

● Forum

Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht

Von Prof. Dr. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Universität Luzern

1. Einleitung: Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht
 2. Die Ausgangslage im Medizinrecht
 3. Die neue Regelung der Patientenverfügung im Überblick
 4. Exkurs: das Fallbeispiel Albert
 5. Patientenverfügung und Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit
 6. Patientenverfügung und Information
 7. Bestimmtheitsgrundsatz und Auslegung der Patientenverfügung
 8. Patientenverfügung und Antizipation
 9. Patientenverfügung und Partizipation
 10. Beweislast, Beweismass und die medizinische Praxis
 11. Fazit
-
1. Einleitung: Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht

Im neuen Erwachsenenschutzrecht ist die *Stärkung der Selbstbestimmung und der eigenen Vorsorge* erklärtes Ziel.¹ Das Selbstbestimmungsrecht ist Ausfluss der verfassungsrechtlich in Art. 7 der Bundesverfassung verankerten Menschenwürde und insbesondere des Grundrechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit nach Art. 10 Abs. 2 BV. Zur Aufwertung des Selbstbestimmungsrechts soll im neuen Recht beitragen, dass die Selbstbestimmung bei Eintreten der eigenen Urteilsunfähigkeit gestärkt wird. Mit der Stärkung des Autonomiegedankens soll zugleich das Subsidiaritätsprinzip verwirklicht werden.

1 Anstatt vieler: HÖRZ, Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda, ZKE 2011, 102; Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7001 ff., 7011 f.

Dies sieht man beispielhaft an den neuen, flexiblen Beistandschaften «nach Mass». Staatliches Eingreifen soll, noch ausgeprägter als nach bisherigem Recht, subsidiär sein. Nach dem Subsidiaritätsprinzip dürfen Erwachsenenschutzmassnahmen nur dann angeordnet werden, wenn den negativen Folgen eines Schwächezustandes nicht anders begegnet werden kann. Dieser Grundsatz wird durch das neue Recht im Gesetz konkretisiert, indem das Erwachsenenschutzrecht selber einen Teil der eigenen Vorsorge regelt und die Vertretungsmöglichkeiten der Angehörigen ausdehnt. Nicht zu verkennen ist überdies, dass es dabei auch um eine Entlastung des Staates geht.

Im Folgenden soll ein Einzelaspekt des neuen Rechts herausgegriffen werden, nämlich die Möglichkeit, mittels einer Patientenverfügung die Einwilligung zu medizinischen Eingriffen zu erteilen bzw. diese zu verweigern. Der vorliegende Beitrag versteht sich nicht als wissenschaftliche Aufarbeitung der (bereits heute sehr umfangreichen) Literatur, sondern als «unfertiger» und kritischer Denkanstoss. Er beruht auf einem Referat vor dem Bernischen Juristenverein am 19. November 2012, der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.²

2. Die Ausgangslage im Medizinrecht

Nach dem heutigen Stand von Lehre und Rechtsprechung kann als weitestgehend unbestritten gelten, dass ein ärztlicher Heileingriff auch bei Erfolg grundsätzlich eine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Nach Art. 28 ZGB sind Persönlichkeitsverletzungen widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, wobei im Bereich des Arzthandelns praktisch nur der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Patienten infrage kommt. Die gültige Einwilligung setzt allerdings einiges voraus:

Der Patient muss aufgeklärt werden. Die *Aufklärung* umfasst nach Lehre und Rechtsprechung verschiedenste Aspekte, die im vorliegenden Rahmen nur verkürzt angesprochen werden können. Dazu gehört einmal die Diagnoseaufklärung, d. h. die Aufklärung über Befunde und Verdachtsmomente. Sodann die Verlaufsaufklärung im Sinne einer Aufklärung über den voraussichtlichen Krankheitsverlauf, Behandlungsablauf und -alternativen. Selbstredend gehört auch die Risikoaufklärung mit Bezug auf die im Zusammenhang mit einer bestimmten Behandlung vorhandenen Risiken dazu. Für

2 Für wertvolle Hinweise zum Manuskript danke ich Prof. Dr. Dr. h.c. Heinz Hausheer, Bern, sowie Frau Dr. Bianka Dörr, Zürich/Luzern. Ausgangspunkt für die Beschäftigung mit dem Thema bildet das SNF-Projekt der Autorin im Rahmen des NFP 67 «Lebensende».

die folgenden Gedanken scheint mir dabei ein Punkt besonders bedeutsam zu sein: Auf die Aufklärung kann *nicht völlig verzichtet* werden. Dies ergibt sich schon daraus, dass im Bereich des Persönlichkeitsschutzes zu allgemein gehaltene Einwilligungen unwirksam sind. Im Bereich des Arztrechts wird daraus geschlossen, dass die gültige Einwilligung mindestens eine rudimentäre Information voraussetzt. Nach der h. L. ist eine minimale Aufklärung als persönlichkeitsrechtlicher Kern der Aufklärung im Lichte von Art. 27 ZGB unverzichtbar.³ Ein Verzicht auf weiter gehende, über das Minimum hinausgehende Aufklärung muss zudem klar geäußert werden. Die gültige Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung setzt überdies Urteilsfähigkeit voraus.

Dem Gesagten ist beizufügen, dass der Arzt sich «kritisch mit den Wünschen des Patienten auseinanderzusetzen und namentlich unaufgefordert zu unzumutbaren Weisungen Stellung zu nehmen (hat). Gelangt er zur Einsicht, dass eine Weisung nicht sinnvoll ist oder die Heilung des Patienten sogar gefährdet, trifft ihn eine eigentliche Abmahnungspflicht.»⁴

Im Übrigen, und auch das ist für die nachfolgenden Überlegungen zentral, kann die Einwilligung zu einem medizinischen Eingriff nach schweizerischer Rechtsauffassung jederzeit widerrufen werden. Mit anderen Worten ist eine *Bindung für die Zukunft* im Bereich medizinischer Behandlungsentscheide *unzulässig*. Dies ergibt sich aus Art. 27 Abs. 2 ZGB und ist, soweit ersichtlich, völlig unbestritten.

3. Die neue Regelung der Patientenverfügung im Überblick

Nach Art. 370 Abs. 1 ZGB kann eine urteilsfähige Person «in einer Patientenverfügung festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt». Im zweiten und dritten Absatz derselben Bestimmung wird die Möglichkeit der Bezeichnung einer Vertretungsperson eröffnet. Darauf soll im Folgenden nicht weiter eingegangen werden.

Die *Formvorschriften* finden sich in Art. 371 ZGB. Danach ist die Patientenverfügung schriftlich zu errichten, zu datieren⁵ und zu unterzeich-

3 Anstatt vieler: FELLMANN, Arzt und Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, 206.

4 FELLMANN (a. a. O.), 133; dies muss gleichermassen für die Anordnung einer nicht gebotenen wie für die Verweigerung einer sich aus medizinischer Sicht aufdrängenden Behandlung gelten.

5 Ob bei fehlender Datierung die Verfügung unwirksam wird, ist unklar; grosszügig insofern etwa MEIER/LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Zürich 2011, Rz. 271.

nen. Denkbar ist somit, dass die verfügende Person einen vorformulierten Text datiert und unterschreibt. Es erfolgt keine Kontrolle darüber, ob sie sich mit dem Inhalt der Verfügung in irgendeiner Weise auseinandergesetzt hat.

Für den *Widerruf der Patientenverfügung* erklärt das Gesetz die Bestimmungen über den Widerruf des Vorsorgeauftrages als sinngemäss anwendbar. Konkret bedeutet dies, dass die Patientenverfügung jederzeit in der Form widerrufen werden kann, die für ihre Errichtung vorgesehen ist. Das heisst, der Widerruf hat grundsätzlich schriftlich zu erfolgen, ist zu datieren und zu unterzeichnen. Überdies kann die Verfügung auch durch Vernichtung der Urkunde widerrufen werden. Die Errichtung einer neuen Verfügung ersetzt die bisherige Verfügung, soweit nicht zweifellos eine blosser Ergänzung vorliegt. Dies bedeutet – und darauf ist später zurückzukommen –, dass eine Patientenverfügung nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht mündlich widerrufen werden kann⁶ und zudem ein bloss hypothetischer Wille an sich unbeachtlich ist.⁷ Die Gültigkeit der Verfügung ist zudem nicht befristet.

Der *Eintritt der Urteilsunfähigkeit* ist gemäss Art. 372 Abs. 1 ZGB Suspensivbedingung für den Eintritt der Wirkungen der Patientenverfügung. Ist diese Bedingung erfüllt, so hat der behandelnde Arzt der Verfügung gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB zu entsprechen. Das neue schweizerische Erwachsenenschutzrecht geht mit anderen Worten – anders als gewisse andere Rechtsordnungen – vom *Grundsatz der Verbindlichkeit* aus: Die Patientenverfügung «gilt als tatsächlicher Wille der verfügenden Person – dieser ist im Zeitpunkt des Eingriffs seitens der behandelnden Ärzteschaft zwingend zu befolgen».⁸ Nur widerrechtliche Patientenverfügungen, beispielsweise die Anordnung einer direkten aktiven Sterbehilfe, sind unbeachtlich. Die Patientenverfügung ist überdies auch dann unverbindlich, wenn sie nachweislich nicht aus freiem Willen errichtet wurde (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Entspricht der Arzt aus einem dieser Gründe der Patientenverfügung nicht,

6 Anders beispielsweise das deutsche Recht; vgl. dazu etwa OLZEN/SCHNEIDER, Das Patientenverfügungsgesetz (PatVG) vom 1.9.2009 – eine erste Bilanz, MedR 2010, 745; kritisch zur Regelung in der Schweiz auch Stellungnahme 17/2011 «Patientenverfügung» der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, Ziff. 3.3.2.2, S. 27.

7 Vorbehalten bleibt Art. 372 Abs. 2 ZGB, auf diese Norm ist sogleich einzugehen.

8 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, 65 ff., 104.

so hat er die Gründe dafür im Patientendossier zu dokumentieren (Art. 372 Abs. 3 ZGB).

Aus Art. 373 ZGB ergibt sich, dass für den Behandlungsentscheid betreffend eine urteilsunfähige Person kein Einbezug der Erwachsenenschutzbehörde erforderlich ist. Die Behörde kommt nur dann ins Spiel, wenn eine dem Patienten nahestehende Person sie anruft, weil der Verfügung nicht entsprochen wird, die Interessen des urteilsunfähigen Patienten gefährdet sind oder die Patientenverfügung nicht auf freiem Willen beruht. Wichtig an dieser Norm: Grundsätzlich braucht es somit im Zusammenhang mit der Anwendung oder Nichtanwendung einer Patientenverfügung kein behördliches Mitwirken. Die Ärzteschaft entscheidet selber. Nur bei entsprechender Anzeige muss die Behörde gegebenenfalls tätig werden.

4. Exkurs: das Fallbeispiel Albert

Zur Illustration der nachfolgenden Ausführungen sei hier ein kurzes Fallbeispiel eingeführt.

Im Alter von 62 Jahren verfasst der verheiratete Albert eine Patientenverfügung. Hintergrund: Sein Vater, früher erfolgreicher Geschäftsmann, ist an Alzheimer erkrankt, und Albert findet dessen Leben «entwürdigend». Er weiss, dass er keine aktive Sterbehilfe verlangen kann, aber mindestens will er, dass für den Fall, dass er selber erkrankt, keinerlei lebensverlängernde Massnahmen irgendwelcher Art getroffen werden.

Im Alter von 70 Jahren erleidet Albert einen Schlaganfall, von dem er sich in der Folge recht gut erholt. Als er 78 Jahre alt ist, stirbt seine Frau und Albert fällt für einige Zeit in eine Altersdepression, welche seine Urteilsfähigkeit beeinträchtigt. Als er sich – mittlerweile im Pflegeheim untergebracht – wieder «verliebt», steigt sein Lebensmut an. Doch dann setzt geistiger Zerfall ein, Albert verliert seine Urteilsfähigkeit mehr und mehr. Im Alltag ist er zwar stark verwirrt, wirkt aber insgesamt lebensfroh, zeigt guten Appetit und nimmt an Angeboten des Pflegeheims teil. Dürfen ihm Antibiotika verabreicht werden, als er im Alter von 82 Jahren lebensbedrohlich an einer Lungenentzündung erkrankt?

Das durchaus nicht ganz unrealistische Beispiel wirft verschiedene Fragestellungen rund um die Patientenverfügung auf: Ab welchem Moment gilt die Patientenverfügung? Darf – trotz Vorliegens einer Patientenverfügung – auf den «mutmasslichen Willen» von Albert abgestellt werden, wenn sich dieser lebensfroh und munter zeigt? Was ist hier überhaupt der «mutmassliche Wille»? Der Wille, den Albert zuletzt vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit hatte? Und vor allem: Wo liegt die Schwelle der Urteils-

fähigkeit? Lässt sich die Urteilsfähigkeit ähnlich messen wie eine Fieberkurve (Abb. 1)?

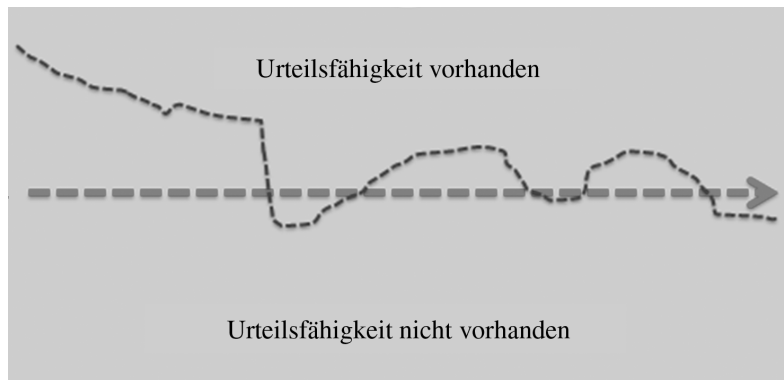


Abb. 1

5. Patientenverfügung und Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit

5.1 *Urteilsfähigkeit als Schlüsselbegriff*

Das Schweizerische Handlungsfähigkeitsrecht geht von einem *Schwarz-Weiss-Schema* aus: Bezogen auf ein bestimmtes rechtlich relevantes Verhalten ist die Handlungsfähigkeit entweder gegeben oder aber nicht. Da im Bereich der Patientenrechte Urteilsfähigkeit genügt,⁹ bedeutet dies, dass bei Vorliegen der Urteilsfähigkeit der Patientenwille zu befolgen ist. Dies gilt auch dann, wenn dieser unvernünftig erscheint oder den objektiven Interessen des Betroffenen zuwiderläuft. Nicht beachtlich sind zudem die Motive, die einer bestimmten Entscheidung des urteilsfähigen Patienten zugrunde liegen, solange sich daraus nicht ausnahmsweise eine Urteilsunfähigkeit ableiten lässt (etwa bei Wahnvorstellungen o.dgl.). Ist die Urteilsfähigkeit mit Bezug auf eine bestimmte medizinische Entscheidung hingegen (gerade) nicht mehr vorhanden, so kann auf den aktuellen Patientenwillen nicht abgestellt werden und ist nach der neuen gesetzlichen Regelung nur noch die allenfalls vorhandene Patientenverfügung massgeblich. Die «Willensäußerung» eines Urteilsunfähigen ist nichtig, weshalb Urteilsunfähige

9 Exemplarisch BGE 134 II 235.

«nicht über ihre Körperintegrität entscheiden können».¹⁰ So gesehen ist die Urteilsfähigkeit «der Schlüssel zu sämtlichen persönlichkeitsbezogenen Patientenrechten und damit die Schwelle zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in medizinischen Angelegenheiten».¹¹

Wie der somit alles entscheidende *Begriff der Urteilsfähigkeit* zu definieren ist, ist nun allerdings auch über hundert Jahre nach Verankerung dieses Begriffs in Art. 16 ZGB nicht zweifelsfrei erkennbar. Selbst wenn über dessen rechtlichen Gehalt Einigkeit bestünde, bestehen erhebliche Probleme in Bezug auf die effektive Klärung der Frage im Einzelfall. Zahlreiche jüngere und jüngste Publikationen zum Thema belegen, wie schwierig die tatsächliche Feststellung der Urteilsfähigkeit bzw. -unfähigkeit ist.¹²

Das Problem mit der Urteilsfähigkeit ist allerdings noch viel grundlegender: Es ist *ungeklärt, wer die Definitionshoheit hat*. Natürlich wir Juristinnen und Juristen, ist man (zumal in der vorliegenden juristischen Zeitschrift) versucht auszurufen. Schliesslich ist der Begriff im Zivilgesetzbuch verankert, und wenn es zum Streit kommt, hat ein Gericht darüber zu befinden. Das Vorliegen der Urteilsfähigkeit ist also eine Rechtsfrage. Es ist aber nicht zu verkennen, dass die Ärzte mit ebenso grossem – wenn nicht grösserem – Selbstbewusstsein die Definitionshoheit für sich in Anspruch nehmen und uns Juristen und Juristinnen die Fähigkeit absprechen, die Urteilsfähigkeit in der Praxis konkret feststellen zu können. Im Übrigen sind es am Krankenbett, wie bereits dargelegt, die Medizinalpersonen, die entscheiden, ob sie den Patienten als urteilsfähig wahrnehmen und auf seine aktuelle Willensäußerung abstellen oder nicht. In der Literatur wird insofern ausdrücklich betont, dass nicht die Erwachsenenschutzbehörde, sondern die

10 SPRECHER, Patientenrechte Urteilsunfähiger, Veto- und Partizipationsrechte Urteilsunfähiger in medizinischen Angelegenheiten und ihre (spezialgesetzliche) Regelung im schweizerischen Recht, FamPra 2011, 270 ff., 275 f.

11 SPRECHER (Fn. 10), 276; der Begriff der «Fremdbestimmung» ist insofern dogmatisch nicht ganz korrekt, als juristisch betrachtet eben keine Fremdbestimmung vorliegt, wenn der Betroffene zur Bildung und/oder Äusserung eines eigenen, rechts-erheblichen Willens nicht (mehr) in der Lage ist.

12 Anstatt vieler siehe etwa HAUSHEER/PERRIG-CHIELLO, Selbstbestimmung – auch eine Frage des Alters, ZBJV 2012, 773 ff.; vgl. ferner die Hinweise auf Studien von 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, 37 ff., 48, wonach die Urteilsfähigkeitsuntersuchung durch die behandelnden Ärzte Züge einer «self-fulfilling quality» aufweise.

behandelnde Ärzteschaft über die Urteilsfähigkeit und die Wirksamkeit der Patientenverfügung befinde.¹³

5.2 Zum Massstab der Urteilsfähigkeit mit Bezug auf medizinische Behandlungsentscheide

Die Urteilsfähigkeit ist, wie soeben festgestellt, keine Sachverhalts-, sondern eine Rechtsfrage. Der «richtige» Standard für die Handlungsfähigkeit mit Bezug auf medizinische Behandlungsentscheide beinhaltet damit letztlich ein *Werturteil*. In den Worten einer englischsprachigen Kollegin: «The proper standard of capacity must be chosen, it cannot be discovered.»¹⁴ Dies führt mich zur nächsten Problematik: Welches ist in unserem Kontext von Behandlungsentscheiden und Patientenverfügung der «richtige» Massstab der Urteilsfähigkeit? Soweit ersichtlich ist in der Schweiz unbestritten, dass die Urteilsfähigkeit stets (nur) *relativ* ist: Zu fragen ist somit, ob die handelnde Person zu einem bestimmten Zeitpunkt (zeitliche Relativität) für ein konkretes, rechtlich relevantes Verhalten (sachliche Relativität) urteilsfähig war oder nicht.¹⁵

Ist nun die Urteilsfähigkeit mit Bezug auf medizinische Behandlungen gerade an einem sehr *strengen Massstab* zu messen, weil es um sehr komplexe und überdies sehr bedeutsame Entscheidungen geht – oder gerade umgekehrt an einem sehr *tiefen Massstab*, weil grundsätzlich niemand anders für mich soll entscheiden können? Genügt es also beispielsweise, wenn Albert in unserem Beispiel (oben, 4.) offensichtlich Lebenslust zeigt? Beide Grundhaltungen sind, so scheint mir, nicht optimal: Wenn die Schwelle hoch angesetzt wird (Abb. 2), entspricht dies zwar dem dogmatischen Konzept der Handlungsfähigkeit gut.¹⁶ Der Gedanke der Selbstbestimmung scheint dann aber zurück-

13 So u. a. HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 8), 103/4; ähnlich MEIER/LUKIC (Fn. 5), Rz. 273, die feststellen, dass auch die formelle Gültigkeit der Verfügung durch den Arzt (und nicht durch die Erwachsenenschutzbehörde) zu prüfen sei.

14 DONELLY (Fn. 12), 47.

15 Siehe etwa HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 06.50 ff. Ohne Weiteres denkbar und gerade im fortgeschrittenen Alter nicht selten ist beispielsweise, dass eine Person Alltagsgeschäfte (noch) selbstständig erledigen kann, für Willenserklärungen grösserer Tragweite aber nicht (mehr) die nötige Einsichts- oder Willensbildungsfähigkeit hat. Bei gewissen geistigen Erkrankungen sind überdies «lichte Momente» möglich, oder aber die Urteilsfähigkeit ist zufolge einer medikamentösen Behandlung nur zeitweise gegeben.

16 Eine hohe Hürde der Urteilsfähigkeit ist sodann für die handelnde Ärzteschaft aus haftungsrechtlichen Überlegungen von Vorteil, siehe hinten, 10.

gedrängt zu werden – selbstbestimmtes Handeln ist dann nur noch für einen vergleichsweise kleineren Prozentsatz an schwerkranken Patienten möglich. Wird der Massstab aber zu tief angesetzt (Abb. 3), in letzter Konsequenz in der Nähe der blossen Äusserungsfähigkeit, so besteht die Gefahr, dass Äusserungen von Menschen befolgt werden, die eigentlich schutzbedürftig sind, die mit anderen Worten vor sich selbst geschützt werden müssten. Auch das ist ein wichtiges Ziel des Erwachsenenschutzrechtes, das, wie der Name sagt, eben Schutzrecht ist. Wenn der Gedanke der *tiefen* Eintrittsschwelle zu Ende gedacht wird, dann dürfte zudem der jugendliche depressive Selbstmörder nicht mehr gerettet werden – auch wenn die Psychiatrie längst erkannt hat, dass ein Grossteil der versuchten Suizide Hilfeschreie sind und die Geretteten dankbar für ihre Rettung. Persönlich neige ich in diesen Sachlagen im Zweifelsfall zum Schutz des Lebens – dies im Bewusstsein, dass es sich, wie eben dargelegt, um ein Werturteil handelt und andere Juristinnen und Juristen, Ärztinnen und Ärzte sowie Ethikerinnen und Ethiker das anders sehen mögen.

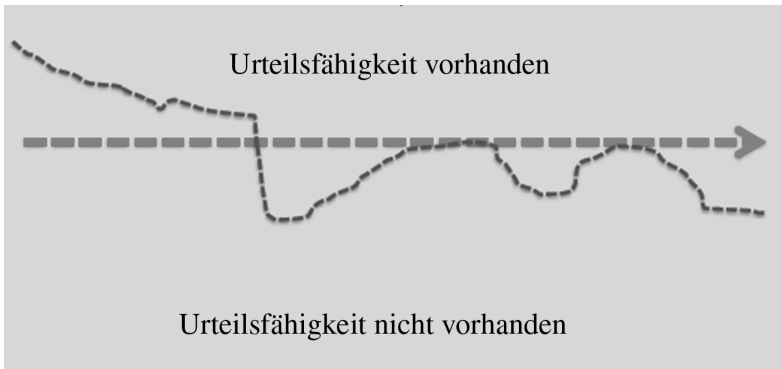


Abb. 2

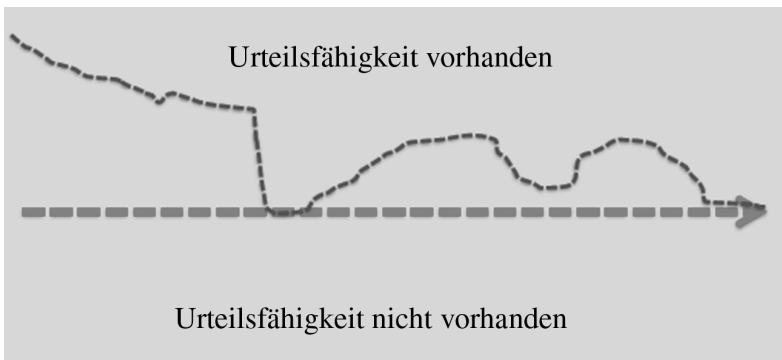


Abb. 3

5.3 Folgen der Urteilsunfähigkeit

Geht man, wie eingangs dargelegt, davon aus, dass mit Bezug auf medizinische Behandlungen keine gültige Selbstverpflichtung für die nähere und fernere Zukunft möglich ist, dann ist immer der *aktuelle Patientenwille* massgeblich, nicht ein früherer Wille. Ist der Patient jedoch nicht mehr in der Lage, sich einen rechtlich bedeutsamen Willen zu bilden oder diesen auszudrücken, ist er also urteils- oder äusserungsunfähig, dann ist nach den allgemein anerkannten Handlungsfähigkeitsregeln der *mutmassliche Wille* dieses Patienten massgeblich. Entsprechend ist zu fragen, wie der Betroffene selber, wäre er urteilsfähig, heute entscheiden würde. Der mutmassliche Wille ist aufgrund der Umstände zu erschliessen. Glaubwürdige Aussagen von dem Betroffenen nahestehenden Personen haben zwar ein grosses Gewicht, diese Personen verfügen aber nicht über Vertretungsmacht. Liegen keine Indizien vor, aus denen auf den tatsächlichen Willen des Betroffenen geschlossen werden könnte, ist darauf abzustellen, was eine vernünftige Person anstelle des Betroffenen gewollt hätte, was darauf hinausläuft, dass nur Eingriffe zulässig sind, die objektiv im Interesse des Betroffenen liegen.

So gesehen ist die grundsätzliche *Verbindlichkeit der Patientenverfügung* gemäss Art. 372 ZGB ein *Fremdkörper* in unserem Handlungsfähigkeits- und Persönlichkeitsschutzrecht. Verbindlichkeit für die Zukunft kann es mit Bezug auf die Ablehnung oder Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung nicht geben. Wie ist also die Verbindlichkeitsanordnung dogmatisch zu interpretieren? Es gibt, so denke ich, zwei Möglichkeiten:

- Der erste Erklärungsansatz, der vereinzelt in der Literatur¹⁷ vertreten wird, geht dahin, dass der in einer Patientenverfügung einmal geäusserte Wille auf unbeschränkte Dauer im Sinne einer *Fiktion* als aktueller Wille des Patienten zu verstehen ist. Nicht eine Vermutung, nicht ein Indiz, sondern eine Fiktion. Ein Abweichen von der Patientenverfügung ist nur in zwei Sachlagen denkbar, nämlich einerseits dann, wenn der Nachweis erbracht wird, dass der Patient bei der Abfassung einem Willensmangel erlegen ist,¹⁸ oder andererseits, hier wird die Idee der Fiktion allerdings problematisch, wenn der Patient in noch urteilsfähigem Zustand seiner eigenen Verfügung widersprochen hat. Spätere Entwicklungen haben damit keinerlei Relevanz. Ich gebe zu, dass ich eine solche Fiktion wegen ihrer Folgen für die Freiheit des Patienten für gefährlich halte; darauf ist zurückzukommen.

17 Exemplarisch Wyss, in: Geiser/Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Basel 2012, N 9 zu Art. 372, m. w. H.; vgl. auch Botschaft (Fn. 1), 7033.

18 Dieser Nachweis zerstört die Fiktionsbasis, nämlich das Vorliegen einer gültig und damit willensmangelfrei unterzeichneten Patientenverfügung.

- Der zweite Erklärungsansatz geht dahin, die *Patientenverfügung* (nur, aber immerhin) *als Ausdruck des mutmasslichen Willens* zu verstehen, der nach dem beschriebenen schweizerischen Handlungsfähigkeitskonzept bei urteilsunfähigen Patienten einzig ausschlaggebend sein kann. Dann aber wäre die Verfügung nicht wirklich verbindlich, sondern hätte nur Indizwirkung. Aktuellere Äusserungen des Patienten, die Aussagen von Angehörigen und nahestehenden Personen und das, was der Patient noch – in juristisch nicht mehr entscheidender Weise – als natürlicher Wille mitteilen kann – all das stünde dann zwar nicht gerade auf der gleichen Ebene wie die Patientenverfügung, wäre aber doch von Relevanz.¹⁹ Für diesen Ansatz spricht einerseits die fehlende Bindungsmöglichkeit im Bereich der Einwilligung – entscheidend ist bei der Klärung des mutmasslichen Willens nämlich stets der *aktuelle* mutmassliche Wille. Zudem entspricht diese Interpretation dem Wortlaut des Gesetzes besser, das eine Abweichung von der Verfügung erlaubt, wenn diese «nicht *mehr* dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht».²⁰

Im Folgenden ist zu erläutern, welche problematischen Implikationen die erstgenannte Variante, nämlich die eigentliche Verbindlichkeit der Patientenverfügung im Sinne einer Fiktion, beinhaltet.

6. Patientenverfügung und Information

In der medizinischen Literatur wird eindrücklich belegt, wie eine Fehlinformation von Patienten zu Behandlungsentscheiden führen kann, die bei korrekter Information und angemessenen Behandlungsalternativen mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht getroffen worden wären. BORASIO weist in diesem Zusammenhang u.a auf den Dokumentarfilm «Tod auf Verlangen» hin. Darin werden die letzten Lebenstage und die Euthanasie eines Patienten

¹⁹ Man mag dieses Konzept mit der verstärkten Beweiskraft öffentlicher Register und Urkunden (Art. 9 ZGB) vergleichen: Zwar erbringen diese grundsätzlich «vollen Beweis», der Beweis der Unrichtigkeit ist aber dennoch mit allen zulässigen Beweismitteln möglich. Übertragen auf die (allerdings weitaus einfacheren Formvorschriften unterliegende und daher möglicherweise ohne hinreichende Aufklärung erfolgte) Patientenverfügung würde dies bedeuten, dass sich der Arzt grundsätzlich auf die Patientenverfügung verlassen darf, aber eben nicht «blind», sondern dass er vielmehr entgegenstehenden Indizien angemessen Rechnung tragen muss.

²⁰ Art. 372 Abs. 2 ZGB; Kursivdruck hinzugefügt.

mit amyotropher Lateralsklerose (ALS) gezeigt. Der Patient litt an verschiedenen, behandelbaren aber nicht behandelten Symptomen, wie etwa Atemnot, Schmerzen, Angst und Depression. Durch zwei Ärzte wurde dem Patienten deutlich gemacht, dass er zufolge seiner Krankheit «qualvoll ersticken» werde. Dies führte letztlich zum Suizidwunsch des Betroffenen. Nur: Die eben erwähnte Verlaufsaufklärung war falsch, «über 90% der ALS-Patienten sterben friedlich, und die ersten Veröffentlichungen dazu waren zum Zeitpunkt des Films schon bekannt. Die Wahrscheinlichkeit eines ALS-Patienten, friedlich zu sterben, ist sogar größer als die der Allgemeinbevölkerung, und Ersticken kommt so gut wie nie vor.»²¹

Zwar hat dieses Beispiel zugegebenermassen mit der Patientenverfügung nicht direkt etwas zu tun, aber das Fallbeispiel illustriert das verbreitete Problem, dass Patienten oft gar nicht wissen, welche Behandlungen sie weshalb verweigern oder im Gegenteil gerade wünschen. Eine in den USA durchgeführte Studie²² kommt zum Schluss, dass – wohlverstanden nach einem Aufklärungsgespräch betreffend Patientenverfügungen – ein erheblicher Teil der Patienten Standardbehandlungen der Intensivmedizin wie künstliche Beatmung oder kardiovaskuläre Reanimation völlig falsch einordneten (z. B. 70% anstatt 9–16% Chancen, nach einer kardiovaskulären Reanimation das Spital einigermaßen wiederhergestellt verlassen zu können). Leider fehlt hier der Platz, um auf Details zur Studie näher einzugehen. Wichtig scheint mir aber die beunruhigende Erkenntnis, dass ein erheblicher Teil der Patientenverfügungen auf *falschem oder mangelhaftem medizinischen Wissen* beruhen dürfte – die Patienten würden, wenn man sie über die Implikationen ihrer Verfügung aufklären würde, diese in der vorliegenden Form u. U. nicht mehr wollen. Erlauben Sie mir, dazu eine weitere Studie²³ zu zitieren. Hier wurden fast 300 Patienten dazu befragt, ob sie im Fall eines Herzstillstandes eine Wiederbelebung wünschen würden. 41% bejahten dies. Erst danach klärte der Arzt die Patienten darüber auf, wie unvorteilhaft aus statistischer Sicht ihre Chancen auf ein Überleben mit und ohne schwerer Behinderung stünden. Nach dieser Aufklärung fiel die Ja-Antwort-Rate von 41 auf 22%. Denkt man sich eine hypothetische Erkrankung mit einer Lebenserwartung von weniger als einem Jahr hinzu, so sinkt der Prozentsatz an Patienten,

21 BORASIO, Über das Sterben, München 2011, 159, m. H. auf NEUDERT et al., The course of the terminal phase in patients with amyotrophic lateral sclerosis, *Journal of Neurology*, 248 (2001) 612 ff.

22 FISCHER et al., Patient Knowledge and Physician Predictions of Treatment Preferences After Discussion of Advance Directives, *Journal of General Internal Medicine*, 1998, 447 ff.

23 MURPHY et al., *New England Journal of Medicine*, 1994, 545 ff.

welche eine Reanimation wünschen, auf nur noch 5%. Welche Behandlung ein Patient will oder nicht, hängt damit entscheidend von der zur Verfügung gestellten Information ab.²⁴

Im Medizinrecht gilt, wie einleitend beschrieben wurde, der Grundsatz, dass ein Entscheid betreffend eine bestimmte medizinische Behandlung nur gültig ist, wenn der Patient wenigstens in den Grundzügen über die Diagnose, die Behandlungsmöglichkeiten und -alternativen sowie über den Verlauf der Erkrankung ohne Behandlung informiert worden ist. Nach dem soeben über die Bedeutung der Information Gesagten ist diese Sichtweise offenkundig richtig. Im Zusammenhang mit der Patientenverfügung soll nun aber anderes gelten: Die *Aufklärung des Patienten* ist nicht Gültigkeitserfordernis der Patientenverfügung,²⁵ sodass auch die Verfügung gültig (und verbindlich) sein soll, welche ohne jegliche Kenntnis der medizinischen Sachverhalts und der Rechtslage unterzeichnet wurde. Wenn das Erfordernis einer wenigstens minimalen Aufklärung für eine aktuelle, auf eine ganz konkrete, unmittelbar wahrgenommene Erkrankung gilt – warum ist dann eine Patientenverfügung auch möglich ohne jede Aufklärung, ohne konkreten Krankheitshorizont, ohne irgendeinen Beleg dafür, dass der Patient wusste, was er mit seiner Verfügung anordnet oder verweigert?

Aber auch über die *rechtlichen Implikationen* einer Patientenverfügung dürften in der Schweiz derzeit nur wenige Menschen tatsächlich informiert sein. Wer weiss schon, dass bei Vorliegen einer Verfügung der urteilsunfähige Patient gar nicht mehr in den Behandlungsentscheid einbezogen werden muss? Oder dass auch nächste Angehörige kein Mitspracherecht haben und bei Vorliegen einer Patientenverfügung nicht in den Behandlungsentscheid einbezogen werden müssen? Welcher Prozentsatz der Bevölkerung weiss, dass die einmal unterzeichnete Patientenverfügung nicht nur verbindlich ist, sondern auch zeitlich unbefristet?

Zugespitzt ausgedrückt: Die Patientenverfügung geht von der unrealistischen Vorstellung des juristisch und medizinisch gebildeten, geistig völlig gesunden Menschen aus, der sich der Implikationen der Verfügung bewusst ist. Welches Bevölkerungssegment hatte der Gesetzgeber hier wohl vor Augen – oder auch ein Teil der Literatur? Da wird beispielsweise darauf hingewiesen, dass der Patient in seiner Verfügung differenzierte Anordnungen über die Wirksamkeit der Verfügung sowie den Einbezug Dritter usw.

24 BORASIO (Fn. 21), 61.

25 Botschaft (Fn. 1), 7033; demgegenüber gehen MEIER/LUKIC (Fn. 5), Rz. 282, mit Recht davon aus, dass die fehlende Information bzw. Aufklärung in letzter Konsequenz zur Unverbindlichkeit der Patientenverfügung führen kann.

festhalten könne, um den erläuterten Ungewissheiten Rechnung zu tragen.²⁶ Auch wenn dies rechtlich zulässig sein mag: Solche Optionen stehen dem durchschnittlichen, rechtlich nicht beratenen Gesetzesadressaten letztlich faktisch gar nicht offen. Dies gilt umso mehr für den geschwächten, betagten, vielleicht von einer Krankheit existenziell verängstigten Patienten. Man könnte so weit gehen, zu fragen, ob die Idee der Patientenverfügung letztlich auf einem *elitären Menschenbild* basiert. So betrachtet erweist sich die fehlende medizinische und rechtliche Beratungspflicht als grundlegender Mangel der Patientenverfügung nach neuem Recht – auch wenn zuzugeben ist, dass eine Beratungspflicht ihrerseits gewichtige Nachteile (Kosten, Aufwand) mit sich brächte.

7. Bestimmtheitsgrundsatz und Auslegung der Patientenverfügung

Friktionen mit den allgemeinen Grundsätzen des Persönlichkeits- und des Medizinrechts gibt es aber auch noch in weiterer Hinsicht. So ist eine Einwilligung in eine medizinische Behandlung immer nur mit Bezug auf eine hinreichend konkret umschriebene Behandlung zulässig. Damit ist der *Grundsatz der Bestimmtheit der Einwilligung* angesprochen, der sich ebenfalls aus Art. 27 ZGB ergibt.²⁷ Auch in der Literatur liest man immer wieder, die Patientenverfügung solle sich zu *bestimmten* Erkrankungen bzw. Behandlungen äussern.²⁸ Im Gesetzestext ist davon allerdings nicht die Rede. Ein Minimum an Bestimmtheit als Voraussetzung der Gültigkeit der Patientenverfügung wird nicht verlangt. Die Bestimmtheit der Anordnung auf dem Wege der Auslegung in das neue Recht hineinzulesen, scheint mir problematisch zu sein, da der Gesetzestext dafür keinerlei Anhaltspunkte bietet. Überdies kursieren bereits heute zahlreiche offizielle bzw. halboffizielle Versionen von Patientenverfügungen, die alles andere als bestimmt sind. Exemplarisch dafür steht die bisherige, noch im Herbst 2012 im Internet zur Verfügung gestellte Patientenverfügung der FMH. Diese lautete wie folgt: «Wenn ich in einen Lebenszustand gerate, in welchem ich meine Urteils- und Entscheidungsfähigkeit unwiderruflich verloren habe, so will ich, dass

26 Exemplarisch GETH/MONA, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht: Verbindlichkeit, mutmasslicher Wille oder objektive Interessen? ZSR 2009 I 157 ff., 168.

27 Siehe etwa HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern, Zürich 2007, Rz. 807 ff.

28 Exemplarisch WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern, Zürich 2010, 161 und 204 ff.

man auf Massnahmen verzichtet, die nur noch eine Sterbens- und Leidensverlängerung bedeuten würden. Mein Leben soll sich in Würde und Stille vollenden.»²⁹

Eng mit dem Bestimmtheitsgrundsatz verbunden ist die Problematik der *Auslegung der Patientenverfügung*. Die neue gesetzliche Regelung liest sich so, als wäre eine Patientenverfügung nicht auslegungsbedürftig. Das ist selbstverständlich unrealistisch, hat doch die Rechtswissenschaft längst erkannt, dass jede Willenserklärung auslegungsbedürftig ist. Das ist ein ganz wesentlicher Punkt: Auch bei der Patientenverfügung kann und darf es nicht auf den Wortlaut ankommen, und zwar noch viel weniger als beim Testament, weil die Patientenverfügung im Gegensatz zu letztwilligen Verfügungen in der Regel nicht individuell formuliert, sondern ab einer Vorlage unterzeichnet wird.

Dies führt sogleich zur Frage, wie denn auszulegen ist: Gilt das *Willens-* oder aber das *Vertrauensprinzip*? Schon dieser ganz grundlegende Punkt ist umstritten.³⁰ Und was soll gelten, wenn die Anhaltspunkte in der Verfügung so dürftig sind, dass es kaum etwas auszulegen gibt? Zu denken ist etwa an die zitierte Verfügung der FMH? Da gibt es freilich nicht viel auszulegen.

Die meisten Patientenverfügungen dürften überdies, wie eben erwähnt, auf *vorformulierten Formularen* beruhen, die sich in beliebigen Varianten u. a. im Internet beschaffen lassen. Vorformulierte Erklärungen bergen allerdings die Gefahr in sich, dass die Erklärung objektiv nicht das wiedergibt, was subjektiv gewollt ist. In den Formularen kann erheblich mehr enthalten sein, als der Unterzeichner in Erwägung gezogen hat. Problematisch ist zudem, dass sich der Patient – oder vielmehr: der meist noch gesunde Mensch, der eine Patientenverfügung errichten will – sich womöglich nicht ausführlich mit dieser auseinandersetzt, sondern diese ungeprüft unterzeichnet. In der Lehre liest man dazu etwa die Auffassung, wenn die Beweggründe für eine bestimmte Patientenverfügung nicht bekannt seien, dann lasse sich auch ein vom Wortlaut abweichender Wille des Patienten nicht feststellen, weshalb dann keine begründeten Zweifel an der Verfügung bestünden und diese – erst recht, sozusagen – zu befolgen sei.³¹ Je weniger also in der Patientenverfügung steht, desto verbindlicher und damit allenfalls auch «lebensgefährlicher» – weil unberechenbarer – wird sie unter Umständen für den Betroffenen, der doch mit diesem Institut eigentlich gerade geschützt werden sollte.

29 Die Vorlage wurde mittlerweile durch eine ausführlichere Version ersetzt; die bisherige Verfügung ist aber unverändert oder in leicht abgewandelter Form immer noch über die Webseiten verschiedener Arztpraxen, Spitäler und Pflegeheime abrufbar.

30 Vgl. HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 8), 103.

31 Wyss (Fn. 17), N 27 zu Art. 372.

8. Patientenverfügung und Antizipation

Nehmen wir nun einmal an, dass der Patient wohlinformiert ist, sowohl juristisch als auch medizinisch, und eine hinreichend konkrete Patientenverfügung in seinem Sinne formuliert und niedergeschrieben hat. Auch dann noch scheinen mir gewisse Probleme fortzubestehen. Denn in ganz grundsätzlicher Hinsicht beruht das Institut der Patientenverfügung auf der *Fähigkeit zur Antizipation*. Aber ist diese Annahme wirklich realistisch? Es ist bekannt, dass Patienten, sobald sie tatsächlich in der medizinischen Konstitution sind, die sie in ihrer Verfügung umschrieben haben, regelmässig ihr (u. U. stark eingeschränktes) Leben weitaus höher schätzen als sie antizipiert hatten – wer nicht mehr viel hat, tendiert dazu dieses Wenige höher zu bewerten, und das persönliche Erleben von Krankheit kann die Lebensperspektive unerwartet und nachhaltig verändern.³²

Ein wesentliches Problem der Patientenverfügung besteht mit anderen Worten darin, dass ich mir im gesunden Zustand oder im Anfangsstadium einer Erkrankung nicht vorstellen kann, wie ich selber mich fühlen werde, wenn sich mein Gesundheitszustand wesentlich verschlechtert – und zwar selbst dann nicht, wenn sich meine Wertvorstellungen und meine Lebenseinstellung in der Zwischenzeit nicht verändert haben sollten (wovon auch nicht ohne Weiteres ausgegangen werden kann). Die Vorstellung, dass ich heute weiss, was ich morgen für mich als richtig ansehen werde, ist, so meine ich, schlicht unrealistisch.

Exemplarisch für die Problematik der Antizipation ist ein Fall, der in verschiedenen medizinischen Fachzeitschriften³³ geschildert wurde und der hier nur kurz umrissen werden kann: Eine junge Frau war durch einen Autounfall schwer verletzt worden, sie war im Anschluss an den Unfall nicht nur vollständig gelähmt, sondern auch schwer hirngeschädigt, sodass ihr Zustand von den Ärzten als knapp über einem Wachkoma beschrieben wurde. Die Lebensqualität schien äusserst gering, ebenso die Chancen auf eine Heilung oder wenigstens eine substanzielle Verbesserung wichtiger Körperfunktionen. Dennoch signalisierte die junge Frau mehrfach und über Jahre hinweg ihren Wunsch, weiterhin durch künstliche Ernährung und intensive Betreuung am Leben erhalten zu werden – obschon sie kurze Zeit vor dem fatalen Unfall in ernsthaften Gesprächen erklärt hatte, sie würde auf keinen

32 FOSTER, *Choosing Life, Choosing Death, The Tyranny of Autonomy in Medical Ethics and Law*, Oxford 2009, 155, mit zahlreichen Hinweisen auf empirische Studien.

33 Siehe McMILLAN/HERBERT, Case study, Neuropsychological assessment of a potential «*ethanasia*» case: a 5 year follow up, *Brain Injury*, 2000, vol. 14, no. 2, 197 ff., insbes. 202 f.

Fall künstlich ernährt werden wollen, sondern lieber sterben, falls sie eine schwere Hirnschädigung erleiden und in einen Zustand dauernder Abhängigkeit geraten sollte. Der Fall dieser Frau mag als einzigartig erscheinen. Naheliegender ist vielleicht, auf das früher beschriebene Beispiel von Albert zurückzukommen: Woher können wir wissen, ob ihm im Zustand der Demenz die Vorstellung, dass sein Verhalten peinlich sein könnte, überhaupt noch wichtig ist – und wichtiger als die aktuelle Lebensfreude, die er im Leben im Moment zum Ausdruck bringt?

Im Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 2 ZGB, dem Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger oder zu persönlichkeitsnaher Bindung, wird die Fähigkeit des Einzelnen zur Antizipation bekanntlich schon für weitaus banalere Entscheidungen in Zweifel gezogen, so etwa für in die Zukunft wirkende Entscheidungen über Persönlichkeitsrechte und wirtschaftliche Belange der Persönlichkeit.³⁴ Wenn ich mich diesen Zweifeln des Schweizerischen Gesetzgebers hier anschliesse, ist mir bewusst, dass ich wiederum mit vielen Juristen und Ethikern nicht einig gehe. Daher scheint es mir an diesem Punkt meiner Ausführungen wichtig, zu betonen, dass es im vorliegenden Beitrag nicht darum geht, die Patientenverfügung als solche auszuschliessen oder einer vorsorglichen Anordnung jeden Wert abzuspochen. Es ist die grundsätzliche Absolutheit der Verfügung und deren unbefristete Gültigkeit, die mich beunruhigt.

Dazu kommt natürlich noch, dass der Patient gar nicht weiss und nicht antizipieren kann, welche *medizinischen Möglichkeiten* für seine konkrete medizinische Konstitution dannzumal, bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit, bestehen werden, oder dass sich, um an ein früheres Beispiel anzuknüpfen, dank neuer Reanimationstechniken die Chancen einer vollständigen Regeneration seit dem Unterzeichnen der Verfügung erheblich verbessert haben. Womöglich weiss der Betroffene nicht einmal im Zeitpunkt des Unterzeichnens der Verfügung, dass ein medizinisches Vorgehen, das er vor Jahren mit Abscheu bei einem Bekannten gesehen hat, schon längst nicht mehr dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft entspricht. Wie sich diese Möglichkeiten, pflegerische Verbesserungen und die Forschung über Krankheitsverläufe ganz allgemein weiterentwickeln, darüber wagt kaum ein Mediziner zu spekulieren – umso heikler ist dies für den Nichtmediziner.

Bei alledem ist in Erinnerung zu rufen, dass es hier nicht um die Antizipation eines Krankheitsverlaufs geht, der bereits begonnen hat. Vielmehr geht es (auch) um Patientenverfügungen, die 5, 10, oder auch 20 Jahre alt sein können und in einem völlig anderen sozialen und medizinischen

34 Siehe etwa BGE 122 III 97 zum Verzicht auf familienrechtliche Unterhaltsbeiträge, 128 III 428 zur Kündbarkeit langjähriger Darlehen, 138 III 322 zu einer übermässigen Vertragsstrafe gegen einen Profifussballer; die Beispiele liessen sich beliebig erweitern.

Umfeld unterzeichnet wurden. Natürlich lässt sich dem entgegenhalten, dass man die Verfügung jederzeit widerrufen kann. Der Widerruf bedarf allerdings, wie dargelegt, der Einhaltung der gebührenden Form. Und: Der Betroffene muss dannzumal noch urteilsfähig sein.³⁵ Und: Er muss sich noch an die Verfügung erinnern. Hält man sich vor Augen, wie viele ältere Personen nicht mehr wissen, dass sie vor Jahren ein Testament bestimmten Inhalts verfasst haben, so kommt rasch der Verdacht auf, dass es sich mit der Patientenverfügung (welche weniger strengen Formvorschriften unterliegt und deren Unterzeichnung daher womöglich weniger eindrücklich in Erinnerung bleibt) ähnlich verhalten könnte.

Dies führt uns zum Punkt, der mich am meisten beunruhigt: Die *faktische Bindungswirkung der Patientenverfügung*. Eine der grossen Errungenschaften des Schweizerischen Zivilgesetzbuches ist der nun schon mehrfach erwähnte Art. 27 ZGB: Gemäss dieser Bestimmung kann sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Aus der genannten Norm wird insbesondere das jederzeitige Widerrufsrecht mit Bezug auf medizinische Behandlungen abgeleitet. Konkret: Niemand kann sich dazu verpflichten, in der Zukunft eine bestimmte Behandlung vornehmen zu lassen oder aber sich nicht behandeln zu lassen. Das gilt sogar für die allernächste Zukunft, weil man es im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungsentscheiden mit dem Kernbereich der Persönlichkeit zu tun hat, wo jegliche Bindungswirkung ausgeschlossen ist. Macht die Patientenverfügung den Unterzeichnenden nun aber nicht *zum Gefangenen seiner selbst*? Sobald er – im juristischen Sinn³⁶ – nicht mehr urteilsfähig ist, kann er der einmal unterschriebenen Selbstverpflichtung nicht mehr entfliehen. Dies trifft etwa im Beispiel des alzheimerdementen Albert zu – und es würde auch bei der jungen hirnverletzten Frau gelten, von der vorne berichtet wurde. Einer derartigen Argumentation wird in der Medizinethik gelegentlich entgegengehalten,³⁷ auch bei einer Alzheimererkrankung sei der Patient nicht

35 Dies ergibt sich nach wohl h. L. aus den allgemeinen Handlungsfähigkeitsregeln; in Deutschland ist die Frage indessen umstritten: Nicht nur kann die Verfügung nach deutschem Recht auch mündlich oder durch nonverbales Verhalten widerrufen werden, es ist nach gewissen Autoren zum Zeitpunkt des Widerrufs keine Einwilligungsfähigkeit erforderlich; siehe dazu die Hinweise bei OLZEN/SCHNEIDER (Fn. 6), 745, Anm. 8.

36 Zur Problematik der Bestimmung der Urteilsfähigkeit siehe vorne, 5.

37 Siehe u. a. BRAUER, Patientenverfügung und Demenz im neuen Erwachsenenschutzrecht aus Sicht der Ethik, ZKE 2011, 387 ff., 390; noch deutlicher die Stellungnahme 17/2011 «Patientenverfügung» der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, Ziff. 3.2.1, 18 f.

eine «andere Person», weshalb zurückliegende Verfügungen vollumfänglich zu respektieren seien. Ferner wird gesagt, dass es für den gesunden Menschen *heute* wichtig sei, definieren zu können, wann für ihn ein würdiges Leben nicht mehr vorliege. Dem soll hier gar nicht widersprochen werden. Allerdings geht es vorliegend gar nicht um die Frage der personalen Identität. Denn meine Meinung dazu, was würdiges Leben und Sterben ist, darf ich jederzeit ändern – dieser Freiraum wird durch unsere Rechtsordnung³⁸ zwingend geschützt. Und damit macht eine Patientenverfügung den Unterzeichnenden eben doch zum Gefangenen seiner selbst, wenn er seinen aktuellen Willen entweder nicht mehr ausdrücken kann, wie dies bei der jungen hirnverletzten Frau nach Auffassung einiger Ärzte zutraf, oder wenn Albert sein Leben als Alzheimerpatient in einem juristisch untechnischen Sinn «Freude bereitet», auch wenn er sich das zuvor niemals vorstellen konnte.

Ob in solchen Sachlagen von der Patientenverfügung abgewichen werden kann, ist keineswegs gesichert. Denn es ist für einen Teil der Lehre mehr als fraglich, ob von der Patientenverfügung abweichende Äusserungen des mittlerweile urteilsunfähigen Patienten überhaupt beachtlich sind und begründete Zweifel an der Patientenverfügung erwecken können.³⁹ Nach den üblichen Regeln des Handlungsfähigkeitsrechts trifft dies wohl nicht zu. Das heisst, ein mutmasslicher Wille kann die Patientenverfügung nur dann umstossen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Betroffene noch im urteilsfähigen Zustand seine Meinung geändert hat. Dies dürfte selten der Fall bzw. nachweisbar sein. Ist eine Person – immer nach dem strengen Massstab, den das Handlungsfähigkeitsrecht an die Urteilsfähigkeit stellt⁴⁰ – (knapp) nicht mehr urteilsfähig für komplexe medizinische Behandlungsentscheide, so kann auch ein tatsächliches Verhalten, eine Äusserung eines «natürlichen Willens» die Patientenverfügung nicht umstossen. Das ist jedenfalls die Haltung der nationalen Ethikkommission,⁴¹ der aus meiner persönlichen Sicht bisher nicht energisch genug widersprochen wurde.⁴²

Was bedeutet dies ganz konkret? In der Patientenverfügung können, wie wir dem Gesetzestext entnommen haben, sowohl bestimmte (oder, wie dargelegt, auch unbestimmte) Behandlungen angeordnet wie auch medizinische Massnahmen untersagt werden. Dies führt zur absurden Situation, dass der Arzt unter Umständen eine medizinische Behandlung vornehmen muss – gestützt auf die Patientenverfügung – gegen die sich der Patient faktisch

38 Eine mit Art. 27 ZGB vergleichbare Parallelbestimmung fehlt in den wohl meisten ausländischen Rechtsordnungen.

39 Exemplarisch Wyss (Fn. 17), N 25 zu Art. 372 ZGB.

40 Vorne, 5.2.

41 Vgl. die Stellungnahme (Fn. 37), Ziff. 3.3.3, S. 30.

42 Kritisch auch HAUSHEER/PERRIG-CHIELLO (Fn. 12), 799 ff.

wehrt. Denn wenn der Patient nicht mehr urteilsfähig ist, dann ist sein natürlicher Wille, der im Widerstand zum Ausdruck gelangt, eben kein rechtlich relevanter Wille, und es gilt das Verfügte. Der Patient also, der auf keinen Fall verdursten und verhungern wollte und deshalb angeordnet hat, man möge ihm gegebenenfalls künstlich Nahrung und Flüssigkeit zuführen, dessen Widerstand bleibt zwecklos – auch wenn die Anordnung auf der irrigen Annahme beruht, im Sterbeprozess leide man noch Hunger und Durst und wenn im konkreten Fall die Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr ein friedliches Sterben behindert.⁴³ Offen gestanden: vor diesem Punkt, vor einer «*Zwangsbehandlung*» also, habe ich am wenigsten Angst. Ich habe ein gewisses Vertrauen in die Ärzteschaft, die hier wohl ausnahmsweise von der Patientenverfügung abweichen werden. Aber man muss bedenken, dass der Arzt mindestens rechtfertigungspflichtig wird, wenn er in der Patientenverfügung angeordnete Massnahmen unterlässt, und dass er schlimmstenfalls ein Haftungsrisiko eingeht. Darauf ist zurückzukommen.

Der Patient, dessen Anordnungen nicht dem aktuellen Stand des medizinischen Wissens entsprechen, riskiert überdies, dass eine *klar indizierte Behandlung unterlassen* wird, weil sie nicht der Verfügung entspricht. Aber auch ohne eine Änderung der medizinischen Möglichkeiten nimmt der Verfasser einer Patientenverfügung in Kauf, dass diese dannzumal nicht mehr dem entspricht, was ihm – in geistig beeinträchtigtem Zustand – lieb und wichtig ist. Dieser «*natürliche Wille*» mag rechtlich unbeachtlich sein, sodass dem Vorgehen der Medizinalpersonen, welche der Verfügung Folge leisten, aus rechtlicher Sicht nichts entgegenzuhalten ist. Der Betroffene empfindet ein Zuwiderhandeln nichtsdestotrotz aus subjektiver Sicht als Verletzung seiner Selbstbestimmung und seiner körperlichen Integrität, vielleicht auch als Verletzung seiner ohnehin schon durch die Krankheit beeinträchtigten Würde.

9. Patientenverfügung und Partizipation

Erstaunlich ist vor diesem Hintergrund, dass ohne Patientenverfügung die urteilsunfähige, äusserungsfähige Person in die Entscheidungsfindung einbezogen werden muss. Dies ergibt sich nach neuem Recht ausdrücklich aus Art. 377 Abs. 3 ZGB: «Soweit möglich wird auch die urteilsunfähige Person in die Entscheidungsfindung einbezogen.» Man spricht in der neueren Literatur⁴⁴ insofern von *Partizipationsrechten Urteilsunfähiger*: Der Betroffene trägt nicht die Verantwortung für den Entscheid – dies kann er zufolge seiner

43 Dazu u. a. BORASIO (Fn. 21), 107 ff.

44 Siehe etwa die schöne Übersicht bei SPRECHER (Fn. 10), 270 ff., insbes. 282 ff.

Beeinträchtigung nicht – er wird aber in den Entscheidungsfindungsprozess soweit als möglich einbezogen, seine aktuellen Äusserungen sind somit von Bedeutung.

Liegt hingegen eine Patientenverfügung vor, so ist von einem solchen Einbezug im Gesetz nicht die Rede. Aus Art. 377 Abs. 1 ZGB («Hat sich eine urteilsunfähige Person zur Behandlung nicht in einer Patientenverfügung geäussert, ...») ergibt sich vielmehr, dass der *Einbezug des urteilsunfähigen Patienten bei Vorliegen einer Verfügung nicht vorgesehen* ist. Die Patientenverfügung gilt, so mindestens das Verständnis des neuen Gesetzes in der Literatur, von Gesetzes wegen als aktueller Ausdruck des Patientenwillens. Der Schwarz-weiss-Entscheid darüber, ob Urteilsfähigkeit vorliegt oder nicht,⁴⁵ bestimmt also, ob die aktuelle Willensäusserung des Patienten gilt oder ob – grundsätzlich ohne Berücksichtigung des aktuellen «natürlichen Willens» des Betroffenen – die Verfügung Anwendung findet, die von Gesetzes wegen als Ausdruck des wirklichen und aktuellen Willens der verfügenden Person gilt.⁴⁶ Dass der Entscheid über die vorhandene oder fehlende Urteilsfähigkeit durchaus heikel sein kann, wurde bereits vorgetragen und vereinfacht die Problematik keineswegs.

Die Sichtweise der neuen gesetzlichen Regelung in der Schweiz ist keineswegs selbstverständlich. In der Literatur wird denn auch zu Recht darauf hingewiesen, dass auf europäischer Ebene «Patientenverfügungen, in denen medizinische Massnahmen zugestimmt bzw. diese abgelehnt werden, umstritten» sind.⁴⁷ Im Übrigen bestimmt Art. 9 des *Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin*,⁴⁸ das für die Schweiz am 1. 11. 2008 in Kraft getreten ist, dass beim äusserungsunfähigen Patienten früher geäusserte Wünsche lediglich «zu berücksichtigen» sind. Der Grund für diese vorsichtige Formulierung liegt auf der Hand: Einerseits können sich die Umstände, in denen sich der Betroffene befindet ändern, und andererseits ist die Medizin in stetiger Entwicklung, und diesen Änderungen muss nach Auffassung des Übereinkommens Rechnung getragen werden können.⁴⁹ Ferner schreibt Art. 6 Abs. 3 der Konvention vor, dass eine einwilligungsunfähige Person «so weit wie möglich in das Einwilligungsverfahren einzubeziehen» ist. Dies gilt nach dem Wortlaut und der Systematik der Konvention auch

45 Vorne, 5.1.

46 So WYSS (Fn. 17), N 9 zu Art. 372, m. w. H.

47 BREITSCHMID/KAMP, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., 2012, N 4 zu Art. 372 ZGB.

48 SR 0.810.2.

49 BREITSCHMID/KAMP (Fn. 47), a. a. O.; für eine konventionskonforme Auslegung (welche allerdings angesichts des Gesetzeswortlauts nicht ohne Weiteres vertretbar ist) scheint sich die bundesrätliche Botschaft (Fn. 1), 7032, aussprechen zu wollen.

dann, wenn eine frühere Äusserung, also insbesondere eine Patientenverfügung, vorliegt.

Von besonderer Bedeutung ist schliesslich der erste Satz von Art. 6 Abs. 3 der Konvention. Danach darf die medizinische Intervention bei einer urteilsunfähigen Person «nur mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle erfolgen».

Wenn das revidierte ZGB also entgegen Art. 9 der Konvention das ausschliessliche Abstellen auf die Patientenverfügung erlaubt (und zwar nicht erst beim äusserungsunfähigen, sondern bereits beim urteilsunfähigen Patienten), einen Einbezug des urteilsunfähigen Patienten entgegen Art. 6 Abs. 3 der Konvention nicht vorsieht und entgegen derselben Bestimmung schliesslich den Entscheid über die Beachtlichkeit der Verfügung und über die weitere Behandlung dem behandelnden Arzt überlässt, so stellt sich mindestens hier ernsthaft die Frage, ob die *schweizerische Regelung nicht konventionswidrig* sei.

10. Beweislast, Beweismass und die medizinische Praxis

Nun ist dies alles schon bedenklich genug. Allerdings wäre die Regelung von Art. 372 ZGB noch hinzunehmen bzw. «halb so schlimm», wenn man davon ausgehen könnte, dass in der Praxis einer Patientenverfügung tatsächlich nicht entsprochen wird, sobald der Arzt den Eindruck hat, sie sei unter einem Willensmangel – Irrtum über die medizinischen Gegebenheiten oder deren Fortentwicklung etwa – entstanden oder sie entspreche im Moment des Behandlungsentscheides nicht mehr dem mutmasslichen Willen des Patienten. Von einer solchen flexibilisierten Handhabung der Verfügung ist allerdings, so ist zu befürchten, gerade nicht auszugehen. Denn aus der Formulierung von Art. 372 Abs. 2 ZGB ergibt sich, dass einer Patientenverfügung grundsätzlich «entsprochen» werden muss. Die folgende Formulierung «wenn nicht...» gleicht Art. 16 ZGB, wo das Bundesgericht von einer entsprechenden gesetzlichen Vermutung ausgeht.⁵⁰ Mit anderen Worten spricht nach Auffassung des Gesetzgebers eine *Vermutung dafür, dass die Patientenverfügung gilt* und zu beachten ist. Wer die Verfügung nicht beachten will, trägt daher die *Beweislast* dafür, dass sie gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder dass Zweifel an der Freiwilligkeit der Unterzeichnung bestehen oder dass sie dem aktuellen Willen des Patienten nicht mehr entspricht. Der Arzt, welcher im Einzelfall von der Verfügung abweichen will,

50 BGer 5C.193/2004 E. 4.1; siehe dazu u. a. AEBI-MÜLLER, *successio* 2012, 16.

muss das Vorliegen der gesetzlich vorgesehenen Gründe überdies auch noch entsprechend dokumentieren.

Spricht somit eine Vermutung für die Anwendbarkeit der Verfügung, so stellt sich die Frage, wie der Arzt, der davon abweichen will, einen entsprechenden *Gegenbeweis* führen kann. Wann liegt ein hinreichender Beweis dafür vor, dass der Patient mit seinen früheren Anordnungen nicht mehr einverstanden ist? Dies lässt sich ja kaum mehr feststellen (geschweige denn beweisen), wenn nicht bekannt ist, in welchem Zustand der Betroffene die Verfügung verfasst hat und wenn der Arzt nicht weiss, warum der Patient gerade dieses, nicht ein anderes Formular gewählt hat. Wenn der behandelnde Arzt (der den Patienten womöglich im urteilsfähigen Zustand nie gekannt hat) nicht zufälligerweise weiss, dass der an ALS leidende Patient panische Angst vor einem Erstickungstod hatte⁵¹ oder dass Albert seine Verfügung in einer depressiven Phase unterzeichnet hat,⁵² oder wenn die junge Frau nach ihrem Unfall mit Hirnschädigung zwar ihre Umgebung wahrnimmt, aber nicht mehr kommunizieren kann⁵³ – in all diesen Sachlagen kann der Arzt einer allfälligen Patientenverfügung nichts entnehmen, was darauf hindeutet, dass das Leben des Patienten durch einen aus objektiver Sicht vernünftigerweise gebotenen Behandlungsentscheid bewahrt werden sollte. Und selbst wenn der Arzt gewisse Indizien zu erkennen glaubt, welche die Verfügung infrage stellen: Bis der Gegenbeweis tatsächlich geführt ist, welcher die Vermutung umzustossen vermag, dürfte es mehr brauchen als blossе Indizien.⁵⁴

Wenn wir die vorgestellte neue Regelung realistisch betrachten, dann ist es *für den Arzt erheblich einfacher, auch einer zweifelhaften Patientenverfügung unter zweifelhaften Umständen zu entsprechen* – ihn trifft dann nämlich keine Beweis- und Rechtfertigungslast. Wer wird ihm schon hinterher nachweisen können, dass er aus den genannten gesetzlichen Gründen die Patientenverfügung nicht hätte beachten dürfen? Oder: Wie lässt sich hinterher aufzeigen, dass der mittlerweile unter Beachtung seiner Verfügung verstorbene Patient (gerade) noch urteilsfähig gewesen ist und sich in einer Art geäussert hat, wie sie der Anordnung in der viele Jahre alten Verfügung gerade widerspricht? Kann man vom Arzt überhaupt verlangen, dass er zu prüfen vermag, ob die Patientenverfügung den nur in der juristischen Literatur (nicht hingegen im Gesetz) genannten hohen Anforderungen an Bestimmtheit und freie Willensbildung entspricht, ob der Patient ohne Druck

51 Siehe dazu das vorne geschilderte Beispiel, 6, bei Fn. 21.

52 Siehe das Beispiel vorne, 4.

53 Siehe das Beispiel vorne, 8, bei Fn. 33.

54 Dies selbst dann, wenn man (analog zur Testierfähigkeit; dazu AEBI-MÜLLER, *successio* 2012, 16 f., m. w. H.) von einem herabgesetzten Beweismass der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» ausgeht.

entschieden hat (z. B. ohne Druck einer Sekte, einer Sterbehilfeorganisation usw.) und die Patientenverfügung auch nicht in einem wesentlichen Irrtum verfasst – oder eher: ausgedruckt und unterschrieben – wurde?

Und grundlegender: Wann darf überhaupt von einem abweichenden «mutmasslichen Willen» des Patienten ausgegangen werden? Glaubt man der bundesrätlichen Botschaft,⁵⁵ so ist dies dann der Fall, wenn der Patient später eine andere Meinung geäußert hat und die Verfügung «vor einiger Zeit errichtet» wurde (muss der Arzt also noch erforschen, ob der Patient später einen anderen Willen geäußert hat? Welche Mittel⁵⁶ stehen ihm dafür zur Verfügung?) oder wenn seit der Errichtung der Verfügung neue, verbesserte Behandlungsmöglichkeiten für die eingetretene Krankheit entwickelt wurden⁵⁷ (genügt es somit nicht, dass der Patient von bereits bestehenden Behandlungsmöglichkeiten unzureichende Kenntnis hatte?).

Ist im Einzelfall die *Urteilsunfähigkeit* des Patienten *zweifelhaft*, so ist der Arzt auch aus haftungsrechtlichen Gründen besser beraten, der Verfügung Folge zu leisten. Die Einwilligung des urteilsfähigen Patienten ist nämlich, wie eingangs dargelegt, nur gültig, wenn die durch Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Konditionen erfüllt sind; namentlich hat der Arzt die rechtsgenügende Aufklärung nachzuweisen. Andernfalls trägt er auch bei kunstgerechtem Vorgehen das verbleibende Behandlungsrisiko, d. h., die ungenügende Aufklärung führt zu einer Art «Kausalhaftung».⁵⁸ Demgegenüber muss der Arzt bei der Anwendung der Patientenverfügung nicht den Nachweis erbringen, dass der darin geäußerte Wille seinerzeit frei und aufgeklärt ist. Entsprechend besteht ein Anreiz, die Hürde der Urteilsfähigkeit hoch anzusetzen und im Zweifel von Urteilsunfähigkeit auszugehen, den Patienten also nicht mehr in den zu treffenden Behandlungsentscheid einzubeziehen, sondern die Verfügung anzuwenden.

Zu bedenken ist schliesslich ein Letztes: Wenn eine Patientenverfügung vorliegt, welche *kostenintensive medizinische Massnahmen* verbietet, dann wird kaum ein Arzt gegenüber dem Spital verantworten, diese Massnahme dennoch zu treffen, selbst wenn er erhebliche Zweifel daran hat, dass der Patient die Verfügung so wirklich (noch) will bzw. die Verfügung unter den nunmehr gegebenen Umständen überhaupt anwendbar ist. Dies vor allem dann, wenn die Kosten der Behandlung in der Fallpauschale nicht enthalten sind und somit die Spitalrechnung belasten. Oder ganz generell in Zeiten, in denen nur beschränkte finanzielle Ressourcen für die medizinische Versor-

55 Botschaft (Fn. 1), 7033.

56 Zeugenbefragung, Beizug von Dokumenten (Tagebücher, Briefe u. dgl.) usw.

57 Botschaft (Fn. 1), 7033.

58 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 15), Rz. 12.60, m. H. auf BGE 108 II 59 E. 3.

gung zur Verfügung stehen, entsprechender Kostendruck besteht und andere Patienten beispielsweise auf dieselben Spenderorgane angewiesen sind.

Kurz gesagt: Es ist davon auszugehen, dass die *Patientenverfügung im Zweifelsfall angewandt* wird, und zwar auch die ältere, die in völlig gesundem Zustand oder in einer ganz anderen Lebenssituation verfasste und die unkonkrete Patientenverfügung. Ein Teil der Literatur sieht dies freilich anders, beispielsweise GETH/MONA, die davon ausgehen, dass das medizinische Personal regelmässig auf das Institut des mutmasslichen Willens zurückgreifen und die Patientenverfügung zu einem blossen Indiz degradieren werde.⁵⁹ Nach dem bisher Gesagten bleibt nur zu hoffen, dass sich diese Annahme in der Praxis als zutreffend erweisen wird.

11. Fazit

Was schliesse ich aus all dem bisher Gesagten?

1. Letztlich spielt das Instrument der Patientenverfügung mit der *Urangst* des Menschen *vor Kontrollverlust*.⁶⁰ Die beschriebene, äusserst weitgehende Regelung der Patientenverfügung in der Schweiz ist auf den ersten Blick auf maximale Autonomie des Patienten ausgerichtet. Das Instrument will Selbstbestimmung gewährleisten, tut dies aber in einer Weise, die letztlich als *Scheinautonomie* bezeichnet werden muss. Mit dem Unterzeichnen einer Patientenverfügung meint der (künftige) Patient zwar, er habe selber über die künftige (Nicht-)Behandlung entscheiden können. Aber ein Entscheid, der ohne angemessene Information, ohne hinreichende Antizipation der späteren (medizinischen, pflegerischen usw.) Behandlungssituation und persönliche Befindlichkeit (im weitesten Sinn: inkl. Veränderungen im sozialen, familiären und medizinischen Umfeld, Veränderungen der religiösen Wertvorstellungen usw.) getroffen wird, kann kaum im eigentlichen Sinne als autonom bezeichnet werden – es fehlen für derartige antizipierte Anordnungen schlicht die nötigen Entscheidungsgrundlagen. *Was bleibt, ist bestenfalls das «gute Gefühl» des Verfügenden, selber entscheiden zu können bzw. selber entschieden zu haben.* Letztlich wird nur eine *Fassade der Selbstbestimmung* ermöglicht.
2. Die Patientenverfügung vermag das *grundsätzliche Problem* nicht zu lösen: Wir sind uns einig, dass im höchstpersönlichen Bereich der medizinischen Behandlung Fremdbestimmung grundsätzlich nicht

⁵⁹ GETH/MONA (Fn. 26), 167 f.

⁶⁰ Dazu BORASIO (Fn. 21), 141 f.

erlaubt sein soll. Gleichzeitig ist aber der urteils- oder äusserungsunfähige Patient nicht mehr zu Selbstbestimmung im Sinne einer juristisch ernst zu nehmenden, klaren, bestimmten, aufgeklärten Einwilligung oder Ablehnung in der Lage. «Fremdbestimmung» im eigentlichen Sinne würde voraussetzen, dass der Betroffene noch selber bestimmen kann und dieser Wille übergangen wird. Trifft das aber wirklich zu bei Menschen, welche aktuell nicht mehr zur Selbstbestimmung fähig sind? Handlungsfähigkeitsrecht ist bekanntlich auch und vor allem Schutzrecht. Soll gewissermassen «blind», ohne Einbezug der betroffenen Person,⁶¹ einer Verfügung gefolgt werden, deren Entstehungsumstände, Geltungsbereich und unausgesprochene Bedingungen für die Gültigkeit unklar sind, dann wird der auch grundrechtlich und durch internationale Vertragswerke garantierte staatliche Schutzauftrag⁶² nicht hinreichend wahrgenommen.

3. Das Instrument der Patientenverfügung vernachlässigt zudem, so meine ich, das *Spannungsfeld zwischen Autonomie und Fürsorge*: Viele Patienten wollen nicht selber (alleine) entscheiden, sondern unterzeichnen eine Patientenverfügung aus Angst vor Kontrollverlust. Dieser Kontrollverlust lässt sich aber nicht vermeiden – der Sterbeprozess ist an sich nur sehr beschränkt kontrollierbar.⁶³ Sterben hat (auch wenn man das ungerne wahrhaben will) mit Loslassen zu tun, auch Loslassen von Kontrolle. Interessanterweise scheint die eben beschriebene Spannung teilweise ein Laienproblem zu sein. Nach einer deutschen Umfrage unter Tumorpatienten, gesunden Menschen, Pflegepersonal und Ärzten haben doppelt so viele Nichtmediziner eine Patientenverfügung erstellt als medizinisches Personal.⁶⁴ Die bestinformierten Personen scheinen somit gerade am wenigsten Angst vor Fürsorge bzw. Fremdbestimmung zu haben.
4. Mir scheint, dass die nun in der Schweiz Gesetz gewordene Regelung der Patientenverfügung nicht das Ergebnis einer intensiven Diskussion zwischen Wissenschaftlern unterschiedlicher Disziplinen ist, auch

61 Siehe dazu vorne, Ziff. 9.

62 Dazu etwa COESTER-WALTJEN, Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten – Ein Vergleich, MedR 2012, 553.

63 Beispielhaft dazu RENZ, Hinübergehen, Was beim Sterben geschieht – Annäherungen an letzte Wahrheiten unseres Lebens, Freiburg 2011, passim.

64 Vgl. WASSEM, In dubio pro vita? Die Patientenverfügung. Eine Analyse der neuen Gesetze in Deutschland und der Schweiz, Berlin 2010, 69, Anm. 238. Nach einer bedenkenswerten anderen Studie, ebenfalls aus Deutschland, hat mehr als die Hälfte der Befragten Angst, unter Zwang gesetzt zu werden, eine Patientenverfügung zu verfassen (a. a. O., 71 f., Anm. 254).

nicht das Ergebnis eines fundierten Rechtsvergleichs, sondern letztlich geprägt ist von einem primär *autonomiezentrierten Weltbild*. Interessanterweise finden sich allerdings in der autonomiezentrierten Literatur kaum fundierte Auseinandersetzungen mit dem schweizerischen Handlungsfähigkeitskonzept oder mit dem für die Patientenverfügung zentralen Begriff der Urteils(un)fähigkeit.⁶⁵ Dessen Schwierigkeiten und Unwegbarkeiten werden nicht erfasst – ebenso wenig die *Relativität* der Urteilsfähigkeit. Wenn renommierte Ethiker beispielsweise geltend machen, wer in der Lage sei, einfache Einkäufe des täglichen Lebens vorzunehmen, der sei auch entscheidungsfähig in Bezug auf einen selbstbestimmten Suizid, dann zeugt dies von einer erschreckenden Rechtsunkenntnis. Werden solche Autonomiekonzepte in der Gesetzgebung berücksichtigt, so ist bei der anschliessenden Gesetzesauslegung höchste Vorsicht geboten. Zudem ist festzustellen, dass ein autonomiezentriertes Modell zwar eine effektive Abwehr vor unerwünschten Eingriffen fördern kann – mit Bezug auf die Absicherung tatsächlich sinnvoller Behandlungen ist es aber weitaus weniger effizient.⁶⁶

Wie könnte vor diesem Hintergrund eine perfekte Lösung aussehen? Wenn es diese gäbe, so wäre ich mit Sicherheit nicht die Erste, die sie gefunden hätte. Eine vollständige Auflösung der genannten Problemstellungen ist (und bleibt) unrealistisch. Einige *Gedankenanstösse* müssen an dieser Stelle daher genügen:

Ein erster Ansatz könnte dahin gehen, in Analogie zu ausländischen Regeln die *Bedingungen für eine gültige Patientenverfügung deutlich zu verschärfen*:

1. Wenn wir davon ausgehen, dass eine Patientenverfügung aufgrund der üblichen Regeln des Handlungsfähigkeits- und des Medizinrechts eigentlich erst nach entsprechender Aufklärung über die medizinischen Grundlagen und die juristische Wirkung erfolgen sollte, so müssen wir zwangsläufig zum Schluss gelangen, dass die Formvorschriften zu lax sind. Für einen «informed consent» bräuchte es somit *Aufklärung und Beratung*.
2. Die Patientenverfügung müsste sodann *hinreichend bestimmt* sein – eben gerade nicht i. S. beispielsweise der bisherigen FMH-Verfügung.⁶⁷

65 Ebenso für den englischsprachigen Raum DONELLY (Fn. 12), 47.

66 DONELLY (Fn. 12), 47; ausführlich zur ganzen Problematik MACLEAN, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law, A Relational Challenge*, Cambridge 2009.

67 Dazu vorne, 7., bei Fn. 29.

3. Die Problematik der Selbstbindung liesse sich abschwächen durch eine *zeitliche Befristung* der Verbindlichkeit – nach Ablauf der Zeitdauer (in der Literatur wurden u. a. zwei oder fünf Jahre vorgeschlagen), hätte die Verfügung nur noch Indizwirkung und nicht mehr die Wirkung einer (in der Praxis fast unumstösslichen) Vermutung des aktuellen Patientenwillens.
4. Anders als beim Vorsorgeauftrag – wo es im Wesentlichen um Vertretung und Vermögensverwaltung geht – und anders als beim Testament – das nur die Verteilung des Vermögens nach dem Tod betrifft – verlangt das Gesetz bei der Patientenverfügung lediglich einfache Schriftlichkeit. *Eigenhändigkeit* wie beim Testament würde möglicherweise besser gewährleisten, dass sich der Patient über die Bedeutung der Verfügung vertiefte Gedanken gemacht hat, bevor er unterschreibt.
5. Natürlich kann man – das kennen wir ja aus dem Erbrecht – auch einfach einen vorformulierten Text von Hand abschreiben. Und woher weiss dann der (um seine Aufgabe keineswegs zu beneidende) Arzt,⁶⁸ der die Patientenverfügung auslegen muss, ob der Patient zufällig das Formular von Exit oder jenes von Pro Senectute gewählt hat? Sagt das etwas über die Werte des Betroffenen aus oder nur darüber, welche Organisation es geschafft hat, die Marker bei Google geschickter zu setzen? Daher ist zu empfehlen, in der Verfügung auch über *Beweggründe, Anlass, Motive* Auskunft zu geben. Vielleicht wissen wir dann, dass unser Lehrbeispiel Albert sich eigentlich nur einsam gefühlt hat – und seine Verfügung ist im Zustand frischer «Verliebtheit» trotz Alzheimerdemenz nicht mehr gleichermassen wirksam.
6. Schliesslich müsste der *Biomedizin-Konvention*⁶⁹ insofern Rechnung getragen werden, als die Entscheidung über die Wirksamkeit der Patientenverfügung und die Behandlung nicht alleine dem behandelnden Arzt überbürdet wird, sondern mindestens dann, wenn die Verfügung mit der aus objektiver Sicht vernünftigerweise gebotenen Behandlung nicht in Einklang steht, der Entscheid einer Behörde erforderlich ist.

Auch die unter optimalen Rahmenbedingungen verfasste Patientenverfügung kann allerdings das Problem der fehlenden Antizipation künftiger Entwicklungen nicht beheben. Weil es im Bereich des Medizinrechts keine zulässige Selbstverpflichtung für die Zukunft gibt, muss der aktuelle Wille

68 Nicht von ungefähr sieht die deutsche Regelung zwingend die Beteiligung eines gesetzlichen Vertreters vor, während dem Arzt keine Zuständigkeit für die Willensermittlung des Patienten zukommt; OLZEN/SCHNEIDER (Fn. 6), 746.

69 Dazu vorne, Ziff. 9.

immer entscheidend sein. Dieser kann auch beim äusserungs- und selbstbestimmungsunfähigen Patienten von der Patientenverfügung abweichen. Der soeben vorgestellte Lösungsansatz, nämlich eine deutliche Verschärfung der «Spielregeln» für die Patientenverfügung, löst somit die vorgetragenen Anliegen nicht vollständig. Man wird daher nicht umhin kommen anzuerkennen, dass der möglicherweise in einer «Schönwetterphase» geäusserte Wille trotz der eindeutigen gesetzlichen Regelung nicht mit der Erklärung einer urteilsfähigen Person in der konkreten, u. U. existenzbedrohenden Situation gleichgesetzt werden kann. *Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung kann keine Absolute sein.* Es lässt sich daher nicht vermeiden, die Patientenverfügung unter Berücksichtigung des mutmasslichen Willens dieser Person mit einer «gewissen respektvollen, individualisierten Relativität»⁷⁰ zu betrachten. Damit löst man sich freilich ein klein wenig von der Autonomie – oder je nach Sichtweise, wie es ein englischer Kollege formuliert hat, von der Tyrannei der Autonomie.⁷¹

70 BREITSCHMID/KAMP (Fn. 47), N 4 zu Art. 372 ZGB.

71 So FOSTER (Fn. 32).