefunden (...）」.

Entscheid einbeziehen. Die Anforderungen an die relative Urteilsfähigkeit nehmen sodann zu, je weitreichender die Auswirkungen der konkreten Verfügung sind²¹². Je konkreter die antizipierte Behandlungssituation zum Zeitpunkt der Abfassung der Verfügung bereits ist, namentlich im Zusammenhang mit einer rasch fortschreitenden Erkrankung, desto eher gleichen sich die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit für die Abfassung der Patientenverfügung jenen der aktuellen Zustimmung zur Behandlung an.

bb) Formerfordernisse

[Rz 150] Die Verfügung ist gültig, wenn das Formerfordernis der einfachen Schriftlichkeit (Art. 13 des Obligationenrechts [OR]) gewahrt und sie zusätzlich datiert und unterzeichnet ist (Art. 371 Abs. 1 ZGB). Das Datum ist einerseits notwendig, weil eine zeitliche Einordnung helfen kann, den Zustand der Urteilsfähigkeit bei Errichtung der Verfügung zu beurteilen. Andererseits kann sich aus einem längeren Zeitablauf ergeben, dass die Verfügung nicht mehr aktuell und situationsbezogen und deshalb in ihrer Bedeutung zu relativieren ist.

[Rz 151] Die Verfügung kann *individuell* formuliert werden, es genügt aber auch die Übernahme eines vorformulierten Formulars. Die formellen Voraussetzungen wurden durch den Gesetzgeber im Vergleich zum Vorsorgeauftrag bewusst niedriger angesetzt²¹³. Dies ist insofern nicht ganz unproblematisch, als sich bei *vorformulierten Verfügungen* nicht selten die Frage stellen wird, ob der Patient die Formulierungen und deren konkrete Tragweite für die eigene Situation hinreichend verstanden hat²¹⁴. Bestehen diesbezüglich ernsthafte Zweifel, so ist der Patientenverfügung nicht zu entsprechen (s. Rz. 155, 170 ff.). Bestehen zwar keine Bedenken mit Bezug auf den Willen des Patienten, sind aber die Formvorschriften nicht eingehalten, so können die Äusserungen unter Umständen als Indiz für den mutmasslichen Willen des Betroffenen dienen²¹⁵.

cc) Hinterlegung der PV

[Rz 152] Die Patientenverfügung kann ihre Wirkung nur entfalten, wenn sie den behandelnden Ärzten *im massgeblichen Zeitpunkt bekannt* ist. Um dies — wenigstens für weniger dringliche Eingriffe²¹⁶ — sicherzustellen, kann die Tatsache der Errichtung der Patientenverfügung und deren Hinterlegungsort auf der von den Krankenversicherern erstellten Versichertenkarte eingetragen werden (Art. 371 Abs. 2 ZGB). Ein solcher Hinweis ist aber freiwillig und ist auf Wunsch der betroffenen Person jederzeit wieder zu löschen. Da sich die Erkundigungspflicht des behandelnden Arztes — jedenfalls bei Dringlichkeit — auf die Konsultation der Versichertenkarte beschränkt (Rz. 164), ist ein entsprechender Vermerk zu empfehlen²¹⁷. Ebenfalls denkbar ist eine

²¹²STEINAUER/FOUNTOULAKIS(Fn. 108), Rz. 915.

²¹³Vgl. dazu WYSS, Kommentierung von Art. 370—373 ZGB, in: Geiser/Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Erwachsenenschutz (Art. 360—456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB), Basel 2012 (zit. BSK-Wyss, N ... zu Art. ... ZGB), N 1 ff. zu Art. 371 ZGB.

²¹⁴WASSEM (Fn. 206), S. 48.

²¹⁵WASSEM(Fn. 206), S. 86; s. zum mutmasslichen Willen s. die Ausführungen vorne, Rz. 132 ff.

²¹⁶Auf Notfall- und Intensivstationen ist die PV im entscheidenden Moment oft nicht verfügbar oder es fehlt angesichts der Dringlichkeit eines medizinischen Vorgehens die Zeit, die Anordnungen zu interpretieren; s. BASS-Studie (Fn. 4), S. 78 f.

²¹⁷Vgl. BSK-Wyss (Fn. 213), N 9 zu Art. 371 ZGB.

breite ‚Streuung‘ der Verfügung an den Hausarzt, Vertrauenspersonen und i.S.v. Art. 378 ZGB vertretungsberechtigte Personen. In der medizinischen Praxis wird oft anlässlich eines Spital- oder Heimeintritts gezielt nach einer Patientenverfügung gefragt.

b) Mögliche Inhalte der PV

[Rz 153] Das Gesetz sieht zwei unterschiedliche Arten von Verfügungen vor, welche auch kombiniert werden können:

- Die betroffene Person kann in der Patientenverfügung festlegen, welchen konkreten medizinischen Massnahmen sie in einer bestimmten Situation zustimmt und welche Massnahmen sie ablehnt (Art. 370 Abs. 1 ZGB)²¹⁸. Sie kann auch Gesichtspunkte benennen, welche von der Ärzteschaft und dem gesetzlichen Vertreter bei der Ermittlung ihres mutmasslichen Willens zu berücksichtigen sind. In der Praxis zeigt sich indessen, dass die meisten Patientenverfügungen zu wenig konkret sind, als dass sich daraus ein konkretes medizinisches Vorgehen ableiten liesse²¹⁹.
- Die betroffene Person kann aber auch eine *Person bestimmen*, welche dereinst für sie über die zu treffenden medizinischen Massnahmen entscheidet, wenn sie selber dazu nicht mehr in der Lage ist. Auch hier kann durch Weisungen oder Wünsche konkretisiert werden, welche Grundsätze die bezeichnete Person bei der Entscheidung zu beachten hat (Art. 370 Abs. 2 ZGB). Zudem kann eine Ersatzverfügung für den Fall getroffen werden, dass die erstgenannte Person aus irgendeinem Grund ihre Aufgabe nicht wahrnimmt (Art. 370 Abs. 3 ZGB). Die mit der Entscheidung betraute Person muss in der Patientenverfügung individuell bezeichnet werden, wobei es auch möglich ist, mehrere Personen einzusetzen. Es muss sich allerdings stets um natürliche Personen handeln (Art. 370 Abs. 2 ZGB)²²⁰.

[Rz 154] Die Patientenverfügung kann sich auf *alle Arten von Behandlungen* beziehen und sowohl psychische als auch somatische Erkrankungen erfassen. Zu beachten ist allerdings, dass der Patientenverfügung im Zusammenhang mit der Behandlung einer psychischen Erkrankung bei Fürsorgerischer Unterbringung nur beschränkte Bedeutung zukommt.

[Rz 155] Betrifft die Verfügung nicht nur die Einsetzung eines Vertreters sondern (zugleich) medizinische Massnahmen, so wird in der Literatur mit Recht gefordert, dass die Anordnungen *hinreichend konkret* formuliert werden. Da die Patientenverfügung nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit nicht mehr widerrufen werden kann und für die behandelnde Ärzteschaft grundsätzlich verbindlich ist, würde eine zu allgemein gehaltene Verfügung dem Verbot der übermässigen Selbstbindung (Art. 27 ZGB) widersprechen. In der Lehre wird daher mit Recht (wenngleich ohne konkrete Stütze im Gesetzeswortlaut) gefordert, dass sich die Verfügung einerseits auf eine konkrete Situation und andererseits auf hinreichend konkrete medizinische Massnahmen beziehen müsse²²¹. Zu allgemein gehaltene Verfügungen können aber — auch wenn sie nicht direkt umsetzbar sind — als Indiz für den mutmasslichen Patientenwillen dienen (Rz. 136).

[Rz 156] Ein weiteres Problem der Patientenverfügung liegt darin begründet, dass im Zusam-

²¹⁸HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB(Fn. 5), S. 101; WIDMER BLUM(Fn. 25), S. 161, 204 ff.

²¹⁹ BASS-Studie (Fn. 4), S. 77 f.

²²⁰Siehe dazu BSK-Wyss(Fn. 213), N 19 ff. zu Art. 370 ZGB.

²²¹ U.a. WIDMER BLUM(Fn. 25), S. 204 f., bzgl. der Bedeutung der Bestimmtheit bei der Anordnung medizinischer Massnahmen; BSK-Wyss(Fn. 213), N 16 ff. zu Art. 370 ZGB.

menhang mit der Einwilligung in eine medizinische Behandlung eine wenigstens minimale *Aufklärung* als unverzichtbar erachtet wird²²². Der Gesetzestext sieht im Zusammenhang mit der Patientenverfügung aber weder eine rechtliche noch eine medizinische Aufklärung vor, sodass denkbar ist, dass der Betroffene sich der Implikationen seiner (allenfalls vorformulierten: Rz. 151) Anordnungen nicht bewusst ist. Fehlt es an einem entsprechenden Wissen und Erfahrungshorizont des Betroffenen, ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob ein Willensmangel vorliegt und die Verfügung daher unwirksam ist²²³.

c) **Widerruf der PV**

[Rz 157] Die Patientenverfügung ist jederzeit widerruflich, so lange der Betroffene urteilsfähig ist. Nach Art. 371 Abs. 3 ZGB sind für den Widerruf die entsprechenden *Formvorschriften* zu beachten. Falls der Widerruf nur mündlich — gegenüber dem Arzt oder Angehörigen — erfolgt, wäre er nach dem Gesetzeswortlaut an sich ungültig. Es liegt auf der Hand, dass diese Rechtslage unbefriedigend sein kann. Dies beispielsweise dann, wenn der Betroffene noch urteils- und äusserungsfähig, aufgrund seiner konkreten Krankheitssituation aber nicht mehr zu einem schriftlichen Widerruf in der Lage und eine künftige Urteilsunfähigkeit zu befürchten ist. In der Literatur²²⁴ wurde mit Recht vorgebracht, dass der Arzt diesfalls dem aktuellen mutmasslichen Willen des Patienten Rechnung zu tragen hat. Allerdings riskiert der Widerrufende, dass der behandelnde Arzt keine Kenntnis vom formlosen Widerruf hat oder diesen aufgrund der Beweislast, welche für die Verbindlichkeit der schriftlichen Verfügung spricht, nicht respektiert²²⁵.

[Rz 158] Auf eine *zeitliche Befristung* der Patientenverfügung hat der Gesetzgeber verzichtet. Das kann dazu führen, dass eine jahrzehntealte Verfügung, die in einer gänzlich anderen Lebenssituation verfasst wurde, grundsätzlich verbindlich ist (zu den Ausnahmen unten, Rz. 170 ff., insb. 177). In der Praxis dürfte sich ein regelmässiges Erneuern der Verfügung aufdrängen, auch um den neuen medizinischen Erkenntnissen und der aktuellen Lebenssituation des Betroffenen Rechnung zu tragen.

3. **Rechtswirkungen der Patientenverfügung**

a) **Voraussetzung der Urteilsunfähigkeit des Patienten**

[Rz 159] Die Patientenverfügung wird erst mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Betroffenen wirksam, wobei sich diese auf die konkrete medizinische Massnahme beziehen muss (zur Relativität der Urteils(un)fähigkeit vorne, Rz. 54 ff.). Dabei spielt es keine Rolle, auf welche Ursache die Urteilsunfähigkeit zurückzuführen ist²²⁶. Denkbar sind beispielsweise eine psychische Erkrankung, eine Beeinträchtigung durch hohe Medikamentengaben oder eine Bewusstlosigkeit. Solange der Patient urteilsfähig ist, ist stets auf seine aktuelle Willensäußerung abzustellen (vgl.

²²² Siehe u.a. FELLMANN(Fn. 9), S. 206.

²²³ Rz. 173; siehe zum Problem u.a. FamKomm-BÜCHLER/MICHEL(Fn. 209), N 32 zu Art. 370 ZGB.

²²⁴ S. nur BREITSCHMID/KAMP, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1—456 ZGB, 2. Aufl., Zürich 2012, N 8 zu Art. 371 ZGB; FamKomm-BÜCHLER/MICHEL(Fn. 209), N 7 zu Art. 371 ZGB, m.w.H.STEINAUER/FOUNTOULAKIS(Fn. 108), Rz. 919a.

²²⁵ Dazu hinten, Rz. 179.

²²⁶ BBl 2006 7001, 7030.

vorne, Rz. 94). Das kann zu heiklen Entscheiden über die fehlende oder gerade noch vorhandene Urteilsfähigkeit führen, wenn der Betroffene noch ansprechbar ist, aber in seiner Urteilsfähigkeit beeinträchtigt erscheint und in diesem Zustand Behandlungsentscheide trifft, welche den in der Verfügung getroffenen Anordnungen klar widersprechen. In dieser Sachlage ist die Urteilsfähigkeit besonders sorgfältig abzuklären. Im Zweifel muss die aktuelle Willensäußerung vorgehen²²⁷.

b) Klärung des Vorliegens einer Patientenverfügung

[Rz 160] Ist eine medizinische Massnahme bei einer urteilsunfähigen Person notwendig, so ist der behandelnde Arzt verpflichtet, anhand der Versichertenkarte abzuklären, ob eine Patientenverfügung vorliegt²²⁸. Der Gesetzeswortlaut dürfte insofern in zweierlei Hinsicht etwas zu eng sein: In der modernen Spitalorganisation kann die Abklärungspflicht nicht einem einzelnen Arzt obliegen, vielmehr hat dafür der Spitalträger mittels einer geeigneten Organisation einzustehen. Zudem genügt je nach konkreten Umständen die Abklärung mit Hilfe der Versichertenkarte nicht; gegebenenfalls muss auch konkreten Hinweisen aus dem Umfeld des Patienten nachgegangen werden²²⁹. Diese Pflicht ergibt sich ohne weiteres daraus, dass beim urteilsunfähigen Patienten dessen mutmasslicher Wille zu beachten ist, selbst wenn keine Verfügung vorliegt (vgl. Rz. 132 ff.). Weitergehende Recherchen sind der Ärzteschaft bzw. dem Spital hingegen nicht zumutbar²³⁰.

[Rz 161] Von der Abklärung kann abgesehen werden, wenn die Dringlichkeit des Eingriffs (zu diesem Begriff Rz. 137) ein solches Vorgehen verunmöglicht. Allerdings ist die Patientenverfügung auch bei dringlichen (und lebensrettenden) Massnahmen zu beachten (s. Rz. 162 ff.), wenn der behandelnden Ärzteschaft deren Inhalt bekannt ist²³¹. Die Dringlichkeit der Behandlung ist daher keinesfalls als eigenständiger Grund zur Nichtberücksichtigung der Verfügung zu verstehen.

c) Grundsatz: Verbindlichkeit der Anordnungen

[Rz 162] Ist der Patient urteilsunfähig und liegt eine Patientenverfügung vor, so ist dieser in der Regel zu entsprechen (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Die Anordnungen des Betroffenen sind mit anderen Worten *verbindlich*, und zwar grundsätzlich auch dann, wenn sie aus medizinischer Sicht ‚unvernünftig‘ sind. Obschon der Gesetzestext dem Wortlaut nach nur auf den Arzt oder die Ärztin abzielt, muss Gleiches auch für weitere Mitglieder des Behandlungsteams (bspw. Notfallsanitäter, Pflegepersonal) gelten.

[Rz 163] In der Literatur wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Verbindlichkeit der Patientenverfügung, wie sie das Schweizerische Recht nunmehr vorsieht, nicht unproblematisch ist²³² und in gewissem Widerspruch zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin²³³

²²⁷ S. auch unten, Rz. 170 ff.

²²⁸ Art. 372 Abs. 1 ZGB.

²²⁹ CHK-BREITSCHMID/KAMP(Fn. 224), N 3 zu Art. 372 ZGB.

²³⁰ Vgl. FamKomm-BÜCHLER/MICHEL(Fn. 209), N 3 zu Art. 372 ZGB, m.w.H.

²³¹ BSK-WYSS(Fn. 213), N 5 f. zu Art. 372 ZGB.

²³² S. u.a. AEBI-MÜLLER, Selbstbestimmung (Fn. 25), S. 170, m.w.H.

²³³ SR 0.810.2.

steht, welches bestimmt, dass vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit geäußerte Behandlungswünsche lediglich «zu berücksichtigen» sind (Art. 9 der Konvention)²³⁴. Es stellt sich nämlich ganz grundsätzlich die Frage, inwieweit der Betroffene beim Verfassen der Verfügung in der Lage war, die nun konkret vorliegende Behandlungssituation zu antizipieren.

[Rz 164] In der medizinischen Praxis scheint der Patientenverfügung grundsätzlich mit *Skepsis* begegnet zu werden. Eine direkte Umsetzung der Verfügung ist derzeit kaum üblich. Einerseits tragen die behandelnden Ärzte damit (zu Recht) dem Umstand Rechnung, dass Patientenverfügungen nicht immer zuverlässig sind. Insofern ist die Zurückhaltung letztlich Teil der ärztlichen Sorgfaltspflichten. Andererseits besteht allerdings teilweise auch eine grundsätzliche Abwehrhaltung gegenüber der sich in der Verfügung manifestierenden Patientenautonomie²³⁵.

d) Erfordernis der Auslegung der PV

[Rz 165] Bei der Patientenverfügung handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das (ähnlich wie ein Testament) nach dem *Willensprinzip* auszulegen ist²³⁶. Dies bedeutet konkret, dass es auf den Wortlaut grundsätzlich nicht ankommen kann, wenn aufgrund anderer Indizien klar ist, dass dieser missverständlich oder (aus medizinischer Sicht) falsch formuliert wurde. Massgebend ist somit nicht die Perspektive der Ärzteschaft, sondern jene des Betroffenen. Eine auf den ersten Blick unmissverständliche Anordnung (z.B. «keine Schläuche») kann sich beim näheren Hinsehen als blosser, aber verbindlicher Wunsch nach Verzicht auf maximalinvasive Massnahmen auf einer Intensivpflegestation erweisen. Gleichzeitig sind damit regelmässig nicht kurzfristige lebensrettende Sofortmassnahmen nach einem Unfall gemeint, welche aller Voraussicht nach zu einer vollständigen Wiederherstellung des Patienten führen.

[Rz 166] Die Auslegung der Patientenverfügung ist insofern besonders *schwierig*, als der Betroffene meist nicht mehr dazu befragt werden kann. Zudem handelt es sich bei den Patienten regelmässig um medizinische Laien, sodass denkbar ist, dass sie medizinische Begriffe ohne vertieftes Verständnis von deren Bedeutung oder möglicher Folgen einer Therapie bzw. eines Therapieverzichts verwendet haben²³⁷. Dies gilt umso mehr, wenn es sich bei der Verfügung um eine Vorlage handelt, die der Betroffene womöglich ungeprüft und ohne medizinische Aufklärung und Beratung unterzeichnet hat.

[Rz 167] Damit dem mutmasslichen Patientenwillen möglichst gut Rechnung getragen werden kann, wird der behandelnde Arzt nach dem Gesagten auch bei Vorliegen einer Patientenverfügung in vielen Fällen nicht darum herumkommen, zur Auslegung *Externas* beizuziehen. Beispielsweise können frühere Ärzte (insb. der Hausarzt), Pflegepersonal und Angehörige womöglich unklare Formulierungen der Verfügung erläutern. Auch Hinweise auf die Weltanschauung und Wertvorstellungen oder konkrete Ängste (z.B. Angst vor Schmerzen oder Dauerabhängigkeit von Pflegeleistungen) des Patienten können Hinweise zur Auslegung liefern. Gegebenenfalls wird der aktuell behandelnde Arzt auch auf weitere Dokumente (Entwürfe, frühere Fassungen von Patientenverfügungen usw.) zurückgreifen müssen.

²³⁴ So u.a. BSK-Wyss (Fn. 213), N 8 f. zu Art. 372 ZGB, m.w.H.

²³⁵ BASS-Studie (Fn. 4), S. 79.

²³⁶ Vgl. HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 5), S. 103.

²³⁷ S. zu diesem Problem auch AEBI-MÜLLER, Selbstbestimmung (Fn. 25), S. 161 f.

[Rz 168] Im Einzelfall ist sodann zu prüfen, ob die Verfügung sich tatsächlich auf die nun vorliegende *medizinische Sachlage* bezieht. Denkbar ist beispielsweise, dass der Verfügende die Verwendung bewusstseinsbeschränkender Schmerzmittel ablehnt, ohne dass damit ein absolutes Verbot bei (unvorhersehbaren) ausserordentlichen und unerträglichen Schmerzzuständen gemeint ist. Das Verbot einer künstlichen Beatmung ist allenfalls nur für eine längerfristige Massnahme gedacht, nicht jedoch für eine bloss kurzfristige und vorübergehende Intubierung im Rahmen einer kurativen Behandlung.

[Rz 169] Ist der Patient mit Bezug auf die konkrete Massnahme zwar nicht mehr urteilsfähig²³⁸, aber doch noch *äusserungsfähig*, so muss er auch bei Vorliegen einer Patientenverfügung in den Behandlungsentscheid einbezogen werden. Dies ergibt sich nicht direkt aus den (insofern verkürzenden) Bestimmungen über die Patientenverfügung, aber aus den allgemeinen Regeln betreffend die Behandlung urteilsunfähiger Patienten²³⁹.

e) Ausnahme: Abweichen von der PV

[Rz 170] Gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB kann von der Patientenverfügung abgewichen werden, «wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht». Auf diese Gründe ist im Folgenden näher einzugehen.

aa) Verstoss gegen gesetzliche Vorschriften und nicht indizierte Behandlung

[Rz 171] Unbeachtlich ist eine Patientenverfügung, wenn die Anordnungen gegen gesetzliche Vorschriften verstossen (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Verfügung eine direkte aktive Sterbehilfe anordnet²⁴⁰. Auch die Behandlung mit in der Schweiz nicht zugelassenen Medikamenten oder Methoden kann nicht gültig verlangt werden. Demgegenüber ist die indirekte aktive Sterbehilfe, d.h. insbesondere die Schmerzlinderung mit Mitteln, welche zugleich lebensverkürzend sind, zulässig und kann daher Gegenstand einer Patientenverfügung sein. Unstreitig kann sich der Patient sodann (im Sinne einer passiven Sterbehilfe) mittels einer Verfügung gegen lebenserhaltende Massnahmen wehren, bspw. gegen Wiederbelebungsmaßnahmen oder künstliche Ernährung²⁴¹.

[Rz 172] Schliesslich ist zu beachten, dass ein Eingriff nach den allgemeinen Regeln des Arztrechts nur dann rechtmässig ist, wenn nicht nur die tatsächliche oder mutmassliche Einwilligung des Patienten — nach entsprechender ärztlicher Aufklärung — vorliegt, sondern die Massnahme auch *medizinisch indiziert* ist. So gesehen kann die Anordnung einer medizinisch klar kontraindizierten Massnahme (bspw. der Wunsch nach einem bestimmten Schmerzmedikament, das nicht mehr zugelassen oder mit einer anderen, zur Behandlung erforderlichen Medikation unverträglich ist) auch über den Weg der Patientenverfügung nicht rechtsgültig verlangt werden.

²³⁸ Vgl. Rz. 27 ff.

²³⁹ Art. 377 Abs. 3 ZGB, vgl. auch Art. 6 Abs. 3 zweiter Satz des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin, SR 0.810.2; s. vorne, Rz. 115 ff.

²⁴⁰ HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB(Fn. 5), S. 105, m.w.H.

²⁴¹ Ähnlich BSK-WYSS(Fn. 213), N 13 ff. zu Art. 372 ZGB.

bb) Zweifel am freien Willen

[Rz 173] Der Patientenverfügung ist nicht Folge zu leisten, wenn (erhebliche) Zweifel am freien Willen des Betroffenen bestehen²⁴². Im Vordergrund stehen dabei die *Willensmängel* i.S.v. Art. 23 ff. OR (Irrtum, Täuschung, Furchterregung, Zwang)²⁴³.

[Rz 174] Heikel sind Verfügungen, die ihren Grund in einer streng religiösen bzw. sektiererischen Weltanschauung haben. Insofern ist zweierlei zu bedenken: Einerseits muss die in einer Patientenverfügung getroffene Anordnung weder objektiv vernünftig sein noch der herrschenden Anschauung entsprechen. Vielmehr ist — schon mit Blick auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) — die persönliche Überzeugung des Patienten beachtlich, falls der Betroffene beim Abfassen der Verfügung urteilsfähig war und diese nicht seinem aktuellen mutmasslichen Willen widerspricht (Rz. 175 ff.). Andererseits kann u.a. im Umfeld einer Sekte der Druck auf das einzelne Mitglied, eine bestimmte Verfügung (entgegen der persönlichen Überzeugung) anzufertigen oder zu unterzeichnen, so erheblich sein, dass von einem freien Willen nicht mehr die Rede sein kann. In dieser Sachlage ist die Verfügung i.S.v. Art. 372 Abs. 2 ZGB unbeachtlich.

cc) Widerspruch zum (aktuellen) mutmasslichen Willen

[Rz 175] Die Patientenverfügung ist auch dann unbeachtlich, wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie noch dem *mutmasslichen Willen* des Patienten entspricht (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Die Auslegung dieses Vorbehalts ist umstritten. Teilweise wird verlangt, dass der Patient noch in urteilsfähigem Zustand der schriftlichen Verfügung widersprochen hat²⁴⁴. Die ganz h.L. geht demgegenüber zu Recht davon aus, dass auch eine Äusserung, welche der Patient tätigt während die volle Urteilsfähigkeit nicht mehr bejaht werden kann, nicht völlig unberücksichtigt bleiben darf²⁴⁵. Schon aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen muss ein solcher natürlicher Wille beim Behandlungsentscheid einbezogen werden.

[Rz 176] Anlass zu begründeten Zweifeln kann — neben entsprechenden Äusserungen — auch ein *sonstiges Verhalten* des Patienten wecken (bspw. Austritt aus der Sekte, welche die Patientenverfügung vorgibt, oder Inanspruchnahme einer Behandlung, welche in der PV abgelehnt wurde, in noch urteilsfähigem Zustand: hier ist ggf. die Wiederholung bzw. Fortführung dieser Massnahme erlaubt).

[Rz 177] Daneben können auch *äussere Umstände* die Verfügung in Frage stellen. Wurde mittels Verfügung eine vertretungsberechtigte Person eingesetzt (Rz. 153), kann der Abbruch der Beziehung das der Verfügung zugrunde liegende Vertrauensverhältnis zerstört haben. Zweifel an der Aktualität der Verfügung können ausserdem u.a. dann bestehen, wenn die Verfügung vor längerer Zeit errichtet wurde, mittlerweile neue und besser geeignete Behandlungsmethoden entwickelt worden sind oder sich die Lebenssituation des Patienten grundlegend geändert hat²⁴⁶. Die *Vorstellung eines lebenswerten Lebens* kann sich im Verlaufe des Lebens und mit zunehmendem Al-

²⁴² Ausführlich dazu WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 176 ff.

²⁴³ S. REUSSER, Patientenwille und Sterbebeistand: Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, Zürich 1994, S. 109 ff.

²⁴⁴ So die Stellungnahme der NEK 17/2011 «Patientenverfügung», S. 30.

²⁴⁵ So u.a. BSK-WYSS (Fn. 213), N 25 ff. zu Art. 372 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 170), Rz. 20.56.

²⁴⁶ Kritisch mit Bezug auf die Fähigkeit zur Antizipation u.a. AEBI-MÜLLER, Selbstbestimmung (Fn. 25), S. 165 ff.; zudem WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 188 f.

ter erheblich verändern und es kann nicht immer von der blossen Tatsache, dass eine Verfügung nicht in der gehörigen Form widerrufen wurde, auf deren Aktualität geschlossen werden. Da der Gesetzgeber die Patientenverfügung bewusst nicht befristet hat, ist der blosse Zeitablauf für sich allein genommen aber kein hinreichender Grund um von der Verfügung abzuweichen.

[Rz 178] Zwar erscheint die Möglichkeit, wegen Zweifeln an der Aktualität der Verfügung von dieser abzuweichen, grundsätzlich sinnvoll. Es ist aber nicht zu verkennen, dass damit die *Wirksamkeit der Verfügung* erheblich abgeschwächt wird. Namentlich wenn eine gewisse Dringlichkeit besteht und die handelnden Ärzte oder Angehörige Zweifel an der Aktualität äussern, werden wohl bis zur Klärung die zur Erhaltung des bisherigen Zustandes medizinisch notwendigen Massnahmen ergriffen, auch wenn diese nicht der Verfügung entsprechen. Dabei ist denkbar, dass nicht leicht wieder rückgängig zu machende Behandlungsschritte erfolgen, die sich nachträglich als Verstoß gegen die Verfügung erweisen können (zu denken ist etwa an eine CPR).

dd) Vorgehen bei Nichtbefolgung der PV

[Rz 179] Gelangt der behandelnde Arzt bzw. das Ärzteteam zum Schluss, dass aus einem der genannten Gründe der Patientenverfügung nicht zu entsprechen ist, so ist dies unter Grundangabe im Patientendossier zu vermerken (Art. 372 Abs. 3 ZGB). Damit verdeutlicht der Gesetzgeber, dass dem Grundsatz nach von der Verbindlichkeit der Verfügung auszugehen ist und dem Arzt die Beweislast obliegt, wenn er einen Unverbindlichkeitsgrund geltend macht²⁴⁷. Das Nichtbefolgen einer gültigen und wirksamen Patientenverfügung stellt eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar²⁴⁸, welche zivil-, straf- und standesrechtliche Folgen zeitigen kann.

f) Bedeutung der ungültigen bzw. unwirksamen PV

[Rz 180] Erweist sich die Patientenverfügung als formungültig, als zu unbestimmt oder aus den in Art. 372 Abs. 2 ZGB genannten Gründen unwirksam, ist sie unverbindlich. Dennoch kann sie als *Indiz für den mutmasslichen Willen* des urteilsunfähigen Patienten dienen. Die nicht zulässige Anordnung einer aktiven Sterbehilfe kann bspw. so interpretiert werden, dass der Patient auf lebensverlängernde Massnahmen verzichten möchte und stattdessen eine palliative Behandlung — einschliesslich einer allenfalls lebensverkürzenden Schmerztherapie — bevorzugt.

4. Anrufung und Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

[Rz 181] Jede dem Patienten nahestehende Person ist berechtigt die Erwachsenenschutzbehörde anzurufen, wenn die behandelnden Ärzte der Verfügung nicht entsprechen, wenn die *Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet* sind oder wenn eine Patientenverfügung befolgt wird, welche gar nicht dem Willen der betroffenen Person entspricht und daher unwirksam ist (Art. 373 Abs. 1 ZGB). Das Gesetz verlangt dazu einen schriftlichen Antrag, indessen dürfte es sich um eine blosse Ordnungsvorschrift handeln: Selbstverständlich hat die Behörde einer bloss münd-

²⁴⁷ DAZU AEBI-MÜLLER, Selbstbestimmung (Fn. 25), S. 171.

²⁴⁸ WIDMER BLUM (Fn. 25), S. 216.

lich vorgebrachte Beanstandung von Amtes wegen nachzugehen²⁴⁹. Der Kreis der nahestehenden Personen ist sodann weit zu fassen, neben Freunden und Angehörigen sollte auch Spitex- oder Pflegepersonal im Einzelfall dazu gerechnet werden.

[Rz 182] Weil sich die Patientenverfügung in erster Linie an die behandelnden Ärzte und Ärztinnen richtet, kommt der Erwachsenenschutzbehörde eine wesentlich *geringere Rolle* zu als etwa beim Vorsorgeauftrag²⁵⁰. Wird der Patientenverfügung nicht entsprochen, hat die Erwachsenenschutzbehörde zu prüfen, ob ein Abweichen gerechtfertigt ist. Besteht Unsicherheit mit Bezug auf die Formgültigkeit oder Wirksamkeit der Verfügung, hat sie entsprechende Abklärungen durchzuführen²⁵¹. Gegebenenfalls trifft sie Vorkehrungen zur Durchsetzung der Verfügung. Die Behörde muss zudem weitere Massnahmen anordnen, falls sich die Interessen eines urteilsunfähigen Patienten als gefährdet erweisen, bspw. die Absetzung einer in der Patientenverfügung bezeichneten Vertretungsperson und die Einsetzung eines Vertretungsbeistandes für medizinische Behandlungsentscheide (Art. 373 Abs. 2, Art. 368 ZGB).

IX. Schlussbemerkungen

[Rz 183] Das aktuelle Konzept des schweizerischen Gesetzgebers sichert die Patientenautonomie primär durch die Regeln des Persönlichkeitsschutzes (der ärztliche Heileingriff bedarf zu seiner Rechtfertigung der Einwilligung des aufgeklärten Patienten) und des Handlungsfähigkeitsrechts (die Einwilligung bedarf nur, aber immerhin, der Urteilsfähigkeit). Der Patient hat die Möglichkeit, in einer Patientenverfügung Regeln zu seiner Behandlung festzulegen und damit die Selbstbestimmung über den Zeitpunkt seiner Urteilsfähigkeit hinaus in gewisser Weise zu perpetuieren. Zudem kann er Vertrauenspersonen einsetzen, welche ihn gegebenenfalls vertreten. Fehlt es an einer entsprechenden eigenen Vorsorge, ist der Behandlungsentscheid nach dem mutmasslichen Patientenwillen zu treffen, wobei eine gesetzliche Vertreterkaskade den zum Entscheid berufenen Vertreter bestimmt. Der urteilsunfähige, aber äusserungsfähige Patient ist in die Entscheidungsfindung soweit möglich einzubeziehen. Die Einhaltung dieser Regeln kann durch die Erwachsenenschutzbehörde überwacht werden, sofern sie einbezogen wird. Eine zusätzliche Absicherung erfolgt sodann durch zivil-, straf- und standesrechtliche Sanktionen, welche der Arzt riskiert, der ohne gehörige Einwilligung behandelt.

[Rz 184] In geraffter Form scheint das Konzept zu überzeugen. Näheres Hinsehen hat allerdings auch dessen *Schwachpunkte* aufgezeigt: Die durch die beschriebene Regelung zwingend erforderliche Grenzziehung zwischen Urteilsfähigkeit und Urteilsunfähigkeit ist in verschiedener Hinsicht problematisch. So ist etwa nicht einmal sichergestellt, dass der behandelnde und für die Klärung grundsätzlich zuständige Arzt dasselbe Verständnis vom Begriff der Urteilsfähigkeit hat wie der Gesetzgeber. Selbst wenn dies zutrifft, kann die Klärung der Urteilsfähigkeit im Einzelfall heikel sein, insbesondere, wenn sie unter Zeitdruck erfolgt. Zudem entscheidet sich nach einer wertenden Betrachtungsweise, wo die Schwelle der Urteilsfähigkeit für Behandlungsentscheide angesetzt wird, sodass davon auszugehen ist, dass in der Praxis unterschiedliche Standards zur Anwendung gelangen. Für den behandelnden Arzt ist der Entscheid auch deshalb problematisch,

²⁴⁹ CHK-BREITSCHMID/KAMP(Fn. 224), N 1 zu Art. 373 ZGB.

²⁵⁰ BSK-WYSS(Fn. 213), N 1 zu Art. 373 ZGB.

²⁵¹ Vgl. CHK-BREITSCHMID/KAMP(Fn. 224), N 7 zu Art. 373 ZGB.

weil ihn die Beweislast und damit das Risiko einer Fehlbeurteilung trifft. Aber auch bei klarer Urteilsunfähigkeit können Schwierigkeiten auftreten: Ob die Patientenverfügung anwendbar ist oder die Vertretungspersonen verlässlich sind, ist oft nicht einfach zu entscheiden. Der vorliegende Beitrag versteht sich mit Blick auf all diese Vorbehalte primär als Übersicht über die zahlreichen rechtlichen Problemstellungen im Zusammenhang mit Patienten, deren Urteilsfähigkeit zweifelhaft ist. Ob das geltende Handlungsfähigkeitskonzept mit seiner alles entscheidenden Frage nach der Urteilsfähigkeit als solches den Besonderheiten des medizinischen Alltags gerecht wird, kann an dieser Stelle nicht abschliessend geklärt werden. Neuere sozialwissenschaftliche Studien wecken allerdings, wie dargelegt wurde, erhebliche Zweifel an der Praktikabilität und Tragfähigkeit der gesetzlichen Lösung. Diesen Zweifeln wird die Rechtswissenschaft weiterhin auf den Grund gehen müssen.

Prof. Dr. iur. REGINA E. AEBI-MÜLLER ist ordentliche Professorin an der Universität Luzern.