

Stefanie Haussener

Entscheidungen am Lebensende im Spannungsfeld zwischen Selbst- und Fremdbestimmung, Patientenwillen und -wohl

Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis

Das Thema, dem sich dieser Beitrag zuwendet, ist in seiner existenziellen Bedeutung für alle von uns nicht hoch genug zu werten: Die Frage danach, wer über das Lebensende eines Menschen bestimmen darf und wie eine solche Entscheidung getroffen werden soll. Entscheidungsprozesse bei Urteilsunfähigkeit eines Patienten stellen Betroffene und Beteiligte vor besondere Herausforderungen, weshalb diese im Fokus der Betrachtung stehen. Nach einer kritischen Gegenüberstellung von Rechtslage und Realität im Kontext von Lebendentscheidungen werden Anregungen für die Weiterentwicklung von rechtlicher Regelung und medizinischer Praxis präsentiert.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Patientenrechte, Persönlichkeitsrechte;

Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Zitievorschlag: Stefanie Haussener, Entscheidungen am Lebensende im Spannungsfeld zwischen Selbst- und Fremdbestimmung, Patientenwillen und -wohl, in: Jusletter 30. Januar 2017

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage
- III. Gegenstand der Untersuchung
- IV. Mittels Patientenverfügung antizipierter Behandlungsentscheid
 - 1. Errichtung
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 2. Inhalte
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 3. Voraussetzungen der Wirksamkeit
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 4. Auslegung und Grundsatz der Verbindlichkeit
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 5. Schranken der Verbindlichkeit und ihre Konsequenzen
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 6. Widerruf
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 7. Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
- V. Mittels gesetzlicher Vertretungskaskade stellvertretend getroffener Behandlungsentscheid
 - 1. Zur Vertretung berufene Person
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 2. Behandlungsplan und Aufklärung
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 3. Vertretungsentscheid
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 4. Partizipationsrecht
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 5. Dringlichkeit
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
 - 6. Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde
 - a) Rechtliche Regelung
 - b) Medizinische Praxis
- VI. Lösungsansätze
 - 1. Grundsätzliche Überlegungen
 - 2. Zum mittels Patientenverfügung antizipierten Behandlungsentscheid
 - 3. Zum mittels gesetzlicher Vertretungskaskade stellvertretend getroffenen Behandlungsentscheid
- VII. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Seit 1900 hat sich die Lebenserwartung in der Schweiz beinahe verdoppelt.¹ Nur noch «eine Minderheit der Menschen scheidet plötzlich und unerwartet aus dem Leben, die Mehrheit [...] stirbt nach einer mehr oder weniger langen Krankheits- und Pflegephase».² Der medizinische Fortschritt der letzten Jahre ermöglicht es heute, den Tod hinauszögern.³ Die erweiterten medizinischen Möglichkeiten haben jedoch auch ihre Schattenseiten.⁴ So fürchten sich viele Patienten davor, lebenserhaltende Massnahmen um jeden Preis erdulden zu müssen und unter unerträglichen Schmerzen zu sterben.⁵ Wie sich Menschen ihr Lebensende vorstellen, ist in unserer pluralistischen Gesellschaft – mit zunehmend sensibleren Moralvorstellungen⁶ – individuell. Aufgrund ihrer Intimität und Tragweite sollen Lebensentscheidungen grundsätzlich *selbstbestimmt* erfolgen.⁷ Die meisten Menschen, die sich in ihrer letzten Lebensphase befinden, sind allerdings von Dritten abhängig. Sie benötigen Betreuung durch medizinisches und pflegerisches Personal oder Unterstützung durch Angehörige und können – bspw. aufgrund einer Demenzerkrankung⁸ im fortgeschrittenen Stadium – medizinische Entscheidungen nicht mehr selber treffen.⁹ Es stellt sich die Frage, ob auch in diesem Kontext ein *Recht auf Selbstbestimmung besteht* und in welchem Ausmass dieses *realisiert* werden kann.

¹ PETERMANN FRANK TH., Urteilsfähigkeit: Generelle Aspekte, Urteilsfähigkeit als Ehevoraussetzung, zum Testieren, zum willentlichen Sterben sowie Screening-Tools, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 194; vgl. auch Nationale Strategie Palliative Care 2013–2015, Bilanz «Nationale Strategie Palliative Care 2010–2012» und Handlungsbedarf 2013–2015 vom 25. Oktober 2012, S. 9.

² BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 164; Strategie Palliative Care (Fn. 1), S. 9.

³ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006 7001 ff., S. 7011; BORASIO GIAN DOMENICO, Über das Sterben, Was wir wissen, Was wir tun können, Wie wir uns darauf einstellen, Schweizer Ausgabe, 2. Aufl., München 2014, S. 34; SIEGMANN-WÜRTH LEA, Ethik in der Palliative Care, Theologische und medizinische Erkundungen, Bern etc. 2011, S. 36.

⁴ NAEF JUDITH/BAUMANN-HÖLZLE RUTH/RITZENTHALER-SPIELMANN DANIELA, Patientenverfügungen in der Schweiz – Basiswissen Recht, Ethik und Medizin für Fachpersonen aus dem Gesundheitswesen, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 4 f.; SIEGMANN-WÜRTH (Fn. 3), S. 36.

⁵ So etwa ALBERS MARION, Inter- und intradisziplinäre Bausteine der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen, in: dies. (Hrsg.), Patientenverfügungen, Baden-Baden 2008, S. 9 ff., S. 38; HOPPLER-WYSS JOSEF, Recht im Alter, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 938; NÄF-HOFMANN MARLIES/NÄF ANDREAS, Palliative Care – Ethik und Recht, Eine Orientierung, Zürich 2011, S. 84; TENTRUP FRANZ J., Entscheidungen am Lebensende, in: Niederschlag Heribert (Hrsg.), Recht auf Selbstbestimmung? Vom Umgang mit den Grenzen des Lebens, 3. Aufl., Ostfildern 2013, S. 57 ff., S. 59; VETTER PETRA, Selbstbestimmung am Lebensende, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, 2. Aufl., Stuttgart/München 2009, S. 17.

⁶ HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/JAKOB DAVID, Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Weiterbildungstagung des Verbandes Bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012, Bern 2012, S. 65 ff., S. 74 f.; NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 7 f.

⁷ Vgl. etwa Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7011; BAUMANN MAX, Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung, in: ZVW 2005, S. 58 ff., S. 60; HOPPLER-WYSS (Fn. 5), Rz. 938; NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 84; PETERMANN (Fn. 1), Rz. 104.

⁸ Etwa ein Drittel aller älteren Menschen stirbt mit einer Demenzerkrankung; dazu Strategie Palliative Care (Fn. 1), S. 9.

⁹ Vgl. BAUMANN (Fn. 7), S. 60; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 84 ff.; Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz (Hrsg.), Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (mit Mustern), Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 1.7.

II. Ausgangslage

[Rz 2] Das *Selbstbestimmungsrecht* ist sowohl im internationalen als auch im nationalen Recht verankert.¹⁰ Die vorliegende Untersuchung stützt sich primär auf das Privatrecht der Schweiz. Aus privatrechtlicher Betrachtungsweise ergibt sich das Recht auf Selbstbestimmung des Patienten insbesondere aus dem *Persönlichkeitsschutz*¹¹ sowie aus den Bestimmungen des *Erwachsenenschutzrechts*,¹² das am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist. Der Arzt hat die Patientenautonomie im Rahmen der *auftragsrechtlichen Treuepflicht* zu wahren.¹³ Die erwähnten Bestimmungen sollen Patienten davor schützen, bei ihren Entscheidungen der Willkür der Ärzteschaft (oder weiterer Personen) ausgeliefert zu sein.¹⁴ Obschon es sich hier um eine privatrechtliche Betrachtung handelt, sind die nachstehenden Ausführungen auf ärztliche Behandlungen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Natur anwendbar, da die Rechte und Pflichten von Patient und Arzt im privaten und im öffentlichen Rechtsverhältnis miteinander vergleichbar sind.¹⁵

[Rz 3] Für die medizinische Behandlung am Lebensende gilt dasselbe wie für jeden anderen ärztlichen Eingriff auch: Sie ist nach konstanter Rechtsprechung und weitgehend übereinstimmender Ansicht der Lehre grundsätzlich widerrechtlich¹⁶ und kann nur durch eine *Einwilligung* rechtmässig begründet werden.¹⁷

[Rz 4] Eine Person, *der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäß zu handeln*, gilt als *urteilsfähig* (siehe Abbildung) und kann selber bzw. direkt in eine aktuelle oder zukünftige Behandlung einwilligen (siehe Abbildung).¹⁸ Die Urteilsfähigkeit als Willensbildungs- und Willensumset-

¹⁰ Massgebende Rechtsquellen sind bspw.: Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), Biomedizinkonvention (ÜMB), Behindertenrechtskonvention (UNO-BRK), Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV), Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB), Obligationenrecht (OR), Medizinalberufegesetz (MedBG) etc.

¹¹ Art. 27 f. ZGB.

¹² Art. 360 ff. ZGB.

¹³ Art. 398 Abs. 2 OR.

¹⁴ Vgl. EISNER BEAT, Die Aufklärungspflicht des Arztes: Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern 1992, S. 20.

¹⁵ In diesem Sinne BGE 117 Ib 197 E. 2c S. 201; 114 Ia 350 E. 5 S. 357; so ausdrücklich Bericht (in Erfüllung der Postulate 12.3100 Kessler, 12.3124 Gilli und 12.3207 Steiert) vom Juni 2015 zu Patientenrechten und Patientenpartizipation in der Schweiz, S. 21.

¹⁶ Jeweils m.w.Verw. BGE 117 Ib 197 E. 2a und 2c S. 200 f.; 114 Ia 350 E. 6 S. 358; 113 Ib 420 E. 4 S. 424; 108 II 59 E. 3 S. 62; statt vieler ARZT GUNTHER, Die Aufklärungspflicht aus strafrechtlicher Sicht, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Arzt und Recht, BTJP 1984, Bern 1985, S. 49 ff., S. 52; FELLMANN WALTER, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 167 ff., S. 169 f.; a.M. HONSELL HEINRICH, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, in: ZSR 1990, I. Halbband, S. 135 ff., S. 145, der davon ausgeht, dass ein medizinischer Heileingriff nicht widerrechtlich sei, da er nicht mit einem Verletzungszweck vorgenommen werde.

¹⁷ Art. 28 ZGB; illustrativ BGE 117 Ib 197 E. 2a S. 200; vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.219/2004 vom 6. August 2004 E. 3; grundlegend BUCHER EUGEN, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln; in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Arzt und Recht, BTJP 1984, Bern 1985, S. 39 ff., S. 42 ff.; siehe zudem GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHÉ BERNHARD, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2013, Rz. 310 ff.

¹⁸ Art. 19c Abs. 1 ZGB sowie Art. 27 f. ZGB; statt vieler BGE 134 II 235 E. 4.1 S. 237 f.; aus der Literatur u.a. FELLMANN (Fn. 16), S. 167 ff., S. 207; DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Consentement libre et éclairé et refus de soins, in: La Harpe Romano/Ummel Marinette/Dumoulin Jean-François (Hrsg.), Droit de la santé et médecine légale, Chêne-Bourg 2014, S. 265 ff., S. 267; HAAS RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 320; HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Bern 2014, Rz. 2.80; WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 119 ff., S. 157 f.

zungsfähigkeit stellt somit den direkten Weg bzw. den «Schlüssel» zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten dar.¹⁹

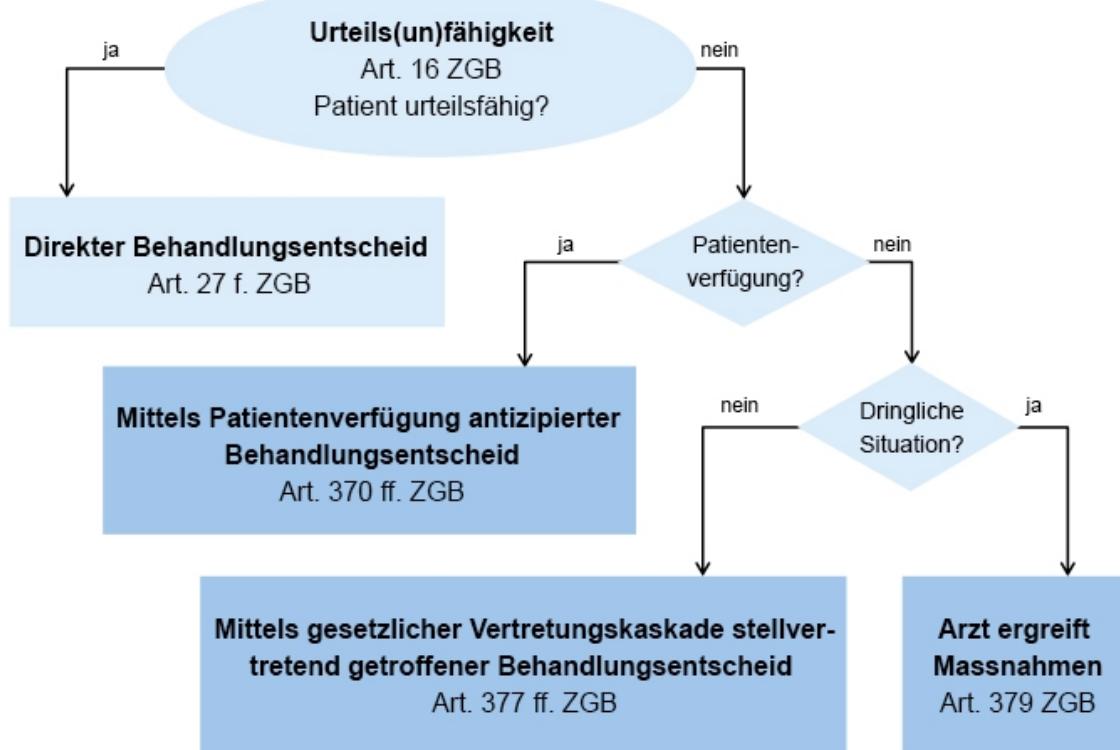


Abbildung: Vereinfachte Darstellung eines Entscheidungsprozesses am Lebensende aus zivilrechtlicher Perspektive

[Rz 5] Gilt ein Patient als *urteilsunfähig* (siehe Abbildung), so ist er vor den Folgen des von ihm vorgesehenen Verhaltens zu schützen.²⁰ Medizinische Entscheidungen urteilsunfähiger Personen sind daher rechtlich unwirksam.²¹ Der von einem urteilsunfähigen Patienten geäusserte sog. «na-

¹⁹ SPRECHER FRANZISKA, 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; vgl. BUCHER EUGEN, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, Insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956, S. 131; HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 07.23, 07.26; m.w.H. PETERMANN (Fn. 1), Rz. 3 ff.; TRACHSEL MANUEL et al., Umgang mit besonderen Herausforderungen bei der ärztlichen Beurteilung von Urteilsfähigkeit, in: Bioethica Forum 2015, S. 56 ff., S. 56.

²⁰ Art. 19c Abs. 1 ZGB; AEBI-MÜLLER REGINA E., Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, in: Jusletter 22. September 2014, Rz. 67; vgl. BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/FANKHAUSER ROLAND, Kommentierung der Art. 11–19 und 19c ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N 1 zu Art. 16 ZGB; TRACHSEL et al. (Fn. 19), S. 56.

²¹ BUCHER EUGEN, 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 141 zu Art. 17/18 ZGB; so auch AEBI-MÜLLER REGINA E., Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, in: ZBJV 2013, S. 150 ff., S. 155 f.; HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Urteilsfähigkeit und Zwangsmassnahmen, in: Wiegand Wolfgang/Koller Thomas/Walter Hans P. (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009, S. 237 ff., S. 239, 247; HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, Rz. 20.78; SPRECHER (Fn. 19), S. 275 f.

türliche Wille» ist lediglich soweit möglich zu berücksichtigen.²² Jedoch wird die *Patientenverfügung* (siehe Abbildung) wirksam, sofern eine solche vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit gültig errichtet wurde. In diesem Zusammenhang spricht man auch von «perpetuierter Selbstbestimmung».²³

[Rz 6] Das Selbstbestimmungsrecht im Sinne einer Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff weist *höchstpersönlichen Charakter* auf.²⁴ Höchstpersönliche Rechte sind Rechte, die eng mit dem affektiven Leben einer Person verknüpft sind und ihr daher *um ihrer Persönlichkeit willen zustehen* und mit dieser untrennbar verbunden sind.²⁵ Es handelt sich dabei um Rechte, die im Gegensatz zu anderen Rechten grundsätzlich nicht auf andere Personen übertragbar sind.²⁶ Medizinische Behandlungsentscheide gehören nach einhelliger Ansicht des Bundesgerichts und der Lehre allerdings zu den *relativ höchstpersönlichen Rechten*.²⁷ Bei den relativ höchstpersönlichen Rechten besteht – im Gegensatz zu den absolut höchstpersönlichen Rechten, die ausnahmslos vertretungsfeindlich sind – eine Vertretungsmöglichkeit.²⁸ Ist ein Patient urteilsunfähig und fehlt die eigene Vorsorge, so kann der Behandlungsentscheid demnach im Sinne der Fürsorge durch eine andre Person vorgenommen werden. Sofern keine dringliche Situation vorliegt, in welcher der *Arzt umgehend Massnahmen ergreift* (siehe Abbildung), kommt die *gesetzliche Vertretungskaskade* (siehe Abbildung) zur Anwendung.²⁹ Die auf die Solidarität in der Familie ausgerichtete Vertretung bei medizinischen Massnahmen soll insofern zur Erhaltung des (indirekten) Selbstbestimmungsrechts beitragen, als der Vertretungsentscheid einer nahestehenden Person in der Regel dem Willen des urteilsunfähigen Patienten entspricht.³⁰

²² Siehe dazu Art. 18 ZGB i.V.m. Art. 377 Abs. 3 ZGB; BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Kommentierung der Art. 370–373 ZGB, in: Büchler Andrea et al. (Hrsg.), FamKomm, Kommentar Erwachsenenschutz, Bern 2013, N 9 zu Art. 371 ZGB; vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 247; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 2.57; zum Partizipationsrecht hinten, Rz. 34 ff., 91 ff.

²³ Art. 370 ff. ZGB; AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 150; ausführlich zur Patientenverfügung hinten, Rz. 11 ff.

²⁴ BUCHER, BK I/1 (Fn. 21), N 194 zu Art. 19 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 07.23; WIDMER BLUM CARMEN L., Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 84; dazu auch MANAÏ DOMINIQUE, Soins et respect de la volonté de la personne en fin de vie, droit suisse, in: Guillod Olivier/Wessner Pierre (Hrsg.), Le Droit de la santé : aspects nouveaux, Rapports des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitant 2009, Neuchâtel 2010, S. 5 ff., S. 51.

²⁵ Art. 19c Abs. 1 ZGB; BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I (Fn. 20), N 1 zu Art. 19c ZGB; vgl. BUCHER, BK I/1 (Fn. 21), N 189 zu Art. 19 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 07.21.

²⁶ Siehe dazu etwa BGE 129 I 302 E. 1.2.3 f. S. 308 ff.; aus der Literatur grundlegend TERCIER PIERRE, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, Rz. 333 ff.; vgl. zudem HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 10.17; ferner BUCHER (Fn. 17), S. 76 ff.

²⁷ Exemplarisch BGE 114 Ia 350 E. 7b S. 361 f.; ausdrücklich BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I (Fn. 20), N 6 f. zu Art. 19c ZGB; GÄCHTER/RÜTSCHE (Fn. 17), Rz. 314; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 07.24 f. Dies ergibt sich auch aus Art. 6 Abs. 2 und 3 ÜMB.

²⁸ Art. 19c Abs. 2 ZGB; grundlegend EGGER AUGUST, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930, N 10 ff. zu Art. 19 ZGB; aus der neueren Lehre BREITSCHMID PETER, Kommentierung der Art. 11–26 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB, PartG, Band I, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 5 zu Art. 19c ZGB; GÄCHTER/RÜTSCHE (Fn. 17), Rz. 314; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 07.22 ff.

²⁹ Art. 377 ff. ZGB; ausführlich dazu hinten, Rz. 71 ff.

³⁰ So etwa Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7014; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.80.

III. Gegenstand der Untersuchung

[Rz 7] Das Erwachsenenschutzrecht lässt das Recht auf Patientenautonomie, wie dargestellt,³¹ also auch bei fehlender Urteilsfähigkeit des Patienten nicht komplett entfallen; doch ist das Übertragen gesetzgeberischer Konzepte in die medizinische Praxis (und umgekehrt) nicht immer einfach.

[Rz 8] Die nachfolgende *Analyse* zeigt – nach einer Darstellung der *Rechtslage* (untergliedert in die unterschiedlichen Aspekte einer Entscheidungsart) – auf, wie Entscheidungen am Lebensende im *medizinischen Alltag* begleitet und getroffen werden. Insbesondere interessieren die Problemstellungen, mit denen sich vorwiegend in der Grundversorgung und im Akutbereich³² tätige Medizinalpersonen³³ dabei konfrontiert sehen. Als Basis der Argumentation hinsichtlich medizinischer Praxis³⁴ werden u.a. die Ergebnisse einer im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms 67 «Lebensende»³⁵ entstandenen empirischen Untersuchung zu Entscheidungsprozessen am Lebensende³⁶ herangezogen.³⁷

[Rz 9] Um einen Beitrag zur Weiterentwicklung von Recht und Praxis im Kontext von Entscheidungsprozessen am Lebensende zu leisten, werden in erster Linie Abweichungen und Schwierigkeiten thematisiert. Dies soll keinesfalls über die durchaus bestehenden Kongruenzen in mehreren Bereichen und die gut funktionierenden Prozesse hinwegtäuschen. Zudem kann die nachfolgende Gegenüberstellung lediglich Tendenzen aufzeigen, die sich nicht verallgemeinern lassen.

[Rz 10] Im Zentrum der Untersuchung stehen der *mittels Patientenverfügung antizipierte Behandlungsentscheid*³⁸ sowie der *mittels gesetzlicher Vertretungskaskade stellvertretend getroffene Behandlungsentscheid*³⁹ bei Urteilsunfähigkeit des Patienten. Im Anschluss an die Analyse gilt es, *Lösungsansätze* aufzuzeigen, die sich insbesondere an den Gesetzgeber und die Gerichte bzw. Erwachsenenschutzbehörden sowie an die Ärzteschaft und Spitäler richten.

³¹ Vorne, Rz. 2 ff.

³² Gemeint sind hier primär Hausarztpraxen und private als auch öffentliche Spitäler sowie am Rande der Rettungsdienst.

³³ Der Fokus ist auf Ärzte (= Praxisakteure, Mediziner) gerichtet, jedoch fließen auch Informationen in den Beitrag mit ein, die sich auf das Pflegefachpersonal (und weitere involvierte Personen) beziehen.

³⁴ Medizinische Praxis meint im vorliegenden Kontext das Handeln von Fachpersonen (insb. der Ärzteschaft) im Gesundheitswesen.

³⁵ Siehe zum Projekt <https://www.unilu.ch/fakultaeten/rf/professuren/aebi-mueller-regina/forschung/nfp-67-selbstbestimmung/>; <http://www.nfp67.ch/de/projekte/modul-3-regelungen-und-handlungsvorschlaege/projekt-aebi-mueller> (Alle Websites zuletzt besucht am 4. November 2016).

³⁶ Die BASS-Studie umfasst 45 semistrukturierte Interviews. Nach dem Prinzip des Theoretical Samplings wurden medizinische Fachpersonen verschiedenen Alters in unterschiedlichen Funktionen, Fachbereichen und in allen Regionen der Schweiz befragt: GRAF Iris et al., Entscheidungen am Lebensende in der Schweiz, Sozial-empirische Studie nach Konzept und im Auftrag von: Aebi-Müller Regina E./Dörr Bianka S./Gerber Andreas U./Hürlmann Daniel/Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Waldenmeyer Catherine, Bern 2014, S. 2; GRAF IRIS, Entscheidungen am Lebensende: Empirische Befunde, in: Jusletter 25. Januar 2016, Rz. 4.

³⁷ Zur Ergänzung der Ergebnisse der BASS-Studie werden weitere Studien und die Praxis abbildende Fachliteratur beigezogen. Handelt es sich dabei um ausländische Literatur, so kann diese auch für die Situation in der Schweiz als aufschlussreich gelten.

³⁸ Dazu vorne, Rz. 5; hinten, Rz. 11 ff.

³⁹ Dazu vorne, Rz. 6; hinten, Rz. 71 ff.

IV. Mittels Patientenverfügung antizipierter Behandlungsentscheid

1. Errichtung

a) Rechtliche Regelung

[Rz 11] Eine Patientenverfügung ist eine freiwillige⁴⁰ «persönliche Erklärung», mit der eine Person im Voraus verbindlich und für einen unbefristeten Zeitraum festlegen kann, welche medizinischen Massnahmen im Falle einer Urteilsunfähigkeit durchgeführt oder unterlassen werden sollen.⁴¹

[Rz 12] Neben der *Urteilsfähigkeit* zum Zeitpunkt ihrer Errichtung⁴² erfordert die Patientenverfügung die *Schriftform*.⁴³ Eigenhändigkeit oder eine öffentliche Beurkundung werden nicht verlangt.⁴⁴ Dies ist wohl dem Bemühen geschuldet, keine zu hohen Hürden für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts aufzustellen. Die schriftliche Verfügung muss jedoch mit *eigener Unterschrift*⁴⁵ und mit *Datum* versehen sein.⁴⁶ Obwohl sich das Obligationenrecht (OR) grundsätzlich auf wenige zentrale Vertragstypen beschränkt,⁴⁷ wurde hiermit eine weitere Schriftform eingeführt. Ein Behandlungswunsch kann antizipiert werden, indem entweder eine *eigene Verfügung* verfasst oder eine *Musterverfügung* oder ein *Standardformular* verwendet wird.⁴⁸ Konkrete gesetzliche Vorgaben für Standardverfügungen gibt es nicht.

b) Medizinische Praxis

[Rz 13] Von der Möglichkeit, eine Patientenverfügung zu errichten, wird in der Schweiz noch immer relativ *wenig Gebrauch* gemacht.⁴⁹ Viele Menschen scheinen das Rechtsinstitut nicht zu kennen, fühlen sich bei der Errichtung überfordert, möchten sich lieber auf die Fürsorge nahe-

⁴⁰ Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (Hrsg.), Patientenverfügung, Ethische Erwägungen zum neuen Erwachsenenschutzrecht unter besonderer Berücksichtigung der Demenz, Stellungnahme Nr. 17/2011, Bern 2011, S. 6; vgl. BOBBERT MONIKA, Patientenverfügungen zwischen Antizipation, Selbstbestimmung und Selbstdiskriminierung, in: Jusletter 25. Januar 2016, Rz. 47; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 180.

⁴¹ REUSSER KATHRIN, Patientenwille und Sterbebeistand, Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, Diss. Zürich 1994, S. 8; ähnlich NEUNER JÖRG, Die «Patientenverfügung» im privatrechtlichen System, in: Albers Marion (Hrsg.), Patientenverfügungen, Baden-Baden 2008, S. 113 ff., S. 113; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 93.

⁴² Art. 370 Abs. 1 ZGB; Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7031; vgl. HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 100; NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 110.

⁴³ Art. 371 Abs. 1 ZGB; Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7031; siehe auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.48; ausführlich zur Schriftform SCHWENZER INGEBORG, Kommentierung der Art. 11–17 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 3 ff. zu Art. 13 OR.

⁴⁴ So aber beim Vorsorgeauftrag: siehe dazu Art. 361 Abs. 1 ZGB.

⁴⁵ Art. 371 Abs. 1 ZGB. Nota bene: Ist es einer Person bspw. aufgrund einer körperlichen Unfähigkeit nicht möglich zu unterschreiben, kann die Unterschrift durch die öffentliche Beurkundung ersetzt werden; vgl. Art. 15 OR; SCHWENZER, BSK OR I (Fn. 43), N 8 zu Art. 15 OR.

⁴⁶ Art. 371 Abs. 1 ZGB; Art. 14 Abs. 1 OR; Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7031; vgl. HOPPLER-WYSS (Fn. 5), Rz. 33; m.w.H. zu den Formvorschriften SCHWENZER, BSK OR I (Fn. 43), N 6 ff. zu Art. 11 OR.

⁴⁷ Bericht Patientenrechte (Fn. 15), S. 80 f.

⁴⁸ Dazu NAEF/BAUMANN-HÖLZLE/RITZENTHALER-SPIELMANN (Fn. 4), S. 92.

⁴⁹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 75, 81.

stehender Personen verlassen oder fürchten sich davor, sich mit den Themen Sterben und Tod auseinanderzusetzen.⁵⁰

[Rz 14] Obwohl die Errichtung einer Patientenverfügung grundsätzlich freiwillig ist,⁵¹ muss davon ausgegangen werden, dass eine solche von anderen Personen oder Institutionen teilweise zwingend *verlangt* oder eine Errichtung zumindest *nahegelegt* wird.⁵² Ein daraus resultierendes Problem besteht darin, dass zum Teil eine nur *oberflächliche Auseinandersetzung* mit den in einer Verfügung festgehaltenen Inhalten stattfindet oder unter Zeitdruck vorformulierte Verfügungen gar *unüberprüft* datiert und unterzeichnet werden.⁵³ Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Verpflichtung zur Eigenhändigkeit und zur öffentlichen Beurkundung sowie angesichts der einfach zugänglichen und nicht durchgehend überzeugenden Verfügungsmuster und -formulare⁵⁴ stellt sich in der Praxis die Frage, ob die durch die Gesetzgebung verlangten *Formvorschriften* tatsächlich genügen, um ein bedachtes Vorgehen bei der Errichtung von Patientenverfügungen zu erreichen und Missbräuchen vorzubeugen.⁵⁵ Die mit der Regelung der Patientenverfügung vorgenommene Einführung einer weiteren Schriftform – einer Kombination aus einfacher Schriftlichkeit nach Art. 13 Abs. 1 OR und Datieren – kann in der Praxis zudem zu grundsätzlichen Verwirrungen führen.⁵⁶

⁵⁰ Vgl. BOBBERT MONIKA, Chancen und Schwierigkeiten von Patientenverfügungen aus ethischer und psychologischer Sicht, in: Anderheiden Michael/Bardenheuer Hubert J./Eckart Wolfgang U. (Hrsg.), Ambulante Palliativmedizin als Bedingung einer *ars moriendi*, Tübingen 2008, S. 111 ff., S. 127; ferner NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 93.

⁵¹ Vorne, Rz. 11.

⁵² Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 63, 75 f.; BOBBERT (Fn. 40), Rz. 45; mit konkretem Beispiel KOPETZKI CHRISTIAN, Plausibilitätssicherheit durch Patientenverfügungen? Zum neuen österreichischen Patientenverfügungs-Gesetz, in: Dutte Gunnar (Hrsg.), Ärztliche Behandlung am Lebensende, Göttingen 2008, S. 79 ff., S. 90; ferner NEK (Fn. 40), S. 6; NEUNER (Fn. 41), S. 121; PANAGOPOULOU-KOUTNATZI FERENIKI, Die Selbstbestimmung des Patienten, Diss. Berlin 2008, Berlin 2009, S. 124; VETTER (Fn. 5), S. 68; mit konkreten Beispielen zudem hinten, Rz. 54.

⁵³ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 78 f.; AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 164; MONTEVERDE SETTIMIO/ZAUGG HELENA, Pflegerische Verantwortung im delegierten Raum, in: Pflegerecht 2014, S. 2 ff., S. 3; NAEF/BAUMANN-HÖLZLE/RITZENTHALER-SPIELMANN (Fn. 4), S. 91. Folgende Aussage eines Arztes der Grundversorgung weist auf das Problem von Musterverfügungen hin: «Es erscheint mir extrem gefährlich, [...] wenn sie einfach eine Patientenverfügung aus dem Internet herunterladen und sich das mal ein bisschen so anschauen und halt unterschreiben», BASS-Studie (Fn. 36), S. 78.

⁵⁴ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 78; kritisch bzgl. Standardverfügungen ebenfalls AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 164; AEBI-MÜLLER REGINA E./BIENZ SABRINA, Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in der Schweiz, in: Löhnig Martin et al. (Hrsg.), Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa, Bielefeld 2011, S. 57 ff., S. 79; HAUSHEER HEINZ/PERRIG-CHIELLO PASQUALINA, Selbstbestimmung – auch eine Frage des Alters, Juristische und psychologische Überlegungen zum Begriff der Urteilsfähigkeit, in: ZBJV 2012, S. 773 ff., S. 800; WASSEM STEPHANIE, In dubio pro vita? Die Patientenverfügung, Eine Analyse der neuen Gesetze in Deutschland und der Schweiz, Diss. Basel 2010, Berlin 2010, S. 48.

⁵⁵ BASS-Studie (Fn. 36), S. 78; vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.49; BOBBERT (Fn. 50), S. 121; MONTEVERDE/ZAUGG (Fn. 53), S. 3; so auch WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 202 f.

⁵⁶ So u.a. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.48; siehe dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_131/2015 vom 26. Mai 2015 E. 4; BGE 95 II 426 E. 3b S. 432; SCHWENZER, BSK OR I (Fn. 43), N 5 zu Art. 13 OR; BREITSCHMID PETER, Kommentierung der Art. 467–469 und 505–511 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Geiser Thomas (Hrsg.), Balser Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchIT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, N 2 ff. zu Art. 505 ZGB.

2. Inhalte

a) Rechtliche Regelung

[Rz 15] Die Patientenverfügung bietet die Möglichkeit der Antizipation von *medizinischen Anordnungen*,⁵⁷ die sich unmittelbar an die Ärzteschaft richten.⁵⁸ Dabei eröffnet die schweizerische Rechtsordnung den verfügenden Personen einen weiten Gestaltungsspielraum. Möglich sind *positive* (Einforderung von Massnahmen) und *negative* (Ablehnung von Massnahmen) Patientenverfügungen.⁵⁹

[Rz 16] *Eingefordert* werden können sowohl kurative als auch palliative Massnahmen. Während die *kurative Therapie* eine Wiederherstellung der Gesundheit anstrebt, ist das Ziel der *Palliativmedizin und -betreuung* (sog. «Palliative Care»), die Lebensqualität unheilbar kranker Menschen durch Schmerzlinderung und eine umfassende Betreuung zu gewährleisten.⁶⁰ Kurative Massnahmen können nur verlangt werden, wenn sie medizinisch *indiziert* sind.⁶¹ Eine medizinische Handlung ist nicht mehr indiziert, wenn eine Krankheit derart fortgeschritten ist, dass die entsprechende Massnahme nicht mehr wirksam ist und damit weder die Gesundheit wiederhergestellt werden kann noch eine Verlängerung des Lebens möglich ist.⁶² Fügt ein bestimmter medizinischer Eingriff einem Patienten Schaden zu, liegt gar eine Kontraindikation vor.⁶³ Schwierige Fragen hinsichtlich Indikation ergeben sich bspw. in Zusammenhang mit dem apallischen Syndrom (Wachkoma⁶⁴), wo medizinische Massnahmen einen Patienten theoretisch noch viele Jahre

⁵⁷ Art. 370 Abs. 1 ZGB; NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 83, 111; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 155 ff.

⁵⁸ Art. 372 Abs. 2 ZGB; dazu auch AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 162; GASSMANN JÜRGEN, Kommentierung der Art. 370–373 und 377–381 ZGB, in: Rosch Daniel/Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015, N 2 zu Art. 372 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 104; ferner BOENTE WALTER, Zürcher Kommentar, Der Erwachsenenschutz, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen, Art. 360–387 ZGB, Zürich/Basel/Genf 2015, N 52 ff. zu Art. 372 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.59.

⁵⁹ Art. 370 Abs. 1 ZGB; Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7012; FELLMANN (Fn. 16), S. 153; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 8 zu Art. 370 ZGB; GETH CHRISTOPHER, Passive Sterbehilfe, Diss. Basel 2009, Basel 2010, S. 93; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 101; MANAË (Fn. 24), S. 56; MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte, Articles 360–456 CC, Genf/Zürich/Basel 2016, Rz. 482; MONTEVERDE/ZAUGG (Fn. 53), S. 3; WASSEM (Fn. 54), S. 41 f.

⁶⁰ Zum Ganzen Strategie Palliative Care (Fn. 1), S. 2 ff.; vgl. Bericht «Sterbehilfe und Palliativmedizin – Handlungsbedarf für den Bund?» vom 24. April 2006, S. 26 ff.; Palliative Care, Medizinisch-ethische Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften vom 23. Mai 2006 [Stand: 1. Januar 2013], S. 6.

⁶¹ JOPPICH ROBIN/ELSNER FRANK/RADBURCH LUKAS, Behandlungsabbruch und Behandlungspflicht am Ende des Lebens, Ein erweitertes Modell zur Entscheidfindung, in: Anaesthesia 2006, S. 502 ff., S. 507; LIPP VOLKER, Die medizinische Indikation – in «Kernstück ärztlicher Legitimation?», in: MedR 2015, S. 762 ff., S. 763.

⁶² SCHORK VANESSA, Ärztliche Sterbehilfe und die Bedeutung des Patientenwillens, Diss. Frankfurt am Main 2008, S. 10 f.; ausführlich dazu EICKHOFF CLEMENS, Patientenwille am Lebensende? Ethische Entscheidungskonflikte im klinischen Kontext, Frankfurt am Main/New York 2014, S. 27 ff.

⁶³ JOX RALF J., Sterben lassen, Über Entscheidungen am Ende des Lebens, Hamburg 2013, S. 120; SCHORK (Fn. 62), S. 10; LIPP (Fn. 61), S. 76; vgl. BRAUER DANIEL, Autonomie und Familie, Behandlungsentscheidungen bei geschäfts- und einwilligungsunfähigen Volljährigen, Diss. Göttingen 2013, Berlin/Heidelberg 2013, S. 25.

⁶⁴ Das apallische Syndrom bzw. Wachkoma zeichnet sich durch einen Verlust des Bewusstseins «mit einem Ausfall aller kognitiven Funktionen und zielgerichteten Handlungen aus»: KÜBLER FRIEDRICH/KÜBLER WOLFGANG, Selbstbestimmung am Lebensende? – Die Patientenverfügung im Gesetzgebungsverfahren, in: ZRP 2008, S. 236 ff., S. 237. Dabei öffnet und schliesst der Patient die Augen im zirkadianen Rhythmus: GEREMEK ADAM, Wachkoma, Medizinische, rechtliche und ethische Aspekte, Köln 2009, S. 53.

am Leben erhalten könnten. Umstritten ist, ob lebenserhaltende Massnahmen⁶⁵ noch indiziert sind, wenn ein Wachkoma irreversibel ist.⁶⁶

[Rz 17] In Zusammenhang mit der *Ablehnung* von Massnahmen ist die Sterbehilfe anzuführen. Diese wird durch das Erwachsenenschutzrecht nicht geregelt. Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass die passive und die indirekte aktive Sterbehilfe grundsätzlich rechtmässig sind und Inhalte einer Patientenverfügung sein können.⁶⁷ Unter *passiver Sterbehilfe* wird ein «Sterbenlassen» verstanden.⁶⁸ Dabei wird auf lebenserhaltende oder -verlängernde Massnahmen verzichtet bzw. diese werden eingestellt.⁶⁹ Gleichzeitig können schmerzlindernde Mittel ohne lebensverkürzende Wirkung verabreicht werden.⁷⁰ Bei der *indirekten aktiven Sterbehilfe* erfolgt eine Schmerztherapie, die in Einzelfällen aufgrund einer Überdosierung (von z.B. Morphium) zum Tod führen bzw. dessen Eintreten beschleunigen kann. Dieses Risiko wird in Kauf genommen, um den Patienten vor starken Schmerzen zu schützen.⁷¹ Eine weitere rechtlich zulässige Massnahme stellt die *palliative Sedierung* dar. Dabei handelt es sich um eine Spezialform der Schmerzlinderung, wobei durch das Verabreichen von Sedativa eine Dämpfung oder ein gänzliches Ausschalten des Bewusstseins des Patienten erreicht wird, wenn eine Reduktion der Schmerzwahrnehmung anders nicht möglich ist.⁷² Die *direkte aktive Sterbehilfe*, bei der eine direkte Tötung mit dem Ziel der Leidensverkürzung durch eine Drittperson herbeigeführt wird,⁷³ ist nicht erlaubt.⁷⁴ Der in einer Patientenverfügung aufgenommene Wunsch nach *assistiertem Suizid* – wobei der Arzt

⁶⁵ Dazu gehören die künstliche Wasser- und Nahrungszufuhr, die künstliche Beatmung sowie die Herz-Lungen-Wiederbelebung (kardiopulmonale Reanimation): exemplarisch HOPPLER-WYSS (Fn. 5), Rz. 945. Bisweilen werden zudem die (nicht-invasive) Sauerstoffzufuhr, Medikation, Transfusion, Dialyse oder operative Eingriffe dazugezählt: TAG BRIGITTE, Strafrecht im Arztalltag, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 669 ff., S. 737 f.; vgl. BATTAGLIA DENISE, «Going to Switzerland» – Hilfe zur Selbsttötung in der Schweiz, in: Thema im Fokus 2015, S. 4 ff., S. 7.

⁶⁶ Weiterführend das neuere Urteil des EGMR *Lambert et al. gegen Frankreich* vom 5. Juni 2015, Ziff. 112 ff.; dazu auch BALTZ PETRA, Lebenserhaltung als Haftungsgrund, Diss. Regensburg 2009, Berlin/Heidelberg 2010, S. 133; ferner BORASIO GIAN DOMENICO, selbst bestimmt sterben, Was es bedeutet, Was uns daran hindert, Wie wir es erreichen können, München 2014, S. 31 ff.; Jox (Fn. 63), S. 122.

⁶⁷ Votum Wicki Franz, AB 2007 S 831; GETH CHRISTOPHER/MONA MARTINO, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht: Verbindlichkeit, mutmasslicher Wille oder objektive Interessen?, in: ZSR 2009, I. Halbband, S. 157 ff., S. 160 f.; vgl. auch MONA MARTINO, Wille oder Indiz für mutmasslichen Willen? Die Konzeptualisierung und strafrechtliche Bedeutung der Patientenverfügung im Kontext einer kulturgebreitenden Bioethik, in: Ethik Med 2008, S. 248 ff., S. 249; PETERMANN (Fn. 1), Rz. 370; WYSS SABINE, Kommentierung der Art. 370–372 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N 15 zu Art. 372 ZGB.

⁶⁸ BATTAGLIA (Fn. 65), S. 7; SCHORK (Fn. 62), S. 45.

⁶⁹ Bericht Sterbehilfe (Fn. 60), S. 8; HOPPLER-WYSS (Fn. 5), Rz. 973 f.; PETERMANN (Fn. 1), Rz. 370; zu den lebenserhaltenden bzw. -verlängernden Massnahmen vorne, Rz. 16 Fn. 65.

⁷⁰ SCHORK (Fn. 62), S. 261.

⁷¹ CONRADI MATTHIAS, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, Eine Untersuchung zu Fragen der Sterbehilfe im Zeitalter der Intensivmedizin, Frankfurt am Main 2002, S. 230; Bericht Sterbehilfe (Fn. 60), S. 8; GUILLOD OLIVIER, Soins et respect de la volonté du patient en fin de vie, Rapport général, in: Guillod Olivier/Wessner Pierre (Hrsg.), Le Droit de la santé : aspects nouveaux, Rapports des contributeurs suisses aux Journées internationales Capitant 2009, Neuchâtel 2010, S. 5 ff., S. 39; HOPPLER-WYSS (Fn. 5), Rz. 976.

⁷² BORASIO (Fn. 3), S. 74; GEISSENDÖRFER SYLKE E., Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts, Diss. Hamburg 2009, S. 98; NAUCK FRIEDEMANN/JASPERS BIRGIT/RADBRUCH LUKAS, Terminale bzw. palliative Sedierung, in: Höfling Wolfram/Brysich Eugen (Hrsg.), Recht und Ethik der Palliativmedizin, Berlin 2007, S. 67 ff., S. 68; ROTHÄRMEL SONJA, Terminale Sedierung aus juristischer Sicht, Gebotener palliativmedizinischer Standard oder heimliche aktive Sterbehilfe?, in: Ethik Med 2004, S. 349 ff., S. 353.

⁷³ BATTAGLIA (Fn. 65), S. 6 f.; Bericht Sterbehilfe (Fn. 60), S. 7 f.; SAMW, Palliative Care (Fn. 60), S. 17; m.w.H. GUILLOD (Fn. 71), S. 40 ff.

⁷⁴ Siehe dazu Art. 111, 114 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB); ferner Art. 113 StGB; weiterführend BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), S. 167 ff.

das Rezept für das tödliche Mittel ausstellt, die letzte Handlung, die zum Tod führt, aber vom Patienten selbst vorgenommen wird⁷⁵ – ist unwirksam, da die Urteilsfähigkeit, die bei Anwendung der Verfügung nicht mehr gegeben ist, für die in der Schweiz zulässige Freitodbegleitung zwingende Voraussetzung darstellt.⁷⁶

[Rz 18] Wenn auch die Formulierung in Art. 370 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) dazu verleitet, lediglich medizinische Massnahmen zu disponieren,⁷⁷ ist es erlaubt, bestimmte *persönliche Einstellungen* und *Haltungen* (z.B. bezüglich eines würdevollen Sterbens) zu nennen.⁷⁸ Des Weiteren ist es möglich, Wünsche hinsichtlich Leistungserbringer und Pflege aufzuführen⁷⁹ – auch wenn solchen Inhalten nicht die gleiche Verbindlichkeit zukommt wie medizinischen Anordnungen.⁸⁰

[Rz 19] Der Gesetzeswortlaut verlangt – im Gegensatz zum Vorentwurf⁸¹ – keine genügende Bestimmtheit oder zumindest *Bestimbarkeit* der Anordnungen.⁸² Die *Aufklärung* stellt gemäss Gesetzestext ebenso wenig ein Gültigkeitserfordernis des Rechtsinstituts dar.⁸³ Sowohl die Botschaft zur Änderung des Zivilgesetzbuches als auch der Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf gehen bei der Patientenverfügung von der Aufgeklärtheit bzw. vom zulässigen Aufklärungsverzicht der verfügenden Person aus.⁸⁴ So seien die meisten Menschen in der Lage, auch ohne Aufklärung bereits vorgängig grundlegende Entscheidungen in Bezug auf eine zukünftige medizinische Behandlung zu formulieren.⁸⁵

[Rz 20] Zu den möglichen Inhalten einer Patientenverfügung zählen nicht nur medizinische Anordnungen oder persönliche Werthaltungen. Es können auch *eine oder mehrere natürliche Personen* bestimmt werden, die zu einem späteren Zeitpunkt stellvertretend über medizinische Massnahmen entscheiden sollen.⁸⁶ Diese Art der Vertretung wird auch als «gewillkürte Vertretung» bezeichnet.⁸⁷ Der gewillkürte Vertreter hat sich bei der Entscheidung an die in der Patienten-

⁷⁵ M.w.H. BATTAGLIA (Fn. 65), S. 4 ff.; Bericht Sterbehilfe (Fn. 60), S. 9.

⁷⁶ Vgl. Art. 115 StGB; BGE 133 I 58 E. 6.3.4 S. 73; weiterführend GÄCHTER/RÜTSCHE (Fn. 17), Rz. 343, 350 ff.

⁷⁷ So wohl auch MÜLLER-STÄHELIN JÜRGEN, Selbstbestimmung Urteilsunfähiger, in: Hafner Felix/Seelmann Kurt/Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 133 ff., S. 134.

⁷⁸ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7012; FASSBUND PATRICK, Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2012, S. 188.

⁷⁹ BREITSCHMID PETER/KAMP ANNASOFIA, Kommentierung der Art. 370–373 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB, PartG, Band I, in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 3 zu Art. 370 ZGB; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 7 zu Art. 370 ZGB; HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht mit einem Exkurs zum Kinderschutz, Bern 2013, Rz. 09.06; vgl. dazu hinten, Rz. 25.

⁸⁰ GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 7 zu Art. 370 ZGB; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.06.

⁸¹ Es wurde *hinreichende Klarheit* gefordert: Art. 373 Abs. 2 VE ZGB; dazu Bericht der Expertenkommission vom Juni 2003 zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht), S. 29.

⁸² Dies betonend denn auch AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 163; BOENTE, ZK (Fn. 58), N 56 zu Art. 372 ZGB; siehe allerdings Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7033.

⁸³ Vgl. Art. 371 f. ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.44.

⁸⁴ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7033; vgl. Bericht VE ZGB (Fn. 81), S. 27 ff.; zustimmend JOSSEN ROCHUS, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, Diss. Bern 2009, S. 206; so auch NEK (Fn. 40), S. 7, 20.

⁸⁵ Vgl. Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7033; NEK (Fn. 40), S. 18 ff.

⁸⁶ Art. 370 Abs. 2 ZGB; Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7012, 7031; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.20; MEIER (Fn. 59), Rz. 490; MONA (Fn. 67), S. 250.

⁸⁷ WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 53, 133, 219; vgl. auch GROSS JOST, Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern 1987, S. 3.

verfügung verschriftlichten Weisungen zu halten.⁸⁸ Sind keine Weisungen enthalten, richtet sich die Entscheidfindung nach den Regeln zur gesetzlichen Vertretung bei medizinischen Massnahmen,⁸⁹ worauf noch einzugehen sein wird.⁹⁰ Die für die Vertretung vorgesehene Person ist berechtigt, den Auftrag jederzeit mit sofortiger Wirkung niederzulegen. Für solche Fälle besteht die Möglichkeit, in der Patientenverfügung *Ersatzverfügungen zu treffen*.⁹¹

b) Medizinische Praxis

[Rz 21] Hinsichtlich des Inhalts von Patientenverfügungen werden in der Praxis vorwiegend zwei Aspekte kritisiert:

[Rz 22] Um medizinische Entscheidungen in einer Patientenverfügung vorwegzunehmen, braucht es die Fähigkeit, eine *Situation am Lebensende prospektiv einzuschätzen*. In der Praxis wird grundsätzlich daran gezweifelt, dass der tatsächliche Wille in Bezug auf die finale Lebensphase voraussehbar und kontinuierlich ist. Wünsche und Einstellungen können sich im Laufe der Zeit verändern und Entwicklungen in der Medizin sind imponderabel.⁹² Im Besonderen kann man ein Leiden kaum antizipieren.⁹³ Nicht zuletzt dürfte das Leben in der konkreten Situation höher geschätzt werden, als dies im Voraus angenommen wurde.⁹⁴ Studien haben bspw. gezeigt, dass Gesunde der aktiven Sterbehilfe gegenüber befürwortender eingestellt sind als dem Tod nahestehende Menschen.⁹⁵ Dagegen sind schwer kranke Menschen viel eher bereit, intensive Behandlungen auf sich zu nehmen,⁹⁶ wobei anzuführen ist, dass aggressive Therapien im Endstadium einer Erkrankung wiederum eher abgelehnt werden.⁹⁷ Weiter werden schwere Erkrankungen im Voraus häufig als unvereinbar mit einem glücklichen Leben eingeschätzt. Klinische Erfahrungen

⁸⁸ Art. 370 Abs. 2 ZGB; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 23 zu Art. 370 ZGB.

⁸⁹ Art. 377 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 3 ZGB; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 23 zu Art. 370 ZGB; SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010, N 9 zu Art. 370 ZGB.

⁹⁰ Hinten, Rz. 85 f.

⁹¹ Art. 370 Abs. 3 ZGB; Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7030; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.46; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 14 zu Art. 370 ZGB.

⁹² BASS-Studie (Fn. 36), S. 12, 78 f. Zu diesem «Dilemma» ist folgende Reaktion einer Patientin aufzuführen: «Gott sei Dank haben Sie meine Patientenverfügung nicht gefunden, weil da drin wäre gestanden, dass man nichts machen soll», dies., S. 78; siehe dazu auch Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7032; AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 166; GÄCHTER/RÜTSCHE (Fn. 17), Rz. 328; a.M. indes BICHLER CHRISTIAN, Zwischen Selbstbindung und Bevormundung – die zivilrechtliche Behandlung der Patientenverfügung, Diss. Augsburg 2012, Berlin 2013, S. 186, wonach die Einstellung bzgl. lebensverlängernder Massnahmen meist stabil bleibt.

⁹³ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 78; BOBBERT (Fn. 50), S. 124; GETH (Fn. 59), S. 98; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.05; NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 100 f.

⁹⁴ AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 165 m.H. auf FOSTER CHARLES, Choosing Life, Choosing Death, The Tyranny of Autonomy in Medical Ethics and Law, Oxford 2009, S. 155 ff. m.w.Verw. auf entsprechende empirische Studien; BICHLER (Fn. 92), S. 182; NÄF/BAUMANN-HÖLZLE/RITZENTHALER-SPIELMANN (Fn. 4), S. 109. BOBBERT (Fn. 40), Rz. 30 ff. m.w.H. und ebenso m.w.Verw. auf entsprechende Studien, spricht in diesem Zusammenhang vom sog. «Behinderungsparadox».

⁹⁵ U.a. WODARG WOLFGANG, Kann ein Gesunder sich das Koma vorstellen? Zum Zwischenbericht der Enquete-Kommission «Ethik und Recht der modernen Medizin» zu Patientenverfügungen, in: May Arnd T./Charbonnier Ralph (Hrsg.), Patientenverfügungen – Unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge, Münster 2005, S. 69 ff., S. 74.

⁹⁶ Vgl. BOBBERT (Fn. 50), S. 124; GETH (Fn. 59), S. 98; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.05; NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 100 f.; SAHM STEPHAN, Sterbegleitung und Patientenverfügung, Ärztliches Handeln an den Grenzen von Ethik und Recht, Frankfurt am Main 2006, S. 183.

⁹⁷ LÜBBE ANDREAS S., Persisting misconceptions about patients' attitudes at the end of life, in: Support Care Cancer 2005, S. 203 ff., S. 203; dazu auch SAHM (Fn. 96), S. 190.

belegen hingegen, dass schwer kranke Menschen durchaus noch ein Leben mit hoher Lebensqualität führen können.⁹⁸ Dazu kommt, dass Verfügende regelmässig von falschen Vorstellungen ausgehen.⁹⁹ So wird bspw. die Erfolgswahrscheinlichkeit einer kardiopulmonalen Reanimation (CPR) regelmässig überschätzt, während die möglichen negativen gesundheitlichen Konsequenzen einer gelungenen Reanimation unterschätzt werden.¹⁰⁰

[Rz 23] Das zweite Problem steht in Zusammenhang mit der *Bestimmtheit* von Patientenverfügungen. Bei verfügenden Personen handelt es sich meist um medizinische Laien, weshalb die von ihnen gewählten *Formulierungen* oft *unpräzise* ausfallen.¹⁰¹ Patientenverfügungen sind immer wieder generalisierend oder zu eng formuliert, sodass der schriftlich festgehaltene Patientenwille für Ärzte häufig zu wenig klar zum Ausdruck kommt.¹⁰² Bezeichnungen wie «menschenunwürdiges Dasein», «hoffnungslos»¹⁰³ oder «keine Aussicht auf Besserung» werden als interpretationsbedürftig und kaum verifizierbar beschrieben.¹⁰⁴ Des Weiteren beschäftigt in der Praxis die Tatsache, dass Patientenverfügungen zum Teil in sich *widersprüchlich* sind. So wünschen Patienten bspw. keine lebensverlängernden Massnahmen mit gleichzeitiger künstlicher Beatmung.¹⁰⁵ Unbestimmte schriftliche Willensäußerungen können medizinisch nicht umgesetzt werden.¹⁰⁶ Ursache dafür ist im Wesentlichen, dass Patientenverfügungen auch *ohne hinreichende Aufklärung* errichtet werden können.¹⁰⁷

[Rz 24] Liegt eine genügend bestimmte Patientenverfügung mit *nicht indizierten Massnahmen* vor, werden diese in der Praxis teilweise dennoch befolgt. Einerseits ist die medizinische Indikationsstellung anspruchsvoll.¹⁰⁸ Andererseits wollen Ärzte zu behandelnde Personen, Angehörige

⁹⁸ Zum Ganzen NAEF/BAUMANN-HÖLZLE/RITZENTHALER-SPIELMANN (Fn. 4), S. 109; siehe auch BOBBERT (Fn. 40), Rz. 30 ff. m.w.Verw. auf div. Studien.

⁹⁹ FISCHER GARY S. et al., Patient Knowledge and Physician Predictions of Treatment Preferences After Discussion of Advance Directives, in: J Gen Intern Med 1998, S. 447 ff., S. 452; vgl. auch BASS-Studie (Fn. 36), S. 41.

¹⁰⁰ EICKHOFF (Fn. 62), S. 109 Gemäss einer amerikanischen Studie sind nur 4.4% aller Reanimationen erfolgreich (Patienten überleben): NICHOL GRAHAM et al., Regional Variation in Out-of-Hospital Cardiac Arrest Incidence and Outcome, in: JAMA 2008, S. 1425 ff., S. 1425 ff.; so auch FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/KÖBRICH TIM O., Die Verbindlichkeit des mittels No-CPR-Stempels erklärten Verzichts auf Reanimationsmassnahmen im neuen Erwachsenenschutzrecht, in: AJP 2013, S. 1437 ff., S. 1438 f. Nach einer Reanimation kommt es zudem häufig zu neurologischen Schäden: GRAVES JUDITH R. et al., Survivors of out of hospital cardiac arrest: Their prognosis, longevity and functional status, in: Resuscitation 1997, S. 117 ff., S. 117 ff.

¹⁰¹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 76 ff.; vgl. ALBERS (Fn. 5), S. 15; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 21 zu Art. 370 ZGB.

¹⁰² BASS-Studie (Fn. 36), S. 17, 77 f.; JOX (Fn. 63), S. 145; Beispiel: «Ich möchte, dass lebensverlängernde Massnahmen unterlassen werden», WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 205.

¹⁰³ So stellt sich i.Z.m. der Klausel «hoffnungslos» bspw. die Frage, ob die Verfügung lediglich auf die Demenzerkrankung ausgerichtet ist und eine später dazukommende Krankheit, wie bspw. eine Lungenentzündung, mit Antibiotika behandelt werden soll oder nicht: BASS-Studie (Fn. 36), S. 78.

¹⁰⁴ BASS-Studie (Fn. 36), S. 76 f.; ebenso JOPPICH/ELSNER/RADBACH (Fn. 61), S. 505; Zusammenstellung der Vernehmlassungen vom Oktober 2004 zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), S. 156; NEUNER (Fn. 41), S. 122.

¹⁰⁵ BASS-Studie (Fn. 36), S. 32, 79.

¹⁰⁶ BASS-Studie (Fn. 36), S. 77 ff.

¹⁰⁷ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 76 ff.; so auch AEBI-MÜLLER/BIENZ (Fn. 54), S. 80; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 32 zu Art. 370 ZGB; PALLY HOFMANN URSSINA, Auswirkungen des Erwachsenenschutzgesetzes auf die Behandlung urteilsunfähiger Patienten, Teil 3 der Reihe zu den Neuerungen im Erwachsenenschutzrecht, in: SÄZ 2014, S. 474 ff., S. 475.

¹⁰⁸ Vgl. JOX (Fn. 63), S. 115; siehe dazu auch EICKHOFF (Fn. 62), S. 27 ff.; SCHORK (Fn. 62), S. 185; m.w.H. BASS-Studie (Fn. 36), S. 19; zudem vorne, Rz. 16.

und sich selber nicht enttäuschen.¹⁰⁹ Ist eine kurative Behandlung aussichtslos, sehen Mediziner ihren Auftrag gelegentlich als beendet an, obschon unheilbar kranke Menschen in der Regel einer *palliativen Weitertherapie* und besonders viel Zuwendung bedürfen.¹¹⁰ Mit der Beendigung der kurativen Behandlung geht in diesen Fällen ein Abbruch der Arzt-Patienten-Beziehung einher. Untersuchungen zeigen gar, dass sterbenden Personen nur gerade noch einen Sechstel der vorherigen ärztlichen Besuchszeit gewidmet wird.¹¹¹

[Rz 25] Betreffend die Entscheidung, *wie* und *wo* eine Person sterben möchte, gibt es zudem innerhalb einer Einrichtung hinsichtlich der Pflegeangebote sowie der Bettenbelegung Einschränkungen. Wenn denn ein Spital überhaupt über eine Palliativstation verfügt,¹¹² sind auf dieser nicht immer freie Betten vorhanden.¹¹³ Jeder fünfte Patient stirbt in der Folge gemäss einer amerikanischen Studie auf einer Intensivstation;¹¹⁴ und Intensivstationen sind nicht auf die Bedürfnisse unheilbar kranker Menschen ausgerichtet. In der Schweiz äussern 73% aller am Lebensende stehenden Patienten den Wunsch, zu Hause zu sterben.¹¹⁵ Aufgrund fehlender ambulanter und mobiler (palliativer) Pflegeangebote kann ein würdevolles Sterben in der heimischen Umgebung allerdings nicht durchgängig möglich gemacht werden.¹¹⁶ Zudem ist ein Teil der Kosten für die heimische Pflege aus den Ersparnissen des Betroffenen bzw. von der Familie zu erstatten, was viele Patienten ihren Angehörigen nicht zumuten möchten. So besteht bezüglich des Sterbeorts eine bedrückende Abweichung zwischen Patientenwunsch und Wirklichkeit: Während über 70% der Menschen im Spital oder in einer Institution der Langzeitpflege sterben, wünscht sich ein genauso grosser Anteil der Bevölkerung ein Sterben zu Hause.¹¹⁷

3. Voraussetzungen der Wirksamkeit

a) Rechtliche Regelung

[Rz 26] Damit eine Patientenverfügung wirksam wird, bedarf es der *Urteilsunfähigkeit* der verfügenden Person sowie der *Gültigkeit* einer vorliegenden Verfügung.¹¹⁸

[Rz 27] Im Erwachsenenschutzrecht ist nicht klar bestimmt, wer für die *Klärung der Urteilsunfähigkeit* (als suspensiver Bedingung für die Wirksamkeit der Patientenverfügung) verantwortlich

¹⁰⁹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 44; Jox (Fn. 63), S. 111; vgl. GERBER ANDREAS U., Der sterbende Patient, in: Wyler Daniel (Hrsg.), Sterben und Tod, Eine interprofessionelle Auseinandersetzung, Zürich 2009, S. 97 ff., S. 106; siehe dazu auch hinten, Rz. 40.

¹¹⁰ CONRADI (Fn. 71), S. 251 ff.; vgl. MANAÏ (Fn. 24), S. 63.

¹¹¹ CONRADI (Fn. 71), S. 250 f.; Jox (Fn. 63), S. 98 f.

¹¹² Siehe dazu NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 29 f.

¹¹³ BASS-Studie (Fn. 36), S. 31; JOX RALF J./HESSLER HANS-JOACHIM/BORASIO GIAN DOMENICO, Entscheidungen am Lebensende, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, in: Nervenarzt 2008, S. 729 ff., S. 730.

¹¹⁴ Jox (Fn. 63), S. 17 m.H. auf die Studie von ANGUS DEREK C. et al., Use of intensive care at the end of life in the United States: an epidemiologic study, in: Crit Care Med 2004, S. 638 ff., S. 638 ff.

¹¹⁵ Zusammenfassung der Ergebnisse zur Studie «Palliative Care» (repräsentative Bevölkerungsbefragung im Auftrag des BAG) vom 30. November 2009, S. 6; siehe dazu auch Strategie Palliative Care (Fn. 1), S. 12; BORASIO (Fn. 3), S. 36.

¹¹⁶ BASS-Studie (Fn. 36), S. 31 f.; NAEF/BAUMANN-HÖLZLE/RITZENTHALER-SPIELMANN (Fn. 4), S. 84.

¹¹⁷ Vgl. Ergebnisse Palliative Care 2009 (Fn. 115), S. 6; Strategie Palliative Care (Fn. 1), S. 12; BORASIO (Fn. 3), S. 30 f.

¹¹⁸ Art. 370 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 371 Abs. 1 ZGB; vgl. FASSBIND (Fn. 78), S. 38; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 6 zu Art. 372 ZGB.

ist.¹¹⁹ Nach Ansicht der Lehre obliegt es in erster Linie dem behandelnden Ärztteteam – und nicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – die Urteilsunfähigkeit zum aktuellen Zeitpunkt zu bestätigen.¹²⁰

[Rz 28] Liegt *Urteilsunfähigkeit* eines Patienten vor und ist unklar, ob eine Patientenverfügung existiert, muss der behandelnde Arzt die *Krankenversicherungskarte* konsultieren,¹²¹ zumal die verfügende Person die Möglichkeit hat, das Vorhandensein einer Patientenverfügung sowie deren Aufbewahrungsort auf der Versichertenkarte festzuhalten.¹²² Eine Nachforschung zur Existenz einer Patientenverfügung über die Versichertenkarte hinweg verlangt der Gesetzgeber allerdings nicht.¹²³ Dem Patienten steht es frei, das Dokument entweder zu Hause, beim Hausarzt, einer Vertrauensperson oder – sofern möglich – bei der Erwachsenenschutzbehörde zu hinterlegen oder mitzuführen.¹²⁴

[Rz 29] In dringlichen Fällen dürfen die Abklärungen zum Vorhandensein einer Patientenverfügung vernachlässigt werden.¹²⁵ Vorhandene Patientenverfügungen sind indes auch in dringlichen Situationen zu befolgen.¹²⁶ *Dringlichkeit* meint eigentliche Notfallsituationen.¹²⁷ Eine einheitliche Definition des Notfallbegriffs liegt nicht vor. Jedenfalls werden Situationen mit der Gefahr des Lebensverlustes bzw. des schweren, irreversiblen Gesundheitsschadens vom Notfallbegriff gedeckt.¹²⁸ Ein dringlicher Fall kann aber auch gegeben sein, wenn z.B. eine nahestehende Person die Gültigkeit der Verfügung bestreitet, mit einer medizinischen Massnahme zum Wohl des Patienten allerdings nicht zugewertet werden kann, bis die Abklärungen durch die Erwachsenenschutzbehörde erfolgt sind.¹²⁹

[Rz 30] Der Arzt hat sodann darüber zu befinden, ob die vorhandene Verfügung *rechtsgültig* verfasst wurde.¹³⁰ Ihm obliegt die Überprüfung der *Urteilsfähigkeit zum Errichtungszeitpunkt der Ver*

¹¹⁹ GUTZWILLER PETER M., Zur Feststellung der Urteilsunfähigkeit, in: Petermann Frank Th. (Hrsg.), *Urteilsfähigkeit: Referate der Tagung vom 31. Oktober 2012 in Zürich, St. Gallen 2014*, S. 121 ff., S. 124 ff., 131.

¹²⁰ Statt vieler SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 6 zu Art. 372 ZGB; TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/JUNGO ALEXANDRA, *Erwachsenenschutz*, in: Tuor Peter et al. (Hrsg.), *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Aufl., Zürich/Basel/Gemf 2015, N 43 zu § 50; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 160 f.; zum Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde hinten, Rz. 66.

¹²¹ Art. 372 Abs. 1 ZGB; siehe auch Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7031; Votum Amherd Viola, AB 2008 N 1796; MEIER PHILIPPE/LUKIC SUZANA, *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Zürich 2011, Rz. 284.

¹²² Art. 371 Abs. 2 ZGB; Art. 42a KVG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. i VVK; HOPPLER-WYSS (Fn. 5), Rz. 33, 966; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 99.

¹²³ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7032. Dies entgegen der Ansicht des Nationalrates, wonach der Arzt zur umfassenden Abklärung hätte verpflichtet werden sollen: Votum Thanei Anita, AB 2008 N 1518.

¹²⁴ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7032; BOENTE, ZK (Fn. 58), N 39 f. zu Art. 371 ZGB; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.13; vgl. auch MEIER (Fn. 59), Rz. 513.

¹²⁵ Art. 372 Abs. 1 ZGB; Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7034.

¹²⁶ GL.M. DUMOULIN (Fn. 16), S. 272; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 1 zu Art. 372 ZGB; Wyss, BSK ZGB I (Fn. 67), N 5 f. zu Art. 372 ZGB.

¹²⁷ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7037.

¹²⁸ So EISNER (Fn. 14), S. 182; vgl. auch FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/KÖBRICH TIM O., *Patientenwille, Rettungsdienst, Notfallarzt: Zur Vertretungsbefugnis der Angehörigen und der Verbindlichkeit ärztlicher Weisungen*, in: Universitäre Fernstudien Schweiz (Hrsg.), *Quid iuris? Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz, 10 Jahre Bachelor of Law*, Bern 2015, S. 75 ff., S. 79 ff.

¹²⁹ Vgl. Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7037; ferner BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 4 zu Art. 372 ZGB; zum Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde ausführlich hinten, Rz. 66 ff.

¹³⁰ HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.11; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 4 ff. zu Art. 372 ZGB.

fügung sowie der *Formvorschriften*.¹³¹ Eine behördliche Validierung ist nicht vorgesehen.¹³² Für die Feststellung der Urteilsfähigkeit im Zeitpunkt der Abfassung gelten die üblichen *Beweisregeln* der Urteilsfähigkeit. Danach wird grundsätzlich die Urteilsfähigkeit vermutet; der Arzt hat den Nachweis für eine Urteilsunfähigkeit zum Errichtungszeitpunkt zu erbringen.¹³³

b) Medizinische Praxis

[Rz 31] In der Praxis wird die *Versichertenkarte* von vielen Patienten nicht mitgeführt, oder es fehlt eine entsprechende *Kodierung*.¹³⁴ Dies erstaunt nicht. Für den Code auf der Karte braucht es eine spezielle Software. Zudem gibt es für die Leistungserbringer weder eine Verpflichtung noch Anreize, diese Dienstleistung anzubieten.¹³⁵ Über die Versichertenkarte hinausgehende Abklärungen zum Vorhandensein einer Verfügung werden im Gesetz nicht verlangt und in der Praxis meist auch nicht getroffen, da die zeitlichen Ressourcen dazu fehlen.¹³⁶

[Rz 32] Liegt Dringlichkeit vor, können die Abklärungen hinsichtlich Verfügbarkeit einer Patientenverfügung unterbleiben. Das medizinische Personal hat sich aber an ihm bekannte Patientenverfügungen zu halten.¹³⁷ Allerdings wird in Akutspitälern im Gegensatz zu Langzeitpflege-Institutionen bei Eintritt nicht standardmäßig nach einer Verfügung gefragt.¹³⁸ Auch Gespräche über das Lebensende bleiben im Spital eher aus, da ein Austausch dieser Art eine vertrauensvolle Beziehung und damit in der Regel eine längere Betreuungsphase durch dieselben Personen voraussetzt.¹³⁹ Außerdem werden Patientenverfügungen und weitere relevante, nur selten schriftlich festgehaltene Informationen bei einem Wechsel der Institution – z.B. von einem Pflegeheim oder einer Hausarztpraxis in ein Spital – nicht immer weitergegeben,¹⁴⁰ und im Spital tätige Personen fragen bei den einweisenden Institutionen nicht nach.¹⁴¹ Dieselben *Defizite des Informationsflusses* stellen sich – vornehmlich in grösseren Einrichtungen – innerhalb eines Spitals an der Schnittstelle zwischen verschiedenen Abteilungen oder bei Schichtwechseln und Ferienabwesenheiten des Personals.¹⁴² Dazu kommt, dass Notfallhospitationen häufig sind und Patientenverfügungen nur selten zusammen mit dem Patienten den Weg in das Spital finden.¹⁴³ Aus den aufgeführten Gründen sind die Dokumente in der Praxis im entscheidenden Moment meist

¹³¹ BREITSCHMID/KAMP, CHK (Fn. 79), N 1 ff. zu Art. 371 ZGB; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 158 f.; vgl. zu den Formvorschriften für die Errichtung einer Patientenverfügung vorne, Rz. 12.

¹³² FASSBIND (Fn. 78), S. 195; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.24; KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 2.27.

¹³³ U.a. Urteil des Bundesgerichts 5A_912/2014 vom 27. März 2015 E. 3.2.1; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 243; PETERMANN (Fn. 1), Rz. 27; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 158. Die Vermutung der Urteilsfähigkeit ergibt sich auch aus der doppelten Negation des Art. 16 ZGB: AEBI-MÜLLER REGINA E. et al., Arztrecht, Bern 2016, N 65 zu § 5; vgl. dazu Art. 8 ZGB i.V.m. Art. 16 ZGB.

¹³⁴ Vgl. WASSEM (Fn. 54), S. 119.

¹³⁵ Dazu http://www.parlament.ch/d/suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20155284; siehe auch <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/04114/07062/?lang=de>; m.w.H. MEIER (Fn. 59), Rz. 514.

¹³⁶ BASS-Studie (Fn. 36), S. 43; vgl. dazu vorne, Rz. 28.

¹³⁷ Vorne, Rz. 29.

¹³⁸ BASS-Studie (Fn. 36), S. 75; siehe dazu auch WASSEM (Fn. 54), S. 122.

¹³⁹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 40; vgl. TENTRUP (Fn. 5), S. 57; siehe dazu hinten, Rz. 54.

¹⁴⁰ BASS-Studie (Fn. 36), S. 32 f., 36 f., 39, 43; GRAF (Fn. 36), Rz. 13 ff.

¹⁴¹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 33.

¹⁴² BASS-Studie (Fn. 36), S. 32 f., 43; bestätigt durch GRAF (Fn. 36), Rz. 14; so auch BOBBERT (Fn. 40), Rz. 9.

¹⁴³ BASS-Studie (Fn. 36), S. 78, 90; deutlich: «[...] und die Rettungssanitäter, die, die suchen ja nicht zu Hause, diesen Zettel», dies., S. 79.

nicht vorhanden, weshalb ihnen auch nicht entsprochen werden kann.¹⁴⁴ Doch selbst wenn eine Patientenverfügung in der Notfallsituation vorliegt, bleibt für die notwendige Interpretation¹⁴⁵ oft keine Zeit.¹⁴⁶ Zwischen Herzstillstand und Reanimation dürfen bspw. nur wenige Sekunden liegen. Deshalb werden in *Notfallsituationen* standardmäßig *lebenserhaltende Massnahmen* getroffen.¹⁴⁷

[Rz 33] Der Arzt muss des Weiteren die notwendigen *Abklärungen hinsichtlich Gültigkeit* einer vorhandenen Patientenverfügung treffen.¹⁴⁸ Dass diese Aufgabe dem Arzt zukommt, ist nachvollziehbar, da sich der Inhalt von Verfügungen hauptsächlich auf medizinische Massnahmen bezieht und Zeitverlust verhindert werden soll. Die Klärung bringt jedoch auch praktische Probleme mit sich.¹⁴⁹ Bspw. gestaltet sich die Beurteilung der *Urteilsfähigkeit zum Errichtungszeitpunkt* im Vergleich zur Feststellung der Urteilsunfähigkeit zum aktuellen Zeitpunkt schwieriger – insbesondere wenn eine Willensantizipation schon lange zurückliegt.¹⁵⁰ Es ist denkbar, dass Ärzte aufgrund der gesetzlichen *Beweislastreglung* in Zusammenhang mit der Urteils(un)fähigkeit «automatisch» Urteilsfähigkeit zum Errichtungszeitpunkt annehmen. Dies kann bei Patientenverfügungen heikel sein, da sie regelmässig erst im Alter abgefasst werden und die Wahrscheinlichkeit für eine Urteilsunfähigkeit mit dem Alter tendenziell zunimmt.¹⁵¹ Schliesslich stellt die Überprüfung der *Formvorschriften* keine typische ärztliche Aufgabe dar, was in der Praxis zu Fehlbeurteilungen führen kann.¹⁵²

4. Auslegung und Grundsatz der Verbindlichkeit

a) Rechtliche Regelung

[Rz 34] Wie beschrieben,¹⁵³ richtet sich die Patientenverfügung – wenn darin nicht eine Person zur Vertretung ernannt wird – *direkt an den Arzt* und soll durch diesen unmittelbar umgesetzt werden. Dabei lässt der Gesetzeswortlaut des Zivilgesetzbuches – entgegen Art. 6 Abs. 3 der für die Schweiz am 1. November 2008 in Kraft getretenen Biomedizinkonvention (ÜMB)¹⁵⁴ – ein

¹⁴⁴ BASS-Studie (Fn. 36), S. 22, 43, 75 ff.; EICKHOFF (Fn. 62), S. 109; PALLY HOFMANN (Fn. 107), S. 475.

¹⁴⁵ Dazu hinten, Rz. 35 ff.

¹⁴⁶ So IN DER SCHMITTEN JÜRGEN et al., beizeiten begleiten – Modellprojekt in den Senioreneinrichtungen einer Region zur Entwicklung aussagekräftiger, valider und wirksamer Patientenverfügungen, in: Höfling Wolfram (Hrsg.), Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis – eine erste kritische Zwischenbilanz, Baden-Baden 2011, S. 81 ff., S. 87.

¹⁴⁷ BASS-Studie (Fn. 36), S. 43.

¹⁴⁸ Vorne, Rz. 30.

¹⁴⁹ Vgl. BREITSCHMID/KAMP, CHK (Fn. 79), N 3 zu Art. 371 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 103 f.; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 158.

¹⁵⁰ WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 200.

¹⁵¹ Vgl. WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 158 f.; BREITSCHMID, BSK ZGB II (Fn. 56), N 10 zu Art. 467/468 ZGB.

¹⁵² Dazu bereits vorne, Rz. 14.

¹⁵³ Vorne, Rz. 15.

¹⁵⁴ Dies gilt insbesondere dann, wenn davon ausgegangen wird, dass die Konvention – wie es ihre Systematik vermuten lässt – in Art. 6 ff. ÜMB Entscheidungen einwilligungsunfähiger Personen in allgemeiner Form regelt; die Bestimmungen also nicht insofern voneinander abgrenzen sind, dass Art. 6 Abs. 3 ÜMB lediglich stellvertretend getroffene Behandlungentscheide (für Patienten ohne Patientenverfügung) und Art. 9 ÜMB nur mittels Patientenverfügung antizipierte Interventionen erfasst.

Partizipationsrecht des Patienten sowie eine Kontrolle durch eine andere Person oder die Behörde ausser Acht.¹⁵⁵

[Rz 35] Die Patientenverfügung ist wie jede andere Willenserklärung *auslegungsbedürftig*.¹⁵⁶ Umstritten ist, ob die Auslegung nach dem Vertrauens- oder dem Willensprinzip erfolgen soll.¹⁵⁷ Wird das *Vertrauensprinzip* angewendet, dann ist die Erklärung ungeachtet des wirklichen Willens des Patienten so auszulegen, «wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden» darf.¹⁵⁸ Beim *Willensprinzip* ist «der tatsächliche Wille der verfügenden Person zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung» massgebend.¹⁵⁹ Da das Erwachsenenschutzrecht dem Selbstbestimmungsrecht sowie dem wirklichen Willen ausdrücklich eine grosse Bedeutung zumisst, steht ein Grossteil der Lehre in Zusammenhang mit *medizinischen Massnahmen* für eine Auslegung nach dem *Willensprinzip* ein.¹⁶⁰ Wird in einer Patientenverfügung dagegen eine *vertretungsberechtigte Person* bestimmt, erfolgt die Auslegung gemäss überwiegender Lehrmeinung nach dem *Vertrauensprinzip*.¹⁶¹

[Rz 36] Vor der Einführung des Erwachsenenschutzrechts war die *Verbindlichkeit* von Patientenverfügungen nicht klar geregelt; die entsprechenden Regelungen in kantonalen Erlassen und die verschiedenen Empfehlungen von Fachorganisationen wichen voneinander ab. Seit der Normierung auf Bundesebene ist eine Patientenverfügung schweizweit verbindlich.¹⁶² Sie gilt als wirklicher (und aktueller) Wille der verfügenden Person zum Zeitpunkt der fraglichen Behandlung,¹⁶³ und zwar für positive als auch für negative Verfügungen und selbst dann, wenn die in der Verfügung getroffene Entscheidung «dem wohlverstandenen Interesse der betroffenen Person» zuwiderläuft, solange die Anordnung nicht sinnlos ist oder als medizinisch nicht indiziert gilt.¹⁶⁴ Durch eine beschränkte Bindungswirkung wäre gemäss Botschaft die *Fremd-* und nicht die *Selbstbestimmung* gefördert worden, insofern als urteilsunfähigen Menschen die Möglichkeit zu widersprechen fehlen würde.¹⁶⁵

¹⁵⁵ Zum Ganzen AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 170 f.; vgl. BOENTE, ZK (Fn. 58), N 151 ff. der Vorbem. zu Art. 360–373 ZGB. Ein Partizipationsrecht ist im Erwachsenenschutzrecht nur bei der gesetzlichen Vertretungsregelung vorgesehen: vgl. Art. 377 Abs. 3 ZGB; ausführlich dazu hinten, Rz. 91 ff.

¹⁵⁶ AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 154; HOPPLER-WYSS (Fn. 5), Rz. 958.

¹⁵⁷ Vgl. HAAS (Fn. 18), Rz. 508; BOENTE, ZK (Fn. 58), N 43 zu Art. 372 ZGB; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 155 ff.

¹⁵⁸ GAUCH PETER et al., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne auservertragliches Haftpflichtrecht, Band I und II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 207; siehe dazu BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67; 131 III 586 E. 4.2.3.1 S. 592; 128 III 419 E. 2.2 S. 422.

¹⁵⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.53; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 103; vgl. WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 166; dazu BGE 120 II 182 E. 2a S. 184.

¹⁶⁰ BREITSCHMID/KAMP, CHK (Fn. 79), N 8 zu Art. 370 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.53; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 103; JOSSEN (Fn. 84), S. 193; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 5 zu Art. 370 ZGB; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 169 ff.; a.M. BOENTE, ZK (Fn. 58), N 43 zu Art. 372 ZGB, wonach hier das Vertrauensprinzip Anwendung finden muss.

¹⁶¹ SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 5 zu Art. 370 ZGB; dabei auf die Empfangsbedürftigkeit abstellend TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 120), N 35 zu § 50; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 166; a.M. HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 103, die auch hier vom Willensprinzip ausgehen.

¹⁶² Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7030; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 98; 172 ff.; vgl. dazu auch BGE 127 I 6 E. 9a S. 26 f.

¹⁶³ BRAUER SUSANNE, Patientenverfügung und Demenz im neuen Erwachsenenschutzrecht aus Sicht der Ethik, in: ZKE 2011, S. 387 ff., S. 392; KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 2.26; NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 110; NEK (Fn. 40), S. 21; Wyss, BSK ZGB I (Fn. 67), N 9 zu Art. 372 ZGB.

¹⁶⁴ KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 2.26; vgl. auch GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 3 zu Art. 372 ZGB; siehe dazu vorne, Rz. 15 ff.

¹⁶⁵ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7033; zustimmend FASSBIND (Fn. 78), S. 195.

b) **Medizinische Praxis**

[Rz 37] Dem medizinischen Personal scheint die Umsetzung grundsätzlich verbindlicher Anordnungen in Verfügungen nicht immer leichtzufallen. Obschon die gesetzliche Regelung in Zusammenhang mit Patientenverfügungen keine *Partizipation* zulässt,¹⁶⁶ ist in der Praxis häufig von der Sachlage auszugehen, dass eine Person rechtlich betrachtet zwar nicht mehr urteilsfähig, tatsächlich aber dennoch in der Lage ist, ihre aktuellen Präferenzen zu äußern.¹⁶⁷ Unklar ist, wie mit der Kluft umzugehen ist, wenn sich eine urteilsunfähige Person in von der Patientenverfügung abweichender Weise äussert.¹⁶⁸

[Rz 38] Weitere Divergenzen zwischen Theorie und Praxis zeigen sich in Zusammenhang mit der *Auslegung*: Während in den Rechtswissenschaften unbestritten ist, dass der Wortlaut nur Ausgangspunkt ist und sich dieser bei näherem Hinsehen möglicherweise als «falsch» erweist,¹⁶⁹ kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass dem behandelnden Arzt ohne juristische Ausbildung bewusst ist, dass die sog. «plain meaning rule» als Interpretationsmaxime verfehlt ist.¹⁷⁰ Insbesondere verleitet die Formulierung des Art. 372 Abs. 2 ZGB (*der Arzt entspricht*) geradezu zur Annahme, die Patientenverfügung sei nicht auslegungsbedürftig.¹⁷¹

[Rz 39] Kommt es dennoch zur *Auslegung*, ist es für Ärzte in der Regel herausfordernd, die subjektive Sichtweise der verfügenden Person zu ermitteln.¹⁷² Probleme bestehen vor allem dann, wenn sich Patient und Arzt nicht oder erst seit kurzer Zeit kennen.¹⁷³ Wenn der Patientenwille durch die ärztliche Auslegung des Rechtsinstituts nicht eindeutig zu ermitteln ist oder sich mehrere Auslegungsmöglichkeiten ergeben, dann kann die Patientenverfügung nicht unmittelbar umgesetzt werden. Den Inhalten des Dokuments kann hier lediglich *Indizwirkung* zukommen, indem sie unter verschiedenen relevanten Informationsquellen zur Eruierung des Patientenwillens beitragen.¹⁷⁴

[Rz 40] Patientenverfügungen stossen aus den aufgeführten Gründen in der Praxis noch nicht überall auf Akzeptanz. Manche Ärzte vertreten sogar eine grundsätzliche *Abwehrhaltung* gegenüber dem anzustrebenden Ziel der *Patientenselfbestimmung*.¹⁷⁵ Sie beschreiben Patientenverfügungen als «Angriff [...] auf ihre Profession». Die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen wird in der Praxis tendenziell als gering eingeschätzt, weshalb sie nicht ausnahmslos befolgt werden.¹⁷⁷ Es kommt bspw. vor, dass Mediziner unabhängig des Inhalts einer Patientenverfügung

¹⁶⁶ Vorne, Rz. 34.

¹⁶⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.56.

¹⁶⁸ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 72.

¹⁶⁹ Vgl. dazu vorne, Rz. 36.

¹⁷⁰ NEUNER (Fn. 41), S. 118; ebenso AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 164.

¹⁷¹ Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 164.

¹⁷² HAAS (Fn. 18), Rz. 497.

¹⁷³ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 39 f.

¹⁷⁴ Zum Ganzen BASS-Studie (Fn. 36), S. 76 ff.; GRAF (Fn. 36), Rz. 21 f.

¹⁷⁵ BASS-Studie (Fn. 36), S. 55, 79; dazu auch AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 164; NEK (Fn. 40), S. 5.

¹⁷⁶ BASS-Studie (Fn. 36), S. 55; vgl. dazu GRAF (Fn. 36), Rz. 20.

¹⁷⁷ BASS-Studie (Fn. 36), S. 35, 45, 75; vgl. zu diesem Befund sodann EICKHOFF (Fn. 62), S. 119; SAHM (Fn. 96), S. 173.

gemäss Angehörigenwunsch handeln.¹⁷⁸ Wie bereits angedeutet,¹⁷⁹ lassen die Inhalte der BASS-Studie weiter vermuten, dass in der Tendenz «eher zu viel als zu wenig behandelt» wird.¹⁸⁰ Im Extremfall werden (negative) Verfügungen gar ignoriert.¹⁸¹ Besorgniserregend ist dies vor allem dann, wenn aufgrund des Gesetzeswortlauts davon auszugehen ist, dass sich die Patientenverfügung *direkt an den Arzt richtet* und somit weder der *äusserungsfähige Patient* noch die *Erwachsenenschutzbehörde* einbezogen werden sollten.¹⁸²

[Rz 41] Nachfolgend ist den Gründen für das erläuterte ärztliche Verhalten nachzugehen. Diese können grob in *drei Ursachenkomplexe* unterteilt werden: die ärztlichen Wertvorstellungen, die institutionellen Automatismen sowie die Rechts- und Abgrenzungunsicherheiten.

[Rz 42] Nennenswert sind zunächst einmal das *Berufsethos*¹⁸³ und die *ärztlichen Wertvorstellungen*. «Auf unserer Station stirbt keiner»,¹⁸⁴ so die Aussage eines Arztes, die beispielhaft dafür steht, dass Mediziner in erster Linie heilen und Leben retten wollen.¹⁸⁵ Lebensendthemen und der Palliativmedizin wurde bis vor wenigen Jahren an zahlreichen Universitäten kaum Bedeutung zugemessen.¹⁸⁶

[Rz 43] Der praktische Umgang mit Behandlungsverweigerungen ist nicht nur personen- sondern auch institutionsabhängig.¹⁸⁷ Vor allem auf Intensivstationen sind *Automatismen* beobachtbar. Demnach werden gewisse Handlungen durchgeführt, ohne dass diese hinterfragt werden oder über die konkret vorliegende Situation diskutiert wird.¹⁸⁸ Zudem ist in mehreren Abteilungen eine Weiterführung der Therapie – bis alle medizinischen Möglichkeiten ausgeschöpft sind – «implizites Standardvorgehen».¹⁸⁹

[Rz 44] Das beschriebene Ärzteverhalten geht womöglich auch von einer *Unkenntnis der Rechtslage* und einer *ungünstigen Terminologie betreffend Sterbehilfe* aus. Trotz weitestgehendem Konsens¹⁹⁰ in Lehre und Rechtsprechung herrscht in der medizinischen Praxis Unsicherheit darüber, welche

¹⁷⁸ BASS-Studie (Fn. 36), S. 15 ff., 42 ff., 69; vgl. GETH CHRISTOPHER, Die Patientenverfügung als Konservierung des gegenwärtigen Willens – präventiver Schutz vor ärztlicher Fremdbestimmung, in: Wolf Salome/Hürzeler Marc/Mona Martino (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008, S. 81 ff., S. 89; JOX (Fn. 63), S. 111 f.; MONA (Fn. 67), S. 254; siehe dazu vorne, Rz. 24. Zu dieser Vorgehensweise ist folgende Aussage anzuführen: «[...] et même si c'est écrit, signé, daté, tout ça... Si la famille proche veut quand même qu'on essaie, c'est quand même... finalement on les écoutes, aussi», BASS-Studie (Fn. 36), S. 15.

¹⁷⁹ Vorne, Rz. 24.

¹⁸⁰ BASS-Studie (Fn. 36), S. 44, vgl. auch deren S. 69.

¹⁸¹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 77.

¹⁸² Dazu auch AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 170 f.; siehe vorne, Rz. 15, 34.

¹⁸³ I.Z.m. dem Berufsethos wird auf den «Eid des Hippokrates» verwiesen, der Ärzte dazu verpflichtet, dem Patienten nicht zu schaden und Leben zu retten; siehe dazu EISNER (Fn. 14), S. 18; MAGNUS DOROTHEA, Selbstbestimmung am Ende des Lebens, Rechtliche und rechtsvergleichende Betrachtungen zur Sterbehilfe, in: Ach Johann S. (Hrsg.), Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin, Münster 2013, S. 187 ff., S. 193; vgl. dazu vorne, Rz. 24.

¹⁸⁴ BASS-Studie (Fn. 36), S. 45.

¹⁸⁵ GERBER (Fn. 109), S. 97 ff.; vgl. CONRADI (Fn. 71), S. 250; ferner JOX (Fn. 63), S. 111 f.; REUSSER (Fn. 41), S. 42 f. siehe dazu auch JOX (Fn. 63), S. 111 f.

¹⁸⁶ BASS-Studie (Fn. 36), S. 27, 91; ebenso EYCHMÜLLER, S. 585; vgl. BOBBERT (Fn. 40), Rz. 48.

¹⁸⁷ BASS-Studie (Fn. 36), S. 46 f.; GRAF (Fn. 36), Rz. 6; siehe dazu auch STEFFEN GABRIELLE/GUILLOD OLIVIER, Landesbericht Schweiz, in: Taupitz Jochen (Hrsg.), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens – Eine internationale Dokumentation/Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life – An International Documentation, Berlin/Heidelberg/New York 2000, S. 229 ff., Rz. CH 9 f.; TENTRUP (Fn. 5), S. 62.

¹⁸⁸ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 30; JOX (Fn. 63), S. 112.

¹⁸⁹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 28, 30.

¹⁹⁰ Vorne, Rz. 17.

Formen der Sterbehilfe (inkl. palliativer Sedierung) zulässig sind.¹⁹¹ Die entsprechende Bestimmung in der Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) sowie die für die Mitglieder der FMH berufsrechtlich verbindlichen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) und andere schriftliche Empfehlungen finden noch zu wenig Beachtung.¹⁹²

[Rz 45] Die *Rechtsunsicherheit* liegt möglicherweise auch darin begründet, dass die Sterbehilfe zu den moralisch schwierigsten Themenfeldern gehört und noch immer in all ihren Formen umstritten ist.¹⁹³ Einer deutschen Ärztebefragung zufolge hält etwa ein Drittel aller befragten Ärzte die indirekte aktive Sterbehilfe für strafbar.¹⁹⁴ Es erstaunt daher nicht, dass palliativmedizinische Massnahmen nur zögerlich eingesetzt werden.¹⁹⁵

[Rz 46] Neben der Rechtsunsicherheit führt die *Abgrenzungunsicherheit* zwischen passiver, indirekter aktiver und direkter aktiver Sterbehilfe womöglich dazu, dass standardmäßig weitertherapiert wird.¹⁹⁶ Für eine nicht vernachlässigbare Zahl von Medizinern bewegt sich gerade der «technische Behandlungsabbruch» in einer Grauzone. Wenn das Unterlassen mit einem aktiven Tun – das beim Ausschalten eines Geräts notwendig wird – einhergeht, entsteht ein Widerspruch mit schwerwiegenden Folgen für die Praxis: Teilweise befürchten Ärzte, sich damit im Bereich der (direkten) aktiven Sterbehilfe zu befinden und damit die Grenze der noch zulässigen Sterbehilfe zu überschreiten.¹⁹⁷ So bezeichnete gemäß einer ebenfalls in Deutschland durchgeföhrten Studie fast die Hälfte der befragten Ärzte das Abstellen der künstlichen Beatmung als aktive Sterbehilfe.¹⁹⁸ Vergleichbare Unsicherheiten bestehen in Zusammenhang mit der Schmerztherapie, namentlich im Bereich der palliativen Sedierung.¹⁹⁹ Die aufgeführten Fehleinschätzungen finden ihre Ursache wesentlich in der Beschreibung ärztlichen Handelns durch die unglücklich gewählte *Terminologie* der Sterbehilfe.²⁰⁰

¹⁹¹ GEISSENDÖRFER (Fn. 72), S. 133; JOX (Fn. 63), S. 52 f. m.H. auf deutsche Studien; SAHM (Fn. 96), S. 36.

¹⁹² BASS-Studie (Fn. 36), S. 62; vgl. GRAF (Fn. 36), Rz. 23; siehe dazu insb. Art. 17 Standesordnung FMH vom 12. Dezember 1996 [Stand: 28. April 2016]; Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, Medizinisch-ethische Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften vom 25. November 2004 [Stand: 1. Januar 2013], S. 6 ff.

¹⁹³ Vgl. BERNAT ERWIN, Formpflicht und Reichweitenbeschränkung für Patientenverfügungen? Eine verfassungsrechtliche Kritik, in: Albers Marion (Hrsg.), Patientenverfügungen, Baden-Baden 2008, S. 97 ff., S. 97 f.; MAGNUS (Fn. 183), S. 187.

¹⁹⁴ BORASIO GIAN DOMENICO et al., Einstellungen zur Patientenbetreuung in der letzten Lebensphase, Eine Umfrage bei neurologischen Chefärzten, in: Nervenarzt 2004, S. 1187 ff., S. 1192.

¹⁹⁵ BALTZ (Fn. 66), S. 266.

¹⁹⁶ JOX (Fn. 63), S. 52 f. m.H. auf deutsche Studien; VERREL TORSTEN, Probleme und Zukunftsperspektiven der Patientenverfügung, in: Albers Marion (Hrsg.), Patientenverfügungen, Baden-Baden 2008, S. 197 ff., S. 199.

¹⁹⁷ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 35, siehe auch deren S. 45; NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 129; SAHM (Fn. 96), S. 36; ferner BORASIO (Fn. 66), S. 73.

¹⁹⁸ WEBER MARTIN et al., Ethische Entscheidungen am Ende des Lebens: Sorgsames Abwägen der jeweiligen Situation, Ergebnisse einer Ärztebefragung in Rheinland-Pfalz, in: DÄBL 2001, S. A 3184 ff., S. A 3186; mit vergleichbarem Ergebnis die Studie von SIMON ALFRED, Die Bedeutung von und der Umgang mit Patientenverfügungen in der Praxis, Ergebnisse von Befragungen mit Interpretation, in: Meier Christoph/Borasio Gian Domenico/Kutzer Klaus (Hrsg.), Patientenverfügung, Ausdruck der Selbstbestimmung – Auftrag zur Fürsorge, Stuttgart 2005, S. 8 ff., S. 18; dazu auch EICKHOFF (Fn. 62), S. 117; BALTZ (Fn. 66), S. 266; siehe zudem JOX (Fn. 63), S. 52 f. m.H. auf weitere deutsche Studien.

¹⁹⁹ Siehe dazu etwa GEISSENDÖRFER (Fn. 72), S. 96; NAUCK/JASPERS/RADBACH (Fn. 72), S. 72; ROTHÄRMEL (Fn. 72), S. 350.

²⁰⁰ SAHM (Fn. 96), S. 38 ff.; dazu auch LEMMERZ ANNA-LUISA, Die Patientenverfügung, Autonomie und Anknüpfungsgerechtigkeit, Diss. Hamburg 2012, Tübingen 2014, S. 97.

5. Schranken der Verbindlichkeit und ihre Konsequenzen

a) Rechtliche Regelung

[Rz 47] Der Arzt ist nur bei rechtsungültiger Errichtung oder in den *drei* in Art. 372 Abs. 2 ZGB aufgeführten Fällen berechtigt, von einer Patientenverfügung abzuweichen:²⁰¹

[Rz 48] Wenn eine Massnahme *sittenwidrig*, also medizinisch bspw. kontraindiziert ist, darf eine solche nicht vorgenommen werden.²⁰² Ausserdem sind *rechtswidrige Anordnungen*, wie z.B. die direkte aktive Sterbehilfe,²⁰³ nicht auszuführen.²⁰⁴

[Rz 49] Eine Patientenverfügung ist für den Arzt auch dann unverbindlich, wenn *Zweifel am freien Willen* des Patienten bestehen. Es sind begründete Zweifel notwendig.²⁰⁵ Das heisst, nicht jede Patientenverfügung darf per se hinterfragt werden. Es müssen vielmehr aufgrund «konkrete[r] Anhaltspunkte» Bedenken bestehen.²⁰⁶ Der Patient soll die konkrete Sachlage bekannt und die Patientenverfügung ohne äusseren Druck errichtet haben.²⁰⁷ Die *Sachlage* kann nicht eingeschätzt werden, wenn grob unrichtige Vorstellungen über die Entscheidungsgrundlagen im Sinne eines Irrtums nach Art. 23 ff. OR bestehen oder entsprechende Vorstellungen gar fehlen.²⁰⁸ Ein Irrtum kann z.B. vorliegen, wenn der Verfügende – wie vorne dargestellt²⁰⁹ – eine vorformulierte Verfügung unterschreibt, deren Inhalte nicht hinreichend verstanden wurden.²¹⁰ Bedeutend scheint weiter der *äussere Druck* zu sein. Liegt nach Art. 28 f. OR eine absichtliche Täuschung oder Furcht-erregung als psychologischer Zwang vor, ist dem in der Verfügung festgehaltenen Willen nicht zu folgen.²¹¹ Äussere Zwänge sind zum Teil religiös begründet.²¹²

²⁰¹ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7033; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 9 zu Art. 372 ZGB; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 4 zu Art. 372 ZGB; siehe zu den Voraussetzungen für die Wirksamkeit von Patientenverfügungen vorne, Rz. 26 ff.

²⁰² Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7031; AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 171; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 7 zu Art. 372 ZGB; GEISER THOMAS, Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus juristischer Sicht, in: Hafner Felix/Seelmann Kurt/Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 3 ff., S. 10; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 2.53; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 2 zu Art. 372 ZGB; zum Begriff der Kontraindikation vorne, Rz. 16.

²⁰³ Vgl. Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7033; Votum Wicki Franz, AB 2007 S 831; AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Erwachsenenschutzrecht in der Schweiz – Patientenverfügung, Vertretung bei medizinischen Massnahmen, fürsorgerische Unterbringung, Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen, in: BtPrax 2013, S. 180 ff., S. 181; FASSBUND (Fn. 78), S. 195; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 7 zu Art. 372 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 105; siehe dazu schon vorne, Rz. 17.

²⁰⁴ Art. 372 Abs. 2 ZGB; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 12 zu Art. 372 ZGB. Zur Beurteilung der Widerrechtlichkeit und der Sittenwidrigkeit sind Art. 19 f. OR beizuziehen: GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), S. 7031; MEIER/LUKIC (Fn. 121), Rz. 255, 294; STEFFEN/GUILLOD (Fn. 187), Rz. CH 15.

²⁰⁵ Art. 372 Abs. 2 ZGB.

²⁰⁶ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7033; vgl. SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 5 zu Art. 372 ZGB; Wyss, BSK ZGB I (Fn. 67), N 16 zu Art. 372 ZGB.

²⁰⁷ HAAS (Fn. 18), Rz. 730; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 180.

²⁰⁸ BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), S. 123 f.; SCHWENZER, BSK OR I (Fn. 43), N 8 zu Art. 23 OR; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_204/2007 vom 16. Oktober 2007 E. 6.1; BREITSCHMID, BSK ZGB II (Fn. 56), N 5 ff. zu Art. 469 ZGB; siehe insb. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

²⁰⁹ Dazu vorne, Rz. 14.

²¹⁰ BREITSCHMID/KAMP, CHK (Fn. 79), N 5 zu Art. 371 ZGB; WASSEM (Fn. 54), S. 48.

²¹¹ SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 9 zu Art. 372 ZGB; vgl. BREITSCHMID, BSK ZGB II (Fn. 56), N 13 ff. zu Art. 469 ZGB; eingehend dazu SCHWENZER, BSK OR I (Fn. 43), N 18 zu Art. 28 OR und N 12 zu Art. 29 OR; siehe zum Ganzen auch REUSSER (Fn. 41), S. 109 ff.

²¹² BASS-Studie (Fn. 36), S. 17, 65.

[Rz 50] Ein Arzt kann ausserdem bei einer Überzeugung, dass die *Inhalte der Verfügung nicht mehr mit dem mutmasslichen Willen des Patienten übereinstimmen*, von der Patientenverfügung abweichen.²¹³ Beim mutmasslichen Willen «handelt [es] sich [...] um den Willen, den die Person bilden würde, wenn sie in diesem Zeitpunkt dennoch für sich selbst entscheiden könnte».²¹⁴ Der mutmassliche Wille wird – in Abgrenzung zum natürlichen Willen²¹⁵ – gemäss Literatur alleine aufgrund von Informationen ermittelt, die auf den urteilsfähigen Zustand des Patienten zurückgehen.²¹⁶ Wiederum werden begründete Zweifel vorausgesetzt.²¹⁷ *Begründete Zweifel* können gemäss Botschaft gegeben sein, wenn das Errichtungsdatum der Patientenverfügung bereits lange zurückliegt und sich der Verfügende heute nicht mehr in derselben Lebenssituation befindet oder er sich inzwischen in einer anderen, von der Verfügung abweichenden Weise geäussert hat. Begründet sind Zweifel zudem dann, wenn sich die medizinischen Möglichkeiten erweitert haben und es inzwischen innovativere Medikamente gibt.²¹⁸ Hinweise auf einen nicht mit der Patientenverfügung übereinstimmenden aktuellen Willen geben weiter Handlungen im urteilsfähigen Zustand, die nicht mit den in der Verfügung festgehaltenen Grundsätzen übereinstimmen (z.B. Austritt aus einer Sekte).²¹⁹ Auch wenn in einer Verfügung eine Person als Vertreter bezeichnet wird, zu der inzwischen ein offensichtlich feindschaftliches Verhältnis besteht, entspricht eine Vertretung durch diese Person kaum mehr dem aktuellen mutmasslichen Willen eines Patienten.²²⁰

[Rz 51] Wird einer Patientenverfügung nicht entsprochen, sind die Gründe dafür im Patientendossier festzuhalten.²²¹ Da die Wirksamkeit von Patientenverfügungen vermutet wird, ergibt sich aus dem Gesetz eine *Umkehr der Beweislast*. Das bedeutet, dass der Beweis für das Vorliegen eines der möglichen Korrektive dem Arzt obliegt.²²²

[Rz 52] Wenn sich ein Arzt unrechtmässig über eine Patientenverfügung hinwegsetzt, indem er einen lebenserhaltenden Eingriff trotz ablehnender Verfügung durchführt, macht er sich nicht nur gegebenenfalls schadenersatzpflichtig,²²³ sondern überdies strafbar.²²⁴ Obschon vorliegende

²¹³ Art. 372 Abs. 2 ZGB; a.M. GETH (Fn. 59), S. 112, wonach ein gemutmasster Wille in der Regel keine Patientenverfügung auszuhebeln vermag; kritisch auch GETH/MONA (Fn. 67), S. 172 f.

²¹⁴ WASSEM (Fn. 54), S. 64; vgl. GUILLOD OLIVIER/HERTIG PEA AGNÈS, Kommentierung der Art. 377–381 ZGB, in: Büchler Andrea et al. (Hrsg.), FamKomm, Erwachsenenschutz, Bern 2013, N 7 zu Art. 379 ZGB.

²¹⁵ Siehe dazu vorne, Rz. 5.

²¹⁶ NEK (Fn. 40), S. 26, 30; differenziert BOENTE, ZK (Fn. 58), N 88 zu Art. 372 ZGB; siehe auch BICHLER (Fn. 92), S. 180.

²¹⁷ Art. 372 Abs. 2 ZGB; dazu auch GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 8 zu Art. 372 ZGB; GETH (Fn. 59), S. 106; GETH/MONA (Fn. 67), S. 171.

²¹⁸ Zum Ganzen Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7033; vgl. zum Argument der langen Zeitdauer auch Bericht VE ZGB (Fn. 81), S. 29; kritisch dazu WASSEM (Fn. 54), S. 138.

²¹⁹ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 176.

²²⁰ Vgl. WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 190; Wyss, BSK ZGB I (Fn. 67), N 28 zu Art. 372 ZGB.

²²¹ Art. 372 Abs. 3 ZGB; siehe dazu auch HOPPLER-WYSS (Fn. 5), Rz. 467; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 106.

²²² BAUMANN (Fn. 7), S. 65; BREITSCHMID/KAMP, CHK (Fn. 79), N 11 zu Art. 372 ZGB; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 16 zu Art. 372 ZGB; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.28; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 178 f.

²²³ Vgl. hinsichtlich Persönlichkeitsverletzung und Sorgfaltspflichtverletzung vorne, Rz. 2 f.; m.H. zu den allgemeinen Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung nach Art. 28a Abs. 3 ZGB HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 14.43 ff.; JEANDIN NICOLAS, Kommentierung der Art. 28–28l ZGB, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil I, Art. 1–359 CC, Commentaire, Basel 2010, N 1 ff. zu Art. 28a ZGB; zur Schadenersatzklage wegen Nicht- oder Schlechterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 OR GAUCH et al. (Fn. 158), Rz. 2486a; insb. zu den Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen aus der Vertragsverletzung BENDER ALBRECHT W., Zeugen Jehovas und Bluttransfusionen, Eine zivilrechtliche Betrachtung, in: MedR 1999, S. 260 ff., S. 263.

²²⁴ FASSBIND (Fn. 78), S. 189; eingehend dazu WASSEM (Fn. 54), S. 171 f.

Betrachtung grundsätzlich eine privatrechtliche ist, rechtfertigt sich in diesem Zusammenhang eine Bemerkung, die im Bereich des Strafrechts zu verorten ist: Behandelt ein Arzt unrechtmäßig (weiter), ist in der Regel der Tatbestand der fahrlässigen oder vorsätzlichen *Körperverletzung* erfüllt.²²⁵ Dasselbe gilt, falls der Arzt einer Verfügung mit kurativen Behandlungsinhalten Folge leistet, wenn die Massnahmen aufgrund einer der in Art. 372 Abs. 2 ZGB genannten Schranken nicht befolgt werden dürften.²²⁶ Kommt ein Arzt einer Patientenverfügung nach, indem er medizinische Massnahmen zur Lebenserhaltung unterlässt, obwohl die Verfügung rechtlich unwirksam ist, und der Betroffene in der Folge stirbt, so liegt nach gefestigter Rechtspraxis zum Strafgesetzbuch ein *Tötungsdelikt* vor.²²⁷ Gleich verhält es sich bei einer auf die Lebenserhaltung ausgerichteten Patientenverfügung, wenn der Arzt die Verfügung unrechtmäßig nicht befolgt.²²⁸

b) Medizinische Praxis

[Rz 53] Die gesetzlich geregelten *Ausnahmen*, wonach Patientenverfügungen nicht zu befolgen sind, führen in der Praxis zu zahlreichen Unsicherheiten. Insbesondere ist es für den Arzt herausfordernd zu überblicken, welche vom Patienten angeordneten Massnahmen an der Schwelle zwischen Leben und Tod sich noch im Rahmen des *rechtlich Zulässigen* bewegen und *medizinisch indiziert* sind und welche Möglichkeiten die *Palliativmedizin* anbietet.²²⁹

[Rz 54] In der Praxis problematisch ist weiter die Abgrenzung zwischen objektiv unvernünftigen, aber grundsätzlich verbindlichen Weisungen (z.B. Ausschluss einer Bluttransfusion, weil sich der Verfügende selber gewissen Werten einer Sekte verschreibt) und Inhalten, die *unter Druck* entstanden sind (z.B. Ausschluss einer Bluttransfusion im familiären Umfeld einer Sekte, jedoch entgegen der eigenen Überzeugung des Patienten) und deshalb keine Wirkung entfalten.²³⁰ Eine solche Herausforderung besteht bspw. bei Standardverfügungen der Zeugen Jehovas²³¹ oder bei älteren Menschen, die eine Entscheidung so vornehmen, wie es Angehörige wünschen oder fordern.²³² Um allfällige Zweifel am freien Willen eines Patienten substantiiert begründen zu können, ist in aller Regel eine relativ enge Arzt-Patienten-Beziehung notwendig.²³³ Ein solches Vertrauensverhältnis dürfte in Gruppenpraxen und Notfallzentren sowie in Spitälern mit vielen Teilzeitpensen und mehrfach wechselnden Schichten²³⁴ eher eine Seltenheit darstellen. In den meisten Fällen hat der Arzt, der eine Patientenverfügung umzusetzen hat, den betreffenden Pati-

²²⁵ Siehe dazu Art. 122 ff. StGB, insb. Art. 125 StGB; GETH (Fn. 59), S. 105 f.; vgl. WASSEM (Fn. 54), S. 138, 166 ff.

²²⁶ Dazu WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 247; zu den Verbindlichkeitsschranken vorne, Rz. 47 ff.

²²⁷ Siehe dazu Art. 111 ff. StGB, insb. Art. 117 StGB; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 246 Fn. 1578; ausführlich dazu GETH (Fn. 178), S. 92; GETH/MONA (Fn. 67), S. 170, unter Hinweis auf TAG (Fn. 65), S. 678.

²²⁸ Dazu WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 247.

²²⁹ Vgl. LEMMERZ (Fn. 216), S. 88; siehe dazu vorne, Rz. 15 ff.

²³⁰ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 174; BOBBERT (Fn. 40), Rz. 25; vgl. NAEF/BAUMANN-HÖLZLE/RITZENTHALER-SPIELMANN (Fn. 4), S. 30; zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen vorne, Rz. 35.

²³¹ Vgl. DWORKIN RONALD, Life's Dominion – An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom, New York 1993, S. 226 f.; ausführlich dazu auch BENDER (Fn. 223), S. 260 ff.; siehe zudem STEFFEN/GUILLOD (Fn. 187), Rz. CH 68; BERNAT (Fn. 193), S. 102.

²³² BASS-Studie (Fn. 36), S. 16; vgl. JOPPICH/ELSNER/RADBACH (Fn. 61), S. 504.

²³³ MONTEVERDE/ZAUGG (Fn. 53), S. 8; vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 172.

²³⁴ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 32, 48, 58; SEIBEL KATHARINA/KRAUSE FRANZISKA/BECKER GERHILD, Ärztliche Verantwortung gegenüber Palliativpatienten unter dem neuen Paradigma der Kundenorientierung, in: Ethik Med 2014, S. 47 ff., S. 48.

enten gar nie in urteilsfähigem Zustand gekannt.²³⁵ Die Umstände, unter denen eine Verfügung entstanden ist, sind folglich unbekannt, und ein Nachfragen beim Patienten ist nicht mehr möglich.²³⁶

[Rz 55] Dass eine *Diskrepanz zwischen verfügttem und mutmasslichem Willen* zu eruieren ist, wird in der Praxis als Belastung wahrgenommen.²³⁷ Bspw. können sich Anordnungen in einer älteren Patientenverfügung und im Patientendossier festgehaltene Beschlüsse widersprechen.²³⁸ Es erscheint unklar, welche (in der Hauptsache mündlichen) Äusserungen des Patienten nach Errichtung einer Patientenverfügung für den Arzt massgebend sind, um ihre Wirksamkeit anzuzweifeln. So macht es doch einen erheblichen Unterschied, ob eine Person reflektiert und differenziert zu einer konkreten Situation Stellung bezogen oder sich dazu nur beiläufig oder pauschal geäußert hat.²³⁹ Allerdings bleibt eine solche Differenzierung vom Gesetz unberücksichtigt. Im Übrigen könnte in der Praxis fast jede Verfügung angezweifelt werden,²⁴⁰ da sich die Medizin in der heutigen Zeit schnell entwickelt.

[Rz 56] Die Rechtsunsicherheit in diesem Bereich führt dazu, dass bei Medizinern zwei Handlungsmuster zu beobachten sind. Einerseits werden Verfügungen *per se befolgt* – denn mit einem Abweichen davon ist zumindest eine Rechtfertigungspflicht des Arztes verbunden. Aufgrund der Beweislast, die zu seinen Ungunsten ausfällt, geht der Arzt darüber hinaus ein Haftungsrisiko ein.²⁴¹ Andererseits bieten insbesondere die relativen Elemente der langen Zeitdauer und des medizinischen Fortschritts, auf die sich die Botschaft in ihrem Beispiel hinsichtlich des Widerspruchs zum (aktuellen) mutmasslichen Willen abstützt,²⁴² erhebliches Missbrauchspotenzial. Möglicherweise wird gar eine *kaschierte Fremdbestimmung* gefördert, indem schlussendlich praktisch alle Verfügungen *angezweifelt* und eigene Interessen durchgesetzt werden können.²⁴³

[Rz 57] Im Besonderen führt die *Furcht vor Konsequenzen der Strafverfolgung* – hauptsächlich der (fahrlässigen) Tötung²⁴⁴ – dazu, dass Praxisakteure von Verfügungsinhalten abweichen. Wenn der Arzt den Patienten nämlich trotz entgegenstehendem vorverfügtem Willen am Leben erhält, kann er sich «höchstens» wegen (fahrlässiger) Körperverletzung schuldig machen.²⁴⁵ Diese Ausgangslage führt zur sog. Defensivmedizin – einer Medizin, die im hier interessierenden Zusammenhang eine Therapie zur Lebenserhaltung oder -verlängerung aufnimmt bzw. weiterführt und damit versucht, (bestimmte) rechtliche Folgen von Beginn an auszuschliessen.²⁴⁶

²³⁵ MONTEVERDE/ZAUGG (Fn. 53), S. 14; vgl. dazu vorne, Rz. 32.

²³⁶ BOBBERT (Fn. 40), Rz. 25 f.; BRODFÜHRER DIANA, Die Regelung der Patientenverfügung, Rechtliche Kriterien und ausgewählte Regelungsvorschläge, Diss. Jena 2008, Hamburg 2009, S. 143.

²³⁷ BASS-Studie (Fn. 36), S. 20, 72, 78; vgl. dazu HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 106.

²³⁸ BASS-Studie (Fn. 36), S. 32; siehe dazu auch MONTEVERDE/ZAUGG (Fn. 53), S. 3.

²³⁹ Siehe NEUNER (Fn. 41), S. 120.

²⁴⁰ GETH (Fn. 59), S. 107.

²⁴¹ Weiterführend AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 171 ff.; ferner BASS-Studie (Fn. 36), S. 17.

²⁴² Vorne, Rz. 50.

²⁴³ Gemäss einer Pflegefachperson kommt es vor, dass Ärzte bewusst nach Schwachstellen einer Verfügung suchen: «[...] grundsätzlich zerreißen sie inhaltlich die Patientenverfügungen», BASS-Studie (Fn. 36), S. 79; zum Ganzen BRAUER (Fn. 163), S. 393; GETH/MONA (Fn. 67), S. 166, 172; LEMMERZ (Fn. 216), S. 35 ff.; WASSEM (Fn. 54), S. 138 f.; dazu auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.53.

²⁴⁴ Siehe dazu vorne, Rz. 52.

²⁴⁵ Art. 125 StGB; GETH (Fn. 59), S. 105 f.; VERREL (Fn. 196), S. 201; dazu vorne, Rz. 52.

²⁴⁶ Vgl. GEISSENDÖRFER (Fn. 72), S. 294; JOX (Fn. 63), S. 55.

[Rz 58] Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass in Zusammenhang mit den Schranken der Verbindlichkeit in der Praxis entgegengesetzte Handlungsmuster möglich sind. Trotz dieses situativen Umgangs lässt sich für die verschiedenen Handlungsoptionen eine gemeinsame Schlussfolgerung ziehen: Die Sonderstellung des mutmasslichen Willens im Gesetz wirkt der Klarheit und Rechtssicherheit entgegen, indem sie für das medizinische Personal vage Entscheidungskonstellationen schafft.²⁴⁷

6. Widerruf

a) Rechtliche Regelung

[Rz 59] Eine Patientenverfügung gilt *unbefristet*.²⁴⁸ Lediglich wenn die verfügende Person wieder zur Urteilsfähigkeit gelangt, verliert die Patientenverfügung ihre Wirkung, und die aktuelle Willensäußerung ist massgebend.²⁴⁹

[Rz 60] Die Patientenverfügung kann *jederzeit* durch *Vernichtung* oder *in einer der Formen widerufen* werden, *die für die Errichtung vorgeschrieben sind*.²⁵⁰ Aus dem actus-contrarius-Gedanken ergibt sich, dass ein Widerruf grundsätzlich nur schriftlich, datiert und unterzeichnet erfolgen kann.²⁵¹ Da der aktuelle Wille einer urteilsfähigen Person dem in einer Verfügung geäusserten Willen vorgehen muss,²⁵² geht die Lehre aber davon aus, dass urteilsfähige Personen nicht an eine Verfügung gebunden sind und eine solche gegenüber dem Arzt auch mündlich widerrufen können.²⁵³

[Rz 61] Ein Widerruf ist als Konsequenz der allgemeinen Handlungsfähigkeitsregeln nur bei *Urteilsfähigkeit* möglich.²⁵⁴ Nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit kann eine Patientenverfügung nicht mehr verändert werden. Verfügende Personen schränken sich dadurch womöglich im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB übermäßig in ihrer persönlichen zukünftigen Entscheidungsfreiheit ein.²⁵⁵

b) Medizinische Praxis

[Rz 62] Mit Blick auf den Widerruf einer Patientenverfügung stellen sich in der Praxis grundsätzlich folgende Kardinalprobleme:

²⁴⁷ GETH/MONA (Fn. 67), S. 170 f.

²⁴⁸ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7027; siehe auch HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 103.

²⁴⁹ Art. 369 Abs. 1 ZGB; Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7030 f.; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 1 zu Art. 372 ZGB; GERBER ANDREAS U., Der Reanimationsentscheid, in: Therapeutische Umschau 2009, S. 575 ff., S. 575.

²⁵⁰ Art. 371 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 362 Abs. 1 ZGB; siehe auch HOPPLER-WYSS (Fn. 5), Rz. 32; vgl. dazu vorne, Rz. 12.

²⁵¹ Statt aller BOENTE, ZK (Fn. 58), N 48 zu Art. 371 ZGB; GETH (Fn. 59), S. 104 f.; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 5 zu Art. 371 ZGB.

²⁵² BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 7 zu Art. 371 ZGB; GERBER (Fn. 249), S. 575; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.15; MONA (Fn. 67), S. 253; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 7 zu Art. 371 ZGB; WASSEM (Fn. 54), S. 126.

²⁵³ Statt vieler BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 7 zu Art. 371 ZGB; ihnen folgend HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.15; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 7 zu Art. 371 ZGB; vgl. BOBBERT (Fn. 50), S. 121; MONTEVERDE/ZAUGG (Fn. 53), S. 3.

²⁵⁴ AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 167; vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 2.51; siehe dazu Art. 12 ff. ZGB; vorne, Rz. 4.

²⁵⁵ Siehe dazu etwa BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009, Rz. 512 ff.; AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 152, 166 f.

[Rz 63] In Folge der gesetzlichen Regelung der *unbefristeten Wirkungsdauer* von Patientenverfügungen müssen diese nicht der aktuellen Lebenssituation angepasst werden.²⁵⁶ Das bedeutet, dass einer viele Jahre zurückliegenden Patientenverfügung grundsätzlich verbindlicher Charakter zukommt.²⁵⁷ Wenn sich ein für die Zukunft fixierter Wille während des Lebens ändert, an die Anpassung der Verfügung allerdings nicht gedacht wird, verschafft sich eine Person sonach unter Umständen selbst grosse Nachteile.²⁵⁸

[Rz 64] Gemäss Gesetzeswortlaut setzt ein Widerruf Schriftlichkeit voraus,²⁵⁹ wodurch einem *mündlichen Widerruf* gegenüber einem Arzt prinzipiell keine Gültigkeit zukommt.²⁶⁰ Dies ist in der Praxis insofern unbefriedigend, als tatsächlich noch viele urteilsfähige Menschen in der Lage wären, ihre Patientenverfügung mündlich zu widerrufen. Sie sind aufgrund ihrer konkreten Krankheitssituation jedoch nicht mehr fähig, den widerrufenden Willen schriftlich festzuhalten.²⁶¹ Auch wenn die Lehre von der Möglichkeit eines mündlichen Widerrufs ausgeht,²⁶² zeichnet sich für die Ärzteschaft erneut eine Beweislastproblematik ab, da die schriftliche Verfugung grundsätzlich immer noch Gültigkeit hat.²⁶³ Schliesslich werden Praxisakteure wiederholt mit einer Körpersprache (z.B. Kopfnicken/-schütteln, Verweigern der Nahrung, Ausspucken von Medikamenten) konfrontiert, die auf einen der Patientenverfügung entgegenstehenden Willen hindeuten. Solche Signale rufen bei Medizinern teilweise Handlungsunsicherheit hervor.²⁶⁴

[Rz 65] Weiter tauchen die zwei folgenden mit Schwierigkeiten behafteten Konstellationen auf, deren Auflösung in der Praxis anspruchsvoll ist:²⁶⁵ Entweder eine Person verzögert im *urteilsunfähigen Zustand* eine Behandlung, in die mittels Patientenverfügung eingewilligt wurde, oder eine urteilsunfähige Person zeigt im Alter Lebensfreude, hat allerdings in der Verfügung lebenserhaltende Massnahmen abgelehnt.²⁶⁶ Problematisch erscheint hier, dass der urteilsunfähige Patient seiner Verfügung rechtlich gesehen nicht mehr entfliehen kann, selbst wenn er dies möchte.²⁶⁷

²⁵⁶ Votum Wicki Franz, AB 2007 S 831; HAUSHEER/PERRIG-CHIELLO (Fn. 54), S. 900; MEIER/LUKIC (Fn. 121), Rz. 272; MONTEVERDE/ZAUGG (Fn. 53), S. 3.

²⁵⁷ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 158.

²⁵⁸ Vgl. dazu auch BREITSCHMID/KAMP, CHK (Fn. 79), N 11 zu Art. 372 ZGB; BUCHER (Fn. 255), Rz. 401; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 193.

²⁵⁹ Vorne, Rz. 60.

²⁶⁰ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 157; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.51.

²⁶¹ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 157; WASSEM (Fn. 54), S. 126.

²⁶² Vorne, Rz. 60.

²⁶³ Zum Problem der fehlenden Dokumentation des Patientenwillens vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 17; dazu auch AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 171 f.; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB (Fn. 6), S. 106; NEK (Fn. 40), S. 27.

²⁶⁴ BASS-Studie (Fn. 36), S. 52 f.; vgl. BICHLER (Fn. 92), S. 151; ferner BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N 7 zu Art. 371 ZGB.

²⁶⁵ Siehe etwa BASS-Studie (Fn. 36), S. 12, 79.

²⁶⁶ JOX RALF J./ACH JOHANN S./SCHÖNE-SEIFERT BETTINA, Patientenverfügungen bei Demenz: Der «natürliche Wille» und seine ethische Einordnung, in: DÄBL 2014, S. A 394 ff., S. A 394; vgl. EICKHOFF (Fn. 62), S. 123; MONTEVERDE/ZAUGG (Fn. 53), S. 3; NEUNER (Fn. 41), S. 123; VERREL (Fn. 196), S. 206; mit einem eindrücklichen Fallbeispiel dazu BERNAT (Fn. 193), S. 109 ff.

²⁶⁷ Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 167 f.; siehe dazu vorne, Rz. 61.

7. Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

a) Rechtliche Regelung

[Rz 66] *Missachtet ein Arzt eine verbindliche Anordnung der Patientenverfügung, so kann jede dem Patienten nahestehende Person schriftlich die Erwachsenenschutzbehörde anrufen.*²⁶⁸ Die Erwachsenenschutzbehörde muss in der Folge aufgrund des Patientendossiers prüfen, ob ein ärztliches Abweichen von der Verfügung gerechtfertigt war. Allenfalls muss sie Massnahmen zur Durchsetzung der Verfügung treffen.²⁶⁹

[Rz 67] Auch wenn die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind, kann auf schriftliches Ersuchen die Erwachsenenschutzbehörde angerufen werden.²⁷⁰ Darunter zu subsumieren ist z.B. das strikte Befolgen einer Verfügung trotz formeller Mängel oder einer Urteilsunfähigkeit zum Errichtungszeitpunkt.²⁷¹

[Rz 68] Da zu den *nahestehenden Personen* Ärzte und das Pflegefachpersonal zählen, kann die Erwachsenenschutzbehörde umgekehrt auch ihrerseits angerufen werden.²⁷² Für das Behandlungsteam besteht bspw. die Möglichkeit, die Erwachsenenschutzbehörde zur «rechtlichen Absicherung» bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit zum Errichtungszeitpunkt beizuziehen.²⁷³ Die Behörde kann weiter konsultiert werden, wenn Zweifel bestehen, dass eine Patientenverfügung *auf freiem Willen beruht*.²⁷⁴ Der Arzt hat schliesslich die Möglichkeit, die Erwachsenenschutzbehörde heranzuziehen, wenn eine in einer Verfügung bestimmte Vertretungsperson nicht nach dem Willen der zu vertretenden Person handelt.²⁷⁵

b) Medizinische Praxis

[Rz 69] Die Erwachsenenschutzbehörde wird vom Behandlungsteam kaum angerufen.²⁷⁶ Angesichts des *Zeitdrucks* bei medizinischen Eingriffen kann gemäss BASS-Studie meistens nicht zugewartet werden, bis die Behörde – die zum Teil *nicht erreichbar* oder ebenfalls *überfordert* ist²⁷⁷ – entschieden bzw. allfällige Massnahmen vorgenommen hat.²⁷⁸

[Rz 70] Weiter wird die Erwachsenenschutzbehörde von Ärzten nur zurückhaltend einbezogen, weil aufgrund des *Kostendrucks* im Gesundheitswesen auf eine kurze Aufenthaltsdauer der Pati-

²⁶⁸ Vgl. Art. 373 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; siehe dazu auch BGE 114 II 213 E. 3 S. 217.

²⁶⁹ Art. 373 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 368 Abs. 1 ZGB; vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 2.60.

²⁷⁰ Art. 373 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

²⁷¹ EICHENBERGER THOMAS/KOHLER THERES, Kommentierung der Art. 373 und 377–381 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N 8 zu Art. 373 ZGB; siehe dazu vorne, Rz. 26.

²⁷² Vgl. Wortlauft von Art. 381 Abs. 3 ZGB; Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7034; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.34; KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 2.27.

²⁷³ WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 159 f., 201; siehe auch vorne, Rz. 30 ff.

²⁷⁴ Art. 373 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; vgl. EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 9 zu Art. 373 ZGB; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 220 f.; siehe auch vorne, Rz. 49 ff.

²⁷⁵ Vgl. Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB. Hier scheinen sich die Regelungen zur eigenen Vorsorge und die Bestimmungen von Gesetzes wegen zu überschneiden: vgl. WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 219; näher dazu hinten, Rz. 102.

²⁷⁶ BASS-Studie (Fn. 36), S. 61.

²⁷⁷ PALLY HOFMANN (Fn. 107), S. 475.

²⁷⁸ BASS-Studie (Fn. 36), S. 43, 61; PALLY HOFMANN (Fn. 107), S. 475; kritisch zur Funktion der Erwachsenenschutzbehörde HÄFELI CHRISTOPH, Zwei Jahre Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Erfolgs- und Risikofaktoren bei der Umsetzung, in: AJP 2014, S. 1592 ff., S. 1592 ff.

enten gezielt wird und damit einem zeitaufwändigen Interessenfindungsprozess entgegengewirkt werden soll.²⁷⁹ Nicht zuletzt gibt es Ärzte, denen die Möglichkeit, die Behörde anzurufen, «*nicht bekannt* oder *zumindest nicht geläufig*» ist.²⁸⁰

V. Mittels gesetzlicher Vertretungskaskade stellvertretend getroffener Behandlungsentscheid

1. Zur Vertretung berufene Person

a) Rechtliche Regelung

[Rz 71] Vor Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts gab es für Entscheidungen nahestehender Personen, welche urteilsunfähige Patienten vertraten, keine Legitimation. Im geltenden Erwachsenenschutzrecht sind für die Vertretung entsprechende Massnahmen festgehalten. Hat ein urteilsunfähig gewordener Patient keine eigene Vorsorge getroffen, so kommen die Bestimmungen über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen zur Anwendung.²⁸¹ Die in Art. 378 Abs. 1 Ziff. 1 ff. ZGB aufgeführten *Personen sind der Reihe nach berechtigt, die urteilsunfähige Person zu vertreten:*

1. *die in einer Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag bezeichnete Person;*
2. *der Beistand oder die Beistandin mit einem Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen;*
3. *wer als Ehegatte, eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner einen gemeinsamen Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;*
4. *die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;*
5. *die Nachkommen, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;*
6. *die Eltern, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;*
7. *die Geschwister, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten.*

Die Vertretungsregelung gilt für alle medizinischen Entscheidungen.²⁸² Wird die Entscheidung durch einen Beistand vorgenommen, so kommen nur bestimmte Arten von Beistandschaften in Betracht: eine umfassende Beistandschaft – die kraft Gesetzes stets ein Vertretungsrecht bezüglich medizinischer Massnahmen beinhaltet –, eine Vertretungsbeistandschaft oder eine kombinierte Beistandschaft, wobei alleine der Beschluss der Erwachsenenschutzbehörde darüber Auskunft gibt, ob dem Beistand eine Vertretungsbefugnis für medizinische Massnahmen zukommt oder nicht.²⁸³

[Rz 72] Es liegt grundsätzlich in der Verantwortung des behandelnden Arztes, die entsprechenden Vertretungspersonen ausfindig zu machen.²⁸⁴ Gemäss Botschaft wäre es der Ärzteschaft nicht

²⁷⁹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 67; ebenso Vernehmlassungen VE ZGB (Fn. 104), S. 75; STEINER URSULA/KUHN HANSPETER, Revision Zivilgesetzbuch, Behandlung von urteilsunfähigen Patienten, Neugestaltung des fürsorgerischen Freiheitsentzuges, in: SÄZ 2003, S. 2537 ff., S. 2538 f.

²⁸⁰ BASS-Studie (Fn. 36), S. 80 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁸¹ Art. 377 ff. ZGB.

²⁸² Exemplarisch HÄFELI (Fn. 79), Rz. 12.01.

²⁸³ Art. 390 ff. ZGB; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 12 ff. zu Art. 378 ZGB; vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), S. 115.

²⁸⁴ KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 3.17.

zuzumuten, unter den Eltern, Geschwistern und Kindern sowie Enkelkindern – die alle auf derselben Ebene angeordnet gewesen wären – diejenige Person auszuwählen, die dem Patienten am nächsten steht.²⁸⁵ Aus diesem Grund wurde die *Reihenfolge* vom Gesetzgeber «an der zu vermutenden natürlichen Nähe» zu bestimmten Angehörigen festgelegt.²⁸⁶ Die abschliessend²⁸⁷ zu interpretierende Liste verlangt eine tatsächlich gelebte Beziehung zwischen Patient und Entscheidungsträger.²⁸⁸

[Rz 73] Lehnt eine Person die Vertretung ab oder ist sie nicht rechtzeitig erreichbar, dann kommt das Vertretungsrecht der in der *Kompetenzkaskade* nächstfolgenden Person zu.²⁸⁹ Entgegen der früheren Rechtslage – wonach einige Kantone den Ärzten das Recht einräumten, eigenmächtig über medizinische Massnahmen bei urteilsunfähigen Patienten zu bestimmen²⁹⁰ – ist heute also in jedem Falle eine in der Kaskade vorgesehene Person entscheidungsberechtigt.²⁹¹ Von dieser Regel ausgenommen sind Dringlichkeitslagen.²⁹² Entscheiddelegationen des urteilsunfähigen Patienten an eine andere als in der Vertretungskaskade vorgesehene Person sind nicht möglich – ausser diese Person sei vorgängig in der Patientenverfügung bestimmt worden.²⁹³

[Rz 74] Sind mehrere Personen (derselben Stufe) zur Vertretung berechtigt, so darf die gutgläubige Ärzteschaft davon ausgehen, dass die vertretungsberechtigten Personen eine Entscheidung im gegenseitigen Einverständnis treffen.²⁹⁴ Die Entscheidung bedarf der Einstimmigkeit.²⁹⁵ Je riskanter jedoch eine Massnahme ist, desto weniger darf sich ein Arzt auf den guten Glauben berufen.²⁹⁶ Können sich mehrere zur Vertretung berechtigte Personen nicht einigen oder ist keine Vertretungsperson vorhanden, hat der Arzt die Erwachsenenschutzbehörde zu benachrichtigen, worauf zurückzukommen ist.²⁹⁷

[Rz 75] Gegenüber nicht vertretungsberechtigten Personen gilt die *Schweigepflicht* des medizinischen Personals. Wird die Vertretungskaskade nicht eingehalten und involviert die Ärzteschaft willkürlich weitere Personen in die Behandlung und die damit verbundenen Entscheidungen,

²⁸⁵ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7036; vgl. EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 2 zu Art. 378 ZGB.

²⁸⁶ FASSBIND (Fn. 78), S. 209; ebenso BOENTE, ZK (Fn. 58), N 2 zu Art. 378 ZGB; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 3 zu Art. 378 ZGB.

²⁸⁷ Statt aller STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014, Rz. 996.

²⁸⁸ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7035; REUSSER RUTH E., Vom alten zum neuen Erwachsenenschutz: Entstehungsgeschichte des neuen Rechts und Überblick, in: Reusser Ruth E. et al. (Hrsg.), Dal diritto tutorio al diritto della protezione degli adulti, Atti della giornata di studio dell'11 giugno 2012, Lugano 2014, S. 5 ff., S. 19; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 103; zur Solidarität in der Familie vorne, Rz. 6.

²⁸⁹ FASSBIND (Fn. 78), S. 209; vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.84.

²⁹⁰ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7013; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 1 f. zu Art. 377/378 ZGB; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 3 zu Art. 377 ZGB; MEIER/LUKIC (Fn. 121), Rz. 323; REUSSER (Fn. 288), S. 20.

²⁹¹ Statt aller AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 106.

²⁹² Zur Dringlichkeit hinten, Rz. 96 ff. Ausgenommen sind zudem medizinische Alltagsmassnahmen: m.w.H. GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 4 zu Art. 377/378 ZGB; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 12.01.

²⁹³ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 106; REUSSER (Fn. 288), S. 21; vgl. auch Art. 6 ÜMB; zur Bezeichnung eines gewillkürten Vertreters in einer Patientenverfügung vorne, Rz. 20; zum Partizipationsrecht der urteilsunfähigen Person hinten, Rz. 91 ff.

²⁹⁴ Art. 378 Abs. 2 ZGB; dazu auch BOENTE, ZK (Fn. 58), N 59 ff. zu Art. 378 ZGB.

²⁹⁵ GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 17 zu Art. 377/378 ZGB; STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 287), Rz. 1005.

²⁹⁶ KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 3.14; MEIER/LUKIC (Fn. 121), Rz. 330; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 11 zu Art. 378 ZGB.

²⁹⁷ Detailliert zum Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde hinten, Rz. 100 ff.

kann dieses Vorgehen als widerrechtlich qualifiziert werden und entsprechende Folgen nach sich ziehen.²⁹⁸

b) Medizinische Praxis

[Rz 76] Aus der BASS-Studie geht hervor, dass Angehörige bei Lebensentscheiden in der Regel beigezogen werden.²⁹⁹ Die gesetzliche Reihenfolge wurde geschaffen, um erstens dem mutmasslichen Willen der urteilsunfähigen Person so gut wie möglich zu entsprechen und zweitens, um die Ärzteschaft mit der Auswahl der vertretungsberechtigten Personen nicht zu überfordern.³⁰⁰ Nichtsdestotrotz geschieht das Hinzuziehen Angehöriger teilweise nicht in Anlehnung an die Vertretungskaskade,³⁰¹ sondern nach dem *Verfügbarkeitsprinzip*. Aus den verfügbaren Personen wird schliesslich nach *subjektivem Empfinden* ein Vertreter bestimmt.³⁰²

[Rz 77] Die Gründe für das Nichteinhalten der Kaskadenordnung sind vielfältig. Massgebend sind primär Unsicherheiten bei der *Interpretation des Gesetzesextes* sowie der *Zeitdruck*.³⁰³ So scheint bspw. das Element des regelmässigen und persönlichen Beistands für Praktiker nicht klar bestimmbar zu sein.³⁰⁴ Das hat zur Folge, dass der korrekte Einsatz einer Vertretungsperson für die Ärzteschaft mit zeitintensiven Nachforschungen verbunden ist.³⁰⁵ Das «Abarbeiten» der Kaskade wird deswegen auch als «schlicht unpraktikabel und [...] unverhältnismässig» bezeichnet.³⁰⁶ Zudem nimmt es laut BASS-Studie gewöhnlich *zu grosse personelle und finanzielle Ressourcen* in Anspruch, wenn der Patient zwar einen Bettenplatz besetzt, mit der Behandlung jedoch zugewartet werden muss, bis die entsprechende Vertretungsperson erreicht worden ist und diese schlussendlich eine Entscheidung getroffen hat.³⁰⁷

[Rz 78] «Wenn ich ganz ehrlich bin, ist diese Hierarchie nicht relevant, die kennt niemand». ³⁰⁸ Dieser Aussage eines Arztes zufolge scheint die *Unkenntnis des entsprechenden Gesetzesartikels* ein weiterer Faktor zu sein, welcher der Befolgung der gesetzlich festgelegten Vertretungsreihenfolge entgegenwirkt und gelegentlich sogar dazu führt, dass Ärzte alleine entscheiden. Medizinalpersonen begründen ihr Handeln unabhängig von einer Dringlichkeitslage mit der Unerreichbarkeit oder dem grundsätzlichen Fehlen von Angehörigen und verkennen dabei die Bedeutung behörd-

²⁹⁸ Zum Ganzen AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 121; weiterführend zur Diskretions- und Geheimhaltungspflicht etwa FELLMAN WALTER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 40 ff. zu Art. 398 OR; SPRUMONT DOMINIQUE/GUINCHARD JEAN-MARC/SCHORNO DEBORAH, Kommentierung von Art. 40 MedBG, in: Ayer Ariane et al. (Hrsg.), Medizinalberufegesetz (MedBG)/Loi sur les professions médicales (LPMéd), Kommentar/Commentaire, Basel 2009, N 77 f. zu Art. 40 MedBG.

²⁹⁹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 50.

³⁰⁰ Vorne, Rz. 72.

³⁰¹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 54, 76.

³⁰² BASS-Studie (Fn. 36), S. 54.

³⁰³ BASS-Studie (Fn. 36), S. 30 f., 80; vgl. bzgl. des Zeitdrucks auch WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 103.

³⁰⁴ BASS-Studie (Fn. 36), S. 54; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 17 zu Art. 378 ZGB; siehe dazu auch FOINTOULAKIS/KÖBRICH (Fn. 128), S. 83 f.

³⁰⁵ MÜLLER-STÄHELIN (Fn. 77), S. 143 f.; vgl. dazu auch BASS-Studie (Fn. 36), S. 30.

³⁰⁶ BREITSCHMID PETER/WITTWER CAROLINE, Pflegerecht – eine Standortbestimmung, in: Pflegerecht 2012, S. 2 ff., S. 9.

³⁰⁷ BASS-Studie (Fn. 36), S. 31; ebenso Vernehmlassungen VE ZGB (Fn. 104), S. 75; STEINER/KUHN (Fn. 279), S. 2538 f.; vgl. dazu vorne, Rz. 25.

³⁰⁸ BASS-Studie (Fn. 36), S. 54.

licher Massnahmen bzw. des Beistands.³⁰⁹ Ferner wird in der Praxis die Position vertreten, die vorgegebene Kompetenzkaskade würde *nicht* immer «den realen, emotionalen Bindungen» entsprechen.³¹⁰ Nicht zuletzt gibt es Ärzte, die *keine Vertretungspersonen involvieren*, weil sie der Meinung sind, als medizinische Vertrauenspersonen den Willen des Patienten im Vergleich zu einer (überforderten) Vertretungsperson *besser einschätzen* zu können oder davon ausgehen, das Hinzuziehen Angehöriger würde lediglich *Konfliktpotenzial* bieten.³¹¹

[Rz 79] Problematische Entscheidungssituationen liegen in der Praxis vorwiegend dann vor, wenn sich mehrere Angehörige berechtigt am Entscheidungsprozess beteiligen und sich teilweise uneinig sind.³¹² Einige Mediziner befolgen hier das vorgeschlagene Vorgehen desjenigen Angehörigen teils, von dem sie eine engere Beziehung zum Patienten vermuten.³¹³ Weiter gibt es Ärzte, welche sich auf die Entscheidung stützen, die von jener Person ausgeht, die innerhalb der Familie eine besonders einflussreiche Stellung geniesst und von anderen Angehörigen akzeptiert wird.³¹⁴ Überdies ist es denkbar, dass «keine» Entscheidung gefällt wird. Das hat zur Folge, dass eine Therapie auf unbestimmte Zeit fortgeführt wird.³¹⁵ Damit wird deutlich, dass Ärzte zwar unterschiedlich auf den *Konflikt mehrerer vertretungsberechtigter Personen* reagieren, sich jedoch mehrheitlich nicht an das gesetzlich vorgesehene Vorgehen halten, wonach die Erwachsenenschutzbehörde anzurufen wäre.³¹⁶ Auch andere spezialisierte Stellen und Fachpersonen wie bspw. Ethikkomitees oder -konsile, die aus ethisch interessierten und im besten Fall speziell qualifizierten Spitalmitarbeitern unterschiedlicher Berufsgruppen (Ärzte, Pflegefachpersonen, Sozialarbeiter, Seelsorger, Juristen etc.) und Hierarchiestufen bestehen,³¹⁷ werden in Zusammenhang mit schwierigen Lebensentscheidungen nur selten miteinbezogen.³¹⁸

³⁰⁹ Zum Ganzen BASS-Studie (Fn. 36), S. 13 f., 21, 54, 80; vgl. dazu auch KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 1.14; siehe hingegen die andere Ausgangslage in dringlichen Situationen hinten, Rz. 96 ff.; zum Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde ebenfalls hinten, Rz. 100 ff. Ein Arzt aus der Grundversorgung schildert bspw., dass er sich bei einer schwer dementen Person mit einer Lungenentzündung eigenständig gegen die Verabreichung von Antibiotikum entschieden hat, weil keine Angehörigen vorhanden waren: BASS-Studie (Fn. 36), S. 21.

³¹⁰ BASS-Studie (Fn. 36), S. 69 (Hervorhebung hinzugefügt); dazu AEBI-MÜLLER et al. (Fn. 133), N 95 zu § 5.

³¹¹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 14, 21, 55, 80 ff. Gemäss einer Studie sollen im klinischen Alltag 42% aller Konflikte i.Z.m. Angehörigen auftreten: SALATHÉ MICHELLE et al., Klinische Ethikkommissionen in der Schweiz – eine Bestandesaufnahme, in: SÄZ 2003, S. 2264 ff., S. 2265.

³¹² BASS-Studie (Fn. 36), S. 14; 42; vgl. KÜBLER/KÜBLER (Fn. 64), S. 238.

³¹³ BASS-Studie (Fn. 36), S. 14, 54.

³¹⁴ BASS-Studie (Fn. 36), S. 54.

³¹⁵ BASS-Studie (Fn. 36), S. 14.

³¹⁶ BASS-Studie (Fn. 36), S. 61; zur Regelung bzgl. Bezug der Erwachsenenschutzbehörde vorne, Rz. 74; ausführlich zum Einschreiten der Behörde hinten, Rz. 100 ff.

³¹⁷ Jox (Fn. 63), S. 238 ff.; WERNSTEDT THELA/VOLLMANN JOCHEN, Das Erlanger klinische Ethikkomitee, Organisationsethik an einem deutschen Universitätsklinikum, in: Ethik Med 2005, S. 44 ff., S. 44.

³¹⁸ BASS-Studie (Fn. 36), S. 61, 85.

2. Behandlungsplan und Aufklärung

a) Rechtliche Regelung

[Rz 80] Nach Art. 377 Abs. 1 ZGB *plant der behandelnde Arzt unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person die erforderliche Behandlung.* Der Behandlungsplan bedarf nicht der Schriftform.³¹⁹ Indessen muss er stets aktualisiert werden.³²⁰

[Rz 81] Im Rahmen der Behandlungsplanung hat die Ärzteschaft *die vertretungsberechtigte Person über alle Umstände zu informieren, die im Hinblick auf die vorgesehenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind, insbesondere über deren Gründe, Zweck, Art, Modalitäten, Risiken, Nebenwirkungen und Kosten, über Folgen eines Unterlassens der Behandlung sowie über allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten.*³²¹ Es wird ein «informed consent» vorausgesetzt.³²²

b) Medizinische Praxis

[Rz 82] Medizinische Untersuchungen, Diagnosen oder Beschlüsse, die Ärzte und Angehörige fassen, werden im medizinischen Alltag nicht immer konsistent festgehalten.³²³ Die *ungenügende Dokumentation* kann vornehmlich bei einem Institutions- oder Personalwechsel sowie bei Ferienabwesenheiten dazu führen, dass Untersuchungen erneut vorgenommen werden müssen oder gar von einem gefällten Entscheid abgewichen wird.³²⁴

[Rz 83] Ärzte tragen durch *Aufklärungsgespräche* grundsätzlich dazu bei, Entscheidungsprozesse auszulösen, doch ist die ärztliche Information bzw. Beratung teilweise qualitativ *ungenügend* oder es finden überhaupt *keine Gespräche* statt.³²⁵

3. Vertretungsentscheid

a) Rechtliche Regelung

[Rz 84] Dem urteilsunfähigen Patienten nahestehende Personen sind heute für den Arzt nicht mehr nur Teil des «Sounding Boards», sondern nach erfolgter ärztlicher Aufklärung neu die eigentliche *Entscheidungsinstanz*.³²⁶ Die mit einer Entscheidung betrauten Personen stimmen einer

³¹⁹ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7036; FASSBUND (Fn. 78), S. 207; BOENTE, ZK (Fn. 58), N 43 f. zu Art. 377 ZGB; kritisch dazu GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 4 zu Art. 377/378 ZGB; vgl. SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 5 zu Art. 377 ZGB.

³²⁰ Art. 377 Abs. 4 ZGB; siehe auch Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7036; MEIER (Fn. 59), Rz. 605.

³²¹ Art. 377 Abs. 2 ZGB; siehe bereits BGE 114 Ia 350 E. 7b/bb S. 362 f.; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 92.

³²² Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7036; EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 20 zu Art. 377 ZGB; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 20 zu Art. 377 ZGB.

³²³ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 32.

³²⁴ BASS-Studie (Fn. 36), S. 32 f.; ähnlich PALLY HOFMANN (Fn. 107), S. 477; zum Vertretungsentscheid hinten, Rz. 84 ff.

³²⁵ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 19 ff., insb. S. 25 ff., 55 f.; ferner NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 70 f.; NEUNER (Fn. 41), S. 129; VERREL (Fn. 196), S. 209.

³²⁶ MÜLLER-STÄHELIN (Fn. 77), S. 133; vgl. FOUNTOULAKIS/KÖBRICH (Fn. 128), S. 77 f.

vom Arzt vorgeschlagenen Massnahme zu oder lehnen diese ab.³²⁷ Der Mediziner ist nicht dazu befugt, von dieser Entscheidung abzuweichen.³²⁸

[Rz 85] Wenn Weisungen in einer Patientenverfügung fehlen, muss die Vertretungsperson eine stellvertretende Lebensentscheidung (sog. «Substituted Decision Making» oder «Surrogate Decision Making») nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person treffen.³²⁹ Es sei daran erinnert, dass der mutmassliche Wille grundsätzlich alleine mit Hilfe von Informationen, die auf den urteilsfähigen Zustand zurückgehen, rekonstruiert wird.³³⁰ Dazu können sich Vertreter auf frühere Ausführungen oder Dokumente (z.B. Entwurf einer Patientenverfügung) oder auf bekannte Wertvorstellungen (Weltanschauung, religiöse Überzeugung etc.) des Patienten stützen sowie dessen Vertrauenspersonen (z.B. Hausarzt, Angehörige) befragen.³³¹ Der natürliche Wille kann als Summe wiederkehrender Äusserungen gemäss einer Lehrmeinung unter der gebotenen Sorgfalt möglicherweise ebenfalls dazu beitragen, den mutmasslichen Willen zu erschliessen,³³² obwohl entsprechende Äusserungen nicht im urteilsfähigen Zustand vor- genommen werden.³³³ Kann die Vertretungsperson die Absichten des Patienten nicht teilen, hat sie die Vertretungsaufgabe abzulehnen.³³⁴ Sind die (objektiven) Interessen massgebend, so muss anhand der medizinischen Diagnose und der medizinischen Prognose auf die allgemeinen Wertvorstellungen und die gesundheitlichen Interessen einer hypothetisch vernünftigen Person und die Menschenwürde abgestellt werden.³³⁵ Hierbei kommt dem Lebensschutz eine massgebliche Bedeutung zu, selbst wenn die Erfolgsschancen der Behandlung eher gering sind.³³⁶

[Rz 86] Der Gesetzgeber hat offengelassen, ob der mutmassliche Wille oder die objektiven Interessen einer Person Vorrang geniessen, wenn sich die beiden Komponenten widersprechen.³³⁷ Der überwiegende Teil der Lehre vertritt den Standpunkt, der mutmassliche Wille – wenn sich dieser erüieren lasse – gehe den objektiven Interessen vor.³³⁸ Dieser Ansicht ist aufgrund des höchstper-

³²⁷ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7014; vgl. FASSBIND (Fn. 78), S. 207; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 28 zu Art. 377 ZGB; TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn. 120), N 44 zu § 51.

³²⁸ Vgl. BOENTE, ZK (Fn. 58), N 77 zu Art. 378 ZGB; EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 13 zu Art. 378 ZGB; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 13 zu Art. 378 ZGB.

³²⁹ Art. 378 Abs. 3 ZGB; siehe bereits BGE 114 Ia 350 E. 7b/bb S. 362 f.; vgl. BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 23 zu Art. 370 ZGB; EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 12 zu Art. 378 ZGB; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 12.08. Hier scheinen sich die Regelungen zur eigenen Vorsorge und die Bestimmungen von Gesetzes wegen wiederum zu überschneiden; vgl. WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 133 f.

³³⁰ Dazu vorne, Rz. 50.

³³¹ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 134; BAUMANN (Fn. 7), S. 62; BREITSCHMID/KAMP, CHK (Fn. 79), N 13 f. zu Art. 372 ZGB; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 22), N 21 zu Art. 370 ZGB; JOSSEN (Fn. 84), S. 52; TAG (Fn. 65), S. 714.

³³² So etwa AEBI-MÜLLER (Fn. 203), S. 182.

³³³ Zum natürlichen Willen vorne, Rz. 5.

³³⁴ So deutlich AEBI-MÜLLER/BIENZ (Fn. 54), S. 66 f.; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 12 zu Art. 377/378 ZGB.

³³⁵ EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 13 zu Art. 378 ZGB; FASSBIND (Fn. 78), S. 189; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 12 zu Art. 377/378 ZGB; NEK (Fn. 40), S. 33; siehe zur Menschenwürde in der Bundesverfassung Art. 7 BV.

³³⁶ LÜTHI ALINE, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Behandlungsbegrenzung und Leidenslinderung, Ein strafrechtlicher Regelungsvorschlag, Diss. Zürich 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 138; kritisch dazu BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), S. 118.

³³⁷ EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 13 zu Art. 378 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.76; vgl. MÜLLER-STÄHELIN (Fn. 77), S. 146.

³³⁸ Statt vieler BRAUER (Fn. 163), S. 395; FOUNTOLAKIS CHRISTIANA/AEBI-MÜLLER REGINA E., Gesetzliche Vertretung, in: Fountoulakis Christiana et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 107 ff., Rz. 6.93; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 12 zu Art. 377/378 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.76; JOSSEN (Fn. 84), S. 52; abweichend etwa GETH/MONA (Fn. 67), S. 175 f.; MEIER/LUKIC (Fn. 121), Rz. 331.

söhnlichen Charakters eines Behandlungsentscheids sowie angesichts des hohen Stellenwerts der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutzrecht zuzustimmen.³³⁹ Der subjektive Wille des Patienten kann dort ermittelt werden, wo eine nur vorübergehende (bspw. aufgrund eines Rauschzustands) oder erst kürzlich eingetretene bzw. erworbene («kasuelle») Urteilsunfähigkeit vorliegt (bspw. bei fortschreitender Demenz).³⁴⁰ Diese Möglichkeit besteht bei originärer («habituelle») Urteilsunfähigkeit (bspw. bei seit Geburt bestehender geistiger Behinderung) nicht.³⁴¹

b) Medizinische Praxis

[Rz 87] Die gesetzliche Vertretungsregelung erfährt in der Praxis nur wenig Anerkennung. Ärzte empfinden es als problematisch, dass gewisse Vertretungspersonen nicht in der Lage sind, Verantwortung zu übernehmen. So seien viele Angehörige für die Vertretung ungeeignet bzw. aufgrund der emotionalen Betroffenheit mit einem Lebenseentscheid einer nahestehenden Person *überfordert*.³⁴² Die gesetzliche Vertretung wird in diesem Zusammenhang besonders deshalb kritisiert, weil keine Eignungsprüfung der in der Kaskade vorgesehenen Personen erfolgen kann.³⁴³ Stellvertretende Entscheidungen sind für nahestehende Personen nicht nur emotional belastend, sondern gehen aufgrund der Ungewissheit des Patientenwillens darüber hinaus regelmässig mit Zweifeln und Schuldgefühlen einher.³⁴⁴

[Rz 88] Vertretungspersonen werden in der BASS-Studie als «nicht vertrauenswürdig» beschrieben, wenn *konfliktbehaftete Verbindungen* zu den Angehörigen bestehen und *eigenständige Interessen* (z.B. Erbschaftsinteressen, Angst vor dem Aufwand, der mit der Pflege eines schwer kranken Angehörigen einhergeht) als Entscheidungsgrundlage dienen.³⁴⁵ Eine Gefährdung der Interessen der urteilsunfähigen Person durch das vorgegebene Vertretungsrecht sei denkbar, weil es sich beim Ehegatten und den Nachkommen rechtlich um Präsumtiverben handle.³⁴⁶ Andere Vertretungspersonen versuchen einen Patienten um jeden Preis am Leben zu erhalten.³⁴⁷ Wenn eine Person z.B. den Sterbevorgang eines ihr nahestehenden Menschen nicht aushält und deswegen die Ambulanz ruft, wird durch eine Kette von Handlungen unterschiedlicher Personen ein Prozess in Gang gesetzt, der ursprünglich womöglich nicht so vorgesehen war.³⁴⁸ Vertreterentscheidungen dieser Art sind mit nachteiligen Folgen für die medizinische Praxis verbunden. Es ist

³³⁹ Vgl. dazu vorne, Rz. 2 ff.

³⁴⁰ Siehe u.a. AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 130; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 12 zu Art. 377/378 ZGB.

³⁴¹ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 131; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 12 zu Art. 377/378 ZGB; LÜTHI (Fn. 336), Rz. 114; WIEGAND (Fn. 18), S. 172 f.

³⁴² BASS-Studie (Fn. 36), S. 14, 18, 45, 82; ebenso Vernehmlassungen VE ZGB (Fn. 104), S. 336, 344; BRAUER (Fn. 63), S. 197; NEK (Fn. 40), S. 34.

³⁴³ BRAUER (Fn. 63), S. 198 f.

³⁴⁴ BASS-Studie (Fn. 36), S. 14; KUNZ ROLAND, Leben erhalten – sterben lassen? Wer entscheidet bei demenzkranken Patienten und Patientinnen?, in: Mettner Matthias (Hrsg.), Wie menschenwürdig sterben?, Zürich 2003, S. 285 ff., S. 291; vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 203), S. 183.

³⁴⁵ BASS-Studie (Fn. 36), S. 15, vgl. auch deren S. 80 ff.; ebenso Vernehmlassungen VE ZGB (Fn. 104), S. 335, 337; BRAUER (Fn. 63), S. 197.

³⁴⁶ BREITSCHMID/WITTWER (Fn. 306), S. 9; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 1 zu Art. 378 ZGB; ferner BASS-Studie (Fn. 36), S. 80 ff.

³⁴⁷ BASS-Studie (Fn. 36), S. 15 ff.; ebenso GEISSENDÖRFER (Fn. 72), S. 425 f.; GOLBS ULRIKE, Das Vetorecht eines einwilligungsunfähigen Patienten, Diss. Dresden 2005, Baden-Baden 2006, S. 135.

³⁴⁸ BASS-Studie (Fn. 36), S. 18, 22, 35.

nämlich ungeklärt, ob und wie eine bestimmte Massnahme, die vom Patienten nicht intendiert war, rückgängig gemacht werden kann.³⁴⁹

[Rz 89] Die Ärzteschaft (SAMW und FMH) äusserte sich bereits in der Vernehmlassung ablehnend zum Konzept des Vertretungsentscheids:³⁵⁰

«Die Vorstellung, dass ein [...] Vertreter nach sorgfältiger Information durch den Arzt autonom und ohne Hilfe entscheidet, ist häufig realitätsfremd. [...] Behandlungsent scheide sollten deshalb gemeinsam diskutiert und entschieden werden [...]. Von der (fachlichen) Letztverantwortung kann und soll der Arzt nicht dispensiert werden».³⁵¹

«Das Betreuungsteam soll nicht gezwungen werden dürfen, Therapien entgegen bes serem Wissen durchzuführen bzw. zu unterlassen».³⁵²

Das medizinische Personal forderte vom Gesetzgeber ein sog. «Shared Surrogate Decision Making».³⁵³ Hiernach treffen Ärzte und Angehörige gemeinsam *Konsensesentscheidungen*.³⁵⁴ Der Ge setzgeber hat mit Art. 377 ZGB versucht, diesem Anliegen nachzukommen.³⁵⁵ Da jedoch der vom Arzt erstellte Behandlungsplan nur umgesetzt wird, wenn die Vertretungsperson diesem zustimmt³⁵⁶ und der Arzt von der Endentscheidung ausgeschlossen wird, kann wohl nicht von einer Verankerung des Konzepts des «Shared Decision Making» gesprochen werden.³⁵⁷ Viel eher liegt ein «Informed Decision Making» vor, wonach die Vertretungsperson nach einer ärztlichen Aufklärung und einer allfälligen Beratung eigenständig entscheidet.³⁵⁸

[Rz 90] In Anbetracht der Einwände, die das medizinische Personal mit guten Gründen gegen die Vertretungsregelung vorbringt, überrascht es nicht, dass diese in der Praxis nicht immer so umgesetzt wird, wie es im Gesetz vorgesehen ist.³⁵⁹ Erhebungen zeigen, dass sich entgegen der

³⁴⁹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 46; KÜBLER/KÜBLER (Fn. 64), S. 238; m.w.H. GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 1 zu Art. 372 ZGB.

³⁵⁰ Die Ärzteschaft schien mit der früheren Regelung zur Behandlung urteilsunfähiger Personen gemäss Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) bzw. öffentlich-rechtlichem Leistungsauftrag zufriedener zu sein: vgl. Vernehmlassungen VE ZGB (Fn. 104), S. 333 f.; BOENTE, ZK (Fn. 58), N 5 zu Art. 377 ZGB; STEINER/KUHN (Fn. 279), S. 2539; siehe zur GoA Art. 419 ff. OR.

³⁵¹ Vernehmlassungen VE ZGB (Fn. 104), S. 344.

³⁵² Vernehmlassungen VE ZGB (Fn. 104), S. 335.

³⁵³ Dazu FREY RENATO/HERTWIG RALPH/HERZOG STEFAN M., Surrogate Decision Making: Do We Have to Trade Off Accuracy and Procedural Satisfaction?, in: Med Decis Making 2013, S. 1 ff. [Online-Version], S. 1.

³⁵⁴ Vernehmlassungen VE ZGB (Fn. 104), S. 78, vgl. deren S. 334 f., 344; ferner BASS-Studie (Fn. 36), S. 14, 89; SALATHÉ et al. (Fn. 311), S. 2266; STEINER/KUHN (Fn. 279), S. 2539.

³⁵⁵ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7036; siehe auch BOENTE, ZK (Fn. 58), N 6 zu Art. 377 ZGB; GUILLOD/HERTIG PEA, Fam Komm (Fn. 214), N 16 zu Art. 377 ZGB; SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 4 zu Art. 377 ZGB; zum Behandlungsplan und zur Aufklärung vorne, Rz. 80 ff.

³⁵⁶ Vorne, Rz. 84.

³⁵⁷ Gl.M. EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 6 zu Art. 377 ZGB; so wohl auch AEBI-MÜLLER (Fn. 203), S. 183; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 6 zu Art. 377/378 ZGB; HÄFELI (Fn. 79), Rz. 09.20; a.M. NEK (Fn. 40), S. 34; m.H. zur Regelung der kollektiven Entscheidfindung in Frankreich ROHLFING-DIJOUX STEPHANIE, Sterbehilfe in Frankreich: Das neue Gesetz vom Februar 2016 – Ein Recht auf den Tod im Lichte der französischen Verfassung und der europäischen Menschenrechtskonvention?, in: MedR 2016, S. 606 ff., S. 608.

³⁵⁸ M.w.H. zu diesem Modell ALBISSEER SCHLEGER HEIDI et al., Klinische Ethik – METAP, Leitlinien für Entscheidungen am Krankenbett, Berlin/Heidelberg/New York 2012, S. 203.

³⁵⁹ Vorne, Rz. 71 ff.

gesetzlichen Regelung (Informed Decision Making) das Modell des *Shared Decision Making* durchsetzt.³⁶⁰

4. Partizipationsrecht

a) Rechtliche Regelung

[Rz 91] Art. 377 Abs. 3 ZGB hält fest, dass urteilsunfähige Personen, die vertreten werden, *soweit möglich in die Entscheidfindung einzubeziehen* sind.³⁶¹ Die Regelung gilt sowohl für Vertretungspersonen als auch für das medizinische Personal.³⁶² Die Äusserungen und das Verhalten urteilsunfähiger Patienten sind somit von diesen Personen zu beachten.³⁶³ Nicht mehr möglich ist eine Partizipation dann, wenn dem Patienten die Fähigkeit fehlt, einen natürlichen Willen zu bilden und diesen auf eine Art und Weise zu artikulieren.³⁶⁴

[Rz 92] Gemäss Art. 18 ZGB kann zwar bei vorliegender Urteilsunfähigkeit nicht mehr von einer selbstbestimmten Willensbildung bzw. -umsetzung ausgegangen werden.³⁶⁵ Dennoch ist die Persönlichkeit des Patienten zu wahren.³⁶⁶ Hinter dem Partizipationsrecht steckt die Idee, urteilsunfähige Personen ganz im Sinne der Menschenwürde nicht als Objekte, sondern als Subjekte zu betrachten.³⁶⁷ Der Wille des nicht mehr urteilsfähigen Patienten ist moralisch-ethisch also keinesfalls irrelevant und darf nicht einfach übergegangen werden.³⁶⁸ Insbesondere vor dem Hintergrund des stufenlosen Urteilsfähigkeitskonzepts des Zivilgesetzbuches, wonach eine Person entweder urteilsfähig oder urteilsunfähig ist (keine Graustufen),³⁶⁹ ermöglicht das Partizipationsrecht eine «graduell abgestufte Autonomie» urteilsunfähiger Personen.³⁷⁰

[Rz 93] Der Gesetzgeber löst mit der Bestimmung zum Partizipationsrecht allerdings die *Kontroverse* darüber nicht, ob – und wenn ja, wie beachtlich – sich der natürliche Wille des Urteilsunfähigen auf eine Entscheidung auswirken darf bzw. muss.³⁷¹ Soweit ersichtlich hat auch das Bundesgericht dazu noch keine Stellung bezogen.

³⁶⁰ Bezugnehmend auf die 2001 und 2013 in der Schweiz durchgeföhrten Erhebungen zu medizinischen Lebensendentscheidungen SCHMID et al., S. 4 ff. m.w.H.; ferner BASS-Studie (Fn. 36), S. 89; jedoch dies., S. 15.

³⁶¹ Vgl. dazu Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7013; siehe zudem Art. 6 Abs. 3 ÜMB.

³⁶² FANKHAUSER ROLAND, Kommentierung der Art. 374–381 ZGB in: Amstutz Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 5 zu Art. 377 ZGB; ferner MEIER/LUKIC (Fn. 121), Rz. 333.

³⁶³ Vgl. SPRECHER (Fn. 19), S. 299.

³⁶⁴ GOLBS (Fn. 347), S. 140 f.

³⁶⁵ Dazu vorne, Rz. 4 f.

³⁶⁶ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 116; ähnlich GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 8 zu Art. 377/378 ZGB; SPRECHER (Fn. 19), S. 281.

³⁶⁷ Vgl. MICHEL MARGOT, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Diss. Zürich 2009, Basel 2009, S. 204; SPRECHER (Fn. 19), S. 299.

³⁶⁸ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 116; vgl. FOUNTOULAKIS/AEBI-MÜLLER (Fn. 338), Rz. 6.102.

³⁶⁹ M.w.H. BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, BSK ZGB I (Fn. 20), N 41 zu Art. 16 ZGB; BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Rz. 269 ff.

³⁷⁰ SPRECHER (Fn. 19), S. 300; in diesem Sinne auch GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 8 zu Art. 377/378 ZGB; ihm folgend EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 21 zu Art. 377 ZGB.

³⁷¹ EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 21 zu Art. 377 ZGB; GETH/MONA (Fn. 67), S. 174; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 27 zu Art. 377 ZGB; zum natürlichen Willen vorne, Rz. 5.

b) Medizinische Praxis

[Rz 94] Da das Gesetz die Frage betreffend *Reichweite* des Partizipationsrechts ungeklärt lässt,³⁷² erstaunt es nicht, dass die Umsetzung der Patientenpartizipation von Arzt zu Arzt variiert. Einerseits werden Patienten in der Praxis überhaupt *nicht* in den Entscheidungsprozess *einbezogen*; von diesem Ausschluss betroffen sind gemäss BASS-Studie etwa demente Personen.³⁷³ Andererseits deutet die BASS-Studie darauf hin, dass das Partizipationsrecht mancherorts extensive Anwendung findet.³⁷⁴ So wird Patienten zum Teil ein *Entscheidungsprärogativ* im Sinne eines sog. «*Vetos*» gewährt.³⁷⁵

[Rz 95] Zum *Vetoproblem* ist anzumerken, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene Einwilligung eines gesetzlichen Vertreters in der Praxis schlechthin nicht mehr zu greifen vermag, wenn eine urteilsunfähige (hingegen nicht bewusstlose) Person einen medizinisch indizierten und ihrem mutmasslichen Willen theoretisch entsprechenden Eingriff verweigert. Der urteilsunfähige Erwachsene könnte – im Gegensatz zu einem Kind, dessen Widerstand mit Zureden meist bewältigbar ist – nur noch durch Täuschung, physische Gewalt o.ä. zur Behandlung gebracht werden.³⁷⁶

5. Dringlichkeit

a) Rechtliche Regelung

[Rz 96] Handelt es sich um einen *dringlichen Fall*, ist das medizinische Personal nicht dazu verpflichtet, die Entscheidung der vertretungsberechtigten Person einzuholen.³⁷⁷ Die Beurteilung der Dringlichkeit liegt im *Ermessen des Arztes*.³⁷⁸ Eilsituationen werden weit ausgelegt. Sie liegen gemäss Botschaft und der ihr folgenden Lehre nicht nur in Notfallsituationen³⁷⁹ vor, wo jeweils die Zeit fehlt, um Vertretungspersonen zu kontaktieren. Sie sind auch dort gegeben, wo die zur Vertretung befugte Person objektiv unklar ist und aus ärztlicher Sicht mit der Behandlung nicht so lange zugewartet werden kann, bis die vertretungsberechtigte Person von der Erwachsenenschutzbehörde bestimmt worden ist.³⁸⁰

[Rz 97] In einer Dringlichkeitslage *entscheidet der Arzt* als faktischer Vertreter über die Behandlung.³⁸¹ Dabei hat er sich am *mutmasslichen Willen* und an den *Interessen* der urteilsunfähigen

³⁷² Dazu vorne, Rz. 93.

³⁷³ BASS-Studie (Fn. 36), S. 52.

³⁷⁴ BASS-Studie (Fn. 36), S. 52 f.; vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 248.

³⁷⁵ So wird berichtet, dass aufgrund eines Vетos einer urteilsunfähigen Patientin auf eine Operation verzichtet wurde, obwohl sich der Beistand (zusammen mit dem Ärztteteam) für eine Operation entschieden hatte: BASS-Studie (Fn. 36), S. 53.

³⁷⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), S. 248 f.; mit einer entsprechenden Eskalationskaskade bspw. Zwangsmassnahmen in der Medizin, Medizinisch-ethische Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften vom 19. November 2015; ferner BASS-Studie (Fn. 36), S. 72; AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 63.

³⁷⁷ Art. 379 ZGB.

³⁷⁸ GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 4 zu Art. 379 ZGB.

³⁷⁹ Zum Notfallbegriff vorne, Rz. 29.

³⁸⁰ Zum Ganzen Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7037; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 5 zu Art. 379 ZGB; KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 3.12; vgl. MEIER (Fn. 59), Rz. 592; detailliert zum Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde hinten, Rz. 100 ff.

³⁸¹ Art. 379 ZGB; GROSS (Fn. 87), S. 3; vgl. KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 3.12.

Person zu orientieren.³⁸² Art. 379 ZGB ist – wie bereits Art. 378 Abs. 3 ZGB³⁸³ – dahingehend missverständlich, dass der mutmassliche Wille und die objektiven Interessen *gleichgestellt* werden. Der Gesetzgeber unterlässt es zu klären, wie ein Patient vom Arzt zu behandeln ist, wenn beim Patienten z.B. aufgrund einer Sektenmitgliedschaft angenommen werden muss, dass er eine Massnahme verweigert (= mutmasslicher Wille), obwohl diese medizinisch indiziert wäre (= objektive Interessen).³⁸⁴ Im Schrifttum wird jedenfalls vertreten, dass hierbei wiederum³⁸⁵ primär auf den *mutmasslichen Willen* abzustellen ist.³⁸⁶ Als zentral gilt, dass der mutmassliche Wille durchaus den persönlichen Vorstellungen des behandelnden Arztes widersprechen kann.³⁸⁷

b) Medizinische Praxis

[Rz 98] Der grosse *Entscheidungsspielraum*, der Art. 379 ZGB dem Arzt zumisst, ist in der Praxis nicht unproblematisch. Es besteht die Gefahr, dass sich Ärzte rasch auf diese Regelung berufen, wenn ihnen der Aufwand, Vertretungspersonen aufzufinden, subjektiv zu hoch erscheint.³⁸⁸ Wird der Argumentation der Botschaft gefolgt, wonach die Vertretungskaskade nicht zu befolgen ist, wenn Unklarheiten betreffend das Vertretungsrecht bestehen und ein Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde nicht abgewartet werden kann,³⁸⁹ stellt sich die Frage, ob von der Ärzteschaft nicht auch in anderen Fällen, wo es zu einer Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde kommt, ein ärztliches Entscheidungsrecht angenommen werden kann. Träfe dies zu, wäre es dem medizinischen Personal immer möglich, eine Dringlichkeitslage zu schaffen.³⁹⁰ Davon abgesehen sind (tatsächliche) dringliche Fälle in der Medizin relativ häufig.³⁹¹ Die Rechtfertigung für die eigenmächtige Entscheidung des Arztes in dringlichen Situationen erfolgt indes nicht immer über Art. 379 ZGB, sondern wiederholt über das Berufsbild, wonach generell ein kuratives Ziel im Mittelpunkt steht.³⁹²

[Rz 99] Im Übrigen ist Art. 379 ZGB, der hinsichtlich des mutmasslichen Willens und der objektiven Interessen keine Gewichtung vornimmt,³⁹³ in Bezug auf die praktische Anwendung unklar. Während in der Theorie dem mutmasslichen Willen eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu-

³⁸² Art. 379 ZGB; siehe auch SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 2 zu Art. 379 ZGB; KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 3.12; näher zum mutmasslichen Willen und den objektiven Interessen vorne, Rz. 49, 85 ff.

³⁸³ Dazu vorne, Rz. 85 f.

³⁸⁴ GETH/MONA (Fn. 67), S. 175.

³⁸⁵ Vgl. dazu vorne, Rz. 86.

³⁸⁶ Statt vieler AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 138; BOENTE, ZK (Fn. 58), N 18 zu Art. 379 ZGB; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 58), N 1 zu Art. 379/380 ZGB.

³⁸⁷ AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 133.

³⁸⁸ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 20 f.; WASSEM (Fn. 54), S. 220.

³⁸⁹ Vorne, Rz. 96.

³⁹⁰ So FANKHAUSER ROLAND, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, in: BJM 2010, 240 ff., S. 252 f.; zustimmend EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 3 zu Art. 379 ZGB; kritisch auch FOINTOULAKIS/KÖBRICH (Fn. 128), S. 93; a.M. BOENTE, ZK (Fn. 58), N 12 zu Art. 379 ZGB.

³⁹¹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 21.

³⁹² BASS-Studie (Fn. 36), S. 21, 30, 44, 80; vgl. dazu vorne, Rz. 42.

³⁹³ Vorne, Rz. 97.

kommt,³⁹⁴ sind in der medizinischen Praxis oft die *objektiven Interessen* massgebender.³⁹⁵ Vor allem auf Intensivstationen kennen Mediziner Patienten kaum aus früheren Lebenssituationen,³⁹⁶ weshalb dort der mutmassliche Wille nur selten bekannt ist.³⁹⁷ Im Ergebnis führt dies dazu, dass in einer dringlichen Lage in aller Regel nicht auf medizinische Eingriffe verzichtet wird.³⁹⁸

6. Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

a) Rechtliche Regelung

[Rz 100] Die Erwachsenenschutzbehörde *handelt* nach Art. 381 Abs. 3 ZGB *auf Antrag eines Arztes* (inkl. Pflegefachpersonal), *einer anderen nahestehenden Person* oder – im Gegensatz zu Art. 373 ZGB³⁹⁹ – auch *von Amtes wegen*.

[Rz 101] Die Erwachsenenschutzbehörde wird – wie bereits erwähnt⁴⁰⁰ – involviert, *wenn keine vertretungsberechtigte Person vorhanden ist oder das Vertretungsrecht ausüben will.*⁴⁰¹ Fraglich ist allerdings, ob dies für geringfügige Eingriffe und bei einer voraussichtlich nur sehr kurzen Urteilsunfähigkeit des Patienten ebenso gilt.⁴⁰² Weiter wird die Erwachsenenschutzbehörde einbezogen, *wenn unklar ist, wer dem Patienten tatsächlich regelmässig Beistand geleistet hat*⁴⁰³ oder *wenn sich mehrere vertretungsberechtigte Personen nicht einigen können.*⁴⁰⁴ Zudem muss sie handeln, *wenn die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind.*⁴⁰⁵ Vom Gesetzeswortlaut werden hier lediglich die Interessen des Patienten erfasst. Der mutmassliche Wille wird ausser Acht gelassen. Aufgrund der Gesetzesmaterialien sowie der Lehre ist davon auszugehen, dass die Behörde dennoch tätig werden muss, wenn bspw. eine Vertretungsperson nicht nach dem mutmasslichen Willen des Patienten handelt. Ebenfalls soll sie bei offensichtli-

³⁹⁴ Exemplarisch die Autoren, die sich i.Z.m. einem No-CPR-Stempel auf den mutmasslichen Willen des Patienten stützen und sich daher gegen eine Reanimation aussprechen: FOUNTOULAKIS/KÖBRICH (Fn. 100), S. 1448; ebenso wohl Wyss, BSK ZGB I (Fn. 67), N 26 zu Art. 372 ZGB.

³⁹⁵ Dazu AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 138; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 7 zu Art. 379 ZGB. Sowohl die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften als auch der Interverband für Rettungswesen befürworten trotz eines No-CPR-Stempels – aufgrund der objektiven Interessen – eine Reanimation, solange keine Patientenverfügung auf den entgegengesetzten Wunsch hindeutet: vgl. Reanimationsentscheidungen, Medizinisch-ethische Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften vom 27. November 2008 [Stand: 1. Januar 2013], S. 17; Interverband für Rettungswesen (Hrsg.), «In dubio pro REA», Empfehlungen des Interverbandes für Rettungswesen IVR für die Rettungsdienste und Partner im Rettungswesen zum «No CPR» Stempel, Bern 2013, S. 6.

³⁹⁶ MÜLLER GERHARD A./KNÖBL JAN/BLASCHKE SABINE, Therapiebegrenzung am Lebensende aus medizinischer Sicht, in: Duttge Gunnar (Hrsg.), Ärztliche Behandlung am Lebensende, Göttingen 2008, S. 61 ff., S. 71; ferner GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 7 zu Art. 379 ZGB; dazu bereits vorne, Rz. 54.

³⁹⁷ Vgl. etwa BASS-Studie (Fn. 36), S. 20 f.; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 7 zu Art. 379 ZGB; siehe auch AEBI-MÜLLER (Fn. 20), Rz. 138.

³⁹⁸ Diese Haltung zeigt folgende Aussage eines Akutmediziners auf: «[...] dann wird das operiert, egal wer das ist ... in welcher Lebenssituation sich jemand befindet», BASS-Studie (Fn. 36), S. 30; vgl. auch GRAF (Fn. 36), Rz. 26.

³⁹⁹ Zum Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde i.Z.m. einer Patientenverfügung vorne, Rz. 66 ff.

⁴⁰⁰ Vorne, Rz. 74.

⁴⁰¹ Art. 381 Abs. 1 ZGB; siehe auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.84.

⁴⁰² Gemäss HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.84, sind hier Ausnahmen denkbar.

⁴⁰³ Vgl. Art. 381 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB i.V.m. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ff. ZGB.

⁴⁰⁴ Art. 381 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB; siehe auch Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7038; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 214), N 25 zu Art. 378 ZGB; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 103 f.

⁴⁰⁵ Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB.

cher Entscheidungsunfähigkeit des Vertreters zum Einsatz kommen.⁴⁰⁶ Des Weiteren greift die Erwachsenenschutzbehörde ein, wenn es zwischen dem Patienten und der Vertretungsperson zu Unstimmigkeiten kommt.⁴⁰⁷ Sie errichtet in den aufgeführten Fällen eine *Vertretungsbeistandschaft oder bestimmt die vertretungsberechtigte Person*.⁴⁰⁸ Nur in Einzelfällen kann sie selbst eine Entscheidung treffen.⁴⁰⁹

[Rz 102] Wird der Lehrmeinung gefolgt, wonach Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB nicht nur für die gesetzliche, sondern auch für die gewillkürte Vertretung im Rahmen einer Patientenverfügung Anwendung findet,⁴¹⁰ so zeigt sich in dieser Sachlage «die [im Erwachsenenschutzrecht im Allgemeinen zu beobachtende] *mangelhafte Abgrenzung* zwischen Vertretungskompetenzen von Gesetzes wegen und gewillkürter Vertretung» besonders deutlich.⁴¹¹

b) Medizinische Praxis

[Rz 103] Nicht alleine die *mangelhafte Abgrenzung*⁴¹² zwischen Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde bei vorhandener und nicht vorhandener Vorsorge eines Patienten kann in der Medizin zu Missverständnissen führen. Auch Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB, der das Einschreiten der Behörde bei einer *Gefährdung der Interessen des Patienten* regelt, dürfte aufgrund *fehlender hinreichender Präzision* seiner Formulierung aus dem Blickwinkel der Praxis nur schwer nachvollziehbar sein.⁴¹³ Nimmt man nämlich Art. 379 ZGB – der die Begriffe des mutmasslichen Willens und der (objektiven) Interessen der zu vertretenden Person zum Inhalt hat⁴¹⁴ – als Ausgangspunkt, muss daraus zweifellos geschlossen werden, dass in Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB, worin ebenfalls der Begriff der Interessen verwendet wird, die gleichen (objektiven) Interessen des Patienten wie in Art. 379 ZGB gemeint sind. Demnach wäre die Erwachsenenschutzbehörde zum Einschreiten berechtigt, wenn die objektiven Interessen des Patienten nicht mehr gewahrt sind. Wenn umgekehrt der mutmassliche Wille des Betroffenen gefährdet ist, kann die Behörde gemäss Wortlaut nicht eingreifen. Einem Arzt bliebe es also verwehrt, die Erwachsenenschutzbehörde anzurufen, wenn bspw. der Ehepartner eines Mitglieds der Zeugen Jehovas nach den objektiven Interessen entscheidet und einer Bluttransfusion – welche die Sekte ablehnt – zustimmt.⁴¹⁵ Weder Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB noch Art. 373 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB gewährleisten in der gegenwärtigen Form einen adäquaten Rechtsschutz.⁴¹⁶

⁴⁰⁶ Botschaft ZGB (Fn. 3), S. 7014; ebenso EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 271), N 8 zu Art. 381 ZGB; KOKES-Praxisanleitung (Fn. 9), Rz. 3.18.

⁴⁰⁷ SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 6 zu Art. 381 ZGB; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 219.

⁴⁰⁸ Art. 381 Abs. 1 und 2 ZGB; vgl. aber Art. 392 ZGB; insb. zur Vertretungsbeistandschaft Art. 394 ZGB.

⁴⁰⁹ Art. 392 ZGB; siehe HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 21), Rz. 20.84. Gemäss AEBI-MÜLLER et al. (Fn. 133), N 119 zu § 5, ist unklar, ob eine solche Kompetenz der Erwachsenenschutzbehörde überhaupt besteht.

⁴¹⁰ WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 219; so wohl auch SCHMID, ES-Komm (Fn. 89), N 4 zu Art. 381 ZGB; vgl. dazu bereits vorne, Rz. 68; a.M. BOENTE, ZK (Fn. 58), N 19 zu Art. 381 ZGB.

⁴¹¹ WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 219 (Hervorhebung im Original).

⁴¹² Dazu vorne, Rz. 102.

⁴¹³ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 80.

⁴¹⁴ Vorne, Rz. 97.

⁴¹⁵ GETH/MONA (Fn. 67), S. 178.

⁴¹⁶ Zum Ganzen GETH (Fn. 59), S. 122 f.; GETH/MONA (Fn. 67), S. 178.

[Rz 104] Ebenso wenig wie bei Schwierigkeiten im Umgang mit der eigenen Vorsorge von Patienten⁴¹⁷ wird die Erwachsenenschutzbehörde von der Ärzteschaft in Zusammenhang mit der gesetzlichen Vertretung angerufen. Selbst in Fällen, wo ein behördliches Einschreiten explizit im Gesetz verankert ist (z.B. bei unklarer Vertretungsberechtigung, einem Konflikt zwischen mehreren vertretungsberechtigten Personen etc.⁴¹⁸), wird die erwähnte Behörde der BASS-Studie zu folge *nicht involviert*.⁴¹⁹

[Rz 105] Als Gründe für das fehlende Hinzuziehen der Erwachsenenschutzbehörde können primär die wenig kohärente gesetzliche Regelung⁴²⁰ und, wie bereits angeführt,⁴²¹ ein unangemessen langes Warten auf eine Hilfestellung der Behörde hervorgehoben werden.⁴²²

VI. Lösungsansätze

1. Grundsätzliche Überlegungen

[Rz 106] Das Recht auf Selbstbestimmung ist – insbesondere als Teil des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes sowie als Leitgedanke des Erwachsenenschutzes – zweifelsohne im Gesetz enthalten. Allerdings bestehen mit Blick auf Lebensentscheidungen bei Urteilsunfähigkeit des Patienten hinsichtlich der praktischen Umsetzung noch viele Hindernisse. In den *praktischen Problemen* widerspiegeln sich wiederum *rechtliche Mängel*.

[Rz 107] Die praktischen Unsicherheiten, Irritationen und Widerstände im Umgang mit Entscheidungen pro oder contra vitam sind durch eine mittelfristige *Anpassung der gesetzlichen Ausgangslage* oder durch eine entsprechende *gerichtliche Auslegung* zu überwinden. Anstelle eines Festhaltens an dogmatischen (und zu vereinfachenden) Konzepten hat eine Annäherung an die Bedürfnisse der Patienten und die gelebte medizinische Praxis zu erfolgen.

[Rz 108] Die von der Rechtsordnung definierte Ausgangslage kann allerdings nur dann ihren Zweck erfüllen, wenn die rechtlichen Bestimmungen in der medizinischen Praxis *Anwendung* finden. Es sind folglich umfassende Anstrengungen notwendig, medizinische Praxisakteure *über das bestehende Regelungswerk aufzuklären*. Entscheidungssituationen am Lebensende können aber nur bedingt durch einen rechtlichen Rahmen abgesteckt werden – und auch noch so gut ausgearbeitete Gesetze sind nicht in der Lage, die Herausforderungen, die sich beim Sterben eines Menschen stellen, aufzuheben. Deshalb sind jedenfalls diejenigen *medizinischen Bedingungen* zu schaffen, die dem Bedürfnis des Patienten entgegenkommen, in einem vertrauten Umfeld – von einem interdisziplinären Team und Angehörigen umsorgt – sterben zu können.

[Rz 109] Aus der vorgenommenen Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis lassen sich im Einzelnen nachfolgende, hier nur in den wesentlichen Punkten vorgestellte Lösungsansätze⁴²³ ableiten.

⁴¹⁷ Dazu vorne, Rz. 69 f.

⁴¹⁸ Dazu vorne, Rz. 74.

⁴¹⁹ BASS-Studie (Fn. 36), S. 14 f., 17, 43, 61, 80.

⁴²⁰ Vgl. BASS-Studie (Fn. 36), S. 80.

⁴²¹ Vorne, Rz. 70.

⁴²² BASS-Studie (Fn. 36), S. 61; WIDMER BLUM (Fn. 24), S. 219.

⁴²³ Weiterführend HAUSSENER STEFANIE, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis, Diss. Luzern 2016, Zürich/Basel/Genf 2017.

2. Zum mittels Patientenverfügung antizipierten Behandlungsentscheid

[Rz 110] Patientenverfügungen sind im entscheidenden Moment häufig nicht verfügbar. Um den Zugriff auf entsprechende Dokumente zu vereinfachen, sind klare *Regeln zum institutionellen Umgang mit Patientenverfügungen* sowie eine *adäquate Dokumentationspraxis* und ein *gelingendes Informationsmanagement* (Erfragung, Ablage, Weitergabe von Patientenverfügungen) notwendig. Die Entwicklungen im Kontext des *elektronischen Patientendossiers* könnten in Zukunft einen Zugriff auf relevante Dokumente erleichtern.⁴²⁴ Weil sich Patientenverfügungen für Notfallsituationen nicht eignen, sind auf dem weiteren Weg zudem *Notfallverfügungen* zu implementieren. Bewährt haben sich in den USA sog. «POLSTs» («Physician's Orders for Life-Sustaining Treatment»). Es handelt sich dabei um Verfügungen, die aufgrund ihres Inhalts und ihrer Knappheit den besonderen Anforderungen der Notfallmedizin Rechnung tragen.⁴²⁵

[Rz 111] Ist eine Patientenverfügung, die ein verbindliches Rechtsinstitut darstellt, verfügbar, ist diese in der Praxis oftmals weder aktuell noch konklusiv. Dies erschwert oder verunmöglicht die medizinische Umsetzung. Damit die Rechts- und Handlungssicherheit für Ärzte und Patienten gleichermaßen garantiert ist, erweisen sich gesetzliche Restriktionen zur Wirkkraft von Patientenverfügungen als gerechtfertigt. Form und Inhalt einer Patientenverfügung müssen bestimmten Voraussetzungen genügen. So dürften vor allem das Erfordernis der *Eigenhändigkeit*, die *Validitätsbedingung* der *Bestimmbarkeit* sowie eine ärztliche *Aufklärungspflicht* die Authentizität und Ernsthaftigkeit des Gewollten sowie die relative Eindeutigkeit antizipierter Erklärungen sichern. In diesem Zusammenhang ist das sog. «Advance Care Planning» (ACP) zu erwähnen. Eine solche *umfassende Versorgungsplanung* zeichnet sich dadurch aus, dass der Patient innerhalb eines interdisziplinären Netzwerks aus Medizinern, Pflegefachpersonen, Sozialarbeitern, Juristen, Angehörigen usw. die eigene gesundheitliche Vorsorge plant.⁴²⁶ Die Planung erfolgt allerdings nicht – wie dies für Patientenverfügungen häufig zutrifft – lange im Voraus und ohne konkreten Krankheitsbezug, sondern meist erst, wenn Erfahrungen mit einer spezifischen Krankheit bestehen. Da die Mehrheit aller Patienten nach einem längeren Krankheitsverlauf in Folge einer chronischen Erkrankung stirbt,⁴²⁷ scheint sich dieses Konzept umso mehr anzubieten.⁴²⁸ Einerseits wird das Antizipationsvermögen des Patienten nicht übermäßig ausgereizt. Andererseits ist die Aktualität des Patientenwillens gewährleistet, weil eine Entscheidung stets dem (absehbaren) Krankheitsverlauf und den (sich allenfalls entwickelnden) Wünschen des betreffenden Patienten angepasst werden kann.⁴²⁹ Wird das Fehlen einer Aufklärungspflicht in Zusammenhang mit Patientenverfügungen bedauert, so mag man nicht zuletzt aus diesem Grund für das Konzept des Advance Care Planning eintreten, wo die Aufklärung eine zentrale Rolle spielt. Das koordinierte Programm vereint gewöhnlich eine qualifizierte (nicht-ärztliche) Beratung, ein Arztgespräch, die

⁴²⁴ Siehe dazu Botschaft vom 29. Mai 2013 zum Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG), BBl 2013 5321 ff., S. 5329, 5383.

⁴²⁵ Dazu IN DER SCHMITTEN JÜRGEN/RIXEN STEPHAN/MARCKMANN GEORG, Patientenverfügungen im Rettungsdienst (Teil 1), Geklärte und offene Fragen nach Verabschiedung des Patientenverfügungsgesetzes, in: Notfall Rettungsmed 2011, S. 448 ff., S. 457 f.; vgl. IN DER SCHMITTEN et al. (Fn. 146), S. 105 ff.; Jox (Fn. 63), S. 144.

⁴²⁶ M.W.H. ALBERS (Fn. 5), S. 38; EICKHOFF (Fn. 62), S. 154 ff.; Jox (Fn. 63), S. 140 f.; JOX/HESSLER/BORASIO (Fn. 113), S. 730; ausführlich dazu SAHM (Fn. 96), S. 187 ff.

⁴²⁷ Vorne, Rz. 1.

⁴²⁸ GL.M. IN DER SCHMITTEN et al. (Fn. 146), S. 114; SAHM STEPHAN, Patientenverfügung oder advanced care planning?, in: Höfling Wolfram (Hrsg.), Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis – eine erste kritische Zwischenbilanz, Baden-Baden 2011, S. 123 ff., S. 192.

⁴²⁹ Weiterführend SAHM (Fn. 428), S. 135.

begleitete Errichtung und Archivierung einer konkret gefassten Patientenverfügung – in der immer auch eine Vertretungsperson angegeben wird –, Notfallpläne sowie eine transparente Kommunikation und eine aktive Zusammenarbeit über eine längere Zeit zwischen verschiedenen beteiligten Personen (Behandlungsteam, Experten, Angehörige) und Institutionen (Hausarztpraxen, Spitäler, Notfalldienste, Heime, Hospize).⁴³⁰ Dadurch wird das Vertrauen in das Vorsorgeinstrument gestärkt und die Wirksamkeit von Willensantizipationen erhöht. Schliesslich werden alle an der Entscheidung Beteiligten entlastet.

[Rz 112] Das Berufsethos sowie die Furcht vor rechtlichen Konsequenzen hindern Mediziner daran, passive und indirekte aktive Sterbehilfe zu leisten. In der Aus- und Weiterbildung von medizinischem Personal kann eine *Sensibilisierung hinsichtlich Lebensendthemen* und, wie bereits erwähnt,⁴³¹ eine *Aufklärung über die rechtliche Regelung* stattfinden. Überlegungen hinsichtlich einer *gesetzlichen* oder zumindest *terminologischen Klärung der Sterbehilfe* sind weiterzuverfolgen. Reale Selbstbestimmung auf der letzten Wegstrecke des Lebens erfordert zudem eine *Palliativversorgung*, die zur Regelversorgung gehört. Nicht zu vernachlässigen sind nebst der stationären Palliativmedizin und -betreuung die ambulante und die mobile Palliative Care, sodass ein Sterben zu Hause häufiger ermöglicht werden kann.

[Rz 113] Die Patientenverfügung stellt viel eher eine Botschaft als eine exakte Gebrauchsanweisung dar. Deshalb sind prospektiv geäusserte medizinische Massnahmen aus rechtlicher Perspektive nach dem *Willensprinzip* auszulegen. *Texthermeneutische Fähigkeiten* sind dabei zentral und deshalb vermehrt in die medizinische Aus- und Weiterbildung zu integrieren. In Bezug auf das Urteil über die Wirksamkeit der Handlungsdirektiven und die vorzunehmenden medizinischen Interventionen darf dem Arzt zudem nicht die alleinige Entscheidungshoheit zukommen. Es benötigt weitere Sicherheitsmechanismen. So muss dem verfügenden, urteilsunfähig gewordenen Patienten ein *Partizipationsrecht* zustehen. Auch sind ein *Mitspracherecht nahestehender Personen* sowie eine *stärkere Funktion der Erwachsenenschutzbehörde* als Kontrollinstanz erforderlich.

[Rz 114] Die aktuelle Rechtslage mutet dem Behandlungsteam zu, Patientenverfügungen auf ihre Verbindlichkeit zu überprüfen – mit Hilfe der Kriterien, die in Botschaft und Literatur für die gesetzlichen Schranken herausgearbeitet wurden. Der praktische Umgang mit diesen Ausnahmefällen ist von einem hohen Mass an Rechtsunsicherheit geprägt. Vereinzelt dienen die Verbindlichkeitsschranken in der Medizin gar dazu, (neo)paternalistische Positionen zu verschleiern. Auf den raschen medizinischen Fortschritt und die dynamische Entwicklung persönlicher Lebenseinstellungen von Patienten könnte alternativ durch eine in vorgegebenen Abständen zu erfolgende *Aktualisierung* der Patientenverfügung reagiert werden.⁴³² Sodann ist dem Problem der antizipierten Selbstbindung auf unbestimmte Zeit mit einer *Verringerung der Hürden für einen Widerruf* entgegenzutreten. Sowohl ein mündlicher als auch ein konkludenter Widerruf des noch urteilsfähigen Patienten sind zu ermöglichen. Ist der Patient urteilsunfähig und liegt ein rechtlich grundsätzlich unbeachtlicher natürlicher Wille vor, der sich gegen die Patientenverfügung richtet, ist es vernünftig, sich darüber zu beraten, in welchem Verhältnis das Veto zu den präjudizierten

⁴³⁰ Zum Ganzen IN DER SCHMITTEN et al. (Fn. 146), S. 103 ff.; Jox (Fn. 63), S. 141 f.; NÄF-HOFMANN/NÄF (Fn. 5), S. 70; vgl. BOBBERT (Fn. 40), Rz. 50; siehe dazu auch BASS-Studie (Fn. 36), S. 59; weiterführend KRONES TANJA et al., Advance Care Planning im Krankenhaussektor – Erfahrungen aus dem Zürcher «MAPS» Trial, in: Coors Michael/Jox Ralf J./in der Schmitten Jürgen (Hrsg.), Advance Care Planning, Von der Patientenverfügung zur gesundheitlichen Vorausplanung, Stuttgart 2015, S. 270 ff., 270 ff.

⁴³¹ Vorne, Rz. 108.

⁴³² Vgl. dazu vorne, Rz. 111.

Anordnungen steht. Die Klärung soll in einem interdisziplinären Team erfolgen.⁴³³ Daraus ist in der Folge eine *Einzelfallentscheidung* abzuleiten, die es durch die Erwachsenenschutzbehörde zu bestätigen gilt.

3. Zum mittels gesetzlicher Vertretungskaskade stellvertretend getroffenen Behandlungsentscheid

[Rz 115] Hat der urteilsunfähige Patient keine eigene Vorsorge getroffen, kommt die Vertretungskaskade zur Anwendung. Die mit der gesetzlichen Vertretungsregelung angestrebte Förderung der Familiensolidarität soll beibehalten werden. Um eine Anwendung des theoretischen Konstrukt in der Praxis zu erleichtern, ist die *gesetzliche Regelung* jedoch zu präzisieren und in der *Aus- und Weiterbildung* verstärkt zu thematisieren. Zudem stellen ausreichende *zeitliche Ressourcen* in den Institutionen generell und insbesondere in Zusammenhang mit der Vertretungsregelung eine zentrale Grundlage «guter» Lebensentscheidungen dar.

[Rz 116] Der ärztliche *Behandlungsplan* hat zwingend *Teil des schriftlichen Patientendossiers* darzustellen. Ärzte stehen in der Pflicht, Vertretungspersonen *umfassend aufzuklären*. Die Aufklärung setzt *Kenntnisse* hinsichtlich *kurativer und palliativer Massnahmen* sowie *Kommunikationskompetenzen* voraus, die zu erweitern sind. Der Arzt soll den Angehörigen – über die Aufklärung hinausgehend – auf deren Wunsch *beratend* zur Seite stehen. Das de lege lata bestehende Modell des Substituted Decision Making, das nach erfolgter ärztlicher Aufklärung eine alleinige Entscheidfindung durch die Vertretungsperson vorsieht und diese damit teilweise überfordert, ist durch das Modell des *Shared Decision Making* zu substituieren. Diesem zufolge werden Entscheidungen im Konsens zwischen Vertreter und Mediziner herbeigeführt.⁴³⁴ Einrichtungen des Gesundheitswesens sind aufgefordert, *Ethikkomitees* zu etablieren, welche insbesondere *Leitlinien* – die verständlich verfasst sind und die aktuelle Rechtslage sowie die Richtlinien der SAMW abbilden – erarbeiten und *Beratungen* für Medizinalpersonen, Patienten und Angehörige anbieten.⁴³⁵

[Rz 117] In Zusammenhang mit der Vertretungsregelung drehen sich die Kontroversen weiter um die Art und Weise der Entscheidfindung. Der grosse Ermessensspielraum bei Dringlichkeitslagen, in denen der Arzt zur Entscheidung ermächtigt ist, entzieht der gesetzlich vorgesehenen Vertretungskaskade den Boden. Das Gesagte ist dahingehend problematisch, als das Gesetz offen lässt, ob eine stellvertretend (z.B. vom Arzt) zu treffende Lebensentscheidung am mutmasslichen Willen oder an den objektiven Interessen des Patienten auszurichten ist. Ein stellvertretend vorgenommener Entscheid bestimmt sich nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich nach dem *mutmasslichen Patientenwillen*. Lassen sich keine Anhaltspunkte dafür finden, was der Patient wollen würde, wenn er in diesem Zeitpunkt noch selber entscheiden könnte, sind die objektiven Interessen des Patienten massgebend. Trotz der Vorrangstellung des mutmasslichen Willens bietet ein Zurückgreifen auf dieses normative Konstrukt keine zufriedenstellende Lösung. Insofern muss über *alternative Konzeptionen* nachgedacht werden.

⁴³³ Vgl. dazu vorne, Rz. 79.

⁴³⁴ Vgl. dazu vorne, Rz. 89.

⁴³⁵ Vgl. dazu vorne, Rz. 79.

[Rz 118] Sodann muss sich der Gesetzgeber auf dem weiteren Weg vermehrt mit der (rechtlchen) Bedeutung des *natürlichen Willens* auseinandersetzen. Nur so vermag das Recht auf die realen Probleme der Praxis zu reagieren. In engem Zusammenhang mit dem natürlichen Willen steht das *Partizipationsrecht*, dessen Reichweite unklar ist. Aus dieser Unbestimmtheit ergibt sich eine zweifelhafte Praktikabilität der Regelung. Jedenfalls sind urteilsunfähige Personen (auch Demenzkranke) angemessen in den Entscheidungsprozess einzubinden. Zudem ist das Erwachsenenschutzrecht durch Massnahmen zu ergänzen, die dafür sorgen, dass Personen mit man gelnden intellektuell-kognitiven Fähigkeiten oder Sinnesbeeinträchtigungen zu einer autonomen Entscheidung befähigt werden. So könnten urteilsunfähige Personen (möglicherweise durch von ihnen selbst ausgesuchte Vertreter) bei ihrer Entscheidung *unterstützt statt vertreten* werden. Man spricht bei dieser Entscheidungsform, die auch vom UNO-Behindertenrechtsausschuss empfohlen wird, von einem sog. «Supported Decision Making».⁴³⁶ Dieses würde das System des Substitut-

ed Decision Making – ein Konzept, das die Patientenautonomie letztendlich schwächt – ablösen. Nur in Fällen, wo der Patient tatsächlich keine richtungsweisende Entscheidung mehr zu treffen vermöchte, dürfte die Entscheidung durch einen gesetzlichen Vertreter erfolgen.⁴³⁷

[Rz 119] Im Übrigen ergeben sich Forderungen in Zusammenhang mit der *Erwachsenenschutzbehörde*. Ihr *Kompetenzbereich* ist im Gesetz zu präzisieren und zu erweitern. Schliesslich muss ihr Einschreiten mit einer *Effizienzsteigerung* einhergehen, um dem Behandlungsteam künftig in angemessener Frist brauchbare Hilfestellungen anbieten zu können.

VII. Fazit

[Rz 120] Wie die Ausführungen gesamthaft zeigen, bestehen zwar entsprechende Rechtsnormen, die zumindest theoretisch zur Förderung der Selbstbestimmung am Lebensende urteilsunfähiger Personen beitragen. Doch fehlen in der Grundversorgung sowie im Akutbereich entweder wichtige Grundkenntnisse zur aktuellen Gesetzeslage, oder es bestehen Irrtümer oder apriorische Vorbehalte gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht bzw. hinsichtlich einzelner gesetzlicher Bestimmungen. Ausserdem lassen sich strukturelle institutionelle Mängel erkennen. Die Gegenüberstellung von Recht und Praxis lässt aber genauso an der Tragfähigkeit und Praktikabilität der privatrechtlichen Regelung zweifeln. Die geltende Rechtslage vernachlässigt bisweilen elementare Bedürfnisse der medizinischen Praxis. Dies hat für das Gesundheitsfachpersonal die Konsequenz, dass sich gewisse medizinische Handlungen auf «wackeligem Boden» abspielen. Anzunehmen ist, dass dadurch die Patientenautonomie in Mitleidenschaft gezogen wird.

⁴³⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 3 UNO-BRK; siehe dazu etwa Concluding observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (zum Staatenbericht Österreichs), UN Dok. CRPD/C/AUT/CO/1 vom 30. September 2013, Ziff. 27 f.; Concluding observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (zum Staatenbericht Spaniens), UN Dok. CRPD/C/ESP/CO/1 vom 19. Oktober 2011, Ziff. 34; Botschaft vom 19. Dezember 2012 zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BBI 2013 661 ff., S. 690; LIPP VOLKER, Erwachsenenschutz, gesetzliche Vertretung und Artikel 12 UN-BRK, in: Aichele Valentin (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, Baden-Baden 2013, S. 329 ff., S. 332.

⁴³⁷ Weiterführend BACH MICHAEL/KERZNER LANA, A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity, Advancing Substantive Equality for Persons with Disabilities through Law, Policy and Practice, Ontario 2010, S. 1.

[Rz 121] Die angeführten Denkanstösse haben zum Ziel, die Diskussion hinsichtlich *Entscheidungen am Lebensende* zu bereichern. Recht und Praxis sollen näher zusammengeführt werden, damit ein konsistenteres Gesamtkonzept erreicht werden kann. Insbesondere sind die gewonnenen Erkenntnisse im Sinne des sterbenden Patienten, dessen Anliegen und Wohl im Mittelpunkt des jeweiligen Handelns stehen müssen, einzusetzen. Doch auch die hier herausgearbeiteten Ansätze vermögen die bestehenden Probleme nicht vollständig zu beheben. Das Medizinrecht basiert auf einem komplexen Regelwerk, dessen Anwendung in Zusammenhang mit Lebensentscheidungen besonders anspruchsvoll erscheint. Die Übergänge zwischen *Selbst- und Fremdbestimmung, Patientenwillen und -wohl* sind fliessend; so haften bspw. jeglicher Unterstützung des urteilsunfähigen Patienten bei seiner (zumindest indirekt) selbstbestimmten Entscheidfindung Bestandteile der Willensbildung Dritter an.⁴³⁸ Selbstbestimmung und Fürsorge bedingen sich gegenseitig. Juristen und Ärzte sowie weitere Beteiligte sind aufgefordert, die privatrechtliche Regelung und die medizinische Praxis in diesem äusserst sensiblen Grenzbereich zwischen Leben und Tod in einem intensiven Dialog weiterzuentwickeln. Gewiss gibt es heiterere und leichtere Themen, doch sollten wir diese Herausforderung annehmen. «Das schulden wir den Sterbenden – und uns selbst».⁴³⁹

Der vorliegende Beitrag beruht auf teilweise leicht modifizierten Auszügen aus der Dissertation der Autorin: HAUSSENER STEFANIE, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis, Diss. Luzern 2016, Zürich/Basel/Genf und Baden-Baden 2017 [Version vom 3. Februar 2017]
(<https://www.schulthess.com/buchshop/detail/ISBN-9783725576661/Haussener-Stefanie/Selbstbestimmung-am-Lebensende-Realitaet-oder-Illusion>).

Dr. iur STEFANIE HAUSSENER, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller, Universität Luzern, setzt sich in ihrer Arbeit, die im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms «Lebensende» (NFP 67) durch den Schweizerischen Nationalfonds unterstützt wurde, kritisch mit dem Konzept der Urteils(un)fähigkeit sowie mit Entscheidungen urteilsfähiger und urteilsunfähiger Patienten am Lebensende auseinander. Die Dissertation befasst sich u.a. mit folgenden Fragen: Wann ist ein Patient urteils(un)fähig? Kann bzw. muss eine urteilsfähige Person immer selbstbestimmt über das Lebensende entscheiden? Welche Funktion nimmt dabei der Arzt ein? Sind Patientenverfügungen zur Wahrung der Selbstbestimmung am Lebensende ein taugliches Instrument? Darf sich das medizinische Personal unter bestimmten Umständen über einen Patientenwunsch hinwegsetzen? Wer bestimmt wie über Leben und Tod eines urteilsunfähigen Menschen, wenn die eigene Vorsorge fehlt? Welche Formen der Patientenautonomie lassen sich im Spitalalltag überhaupt realisieren? Im Fokus der Betrachtung stehen zudem die ebenso aktuellen wie brisanten Themen Demenz, Sterbehilfe und Palliative Care.

Nach einer Gegenüberstellung von Rechtslage und Realität im Kontext von Entscheidungsprozessen in der letzten Lebensphase werden Anregungen für die Weiterentwicklung von rechtli-

⁴³⁸ Vgl. SCHMAHL STEFANIE, Grund- und menschenrechtliche Anforderungen an den Erwachsenenschutz, in: Coester-Waltjen Dagmar et al. (Hrsg.), Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes, 11. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2012, Göttingen 2013, S. 11 ff., S. 39.

⁴³⁹ Jox (Fn. 63), S. 260, vgl. auch dessen S. 261 f.

cher Regelung und medizinischer Praxis präsentiert. Das Buch richtet sich an Juristen und Ärzte, Gesetzgeber und Spitäler sowie weitere involvierte Personen und Institutionen.