

Rechtsfragen der Palliative Care

Prof. Dr. Regina E. Aeby-Müller, Universität Luzern

Luca Oberholzer, BLaw, Universität Luzern



1. Auflage Oktober 2019

Inhaltsverzeichnis

1. Vorwort.....	4
2. Einleitung.....	5
3. Rechtsgrundlagen	5
4. Arzt-Patienten-Verhältnis und Selbstbestimmungsrecht	6
4.1. Patientenselbstbestimmung als rechtlicher Ausgangspunkt	6
4.2. Dogmatische Verankerung der Selbstbestimmung: Einwilligung.....	7
4.2.1. Ausgangslage.....	7
4.2.2. Willensmängel als Hinderungsgrund für die gültige Einwilligung.....	9
4.3. Die Aufklärung im Besonderen	10
4.3.1. Teilaspekte der Aufklärung	10
4.3.1. Kommunikative und kulturelle Barrieren	12
4.3.2. «Therapeutisches Privileg» als Schranke der Aufklärung?.....	13
4.4. Die Urteilsfähigkeit im Besonderen.....	14
4.4.1. Übersicht.....	14
4.4.2. Urteilsfähigkeit als notwendige und hinreichende Voraussetzung der Einwilligung.....	14
4.4.3. Teilaspekte der Urteilsfähigkeit	16
4.4.4. Willensbildungsfähigkeit	17
4.4.5. Willensumsetzungsfähigkeit.....	18
4.4.6. Objektive Ursachen der Urteilsunfähigkeit.....	20
4.4.7. Relativität der Urteilsfähigkeit.....	20
4.4.8. Klärung der Urteilsfähigkeit.....	22
4.4.9. Zum Umgang mit Patienten mit zweifelhafter Urteilsfähigkeit	22
5. Der urteilsunfähige Patient – die urteilsunfähige Patientin.....	24
5.1. Überblick über die Konsequenzen der Urteilsunfähigkeit.....	24
5.2. Vertreterentscheid an Stelle des Patientenentscheids	24
5.2.1. Die vertretungsberechtigten Personen	24
5.2.2. Problemfälle und Abweichen von der Vertretungskaskade.....	26
5.3. Behandlungsplan und Beachtung des mutmasslichen Willens des Urteilsunfähigen.....	27
5.4. Dringliche Behandlungsentscheide	29
6. Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag.....	29
6.1. Patientenverfügung.....	29
6.1.1. Inhalt und Form	29
6.1.2. Verbindlichkeit und Abweichen von der Verfügung.....	30
6.1.3. Auslegung der Verfügung.....	32
6.1.4. Abgrenzung: Advance Care Planning und Vertreterverfügung.....	33
6.2. Vorsorgeauftrag.....	34
7. Pflichten und Pflichtverletzungen in der Palliative Care.....	35
7.1. Ausgangslage	35

7.2. Haftung des Arztes bzw. des Spitals	36
8. Umgang mit Patienteninformationen und Vertraulichkeit.....	37
8.1. Grundsätzliches	37
8.2. Vertraulichkeit im interprofessionellen Team und Supervision	38
8.3. Information von Angehörigen und Vertretungspersonen	38
8.4. Vertraulichkeit nach dem Tod des Patienten	40
9. Hilfe beim Sterben oder Sterbehilfe?	40
9.1. Übersicht.....	40
9.1.1. Direkte und indirekte aktive Sterbehilfe	41
9.1.2. Passive Sterbehilfe.....	42
9.1.3. Suizidhilfe	43
9.2. Sterbefasten	44
10. Sonderfälle in der Palliative Care	45
10.1. Kinder und Jugendliche	45
10.1.1. Ausgangslage: Einwilligungsfähigkeit urteilsfähiger Jugendlicher	45
10.1.2. Urteilsunfähige Kinder und Jugendliche	46
10.1.3. Kinderschutz	47
10.2. Demente Patienten	47
10.3. Patienten mit psychischen Störungen.....	50
10.3.1. Übersicht.....	50
10.3.2. Behandlung der psychischen Störung im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung.....	50
10.3.3. Behandlung einer somatischen Erkrankung des psychisch kranken Patienten.....	51
10.3.4. Psychisch kranke Patienten in der Palliative Care	52
11. Wichtige Gesetzesbestimmungen im Kontext der Palliative Care	53
11.1. Zivilgesetzbuch (ZGB)	53
11.1.1. Auszug aus den Bestimmungen zur Handlungsfähigkeit:	53
11.1.2. Auszug aus den Bestimmungen zum Erwachsenenschutzrecht:	53
11.1.3. Auszug aus den Bestimmungen zur Meldung:.....	55
11.2. Strafgesetzbuch (StGB).....	56
11.2.1. Suizid, Tötung auf Verlangen	56
11.2.2. Berufsgeheimnis	56
12. Literaturverzeichnis	57

1. Vorwort

- ¹ Palliative Care betrifft viele Berufsgruppen – die Juristen allerdings gehören typischerweise nicht zum interprofessionellen Netzwerk. Warum also das vorliegende Skript? Das Handeln der verschiedenen Akteure – Patienten, Ärzte, Pflegende, Seelsorger, Angehörige, Freunde usw. – bewegt sich nicht im rechtsfreien Raum. Oftmals sind die Betroffenen vor heikle Rechtsfragen gestellt: Kann der Patient noch selbständig über eine Behandlung oder einen Behandlungsabbruch entscheiden? Wer entscheidet gegebenenfalls an seiner Stelle? Wie sind Massnahmen zur Lebensbeendigung rechtlich einzuordnen? Wem darf Auskunft über den Gesundheitszustand gegeben werden? Das sind nur wenige Beispiele möglicher Fragestellungen, mit denen die Co-Autorin anlässlich vieler Vorträge zum Thema konfrontiert wurde.
- ² Das vorliegende Skript richtet sich insbesondere an Gesundheitsfachpersonen, die palliative Patienten begleiten. Ziel ist eine Sensibilisierung für rechtliche Problemstellung und eine Klärung von im Berufsalltag relevanten Rechtsfragen. Um die Verständlichkeit und Übersichtlichkeit zu gewährleisten, wurde auf die rechtswissenschaftliche Präzision weitgehend verzichtet. Im Anhang findet sich zur Vertiefung weiterführende juristische Fachliteratur, auf die sich der Fussnotenapparat bezieht. Auch haben die Autorin und der Autor teils auf frühere Publikationen der Autorin zurückgegriffen und diese unverändert wiederverwendet. Der vorliegende Text ist damit aus rechtswissenschaftlicher Perspektive nicht vollständig originell. Im Interesse der Lesbarkeit wurde darauf verzichtet, das generische Maskulinum durch eine geschlechtergerechte Sprache zu ersetzen. Selbstverständlich adressiert das Skript in gleicher Weise Ärztinnen und Ärzte, männliche und weibliche Pflegefachpersonen, Patientinnen und Patienten.
- ³ Die Autorin und der Autor konnten bei der Erstellung des vorliegenden Skripts auf die Unterstützung zahlreicher Personen zurückgreifen. Ein besonderer Dank gebührt unseren Testlesern, die mit Ihren wertvollen Hinweisen aus der Praxis wichtige Impulse für das vorliegende Skript gegeben haben: Dr. med. Beat Müller, FMH med. Onkologie & Innere Medizin, spez. Palliativmedizin; Frau Claudia Krummenacher, dipl. Pflegefachfrau, MAS Palliative Care, Kantonsspital Luzern; ref. Pfr. Philipp Aebi, Seelsorger und Mitglied des Care Teams, Luzerner Kantonsspital. Dank gebührt ferner Cornelia Sidler für die sorgfältige Durchsicht auf Tippfehler und das Finalisieren der Druckfassung. Die Autorin und der Autor nehmen im Hinblick auf neue Auflagen sehr gerne weitere Anregungen entgegen (regina.aebi@unilu.ch oder luca.oberholzer@unilu.ch).

Luzern, im Oktober 2019

Regina E. Aebi-Müller und Luca Oberholzer

2. Einleitung

- ⁴ Unter dem Begriff der Palliative Care versteht die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) die umfassende Behandlung und Betreuung von Menschen mit unheilbaren, lebensbedrohlichen oder chronisch fortschreitenden Krankheiten.¹ Dabei stehen die Wünsche des Patienten im Mittelpunkt und es spielen nicht nur medizinische, sondern auch soziale, seelisch-geistige und religiös-spirituelle Aspekte eine Rolle.²
- ⁵ Die Bedeutung palliativer Behandlungen in unserer Gesellschaft darf nicht unterschätzt werden. Während die Palliative Care in ihrer Entstehung vor allem von AIDS- oder krebserkrankten Patienten in Anspruch genommen wurde, setzte sich mehr und mehr die Erkenntnis durch, dass auch andere unheilbar erkrankte Menschen der palliativen Betreuung bedürfen.³ Neben dieser Tatsache begründet die demografische Alterung der Bevölkerung eine zu erwartende Zunahme der Nachfrage nach Palliative Care.⁴ Da sich palliative Behandlungen in der Regel an unheilbar erkrankte und oft auch hoch betagte Patienten, d.h. eine besonders vulnerable Bevölkerungsgruppe richten, besteht eine erhöhte Schutzbedürftigkeit. Entsprechend ist es von Bedeutung, dass die behandelnden Personen um die Rechte der Patienten Bescheid wissen und diese respektieren.
- ⁶ Wenngleich das Rechtsverhältnis zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Patienten entweder öffentlich-rechtlicher oder privat-rechtlicher Natur sein kann und damit unterschiedliche Grundlagen unterliegt, beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen grundsätzlich auf beide Sachlagen. Ebenso bleiben diese Regeln in ambulanten Behandlungen sowie in der ambulanten Palliative Care im Wesentlichen dieselben.
- ⁷ Nicht Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist insbesondere die Frage der Finanzierung der Palliative Care. Ebenso ausgeklammert wird der Bereich der Medikation, d.h. insbesondere die Frage der Zulässigkeit des Off-Label Use von Medikamenten.

3. Rechtsgrundlagen

- ⁸ Die Rechtsnormen, die gemeinhin als «Medizinrecht» bezeichnet werden, stellen keine einheitliche Materie dar. Vielmehr gelangen auf das Arzt-Patienten-Verhältnis zahlreiche Normen des öffentlichen und privaten Rechts als auch des Strafrechts zur Anwendung.⁵ Die Situation wird weiter dadurch verkompliziert, dass nicht nur Erlasse des Bundes massgeblich sind, sondern daneben auch kantonale Bestimmungen. Beispielsweise haben alle Kantone Gesundheits- und Patientengesetze, die die bundesrechtlichen Regelungen ergänzen.⁶ Für die Palliativmedizin wichtige kantonale Normen finden sich aber u.U. auch in Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch (z.B. Melderechte und -pflichten im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht). Im Rahmen des vorliegenden

Die Rechtsgrundlagen der Palliative Care finden sich im Verfassungs-, Bundes- und kantonalen Recht.

¹ SAMW, Palliative Care, S. 6.

² SAMW, Palliative Care, S. 6.

³ Bericht, S. 27.

⁴ Bericht, S. 27.

⁵ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 1 Rz. 15.

⁶ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 1 Rz. 22.

Skripts, das nicht Juristen, sondern Gesundheitsfachpersonen adressiert, kann auf diese Besonderheiten nur ganz punktuell hingewiesen werden. Im Übrigen stehen zentrale, allgemeingültige und für die Praxis der Palliativmedizin bedeutsame Rechtsgrundsätze im Vordergrund.

- ⁹ Neben dem staatlich gesetzten Recht ist für die medizinische Praxis das sogenannte Ständesrecht von erheblicher Bedeutung. Im Vordergrund stehen dabei die *Richtlinien der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW)*.⁷ Diese befassen sich mit heiklen, praxisrelevanten medizin-ethischen Fragestellungen. Im Vorliegenden Kontext von Bedeutung sind vor allem die Richtlinien über die Palliative Care⁸, über Umgang mit Sterben und Tod⁹, über intensivmedizinische Massnahmen¹⁰ sowie über die Beurteilung der Urteilsfähigkeit¹¹.

Neben dem staatlichen Recht ist auch Ständesrecht – u.a. die SAMW-Richtlinien – von erheblicher Bedeutung.

4. Arzt-Patienten-Verhältnis und Selbstbestimmungsrecht

4.1. Patientenselbstbestimmung als rechtlicher Ausgangspunkt

- ¹⁰ Das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten war klassischerweise von der ärztlichen Fürsorge geprägt und wies nicht selten deutlich paternalistische Züge auf. Insofern erfolgte in den vergangenen Jahrzehnten ein erheblicher Wandel.¹² Der Patient wird mittlerweile als (Vertrags)Partner des Arztes gesehen, der idealerweise mit diesem auf Augenhöhe sein und selbstbestimmt über seine Behandlung entscheiden sollte.¹³ Dem Schutz dieser autonomen Entscheidung dient das Prinzip des *«informed consent»* – der informierten Einwilligung.¹⁴ Dieses besagt, dass der Patient in jegliche Behandlung einwilligen muss, nachdem er durch den Arzt hinreichend aufgeklärt wurde (zum Umfang der Aufklärung s. Rz. 25 ff.). Ist der Patient nicht in der Lage, selber einzuwilligen, so muss die Einwilligung durch einen Vertreter erteilt werden (Rz. 72 ff.). Nur ausnahmsweise, nämlich in dringlichen Situationen, darf der Arzt selber für den Patienten entscheiden (Rz. 86).
- ¹¹ Das Selbstbestimmungsrecht soll den Patienten primär vor ärztlicher Fremdbestimmung und Paternalismus schützen.¹⁵ Die *oberste Norm* einer Behandlung ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers damit nicht das objektive, an medizinischem Fachwissen gemessene Wohl des Patienten, sondern der *Respekt vor seiner Autonomie*.¹⁶

Jede medizinische Behandlung bedarf der gültigen Einwilligung – entweder des Patienten oder aber von dessen Vertreter. Arzt-handeln ohne Einwilligung ist nur in Ausnahmesituationen zulässig.

⁷ < www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html >.

⁸ Medizin-ethische Richtlinien Palliative Care (2006, aktualisiert 2013).

⁹ Medizin-ethische Richtlinien Umgang mit Sterben und Tod (2018).

¹⁰ Medizin-ethische Richtlinien Intensivmedizinische Massnahmen (2013).

¹¹ Medizin-ethische Richtlinien Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis (2019).

¹² AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 2 Rz. 2; HAUSSENER, Selbstbestimmung, Rz. 39.

¹³ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 2 Rz. 2.

¹⁴ BÜCHLER/MICHEL, S. 62.

¹⁵ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 2 Rz. 6, BÜCHLER/MICHEL, S. 62.

¹⁶ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 4; AEBI-MÜLLER, FVNF, S. 27.

- ¹² Für den Patienten eröffnet sich durch die bestehende Rechtslage ein grosser Gestaltungsspielraum. Damit einher geht aber auch eine Verantwortung: Vom Patienten wird erwartet, dass er nun, umfassend aufgeklärt, allein über die für ihn richtige Behandlung entscheiden soll.¹⁷ Dies dürfte für viele Patienten aus kulturellen, sozialen oder intellektuellen Gründen gar nicht möglich sein. Palliativpatienten gehören überdies zu einer besonders vulnerablen Patientenpopulation: Sie sind physisch und psychisch geschwächt, leiden unter verschiedenen, schweren Symptomen und viele von ihnen sind durch eine fatale Diagnose verängstigt oder verunsichert. Zu denken ist auch an die gerade im Palliativkontext nicht seltenen Fälle, in denen vom Patienten gar keine vollständig autonome Entscheidung gewünscht ist, sondern das Vertrauen zum Arzt und in dessen Fähigkeiten im Vordergrund steht.¹⁸ Im Arzt-Patienten-Verhältnis, insbesondere in der Palliativmedizin und bei Entscheidungen am Lebensende, darf der Aspekt der Fürsorge niemals durch den Verweis auf die Patientenautonomie ausgeblendet werden. Vielmehr ist der Patient als Mensch mit seinen Wünschen, Bedürfnissen, Nöten und Leiden ganzheitlich wahrzunehmen.
- ¹³ Die Selbstbestimmung des Patienten wird begrenzt durch konkrete Verbote in der geschriebenen Rechtsordnung,¹⁹ beispielsweise das Verbot der aktiven Sterbehilfe (dazu Rz. 130 f.). Der Arzt darf überdies, von wenigen Ausnahmen abgesehen,²⁰ nur Behandlungen durchführen, die nicht kontraindiziert sind.²¹ Oftmals besteht hier allerdings ein Graubereich, d.h. es lässt sich nicht immer klar beurteilen, ob eine Behandlung bloss objektiv kleine Chancen birgt oder ob eine Indikation vollständig fehlt. Gewisse kantonale Erlasse erlauben dem Arzt in dieser Sachlage zu Recht, eine Behandlung, die er aus medizinethischer oder fachlicher Sicht nicht vertreten kann, abzulehnen.²² Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Verankerung besteht für den einzelnen Arzt grundsätzlich keine Pflicht, eine bestimmte, medizinisch nicht indizierte Behandlung anzubieten.

Der Aspekt der ganzheitlichen Fürsorge für den Patienten darf nicht unter Verweis auf die (vermeintliche) Patientenautonomie vollständig ausgeblendet werden.

Der Arzt ist nicht verpflichtet, eine medizinisch nicht indizierte Behandlung anzubieten oder durchzuführen.

4.2. Dogmatische Verankerung der Selbstbestimmung: Einwilligung

4.2.1. Ausgangslage

- ¹⁴ Aus rechtsdogmatischer Sicht ist jede medizinische Behandlung ein Eingriff in die physische Integrität des Patienten und damit eine Verletzung seiner Persönlichkeit.²³ Dies gilt auch dann, wenn der Eingriff medizinisch klar indiziert ist, lege artis erfolgt²⁴ und erfolgreich ist.²⁵ Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten schützt nicht dessen körperliches Wohlergehen,

¹⁷ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 2 Rz. 5.

¹⁸ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 2 Rz. 4.

¹⁹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 2 Rz. 3.

²⁰ Zu denken ist etwa an Schönheitschirurgische Eingriffe, bei denen zwar keine Kontraindikation vorliegen darf, von einer eigentlichen medizinischen Indikation allerdings regelmässig nicht gesprochen werden kann.

²¹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 2 Rz. 3.

²² Exemplarisch Art. 9 der Verordnung über die Rechtsstellung der Patientinnen und Patienten des Kantons St. Gallen: «Jede mit der Behandlung von Patientinnen oder Patienten betraute Person kann die Durchführung einer von der Patientin oder dem Patienten verlangten Behandlung ablehnen, wenn sie diese aus fachlicher oder berufsethischer Sicht nicht verantworten kann.»

²³ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 2 Rz. 1; BÜCHLER/MICHEL, S. 63; AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 4.

²⁴ TAG, S. 677; HAUSSENER, Selbstbestimmung, Rz. 35.

²⁵ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 4.

sondern dessen Recht, in jede Behandlung vorgängig einzuwilligen beziehungsweise sie abzulehnen.²⁶ Eine medizinische Behandlung ist folglich nur rechtmässig, wenn der Patient ihr gültig zugestimmt hat.²⁷ Die Behandlung ohne Einwilligung ist widerrechtlich, was für den Arzt haftungs-, straf-, standes- und verwaltungsrechtliche Folgen haben kann.²⁸ Man mag diese Rechtslage, die das Skalpell des Chirurgen in gewisser Weise dem Messer des Mörders gleichsetzt, bedauern. Sie ist aber hinzunehmen, weil sich juristisch nur so die Möglichkeit des Patienten begründen lässt, eine Behandlung, die er – aus welchen Gründen auch immer – gar nicht, nicht zu diesem Zeitpunkt oder nicht durch den fraglichen Arzt zu erhalten wünscht, verbindlich abzulehnen.

- 15 Die Einwilligung in eine Behandlung ist nur gültig, wenn sie gewisse Voraussetzungen erfüllt:²⁹
- Der Patient ist urteilsfähig (oder er wird für den Entscheid vertreten; Rz. 37 ff.).
 - Der Patient wurde aufgeklärt (Rz. 25 ff.).
 - Es liegen keine Willens- oder Inhaltsmängel vor (Rz. 19 ff.).
 - Die Einwilligung wurde nicht widerrufen.
- 16 Die Einwilligung muss sich stets auf einen *konkreten Eingriff* beziehen. Eine unbestimmte Einwilligung – quasi als Blankovollmacht – würde den Patienten der Willkür des Arztes aussetzen und wäre damit im Lichte seiner Selbstbestimmung unzulässig.³⁰ Selbstverständlich ist aber nicht vorausgesetzt, dass der Patient medizinische Einzelheiten beispielsweise eines komplexen chirurgischen Eingriffs kennt und versteht.
- 17 Entgegen einer weit verbreiteten Auffassung bedarf die gültige Einwilligung in eine medizinische Behandlung, selbst die Zustimmung zu einem risiko- oder folgenreichen Eingriff, grundsätzlich *nicht* der *Schriftform* und keiner Unterschrift. Die Zustimmung kann auch konkludent, etwa durch das schlüssige Verhalten des Patienten, erfolgen. Ein blosses passives (Er)Dulden genügt den Gültigkeitserfordernissen einer Einwilligung allerdings nicht.³¹

Beispiel: Die Ärztin erklärt dem Patienten, dass zu Diagnosezwecken eine Blutentnahme erfolgen soll, und ruft die Pflegefachfrau. Der Patient entblösst seinen Arm und streckt diesen der Pflegefachfrau entgegen. Dies kann als gültige konkludente Einwilligung in die Blutentnahme und die von der Ärztin erläuterten diagnostischen Abklärungen verstanden werden. Analoges gilt, wenn der Patient die Medikamente, die der Arzt ihm verordnet und deren Wirkungen er ihm erläutert hat, freiwillig einnimmt.

- 18 Dass in der ärztlichen Praxis regelmässig die Unterschrift des Patienten jedenfalls vor grösseren und risikoreichen Eingriffen eingeholt wird, ist aus Gründen der *Beweisbarkeit* sinnvoll. Denn im Streitfall liegt es am Arzt bzw. am Spital, die gültige Einwilligung nachzuweisen.

²⁶ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 4 Rz. 154.

²⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 12.16.

²⁸ Exemplarisch: Bei einer gegen den Willen des Patienten durchgeführten Operation kann der Arzt u.U. wegen einfacher vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt werden, zudem wird ihm wegen des Strafregistereintrages womöglich die Berufsausübungsbewilligung entzogen, es kann ein Ausschluss aus einer Berufs- oder Standesorganisation erfolgen und schliesslich muss er womöglich Schadenersatz und Genugtuung zahlen; zur Haftung siehe hinten, Rz. 112 ff.

²⁹ Zum Ganzen HAAS, Rz. 247 ff.

³⁰ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 5.

³¹ HAAS, Rz. 394 ff.

4.2.2. Willensmängel als Hinderungsgrund für die gültige Einwilligung

- ¹⁹ Allfällig beachtliche Willensmängel lägen etwa vor, wenn sich der Patient im *Irrtum* über die Art oder die Folgen der Behandlung, in die er einwilligen möchte, befindet. Bei korrekter Aufklärung (dazu Rz. 25 ff.) sollte dies allerdings kein Problem sein. Inhaltlich mangelhaft sind sodann Einwilligungen, die sich auf eine rechts- bzw. sittenwidrige Behandlung beziehen.³²
- ²⁰ Eine unwirksame *übermässige Bindung* liegt vor, wenn der Patient in eine zu unbestimmte Behandlung einwilligt (vorne, Rz. 16).³³ Das Verbot des Bindungsübermasses hat zudem zur Folge, dass der Patient seine Einwilligung zu einer Behandlung grundsätzlich (d.h. insbesondere: bei noch vorhandener Urteilsfähigkeit) *jederzeit widerrufen* kann. Denkbar ist bei einem kurzfristigen Widerruf allerdings, dass der Patient für die vergeblichen Aufwendungen Schadenersatz schuldet.³⁴ Im Übrigen ist das Verbot der übermässigen Bindung allerdings im medizinischen Alltag kaum praxisrelevant.

Beispiel: Der Patient willigt in eine aggressive Tumorbehandlung ein, es werden ein Operationstermin und eine anschliessende Bestrahlung vereinbart. Noch vor dem Eingriff gelangt der Patient zur Einsicht, dass er die Behandlung nicht vornehmen, sondern sich ausschliesslich palliativ behandeln lassen möchte. Ein solcher Einwilligungswiderruf ist zulässig und muss respektiert werden – selbst wenn er ganz kurzfristig erfolgt.

- ²¹ In der Rechtsprechung wird ein übermässiger Druck bzw. das Fehlen eines freien Willens dann bejaht, wenn der Patient zu kurzfristig aufgeklärt wird und sich zum Zeitpunkt der Einwilligung bereits im Spitalumfeld befindet.³⁵ Daher ist dem Patienten vor grösseren Eingriffen wenn immer möglich eine angemessene *Bedenkzeit* einzuräumen. Als Regel gilt, dass vor einem chirurgischen Eingriff – sofern es sich nicht um eine Notoperation handelt – eine Bedenkfrist von einigen Tagen eingeplant werden sollte.³⁶
- ²² Eine wesentliche Entscheidbeeinträchtigung kann vorliegen, wenn der Patient einseitig aufgeklärt wurde oder ihm (insbesondere durch Gesundheitsfachpersonen) sachfremde Informationen oder Ratschläge («denken Sie daran, wie viel das kostet...») erteilt werden. In seiner Entscheidung nicht frei ist auch ein Patient, der über das normale Mass hinaus beeinflusst beziehungsweise *unter Druck gesetzt* worden ist. Dies kann – unabhängig von einer allfälligen Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit (Rz. 50 f.) – unter Umständen bei der Einbindung in ein Sektenumfeld³⁷ zutreffen, das bestimmte medizinische Behandlungen grundsätzlich ablehnt. Bei solchen Sachlagen ist sehr sorgfältig abzuklären, ob der geäusserte Wille, beispielsweise die Ablehnung lebensrettender Blutprodukte, tatsächlich der *persönlichen, freien Überzeugung des Betroffenen* entspricht (dann ist der Entscheid zu respektieren) oder ob dieser angesichts erheblichen Drucks nicht in der Lage ist, seine eigene Meinung zu äussern.

Wenn immer möglich, ist dem Patienten vor Durchführung eines Eingriffs eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen.

Sachfremde Ratschläge, Druck durch Dritte oder fehlende Bedenkzeit können zur Ungültigkeit des Patientenentscheids führen.

³² HAAS, Rz. 786 ff.

³³ HAAS, Rz. 786 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.08 ff.

³⁴ Etwa wenn bereits alle Vorbereitungen für eine Operation getroffen wurden, der Patient aber auf dem Weg in den Operationssaal seine Einwilligung widerruft. S. dazu HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.50.

³⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.265/2002 Erwägung 5.2.

³⁶ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 4, Rz. 126 ff.

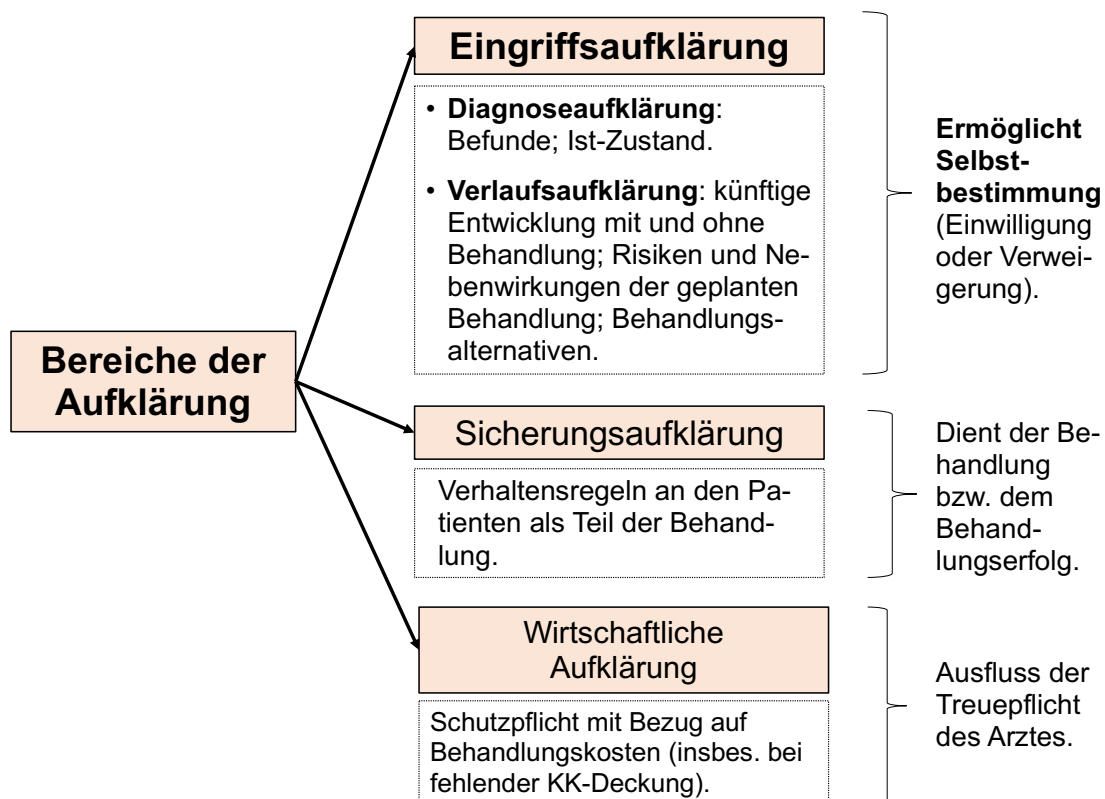
³⁷ Vorausgesetzt ist, dass dieses Umfeld dem Patienten Freiheit und Autonomie raubt; vgl. <www.relinfo.ch>, Lexikon, Stichwort «Sekte».

- ²³ Relativ häufig ist auch eine übermäßige Einflussnahme von *Angehörigen* zu beobachten, etwa dann, wenn diese in einer Lebensendsituation nicht in der Lage sind, die infauste Prognose zu akzeptieren oder wenn sie noch nicht bereit sind, Abschied zu nehmen. Gerade in umgekehrter Richtung ist Druck aber auch im Kontext von *Sterbehilfeorganisationen* denkbar.
- ²⁴ Die Grenze zwischen fehlender Urteilsfähigkeit i.S. übermäßiger Beeinflussbarkeit (Rz. 50 f.) und Willensmangel wegen übermäßiger Beeinflussung ist unscharf. In beiden Sachlagen ist der Patient aber vor der Einflussnahme zu schützen.

4.3. Die Aufklärung im Besonderen

4.3.1. Teilaspekte der Aufklärung

- ²⁵ Die Aufklärung des Patienten durch den Arzt ist eine in der Praxis überaus wichtige Voraussetzung der gültigen Einwilligung.³⁸ Dabei sind je nach Inhalt und Zeitpunkt verschiedene Teilaspekte der Aufklärung zu unterscheiden:



- ²⁶ Von besonderer Bedeutung ist die sogenannte «*Eingriffsaufklärung*».³⁹ Sie umfasst die Diagnose- und Verlaufsaufklärung.⁴⁰ Damit er informiert entscheiden kann, muss der Patient zunächst über die Diagnose (und allfällige Unsicherheiten der Diagnose),⁴¹ die Ernsthaftigkeit der Erkrankung, den möglichen Krankheitsverlauf und über die vom Arzt vorgeschlagene Behandlung und den erwarteten Verlauf mit

Die Eingriffsaufklärung soll den Patienten alle Informationen vermitteln, die er für seine Behandlungsentscheid benötigt.

³⁸ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 4 Rz. 1.

³⁹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 4 Rz. 1.

⁴⁰ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 4 Rz. 21.

⁴¹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 4 Rz. 23.

dieser Behandlung informiert werden. Dabei sind dem Patienten der konkrete Behandlungsablauf, die Vor- und Nachteile der Behandlung und allfällige Behandlungsalternativen zu erläutern.⁴² Die Eingriffsaufklärung soll dem Patienten mit anderen Worten alle Informationen verschaffen, die für ihn notwendig sind, um sinnvoll über die Durchführung oder Verweigerung der vorgeschlagenen Behandlung entscheiden zu können.⁴³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung richtet sich der erforderliche Umfang der Aufklärung nach der Intensität des Eingriffs, d.h. für kleine, vergleichsweise harmlose Behandlungen oder Behandlungsschritte ist der Informationsbedarf geringer als für schwere, risiko- oder nebenwirkungsreiche Eingriffe.⁴⁴

- 27 Der genaue Inhalt der Aufklärung hat sich überdies an den Informationsbedürfnissen des Patienten zu orientieren.⁴⁵ Aufgeklärt ist der Patient erst, wenn er alle für seine Entscheidung notwendigen Informationen erhalten und verstanden hat.⁴⁶ Dabei ist zu bedenken, dass die Informationen zu einem Zeitpunkt und in einer Form vermittelt werden sollten, die dem Patienten das Verständnis erleichtern. So können beispielsweise viele Patienten Prozentzahlen, wie sie bei Angaben zu Heilungschancen oder Risiken oftmals verwendet werden, nicht korrekt einordnen. Und ein durch die Diagnose verängstigter Patient benötigt womöglich eine längere Pause, bevor er in der Lage ist, gedanklich der Erläuterung der Behandlungsmöglichkeiten zu folgen.

Relevante Informationen sollten so vermittelt werden, dass der Patient sie tatsächlich verstehen kann.

Beispiel: Die Patientin ist durch die Diagnose eines lokal begrenzten, kurativ operablen Mammakarzinoms derart verängstigt, dass sie nicht in der Lage ist, einen vernünftigen Behandlungsentscheid zu treffen. Sie entscheidet sich für eine (medizinisch nicht indizierte) beidseitige Mastektomie. Als diese und die folgende plastische Rekonstruktion zu schweren Folgeschäden führen, klagt die Patientin erfolgreich gegen die behandelnden Ärzte. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, bei korrekter Aufklärung hätte sich die Patientin für einen kleineren, weniger risikoreichen Eingriff entschieden. Die erfolgte Behandlung erwies sich daher als widerrechtlich.

Urteil des Bundesgerichts 4A_266/2011 Erwägung 2.1.5

- 28 Die *Sicherungsaufklärung* dient dazu, dem Patienten Verhaltensregeln zu vermitteln, die den Verlauf der Erkrankung oder Behandlung positiv beeinflussen können. So kann es nötig sein zu erklären, dass ein bestimmtes Medikament nicht gleichzeitig mit einem anderen oder mit bestimmten Nahrungsmitteln eingenommen werden darf, dass das Rauchen den Krankheitsverlauf ungünstig beeinflusst oder dass nach einer bestimmten Operation einige Wochen auf Sport verzichtet werden sollte.
- 29 Im Sinne einer möglichst freien Entscheidung des Patienten in Kenntnis aller für ihn relevanten medizinischen Tatsachen sollte die Aufklärung wertungsfrei erfolgen (sog. *non-directive counseling*). Da es sich aber um ein Gespräch zweier Menschen handelt und Aussagen nie vollkommen ohne persönliche Prägung gemacht werden können, bleibt die wertungsfreie Aufklärung wohl ein unrealistisches Ideal. Ohnehin ist fraglich, ob dies vom Patienten überhaupt gewünscht wird. Gerade bei schwierigen, folgenreichen Entscheidungen dürfte dem

⁴² AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 4 Rz. 20.

⁴³ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 4 Rz. 20; FELLMANN, S. 167.

⁴⁴ BGE 105 II 284.

⁴⁵ FELLMANN, S. 174.

⁴⁶ HAAS, Rz. 694.

Patienten viel an der persönlichen Einschätzung des Arztes liegen,⁴⁷ was eine neutrale Form der Aufklärung von vornherein verunmöglicht. Eine einseitige Aufklärung, die realistische Alternativen ausser Acht lässt oder gar sachfremde oder falsche Informationen beinhaltet, stellt hingegen einen schwerwiegenden Aufklärungsfehler dar, der zur Unwirksamkeit der Einwilligung und damit zur Widerrechtlichkeit des Eingriffs führt.

- ³⁰ Für das konkrete Vorgehen wird bei grösseren Eingriffen die sog. *Stufenaufklärung* empfohlen, bei der dem Patienten zunächst ein Formular mit Basisinformationen als erste Orientierung über den Eingriff ausgehändigt wird.⁴⁸ Dieses soll dem Patienten die notwendigen Vorinformationen beschaffen, die ihm helfen, sich auf das folgende Aufklärungsgespräch vorzubereiten und dem Arzt auch konkrete Fragen stellen zu können.⁴⁹ Im eigentlichen Aufklärungsgespräch sollen dem Patienten sodann Befund und Behandlung im Hinblick auf die Besonderheiten seines Einzelfalls erklärt werden.⁵⁰ Das umgekehrte Vorgehen – eine mündliche Besprechung des Formulars und anschliessend eine Bedenkzeit, in der der Patient die schriftlichen Informationen nochmals in Ruhe lesen kann, bevor er seine Einwilligung erteilt, ist ebenso zulässig. Viele Spitäler haben eigene Formulare, die für bestimmte Eingriffe verwendet werden sollten.
- ³¹ Ebenso wie für die Einwilligung als solche gibt es auch für die Aufklärung keine allgemeingültigen gesetzlichen *Formvorschriften*. Teilweise ergeben sich solche Vorgaben aus dem kantonalen Recht. Für spezifische Eingriffe sehen wenige Spezialgesetze die Schriftform vor.⁵¹ Aus Beweisgründen ist es sinnvoll, die erfolgte Aufklärung durch den Patienten schriftlich bestätigen zu lassen.

4.3.1. Kommunikative und kulturelle Barrieren

- ³² Das Gesetz nimmt nicht ausdrücklich Rücksicht darauf, wie mit allfälligen sprachlichen Barrieren umzugehen ist. Bei *fremdsprachigen Patienten* sollte, wenn immer möglich, ein professioneller Dolmetscher oder eine mit der Sprache vertraute Gesundheitsfachperson beigezogen werden. Die Übersetzung durch Angehörige ist heikel, weil oftmals für den Arzt weder klar ist, ob der Angehörige selber die Informationen richtig verstanden hat, noch ob er bereit ist, die Informationen «ungefiltert» an den Patienten weiterzugeben. Erweist sich eine Verständigung als unmöglich und ist eine Behandlung so dringend, dass eine Übersetzung nicht abgewartet werden kann, ist – ähnlich wie beim urteilsunfähigen Patienten – auf den mutmasslichen Patientenwillen bzw. auf das objektiv medizinisch Gebotene abzustellen.
- ³³ Gewissen Kulturen ist unsere *individualistische Sicht der Patientenautonomie* fremd. Nicht der Patient, sondern die Familie oder ein Familienoberhaupt ist dort berufen, den Entscheid zu treffen. Auch hierfür sieht allerdings das Gesetz keine Ausnahme mit Bezug auf Aufklärung und Einwilligung vor. Selbstverständlich steht es dem Patienten frei, sich vor einem Behandlungsentscheid mit seinen Angehörigen zu beraten oder diese zu Arztgesprächen mitzuneh-

⁴⁷ HAUSSENER, Selbstbestimmung, Rz. 126.

⁴⁸ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 4 Rz. 117.

⁴⁹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 4 Rz. 119 ff.

⁵⁰ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 4 Rz. 125.

⁵¹ Exemplarisch: Art. 16 Humanforschungsgesetz; Art. 12 Transplantationsgesetz (betr. Lebendorganspende).

men. Das Aufklärungsgespräch kann aber nicht an einen Angehörigen delegiert werden, so dass diese dann gewissermassen «über» den Patienten entscheiden würden. (Zum Wunsch einer Entscheidelegation an den Arzt siehe Rz. 69.)

4.3.2. «Therapeutisches Privileg» als Schranke der Aufklärung?

- ³⁴ Weil dies die ärztliche Sorgfaltspflicht gebietet, soll auch ein Aufklärungsgespräch für den Patienten keine Gefahr darstellen. In Ausnahmefällen – und nur in diesen⁵² – gilt es daher als zulässig, dass der Arzt von sich aus auf Teile der Aufklärung verzichtet, wenn er davon ausgehen muss, dass die vollständige Diagnose für den Patienten unzumutbar beziehungsweise nicht verkraftbar wäre.⁵³ Man spricht hierbei – an sich nicht ganz zutreffend – vom «*therapeutischen Privileg*», wobei diese Ausnahme keine Privilegierung des Arztes, sondern den Schutz des Patienten zum Ziel hat.⁵⁴ Als Ausnahmeregelung darf das therapeutische Privileg die Aufklärungspflicht nicht relativieren und auch die Selbstbestimmung des Patienten nicht einschränken.⁵⁵
- ³⁵ Verlangt der Patient eine umfassende Aufklärung, muss diese erfolgen.⁵⁶ Im Hinblick auf Fälle, in denen durch die Schwere der Diagnose eine Gefahr für den Patienten zu sehen ist, kann es sich aber als sinnvoll erweisen, das Gespräch unter Einbezug einer Fachperson aus dem psychologischen oder seelsorgerischen Bereich oder im Beisein von Angehörigen des Patienten zu führen. Um die Befindlichkeit des Patienten und dessen Informationsbedarf sachgerecht einschätzen zu können, kann der Beizug eines interprofessionellen Palliativ-Teams hilfreich sein.
- Der Patient, der dies wünscht, hat immer Anspruch auf umfassende Aufklärung über seine Diagnose.
- ³⁶ Umgekehrt hat der Patient ein sog. «*Recht auf Nichtwissen*». Wenn der Arzt also im Patientengespräch herausspürt, dass der Patient die (womöglich infauste) Diagnose bzw. Prognose gar nicht kennen möchte, dann ist auch dies zu respektieren. Gleiches gilt, wenn der Patient einen Verdacht nicht näher abklären möchte. Ein solcher Wunsch auf Nichtwissen kann mit kulturellen Umständen zusammenhängen; so ist in gewissen Kulturkreisen die Vorstellung verbreitet, dass das Reden vom Tod diesen gewissermassen herbeiruft. Besteht unter allen Beteiligten Konsens (!), dass an Stelle des Patienten die Angehörigen informiert werden, dann ist auch dies zu respektieren, obschon dies unserer westlichen Kultur sehr fremd ist und für die Gesundheitsfachpersonen eine erhebliche Herausforderung darstellt. Ohne den (wenigstens konkludent geäusserten) Willen des Patienten dürfen aber nicht einfach an Stelle des Patienten die Angehörigen informiert werden (vgl. Rz. 119).

⁵² AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 4 Rz. 145 f.

⁵³ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 4 Rz. 144; HAUSSENER, Selbstbestimmung, Rz. 132.

⁵⁴ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 4 Rz. 144.

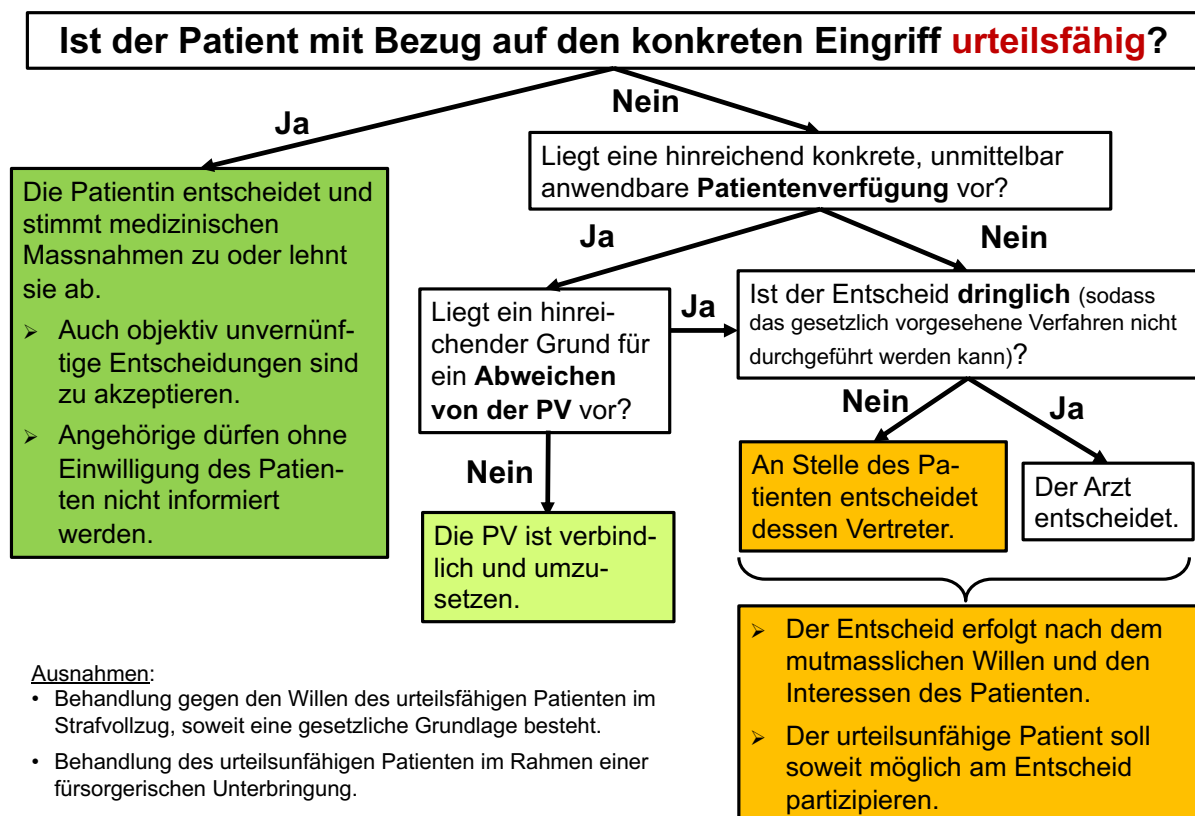
⁵⁵ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 4 Rz. 146.

⁵⁶ BÜCHLER/MICHEL, S. 73.

4.4. Die Urteilsfähigkeit im Besonderen

4.4.1. Übersicht

- 37 Die Frage der Urteilsfähigkeit des Patienten ist eine der zentralsten im allgemeinen Medizinrecht und auch im Rahmen der Palliative Care von grösster Bedeutung. Sie stellt neben der Aufklärung die wichtigste Voraussetzung für eine gültige Einwilligung dar. Während allerdings die anderen Faktoren der gültigen Einwilligung relativ einfach dokumentier- und nachweisbar sind, ist die Urteilsfähigkeit eines Patienten zuweilen schwierig einzuschätzen. Die Tragweite des Abklärungsergebnisses ist aber von entscheidender Bedeutung: Entweder entscheidet der Patient selbstbestimmt über seine Behandlung oder es kommen die erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen (Patientenverfügung, Vertretung) zum Tragen. Daraus folgt aber auch, dass eine Behandlung, die gestützt auf die Einwilligung eines Urteilsunfähigen erfolgt oder sich umgekehrt auf einen Vertreterentscheid bei einem eigentlich urteilsfähigen Patienten abstützt, rechtswidrig und gegebenenfalls strafbar ist.
- 38 Vereinfacht kann von folgendem Flussdiagramm ausgegangen werden:



4.4.2. Urteilsfähigkeit als notwendige und hinreichende Voraussetzung der Einwilligung

- 39 Bei der Einwilligung zu einer Persönlichkeitsverletzung handelt es sich um ein relativ höchstpersönliches Recht i.S.v. Art. 19c ZGB, das durch den urteilsfähigen Patienten auch dann ausgeübt werden kann, wenn es an der vollen Handlungsfähigkeit fehlt. Daher hindert weder Minderjährigkeit noch eine Beistandschaft die Patientenselbstbestimmung, sofern die Urteilsfähigkeit mit

Die Urteilsfähigkeit des Patienten ist eine zentrale Voraussetzung für dessen Selbstbestimmung. Sie ist daher in Zweifelsfällen sorgfältig abzuklären, allenfalls unter Beizug einer Fachperson.

Auch minderjährige oder unter Beistandschaft stehende Patienten entscheiden selber über die Behandlung, sofern und soweit sie urteilsfähig sind.

Bezug auf den konkreten Eingriff erstellt ist. Selbstverständlich ist das jugendliche Alter (dazu hinten, Rz. 144 ff.) oder die Tatsache, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) eine Beistandschaft errichtet hat, womöglich ein Indiz für die fehlende Urteilsfähigkeit. Konkret bedeutet dies: Der urteilsfähige Patient muss immer selber in die Behandlung einwilligen – eine Vertretung ist unzulässig. Hingegen kann der urteilsunfähige Patient niemals selber gültig entscheiden. Die Urteilsfähigkeit ist damit aus rechtlicher Hinsicht der «Schlüssel» zu den Patientenrechten.⁵⁷

- 40 Dieser kategorische Entscheid des Gesetzgebers mag auf den ersten Blick erstaunen, ja es könnte sogar der Eindruck entstehen, dass dem urteilsunfähigen Patienten etwas «weggenommen» wird. Dieses Verständnis des Urteilsfähigkeitserfordernisses wäre jedoch falsch. Zweck der Handlungsfähigkeitsregeln ist es, der handlungsfähigen Person eine selbstverantwortliche Lebensgestaltung zu ermöglichen und gleichzeitig jenen Personen, die dazu nicht in der Lage sind, Schutz vor unbedachtem Handeln zu gewähren. Handlungsfähigkeitsrecht ist daher in erster Linie *Schutzrecht*: Nur wer selbstverantwortlich handeln kann, soll die Rechtsfolgen seines Verhaltens tragen müssen. Selbstverständlich bedeutet dies nicht, dass bei Urteilsunfähigkeit beliebig über den Patienten entschieden werden darf, vielmehr ist dessen mutmasslicher Wille wegweisend (Rz. 81 f.) und er soll, soweit möglich, am Entscheid partizipieren können (Rz. 83).

Beispiel: Der 81-jährige Herr H. stürzt wegen einer plötzlichen Schwäche mit seinem Rollator beim Überqueren des Bahnübergangs. Glücklicherweise kann er von Passanten vor dem herannahenden Zug in Sicherheit gebracht werden. Die ebenfalls durch Passanten alarmierte Ambulanz möchte Herr H. zur Abklärung ins Spital verbringen. Dieser ist jedoch durch das Ereignis derart «ausser sich», dass er nur noch nach Hause möchte. Nur nach längerem Zureden lässt er sich widerwillig ins Spital verbringen und versorgen. Nach Klärung der Ursache des Schwächeanfalls erfolgt umgehend eine zielgerichtete, erfolgreiche Behandlung, in die Herr H., der sich inzwischen vom Schrecken erholt hat, ohne weiteres einwilligt. Ohne Spitalaufenthalt wäre Herr H. vermutlich innert weniger Wochen an einer Herzschwäche verstorben. Das «Überreden» von Herrn H. war hier zulässig, denn er war aufgrund des Schocks vorübergehend nicht in der Lage, vernunftgemäss und entsprechend seinen Präferenzen und Wertvorstellungen zu entscheiden.

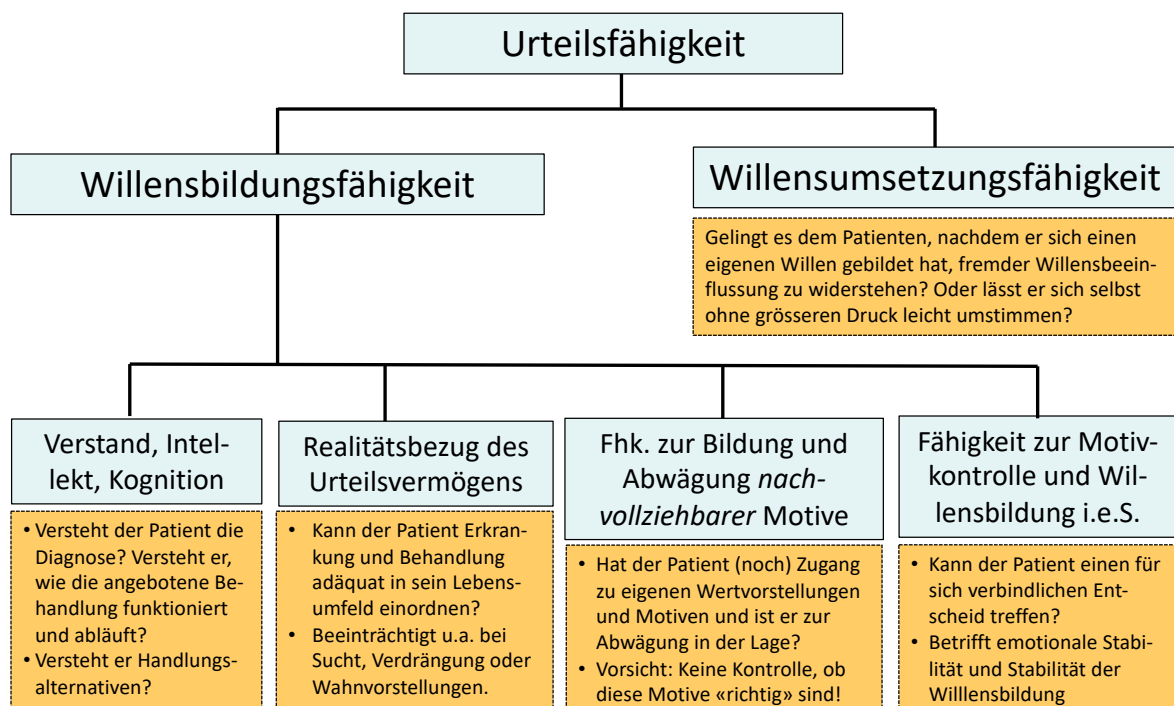
- 41 Bei der Urteilsfähigkeit handelt es sich nicht um einen medizinischen, sondern um einen gesetzlich vorgegebenen *Rechtsbegriff*. Kommt es im Zusammenhang mit einem Behandlungsentscheid oder einem Vertragsschluss zum Prozess, entscheidet daher das Gericht darüber, ob der Patient zum fraglichen Zeitpunkt urteilsfähig war oder nicht. Im Folgenden wird zunächst der Begriff der Urteilsfähigkeit geklärt, anschliessend ist auf die damit zusammenhängenden Beweisfragen näher einzugehen.
- 42 Der Begriff der Urteilsfähigkeit enthält einerseits subjektive Elemente, nämlich die Fähigkeit vernunftgemässen Handelns, die ihrerseits weiter differenziert werden muss (sogleich, Rz. 43 ff.). *Unvernünftiges Handeln* genügt andererseits aber nicht für eine Feststellung der Urteilsunfähigkeit. Art. 16 ZGB setzt nämlich voraus, dass die Urteilsunfähigkeit auf bestimmte objektive Ursachen zurückzuführen ist (Rz. 54 ff.). Im Übrigen ist die Urteilsfähigkeit einer Person immer mit Blick auf ein konkretes Geschäft zu beurteilen, sie ist somit relativ (Rz. 58 ff.).

⁵⁷ SPRECHER, S. 276.

4.4.3. Teilaspekte der Urteilsfähigkeit

- 43 Lehre und Rechtsprechung unterteilen die Urteilsfähigkeit als Fähigkeit zu vernunftgemäßem Handeln regelmässig in mehrere Teilaspekte:⁵⁸ Dabei wird zunächst einmal grob unterschieden zwischen der Fähigkeit, sich einen eigenen vernünftigen Willen zu bilden (Willensbildungsfähigkeit) und der Fähigkeit, entsprechend diesem Willen zu handeln (Willensumsetzungsfähigkeit). Die Willensbildung ihrerseits bedarf mehrerer Teilfähigkeiten. Diese gehen fließend ineinander über und stellen letztlich Teilaspekte einer psychischen Gesamterscheinung dar. Das Vorliegen einer einzelnen Teilfähigkeit, wie etwa der nötigen intellektuellen Grundvoraussetzungen, sollte nicht vorschnell dazu verleiten, die Urteilsfähigkeit zu bejahen, dies trotz wesentlicher anderer Einschränkungen oder Defizite (bspw. übermässige Beeinflussbarkeit durch Dritte). Und auch ein besonders bestimmtes Auftreten lässt noch kein abschliessendes Urteil über die Urteilsfähigkeit des Betroffenen zu, sondern dient womöglich nur dazu, die vom Patienten verspürte Unsicherheit zu kaschieren. Andererseits kann die Struktur auch dazu dienen, vermutete Defizite der freien Willensbildung zu benennen und deren Tragweite für den konkreten Entscheid zu erfassen. Dabei darf aber nie vergessen gehen, dass die Beurteilung der Urteilsfähigkeit immer wertend erfolgt und den ganzen Patienten in seiner spezifischen Situation im Blick behalten muss.
- 44 Nachfolgend soll insbesondere die in der Praxis oft schwierig festzustellende Fähigkeit zur Willensbildung stärker ausdifferenziert dargestellt werden. Dies kann dazu beitragen, die gesamte Breite der Urteilsfähigkeit strukturell besser erfassen zu können.⁵⁹
- 45 Übersicht:

Die Urteilsfähigkeit darf nicht vorschnell bejaht werden; sie ist insbesondere nicht mit blosser Äusserungsfähigkeit gleichzusetzen.



⁵⁸ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 27.

⁵⁹ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 28.

4.4.4. Willensbildungsfähigkeit

- 46 Die Willensbildungsfähigkeit setzt zunächst ein Mindestmass an *intellektueller Einsichts- und rationaler Beurteilungsfähigkeit* voraus.⁶⁰ Dazu gehört die Fähigkeit, die Aussenwelt in ihren Realitäten zu erfassen und zumindest in groben Zügen die Konsequenzen des eigenen Handelns abschätzen zu können.⁶¹ Der Patient muss also beispielsweise die Tragweite der Diagnose, den Ablauf einer Behandlung und mögliche alternative Behandlungsmöglichkeiten verstehen können. Er muss sodann die Fähigkeit haben, Kausalverläufe zu verstehen und die ihm im Aufklärungsgespräch erläuterten Risiken und Chancen quantitativ zu erfassen.

Beispiel: Der Patient, der zufolge einer Demenzerkrankung nicht mehr versteht, dass seine Lungenentzündung potenziell lebensbedrohlich ist, der fatale Kausalverlauf aber durch Einnahme von Antibiotika wirkungsvoll und risikoarm unterbrochen werden könnte, ist aufgrund kognitiver Einschränkungen nicht urteilsfähig.

- 47 Weiter muss das Urteilsvermögen einen hinreichenden *Realitätsbezug* aufweisen. Der Patient muss in der Lage sein, den konkret zu treffenden Behandlungsentscheid in den Kontext seiner Lebensumstände zu setzen. Dazu gehört die Fähigkeit, Wesentliches von Unwesentlichem unterscheiden und den (hinreichend erkannten) Sachverhalt adäquat bewerten zu können. Der geforderte Realitätsbezug lässt sich nicht schon durch gelegentliche ‚lichte Momente‘ schaffen, sondern beruht auf einer Summe von Umwelterfahrungen⁶². Der Patient muss in der Lage sein, den Behandlungsentscheid in den Kontext seiner Lebensumstände zu setzen. Mit anderen Worten braucht es, mindestens für Behandlungsentscheide mit langfristiger Tragweite, beispielsweise über einen Behandlungsabbruch bei einer lebensbedrohlichen Erkrankung, einen ‚Blick fürs Ganze‘. Dieser Aspekt verdient deshalb besondere Beachtung, weil schwer kranke Patienten aufgrund der bedrohlichen Ausgangssituation Wahrscheinlichkeiten und Risiken zuweilen völlig realitätsfremd einordnen⁶³. Eine Beeinträchtigung dieses Kriteriums ist beispielsweise bei Schwerkranken denkbar, die gewisse Risiken extrem überbewerten, aber auch bei Patienten mit Suchterkrankungen oder Wahnvorstellungen.

Beispiel: Ist der psychisch kranke Patient davon überzeugt, der Arzt wolle ihn vergiften, so ist sein Entscheid, die verschriebenen Medikamente nicht einzunehmen, absolut folgerichtig. Dennoch fehlt es aufgrund des fehlenden Realitätsbezugs der der Entscheidung zugrunde gelegten Annahme an der Urteilsfähigkeit.

- 48 Die dem Willensentschluss zugrunde liegenden Motive dürfen nach allgemeiner Auffassung nicht grundlegenden, anerkannten Wertvorstellungen zuwiderlaufen, sie müssen vielmehr ‚annehmbar‘ oder wenigstens empfindbar sein. Dies setzt voraus, dass der Patient überhaupt über ein *funktionierendes individuelles Wertesystem* verfügt.⁶⁴ Der Inhalt des Willensentschlusses muss hingegen weder den Wertvorstellungen des behandelnden Arztes noch der Angehörigen entsprechen. Es geht nicht darum, über das Kriterium der Urteilsfähigkeit einen ‚besseren‘ Behandlungsentscheid zu erzwingen. Die Motive des Patienten müssen lediglich *nachvollziehbar* sein, nicht aber in den Augen Dritter vernünftig oder sinnvoll erscheinen. Die persönlichen Wertvorstellungen des Patienten, dessen Weltbild und religiöse oder andere

⁶⁰ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 30.

⁶¹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 5 Rz. 22.

⁶² BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, N 54 zu Art. 16 ZGB.

⁶³ Vgl. das Fallbeispiel bei GERBER, S. 575 ff.

⁶⁴ JOSSEN, S. 76.

Handlungsmotive sind zu respektieren. Zu fragen ist in diesem Kontext lediglich, ob dem Patienten ein kritisches Abwägen der in ihm wohnenden Motive, das Ausrichten seines Verhaltens nach einem sinnvoll ausgewählten Motiv möglich ist, ob er aus der Vielfalt widerstrebender Interessen, Gesichtspunkte und Erwartungen eine Entscheidung treffen, bestimmte Ziele verwirklichen und andere zurückstellen kann⁶⁵.

Beispiel: Der 55-jährige Patient muslimischen Glaubens, der auf eine Nierentransplantation angewiesen wäre, darf diese verbindlich mit dem Argument ablehnen, dass seine persönliche Glaubensüberzeugung ihm eine Organtransplantation verbietet. Der Patientenwunsch ist auch dann zu respektieren, wenn der Arzt das Welt- und Wertebild des Patienten nicht teilt.

- ⁴⁹ Urteilsfähigkeit setzt auch die Fähigkeit zur *verstandgeleiteten Auswahl* unter verschiedenen Handlungsmotiven voraus. Erforderlich ist schliesslich eine einigermaßen stabile Willensbildung. Immer wieder *wechselnde Behandlungswünsche*, beispielsweise ein dauerndes Hin und Her zwischen palliativer und kurativer oder schul- und alternativmedizinischer Behandlung sind ein Indiz für fehlende Urteilsfähigkeit. Der urteilsfähige Patient verfügt über eine gewisse Verhaltenskontrolle, dank dem er momentanen Impulsen und Trieben nicht blindlings folgt⁶⁶. Ganz generell dürften schwer kranke Patienten in ihrer Motivkontrolle oft labiler sein als weitgehend Gesunde. Dies darf aber nicht dazu führen, dass die Beurteilung der Urteilsfähigkeit ausschliesslich nach rationalen Gesichtspunkten erfolgt. Auch ein objektiv unvernünftiger Entscheid kann von der Urteilsfähigkeit durchaus gedeckt sein, solange er auf einer *emotional abgesicherten Basis* beruht.⁶⁷ Die Urteilsfähigkeit kann hingegen beispielsweise dann fehlen, wenn ein Patient als Jugendlicher noch nicht oder als Schwerkranker nicht mehr in der Lage ist, eine längerfristige Perspektive zu entwickeln, sodass die momentane Krankheits- oder Leidenssituation den Entscheid übermächtig dominiert. Auch heftige Schmerzen oder akute Atemnot können nicht nur die Auffassungsgabe einschränken, sondern auch die Motivabwägung verunmöglichen. In ähnlicher Weise können Phobien⁶⁸ dazu führen, dass ein Patient auf den Gegenstand seiner Angststörung fokussiert und nicht in der Lage ist, anderen Motiven ein angemessenes Gewicht beizumessen.

Urteilsfähigkeit setzt auch voraus, dass der Patient in der Lage ist, zwischen den Behandlungsalternativen entsprechend seinen persönlichen Werten abzuwägen und sich zu einem verbindlichen Entscheid durchzuringen.

4.4.5. Willensumsetzungsfähigkeit

- ⁵⁰ Es ist durchaus denkbar, dass die Fähigkeit zur rationalen Erfassung der Grundlagen und der Bedeutung einer rechtlich relevanten Willensäusserung auch bei komplizierteren Sachverhalten vorhanden ist (und damit die Willensbildungsfähigkeit als intakt erscheint), gleichzeitig jedoch die *Fähigkeit, einer fremden Willensbeeinflussung in normalem Mass zu widerstehen*, derart beeinträchtigt ist, dass das Verhalten des Patienten nicht mehr dessen eigenen Überlegungen und Überzeugungen entspricht. Ein urteilsfähiger Patient ist in der Lage, Meinungen

⁶⁵ Vgl. JOSSEN, S. 79 f.

⁶⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.30.

⁶⁷ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 34.

⁶⁸ Beispielsweise eine Nadel-Phobie; illustrativ aus der englischen Rechtsprechung: Re MB (1997) 38 BMLR 175 CA.

und Einflüsse Dritter in kritischer Abwägung in seine eigenständige Urteilsbildung einzubeziehen und seinen Entscheid dann auch gegen andere Auffassungen zu vertreten und durchzusetzen.⁶⁹

- 51 Sobald der fremde Willenseinfluss derart dominant ist, dass der Behandlungsentscheid nicht mehr persönlichkeitsadäquat erscheint, fehlt es an der Willensumsetzungsfähigkeit. Gleiches trifft zu, wenn ein Patient eine Entscheidung für sich getroffen hat, sich dann aber angesichts des Widerstandes aus seinem Umfeld «umentscheidet», d.h. nicht in der Lage ist, die an ihn gestellten Erwartungen (u.a. von Angehörigen, von Gesundheitsfachpersonen usw.) zu enttäuschen. Hier muss der Patient allenfalls über das Kriterium der Urteilsfähigkeit vor übermässiger Beeinflussbarkeit geschützt werden. Heikel in Bezug auf die Willensumsetzungsfähigkeit sind sodann auch starke emotionale oder tatsächliche Abhängigkeiten des Patienten von bestimmten Personen.

Beispiel 1: Bei Herrn R. wurde ein Hirntumor diagnostiziert. Er möchte diesen jedoch nicht operativ entfernen lassen. Nach Einholen einer fachlich fundierten Zweitmeinung hat er sich einen entsprechenden Willen gebildet. Als er diesen Entscheid seinem Neurochirurgen mitteilt, meint dieser: «Aber Herr R., sie werden mich doch jetzt nicht enttäuschen. Sie können mir wirklich vertrauen, das kommt gut.» Herr R. willigt daraufhin in die Operation ein, sagt aber zu Hause seiner Frau, dass er eigentlich nicht glücklich sei mit dem Entscheid. Eine eigentliche Drucksituation liegt hier nicht vor. Aber offensichtlich ist Herr R. nicht in der Lage, sich hinreichend vom Arzt abzugrenzen und seine an sich gut abgestützte, wohlüberlegte Meinung diesem gegenüber zu vertreten.

Beispiel 2: Patientin C. hat sich eigentlich wohlerwogen gegen eine weitere Chemotherapie entschieden. Sie möchte die ihr verbleibende Zeit mit möglichst hoher Lebensqualität genießen. Der Ehemann und die Kinder von Frau C. erwarten aber von ihr, dass sie «weiterkämpft», was zu erheblichen Konflikten führt. Schliesslich lenkt Frau C. ein und teilt mit, dass sie doch noch eine Chemotherapie wolle. In dieser Sachlage ist zu prüfen, ob Frau C. vor den Angehörigen geschützt werden muss, indem sie durch das Gesundheitsfachpersonal gestärkt und allenfalls durch geeignete Personen das Gespräch mit den Angehörigen gesucht wird.

- 52 Nicht eine Problematik der Urteilsfähigkeit, sondern ein anderer Willensmangel liegt dann vor, wenn ein Patient sich zwar einen eigenen Willen bilden kann, aber durch *Täuschung, Drohung oder Zwang* dazu gebracht wird, einen seinem Willen zuwiderlaufenden Entscheid zu kommunizieren. Bei diesen vergleichsweise seltenen Sachlagen fehlt es nicht an der Urteilsfähigkeit, dennoch ist ein solcher Entscheid unwirksam (vorne, Rz. 19 ff.). Dies kann etwa in familiären Konstellationen mit starken Abhängigkeitsmustern und oder Manipulation zutreffen.
- 53 Keine unzulässige Beeinflussung liegt selbstredend dann vor, wenn *objektive Sachzwänge* die Bandbreite der zur Verfügung stehenden Entscheidungsmöglichkeiten einschränken, z.B. weil eine bestimmte Behandlung durch die Krankenkassen nicht bezahlt wird, in der favorisierten Einrichtung/Palliativstation keine Betten zur Verfügung stehen oder Angehörige nicht in der Lage bzw. bereit sind, den pflegebedürftigen Patienten zu Hause zu pflegen, sodass ein vorübergehender Verbleib im Akutspital oder gar eine Heimeinweisung erforderlich wird.

⁶⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.32.

4.4.6. Objektive Ursachen der Urteilsunfähigkeit

- 54 Die Urteilsunfähigkeit nach Art. 16 Zivilgesetzbuch setzt voraus, dass diese zumindest teilweise auf *objektivierbaren physiologischen bzw. psychischen Ursachen* beruht, nämlich auf Kindesalter, geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch und «ähnlichen Zuständen»⁷⁰.
- 55 Das Vorliegen eines solchen Zustandes bedeutet indes nicht zwingend, dass die Urteilsfähigkeit mit Bezug auf die konkret in Frage stehende Willensäusserung verneint werden muss. Es bedarf darüber hinaus der Feststellung, wonach dieser Zustand bzw. diese Störung im konkreten Fall eine Urteilsunfähigkeit für den Behandlungsentscheid herbeigeführt hat.

Beispiel: Patientin L. ist schwer drogensüchtig und aktuell in einem Methadonprogramm. Daneben spritzt sie unregelmässig zusätzlich Heroin. Als sie wegen eines Karzinoms behandelt wird, sorgt das Spital für einen gleichmässigen «Grundpegel» an Opiaten, damit Frau L. keine Entzugserscheinungen erleidet. Diese Medikation – obschon objektiv betrachtet womöglich hoch dosiert – beeinträchtigt die Urteilsfähigkeit von Frau L. nicht, vielmehr wäre sie ohne Opiate wegen der einsetzenden Entzugsbeschwerden nicht mehr in der Lage, mit Bezug auf die Krebserkrankung einen Entscheid zu treffen.

- 56 Bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist die Feststellung einer konkreten Ursache *regelmässig unproblematisch*. Entscheidend für die Frage der Urteilsfähigkeit eines Patienten ist nämlich nicht die Tatsache, dass ein bestimmtes Krankheitsbild oder eine andere objektive Ursache nachgewiesen ist; vielmehr ist zu fragen, ob und inwiefern sich dieser Zustand *auf die Fähigkeit zu vernunftgemäsem Handeln ausgewirkt* hat.⁷¹ Liegt eine Störung der Willensbildung oder -umsetzung vor, so ist es meist unproblematisch, diese auf eine Ursache zurückzuführen. Das kann beispielsweise eine psychische Erkrankung (einschliesslich Suchterkrankungen oder Depression), eine angeborene oder erworbene kognitive Einschränkung, ein Hirntumor, Medikamenteneinfluss, hohes Fieber oder ein Aufregungs- bzw. Schockzustand sein. Gerade im Kontext der Palliativmedizin ist aber auch an Erschöpfungszustände, Delir, heftige Schmerzen oder Übelkeit als mögliche Ursachen einer Urteilsunfähigkeit zu denken. Zur Urteilsfähigkeit Minderjähriger («Kindesalter») siehe hinten, Rz. 144 ff.
- 57 Der Nachweis der Urteilsunfähigkeit erübrigt sich bei bewusstlosen und damit nicht ansprechbaren Patienten, ungeachtet der Ursache. Allerdings ergibt sich aus der Äusserungsunfähigkeit allein keine Urteilsunfähigkeit, solange der Patient bei klarem Bewusstsein ist (z.B. im Falle eines *locked-in-Syndroms*). Diesfalls muss zumindest versucht werden, den Patienten aufzuklären, und es sollte überdies – gegebenenfalls unter Einsatz entsprechender Hilfsmittel – versucht werden, ihm die Mitteilung seines Willens zu ermöglichen. Erweist sich dies als unmöglich, treten dieselben Konsequenzen wie bei Urteilsunfähigkeit ein.

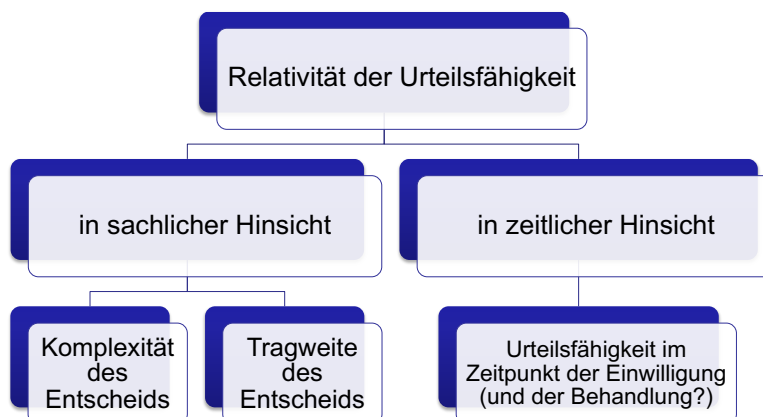
4.4.7. Relativität der Urteilsfähigkeit

- 58 Ob eine Person urteilsfähig ist oder nicht, muss immer im Einzelfall, bezogen auf eine ganz konkrete Handlung, beurteilt werden. Es lässt sich daher nicht generell sagen, ein Patient «ist

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

⁷¹ BGE 117 II 231 E. 2b.

urteilsfähig» oder «ist nicht urteilsfähig». Man spricht daher auch von Relativität der Urteilsfähigkeit:



4.4.7.1. In sachlicher Hinsicht

- ⁵⁹ Die sachliche Relativität der Urteilsfähigkeit bedeutet, dass diese immer mit Bezug auf die *konkrete Willensäußerung* und deren Bedeutung zu beurteilen ist. Eine an Demenz leidende Person ist vielleicht noch ohne weiteres in der Lage, sich verlässlich zu pflegerischen Massnahmen oder zur Menuwahl zu äussern. Das bedeutet noch nicht, dass sie auch hinsichtlich bedeutungsvollerer Geschäfte, wozu die Behandlungseinwilligung gehört, urteilsfähig ist.
- ⁶⁰ Ein Patient kann mit der *Komplexität* einer Behandlung oder aber mit der *Tragweite* seiner Entscheidung überfordert und daher urteilsunfähig sein. Entsprechend darf nicht auf lediglich einen der beiden Gesichtspunkte abgestellt werden. Wenig komplex, aber von erheblicher Tragweite, ist beispielsweise die Anweisung, auf jegliche Behandlung mit Blutprodukten zu verzichten. Umgekehrt kann die Wahl zwischen zwei gleichermassen anerkannten und risikoarmen Operationstechniken zwar für den medizinischen Laien komplex sein, die Wahl ist aber von vergleichsweise geringer Tragweite. Daher ist die Urteilsfähigkeit in der zweiten Sachlage rascher zu bejahen.

4.4.7.2. Dieselben Anforderungen bei Behandlungsverweigerung

- ⁶¹ Nicht zu folgen ist der gelegentlich in der Literatur vertretenen Ansicht, dass für die *Verweigerung einer Behandlung* geringere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen seien wie für die Einwilligung. Um gültig eine Behandlung zu verweigern, muss der Patient ebenso in der Lage sein, seine Diagnose, den erwarteten Krankheitsverlauf und mögliche Behandlungen, einschliesslich der realistischer Alternativen, kennen und verstehen zu können. Dass es dazu ein ‚Weniger‘ an Urteilsfähigkeit bräuchte als zum Erteilen der Einwilligung in einen (von der medizinischen Fachperson empfohlenen) Eingriff, ist nicht einzusehen.

Beispiel: Die Urteilsfähigkeit zur *Ablehnung* einer lebensrettenden, minimalinvasiven Blinddarmoperation ist nicht rascher zu bejahen als die Urteilsfähigkeit zur *Einwilligung* in diesen Eingriff.

- ⁶² Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob beim urteilsunfähigen Patienten ein Eingriff, dem der Vertreter zugestimmt hat (vgl. Rz. 71) selbst dann vorgenommen werden darf, wenn sich der urteilsunfähige Patient selber körperlich dagegen zur Wehr setzt. Gelingt bei dieser Sachlage ein «Deeskalieren» nicht, kann also der Urteilsunfähige auch mit viel Geduld und Zureden nicht für die Behandlung gewonnen werden, so muss – ähnlich, wie dies in der Pädiatrie

täglich gemacht wird – unter Verweis auf den mutmasslichen Willen des Patienten (Rz. 81 f.) gehandelt werden können.

Beispiel: Der 19-jährige Herr S. ist zufolge einer Trisomie 21 für Behandlungsentscheide nicht urteilsfähig. Er hat grosse Angst vor Ärzten, ansonsten ist er aber eine ausgesprochen fröhliche, aufgeweckte Persönlichkeit. Als er akut erkrankt und eine (lebensrettende) Routineoperation erforderlich wird, ist schon die medizinische Abklärung im Spitalumfeld für Herrn S. ganz schwierig. Als die Ärztin versucht, ihn von der Notwendigkeit des Eingriffs zu überzeugen, verweigert sich Herr S. dem Gespräch vollständig. Er will zwar möglichst rasch gesund werden, die Zustimmung zum Eingriff erteilt er aber nicht. Jeder Versuch von Gesundheitsfachpersonen, ihn auch nur zu berühren, wird mit heftigen Abwehrbewegungen quittiert. Die Operation ist dennoch zulässig, wenn sie seinem mutmasslichen Willen entspricht (wäre Herr S. urteilsfähig, würde er dem Eingriff zustimmen) und durch den Vertreter genehmigt wurde.

4.4.7.1. Relativität in zeitlicher Hinsicht

- ⁶³ Die Urteilsfähigkeit muss im Zeitpunkt der Vornahme der fraglichen Handlung vorliegen. So ist es denkbar, dass ein Patient nach einer hohen Medikamentengabe oder in einem vorübergehenden Delir nur für gewisse Zeit nicht urteilsfähig ist.

4.4.8. Klärung der Urteilsfähigkeit

- ⁶⁴ Die Urteilsfähigkeit ist zwar ein vom Gesetz definierter Rechtsbegriff. Zur Klärung der konkreten Fähigkeiten des einzelnen Patienten ist jedoch der Arzt zuständig.⁷² Da der ärztliche Eingriff – wie dargelegt – als Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich widerrechtlich ist, der Arzt somit zu seiner Entlastung alle Elemente einer gültigen Einwilligung nachzuweisen hat, führt eine allfällige *Beweislosigkeit* hinsichtlich der Urteilsfähigkeit notwendigerweise zum prozessualen Unterliegen des Arztes, und zwar auch mit Blick auf die (zivil- und strafrechtliche) Rechtmässigkeit des Eingriffs. Die sorgfältige Klärung der Urteilsfähigkeit drängt sich daher in allen Zweifelsfällen auf.

Obschon die Urteilsfähigkeit ein Rechtsbegriff ist, muss ihr Vorliegen oder Fehlen im Zweifelsfall durch den behandelnden Arzt geklärt werden.

- ⁶⁵ Das Gesetz sieht dazu kein bestimmtes Verfahren vor. Aus der Erläuterung der Urteilsfähigkeit dürfte allerdings klar geworden sein, dass ein Testverfahren, das lediglich kognitive Fähigkeiten abprüft, für die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit in medizinische Behandlungen nicht ausreicht. Hilfreich für die Praxis kann die Verwendung spezifischer Tests oder Fragebogen sein, beispielsweise der Richtlinie «Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis» der SAMW.⁷³ In schwierigen Entscheidungssituationen und wenn die Zeit dafür ausreicht, drängt sich allenfalls der Beizug einer psychiatrischen Fachperson auf.

4.4.9. Zum Umgang mit Patienten mit zweifelhafter Urteilsfähigkeit

- ⁶⁶ Ist die Urteilsfähigkeit des Patienten zweifelhaft, gilt es zunächst einmal, möglichst *optimale Rahmenbedingungen* für den Behandlungsentscheid zu schaffen. Obschon zur Beurteilung

⁷² In einem allfälligen Prozess wird allerdings das Gericht, gestützt auf das Gutachten eines ärztlichen Sachverständigen, die Rechtsfrage klären, ob die Urteilsfähigkeit für das strittige Geschäft vorhanden ist bzw. war.

⁷³ < www.samw.ch/dam/jcr:f280a76e-f5d9-4a83-b80d-5debe56507ae/richtlinien_samw_urteilsfaehigkeit.pdf >.

der Gültigkeit einer Willensäußerung letztlich ein ‚Alles-oder-Nichts-Entscheid‘ über die Urteilsfähigkeit des Patienten zu treffen ist, bedeutet dies nicht, dass diese unabhängig von den Begleitumständen bejaht oder verneint werden kann. Es gibt zahlreiche Möglichkeiten, einem geschwächten, betagten oder von milden Einschränkungen der geistigen Fähigkeiten betroffenen Patienten die gültige *Entscheidfindung zu erleichtern* und damit die vorhandenen Beeinträchtigungen unter Umständen wirksam aufzufangen.⁷⁴

- 67 So kann es allenfalls schon genügen, die optimale Tageszeit für Aufklärung und Behandlungsentscheid einzuplanen.⁷⁵ Dem Patienten ist sodann *genügend Zeit* für seine Meinungsbildung einzuräumen.⁷⁶ Im Gespräch mit einem geschwächten Patienten ist es wichtig, die *wesentlichen Gesichtspunkte* mehrfach zu wiederholen, zusammenzufassen und zu paraphrasieren. Da ein Patient möglicherweise dazu neigt, seine eigene Schwäche und sein Unverständnis zu überspielen, sollte er dazu aufgefordert werden, das Gesagte *in eigenen Worten* zu wiederholen und deren lebenspraktischen Auswirkungen zu umschreiben, damit der Arzt sich vergewissern kann, dass Diagnose, Behandlungsmöglichkeiten und -alternativen sowie deren Vor- und Nachteile wenigstens in groben Zügen verstanden wurden (vgl. zum Umgang mit fremdsprachigen Patienten vorne, Rz. 32).⁷⁷

Optimale Rahmenbedingungen (Zeit, Ort, Rahmen des Gesprächs usw.) können dazu beitragen, dass Patienten mit zweifelhafter Urteilsfähigkeit noch selber entscheiden können.

- 68 Die kognitiven Kompetenzen einer Person können sodann je nach *Umfeld* stark variieren. Es ist daher durchaus denkbar, dass eine unter leichter Demenz leidende Person in ihr nicht vertrauten Umfeld einer Arztpraxis oder eines Spitals deutlich stärkere Symptome einer kognitiven Beeinträchtigung zeigt als im familiären Kontext und in bekannter Umgebung. Insofern könnten – sofern die konkrete Sachlage dies zulässt – Hausbesuche des behandelnden Arztes bzw. des Hausarztes dazu beitragen, die noch verbliebene Selbstbestimmungsfähigkeit des Patienten optimal auszuschöpfen.⁷⁸

- 69 Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch das Problem nach der Zulässigkeit einer *Entscheiddelegation*.⁷⁹ Nicht selten wird der Patient den Wunsch äussern, dass der Arzt oder ein Angehöriger an seiner Stelle über das weitere medizinische Vorgehen entscheidet. Dies wird besonders oft dann zutreffen, wenn sich der Patient subjektiv mit dem Behandlungsentscheid überfordert fühlt und sich daher selber als nicht entscheidungsfähig einstuft. Ein solches Abtreten der Selbstbestimmung ist rechtlich unzulässig, solange der Patient urteilsfähig ist. Indessen darf die rechtliche Betrachtung nicht bei der abstrakten Beurteilung

Der urteilsfähige Patient kann den Behandlungsentscheid nicht an den Arzt oder an Angehörige delegieren. Unzulässig ist auch ein vollständiger Aufklärungsverzicht («blinde Einwilligung»).

⁷⁴ Siehe etwa die Hinweise bei AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 100 ff.

⁷⁵ Beispielsweise mit Rücksicht auf allfällige Medikamente und deren Nebenwirkungen oder auf tageszeitbedingte Schwankungen der Form des geistig geschwächten Klienten. In der Regel scheint der Vormittag für viele geistig geschwächte Personen günstiger zu sein als der Nachmittag oder gar Abend.

⁷⁶ Zur Problematik einer zu kurzen Überlegungsfrist u.a. BGer 4P.265/2002.

⁷⁷ Vgl. AMERICAN BAR ASSOCIATION COMMISSION ON LAW AND AGING & AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, Assessment of older adults with diminished capacity: A handbook for lawyers, Washington 2005, S. 29: «The importance of repeated testing for comprehension has been documented in research of informed consent procedures showing that comprehension is sometimes incomplete even when individuals state that they understand. This inconsistency is more pronounced among older adults, particularly those with low vocabulary and education levels.»

⁷⁸ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 102.

⁷⁹ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 105 ff.

der Delegation stehenbleiben, sondern bedarf der Anknüpfung an konkrete Lebenssachverhalte der medizinischen Praxis. Vielen Patienten ist das *Vertrauen* zu ‚ihrem‘ Arzt *wichtiger als die Wahrung der alleinigen Entscheidungshoheit*.⁸⁰ Die Grenze zwischen der (zweifelloso zulässigen) bloss beratenden Inanspruchnahme des Arztes («Wie würden Sie in meiner Situation entscheiden?») hin zur Entscheidelegation («Herr Doktor, bitte entscheiden Sie für mich!») ist oft fließend. So lange der Patient, im Anschluss an die Beratung durch den Arzt und allenfalls nach Rücksprache mit Angehörigen dem vorgeschlagenen, hinreichend konkret beschriebenen Vorgehen selber zustimmt, liegt, genau genommen, noch keine Delegation des Entscheids vor. Es fragt sich indessen, wie weit auf Einzelheiten der Aufklärung verzichtet werden kann. Der Verzicht auf einlässliche Darstellung aller mit dem Eingriff verbundenen Risiken und möglicher Behandlungsalternativen muss zulässig sein, wenn der Patient seinem Arzt diesbezüglich bewusst Vertrauen schenken will. *Unzulässig* wäre hingegen ein vollständiger *Aufklärungsverzicht*.⁸¹ (Zur Frage der Entscheidelegation an Angehörige siehe vorne, Rz. 33.)

5. Der urteilsunfähige Patient – die urteilsunfähige Patientin

5.1. Überblick über die Konsequenzen der Urteilsunfähigkeit

- ⁷⁰ Wie dargelegt, ist lediglich der Wille des urteilsfähigen Patienten rechtlich relevant. Zwar ist die Urteilsfähigkeit zeitlich und sachlich relativ zu sehen (Rz. 58 ff.). In Bezug auf einen konkreten Sachverhalt in einem bestimmten Zeitpunkt ist der Patient allerdings entweder urteilsfähig oder nicht. Es handelt sich um eine *Schwarz-Weiss-Entscheidung* ohne mildere Graustufen. Unbestrittenermassen ist somit die Einwilligung eines Urteilsunfähigen kein gültiger Rechtfertigungsgrund. Ebenso wenig begründet dessen Verweigerung rechtliche Wirkungen.
- ⁷¹ Da jede medizinische Behandlung einer gültigen Einwilligung bedarf, musste der Gesetzgeber klären, wie bei Urteilsunfähigkeit vorzugehen ist (siehe dazu auch das Flussdiagramm bei Rz. 38). In der Regel wird für den Behandlungsentscheid auf die Einwilligung des Vertreters des urteilsunfähigen Patienten abgestellt (dazu sogleich). Gelegentlich erübrigt sich der Beizug eines Vertreters, weil eine direkt anwendbare, hinreichend konkrete Patientenverfügung vorliegt (Rz. 91). In dringlichen Fällen wird der Arzt selber entscheiden müssen (Rz. 86).

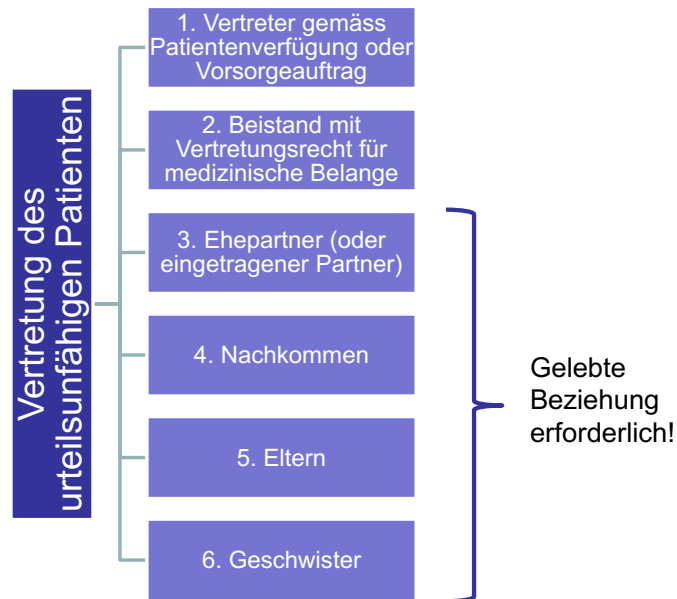
5.2. Vertreterentscheid an Stelle des Patientenentscheids

5.2.1. Die vertretungsberechtigten Personen

- ⁷² Das Erwachsenenschutzrecht bestimmt die zur Vertretung berechtigten Personen und deren Reihenfolge. Diese sogenannte Kaskadenordnung ist für das Behandlungsteam verbindlich.

⁸⁰ Siehe die Hinweise bei AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 106, Fn 158.

⁸¹ Dazu u.a. AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung, S. 152.



- ⁷³ Primär vertretungsberechtigt ist diejenige Person, die der Patient in einer Patientenverfügung oder einem Vorsorgeauftrag bestimmt hat (dazu Rz. 88 und 104). Allerdings ist zu beachten, dass diese Anordnungen formbedürftig sind. Es genügt daher nicht, dass der (zu diesem Zeitpunkt noch urteilsfähige) Patient bei seinem Spitaleintritt mündlich angegeben hat, eine bestimmte Person sei «nächste zu kontaktierende Person» oder «vertretungsberechtigte Person» und dieser Hinweis im Patientendossier vermerkt wurde. Damit später keine Unsicherheiten über die Vertretungsberechtigung aufkommen, sollte eine solche Erklärung datiert und vom Patienten unterzeichnet werden, sodass sie als verbindliche Patientenverfügung gilt (Rz. 89).
- ⁷⁴ Hat der Patient selber keinen Vertreter bestimmt, steht an zweiter Stelle der Kaskadenordnung der durch die KESB bestellte *Beistand*. Dabei ist zu beachten, dass Vertretungsbeistandschaften oft nur für andere Zwecke, insbesondere für die Vermögensverwaltung, eingesetzt werden. Ein Beistand, der auch in medizinischen Belangen entscheidbefugt ist, ist vergleichsweise selten vorhanden. Die Nennung bereits an zweiter Stelle der Kaskade hat den Zweck, dass – wo nötig (vgl. Rz. 79) – die Vertretung durch Angehörige verhindert werden kann. Sie sagt über die Häufigkeit einer solchen Vertretungsbefugnis nichts aus.
- ⁷⁵ Darauf folgen in der Kaskadenordnung bestimmte *Angehörige*, wobei die Formalbeziehung alleine nicht genügt. Das Gesetz setzt voraus, dass die Beziehung auch gelebt wird. Dies wird mit der Wendung «regelmässig und persönlich Beistand leisten» zum Ausdruck gebracht. Wie der behandelnde Arzt das Bestehen einer solchen Beziehung feststellen oder prüfen soll, lässt das Gesetz allerdings offen.
- An erster Stelle der vertretungsbefugten Angehörigen steht der Ehepartner bzw. (bei gleichgeschlechtlichen Paaren) der eingetragene Partner oder die eingetragene Partnerin. Hier ist alternativ ein regelmässiger und persönlicher Beistand oder eine Hausgemeinschaft gefordert, weil eine intakte Ehe auch vorliegen kann, wenn die Ehegatten (z.B. krankheitsbedingt) nicht im gemeinsamen Haushalt wohnen.
 - Zur Vertretung berechtigt an nächster Stelle, wer ohne eine rechtlich geordnete Beziehung mit dem urteilsunfähigen Patienten in Hausgemeinschaft lebt und ihr regelmässig

und persönlich Beistand leistet. Diese offene Formulierung umfasst insbesondere Konkubinatspartner (eheähnliche Lebensgemeinschaften), aber auch andere Formen von tragfähigen Verantwortungs- und Lebensgemeinschaften. Dabei ist grundsätzlich nicht die Dauer des Zusammenlebens massgeblich, sondern die Intensität der Beziehung. Eine erst seit ganz kurzer Zeit bestehende Lebensgemeinschaft wird aber u.U. noch nicht so gefestigt sein, dass man der Lebenspartnerin oder dem Lebenspartner des Patienten die Verantwortung für einen Behandlungsentscheid überbürden sollte.

- Es folgen die Nachkommen, Eltern und Geschwister (in dieser Reihenfolge), wobei die nächste Stufe der Kaskade nur dann relevant wird, wenn es an Angehörigen der vorderen Stufen fehlt.

Beispiel: Die 52-jährige Patientin P. hat keine Patientenverfügung verfasst und steht nicht unter Beistandschaft. Sie ist geschieden. Mit ihrem neuen Lebenspartner L. lebt sie nicht zusammen, da sie aufgrund einer schweren Erkrankung schon längere Zeit in einem Pflegeheim untergebracht ist. Für die von den Ärzten vorgeschlagene Behandlung ist sie aufgrund eines Delirs nicht urteilsfähig. Nächste Angehörige sind ihr Sohn S. (22-jährig), ihr Bruder B. (59-jährig), und ihre Mutter M. (78-jährig). Gemäss Vertretungskaskade ist der Sohn vertretungsberechtigt. Anders würde es sich verhalten, wenn Frau P. mit Herrn L. verheiratet wäre; diesfalls wäre nicht der (hier fehlende) gemeinsame Haushalt entscheidend, vielmehr würde bei Bestehen einer Formalbeziehung das regelmässige und persönliche Leisten von Beistand für die Vertretungsberechtigung ausreichen.

- 76 Sind mehrere Personen *derselben Stufe* vertretungsberechtigt – beispielsweise, wenn ein alleinstehender Patient mehrere Nachkommen hat – ist ein einstimmiger Entscheid erforderlich. Allerdings darf der gutgläubige Arzt gemäss Art. 378 Abs. 2 ZGB annehmen, dass jede Person im Einverständnis mit den anderen handelt. Gutgläubig ist der Arzt, wenn er nichts von einer etwaigen Uneinigkeit weiss oder wissen müsste. Ist dies nicht der Fall, hat er gemäss Art. 381 ZGB die KESB über die Uneinigkeit der vertretungsberechtigten Personen zu informieren (dazu Rz. 79).
- 77 Das Wahrnehmen des Vertretungsrechts kann für den vertretungsberechtigten Angehörigen eine grosse emotionale Belastung darstellen. Es ist daher wichtig, darauf hinzuweisen, dass *keine Pflicht zur Vertretung* besteht, sondern jeder Vertretungsberechtigte diese Aufgabe ablehnen kann. Vertretungsberechtigt ist diesfalls die nächste Person in der Kaskade. Fehlt eine solche, muss durch die KESB ein Beistand eingesetzt werden. Reicht die Zeit dafür nicht aus, so muss der behandelnde Arzt entscheiden (vgl. Rz. 86).

Es besteht keine Pflicht zur Vertretung – wer sich nicht in der Lage fühlt, den Stellvertreterentscheid zu treffen, darf dies ablehnen.

5.2.2. Problemfälle und Abweichen von der Vertretungskaskade

- 78 Diese erläuterte Vertretungskaskade ist abschliessend und zwingend zu befolgen, auch wenn sie gegebenenfalls *nicht der gefühlten Nähebeziehung* entspricht. Weitere, mit dem Patienten unter Umständen viel besser vertraute Personen wie gute Freunde, die den Patienten regelmässig besucht haben, müssen vom Patienten selber gültig zum Vertreter bestimmt oder behördlich als Beistand eingesetzt werden. Daher ist es (dringliche Fälle vorbehalten, Rz. 86), unzulässig, wenn die gesetzlich vorgesehene Kaskade umgangen wird und man schlicht die Angehörigen «am Bettrand» entscheiden lässt. Eine darauf gestützte Behandlung wäre

mangels gültig erteilter Einwilligung widerrechtlich. Zudem sind gegenüber den nicht vertretungsberechtigten Angehörigen und Freunden die Vertraulichkeitspflichten zu beachten (Rz. 117 ff.).

- ⁷⁹ Nicht selten wirft die *Zusammenarbeit mit Angehörigen* Probleme auf.⁸² Diese können in der Person der Angehörigen selbst liegen, beispielsweise, wenn sie mit der Entscheidung überfordert sind, eigene Interessen oder Wertungen vertreten oder untereinander nicht einig sind. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die gesetzlichen Vertreter ihr Recht missbrauchen, sind die Interessen des Patienten gefährdet oder sind mehrere, auf gleicher Stufe berechnigte Angehörige mit Bezug auf die Behandlung uneinig, ist die KESB zu informieren. Diese wird gestützt auf Art. 381 ZGB eine Vertretungsbeistandschaft errichten. Dieses Verfahren kann allerdings einige Zeit in Anspruch nehmen, muss doch die KESB die konkreten Beziehungen und die medizinische Situation abklären, um entscheiden zu können. Das Ernennen eines Beistandes kann daher in der Praxis mehrere Wochen in Anspruch nehmen. In der Zwischenzeit trifft der behandelnde Arzt selber die notwendigen bzw. dringlichen Behandlungsentscheidungen (dazu Rz. 86).

5.3. Behandlungsplan und Beachtung des mutmasslichen Willens des Urteilsunfähigen

- ⁸⁰ Gesetzlich ist für die Behandlung von urteilsunfähigen Patienten ein Behandlungsplan i.S.v. Art. 377 ZGB vorgesehen. Darin plant der Arzt die Behandlung und bespricht sie mit dem gesetzlichen Vertreter. Dieser ist ebenso aufzuklären wie es beim Patienten selbst der Fall wäre, denn auch die vertretende Einwilligung muss dem «*informed consent*»-Prinzip genügen.
- ⁸¹ Die Vertretung des Patienten hat entsprechend dessen *mutmasslichen Willen* zu erfolgen. Das bedeutet, dass der Vertreter die notwendigen Entscheidungen nicht nach seinem Gutdünken oder nach seinen eigenen Präferenzen und Wertvorstellungen trifft, sondern im Hinblick darauf, was der Patient selber für sich entscheiden würde, wenn er noch könnte.

Beispiel: Der 87-jährige Herr C. lebt seit drei Jahren im Pflegeheim. Bei verschiedenen Gelegenheiten hat er gegenüber dem Pflegepersonal und dem Hausarzt mündlich zum Ausdruck gebracht, dass er eigentlich «lebenssatt» sei, keine Angst vor dem Tod habe und keine intensivmedizinische Betreuung möchte. Eine Patientenverfügung liegt nicht vor, nächste Angehörige (i.S.v. Art. 378 ZGB) sind die beiden Söhne. Als Herr C. einen Schlaganfall erleidet, ins Spital verbracht und dort stabilisiert wird, fällt es den Söhnen schwer, das Sterben von Herrn C. zuzulassen. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass sie sich in den letzten Jahren wegen hoher beruflicher und familiärer Belastung nur wenig um Herrn C. gekümmert haben. Sie fordern eine maximale medizinische Betreuung ein. Dies entspricht offenkundig nicht dem mutmasslichen Willen von Herrn C.

Wie ist hier vorzugehen: Die Söhne sollten ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden, dass der Behandlungsentscheid dem mutmasslichen Willen des Patienten entsprechen muss. Beharren sie auf einer Behandlung, die offenkundig nicht dem mutmasslichen Willen von Herrn C. entspricht, muss eine Gefährdungsmeldung an die KESB erfolgen. Bis diese verbindlich über die Vertretungsberechtigung entscheidet, ist der Arzt entscheidungsbefugt, wobei dieser sich am mutmasslichen Willen von Herrn C. orientieren wird – auf eine intensivmedizinische Behandlung wird daher in der vorliegenden Sachlage (klarer Patientenwunsch) verzichtet.

- ⁸² Der mutmassliche Wille ist aufgrund der *konkreten Umstände* zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind neben der medizinischen Situation (Diagnose, Behandlungsmöglichkeiten und damit

⁸² S. dazu BASS-Studie, S. 13 ff.

verbundene Risiken und Belastungen, Prognose) die früheren Äusserungen des (damals noch urteilsfähigen) Patienten, dessen Wertvorstellungen und ggf. religiöse Überzeugungen, allfällige frühere Entscheide in ähnlichen medizinischen Situationen und seine Lebensumstände. Für gewöhnlich haben dabei die Aussagen der nahen Angehörigen grosses Gewicht. Auch etwaige ungültige oder nicht anwendbare Patientenverfügungen können Indizien für den mutmasslichen Willen liefern. Es liegt grundsätzlich in der Verantwortung des oder der vertretungsberechtigten Angehörigen, den mutmasslichen Willen des Patienten abzuklären und den Arzt darüber zu informieren.

- 83 Das Gesetz sieht in Art. 377 Abs. 3 ZGB ausdrücklich die *Partizipation* des urteilsunfähigen Patienten im Rahmen seiner Möglichkeiten vor. Urteilsunfähige können unter Umständen noch einen Willen äussern und dieser muss auch nicht unbeachtet bleiben, obwohl er rechtlich keine Bindung mehr bewirkt. Zwar verliert er zum Schutze des Patienten, der entsprechend seiner eingeschränkten kognitiven Fähigkeiten nicht mehr die Entscheidungsverantwortung tragen soll, an Bedeutung. Dennoch soll der urteilsunfähige Patient soweit möglich in den Behandlungsentscheid einbezogen werden, seine Wünsche äussern und an der Entscheidungsfindung partizipieren. Willensäusserungen des urteilsunfähigen Patienten können zudem unter Umständen entscheidende Rückschlüsse auf dessen mutmasslichen Willen liefern.
- Die Wünsche und Vorstellungen des urteilsunfähigen Patienten sind nicht vollständig unbeachtlich. Der Betroffene ist, soweit möglich, in den Behandlungsentscheid einzubeziehen und der Vertreterentscheid muss sich an seinem mutmasslichen Willen ausrichten.
- 84 Eine Patientenverfügung kann *Weisungen* an eine vertretungsberechtigte Person oder allgemeine Wünsche zur Behandlung enthalten. Solchen Weisungen hat der Vertreter Folge zu leisten, sofern nicht einer der Gründe gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB vorliegt, welche ein Abweichen von der Verfügung gebieten (Rz. 91 ff.). Sind die Weisungen allgemein gefasst (bspw. hat der Betroffene den Wunsch nach einer effektiven Schmerzbekämpfung unter Inkaufnahme einer allfällig damit verbundenen Lebensverkürzung geäussert), so obliegt es dem Vertreter, sie im Hinblick auf die konkrete Behandlungssituation zu konkretisieren.
- 85 Gibt es keine verlässlichen Rückschlüsse auf den mutmasslichen Willen des konkreten Patienten (vgl. zu den wichtigsten Indizien Rz. 82), so ist der Behandlungsentscheid nach *objektiven Kriterien* bzw. entsprechend der medizinischen Indikation zu treffen, massgeblich ist mit anderen Worten das medizinisch (unter Berücksichtigung der konkreten Umstände) Gebotene. Dies trifft u.a. bei Personen zu, die auch zu einem früheren Zeitpunkt nicht urteilsfähig waren, beispielsweise wegen angeborener geistiger Behinderung (sog. habituell urteilsunfähige Personen). Hier besteht die Besonderheit, dass sie nicht nur aktuell keinen rechtlich relevanten Willen bilden können, sondern darüber hinaus auch in der Vergangenheit nie einen bilden konnten. Die Orientierung an früheren Behandlungsentscheidungen o.dgl. entfällt daher. Analoges gilt dann, wenn keine Angehörigen vorhanden sind oder diese zum mutmasslichen Willen des Patienten keine Angaben machen können.

5.4. Dringliche Behandlungsentscheide

- ⁸⁶ Die Klärung der vertretungsberechtigten Person, das Besprechen der geplanten Behandlung und das Einholen der vertretungsweisen Einwilligung kann einige Zeit in Anspruch nehmen. Unter Umständen muss der Entscheid über eine medizinische Massnahme aber rasch getroffen werden, sodass die Zeit nicht ausreicht, um die Vertretungsberechtigung abzuklären oder um die vertretungsberechtigte Person zu erreichen. Dringlichkeit kann sich aber auch daraus ergeben, dass die Vertretungsverhältnisse streitig sind und bis zur Klärung durch die KESB nicht zugewartet werden kann.⁸³

Reicht die Zeit nicht aus, um die Einwilligung der vertretungsberechtigten Person einzuholen, so entscheidet der Arzt nach dem mutmasslichen Willen und den objektiven Interessen des urteilsunfähigen Patienten.

Das Gesetz sieht in Art. 379 ZGB für diesen Fall vor, dass der *Arzt entscheidungsbefugt* ist. Er richtet sich dabei nach dem mutmasslichen Willen und den objektiven Interessen des Patienten. Dringlichkeit im Sinne der genannten Bestimmung beinhaltet nach dem Gesagten nicht nur eigentliche medizinische Notfallentscheidungen, sondern liegt immer dann vor, wenn die Zeit nicht ausreicht, um das gesetzlich vorgesehene Prozedere einzuhalten.

Beispiel: Der betagte, multimorbide Herr S. wird nach einem Sturz mit Kopfverletzungen durch die Rettungsdienste ins Spital überführt. Nach einer ersten Stabilisierung stellt sich die Frage der weiteren Behandlung. Herr S. ist diesbezüglich nicht urteilsfähig. Die beiden entscheidungsbefugten Töchter sind uneinig. Die KESB teilt auf Anfrage mit, die Einsetzung einer Vertretungsperson werde mindestens zwei Wochen in Anspruch nehmen, da mit beiden Töchtern Gespräche geführt werden müssten. In der Zwischenzeit darf der behandelnde Arzt über diejenigen medizinischen Behandlungen, die keinen so langen Aufschub erdulden, entscheiden und diese durchführen.

6. Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag

- ⁸⁷ Sowohl mit einer Patientenverfügung wie auch mit einem Vorsorgeauftrag kann eine Person im Voraus Anordnungen für den Fall einer künftigen Urteilsunfähigkeit treffen. Die Patientenverfügung ist dabei spezifisch auf medizinische Behandlungsentscheide zugeschnitten. Hingegen hat der Vorsorgeauftrag regelmässig einen breiteren Anwendungsbereich, zudem unterliegt er anderen Formvorschriften.

6.1. Patientenverfügung

6.1.1. Inhalt und Form

- ⁸⁸ Mit der Patientenverfügung kann eine noch urteilsfähige Person für den Fall ihrer zukünftigen Urteilsunfähigkeit
- entweder einen Vertreter bestimmen (Rz. 73; dem Vertreter können zudem konkrete Handlungsanweisungen gegeben werden); es können auch Gesichtspunkte benannt werden, welche von der Ärzteschaft und dem gesetzlichen Vertreter bei der Ermittlung des mutmasslichen Patientenwillens zu berücksichtigen sind;

⁸³ Botschaft, S. 7037.

- oder festlegen, welche medizinischen Massnahmen sie für den Eintritt einer bestimmten Behandlungssituation explizit wünscht oder aber ablehnt.⁸⁴ Denkbar ist beispielsweise der explizite Verzicht auf eine Wiederbelebung bei einem Herz-Kreislauf-Stillstand.⁸⁵

- ⁸⁹ Für die Gültigkeit der Patientenverfügung genügen *Schriftlichkeit, Datierung und Unterschrift* – weitere Formalien sind nicht nötig. Die Verfügung kann *individuell* formuliert werden, es genügt aber auch die Übernahme (Datierung und Unterzeichnung) eines vorformulierten Formulars. Die formellen Voraussetzungen wurden durch den Gesetzgeber bewusst niedrig angesetzt. Dies ist insofern nicht ganz unproblematisch, als sich bei *vorformulierten Verfügungen* nicht selten die Frage stellen wird, ob der Patient die Formulierungen und deren konkrete Tragweite für die eigene Situation hinreichend verstanden hat.⁸⁶ Bestehen diesbezüglich ernsthafte Zweifel, so ist der Patientenverfügung nicht zu entsprechen. Bestehen zwar keine Bedenken mit Bezug auf den Willen des Patienten, sind aber die Formvorschriften nicht eingehalten (insbesondere fehlende Unterschrift unter einem ausgefüllten Formular), so können die Äusserungen unter Umständen als Indiz für den mutmasslichen Willen des Betroffenen dienen.⁸⁷
- ⁹⁰ Damit die Weisungen des Patienten im Notfall rasch greifbar sind, kann es sich aufdrängen, sie in eine *Behandlungsdokumentation* zu übertragen. Die Dokumentation als solche stellt aber noch keine eigentliche Patientenverfügung dar.

Die formgültige Patientenverfügung liegt in Schriftform vor und sie wurde vom urteilsfähigen Patienten datiert und unterzeichnet.

Beispiel: Ein Patient hat eine aktuelle, formgültige Patientenverfügung ins Spital mitgebracht, in der er ausdrücklich auf eine REA verzichtet. Es ist sinnvoll, diese Anweisung (evtl. nach nochmaliger Rückversicherung mit dem Patienten) in die Behandlungsdokumentation zu übernehmen. Findet sich hingegen keine Patientenverfügung und nur ein «REA-Status», so ist dies aus rechtlicher Sicht nicht gleichermassen verlässlich.

6.1.2. Verbindlichkeit und Abweichen von der Verfügung

- ⁹¹ Einer gültig errichteten Patientenverfügung, die auf die konkrete Situation anwendbar ist, ist von Seiten der Ärzteschaft⁸⁸ zu entsprechen, d.h., sie ist *verbindlich*. In der Praxis zeigt sich indessen, dass die meisten Patientenverfügungen zu wenig konkret sind, als dass sich daraus in der gegebenen Situation ein konkretes medizinisches Vorgehen ableiten liesse. Diesfalls sind die in der Verfügung geäusserten Anweisungen als Indizien für den mutmasslichen Willen zu verstehen und beim Vertreterentscheid zu berücksichtigen (Rz. 81 f.).
- ⁹² Heikel an der geltenden Rechtslage ist auch, dass eine Patientenverfügung *kein Ablaufdatum* kennt und bestehen bleibt, obwohl sich das Krankheitsbild, mögliche Therapien oder auch

⁸⁴ WIDMER BLUM, S. 93.

⁸⁵ Da dafür die Form der Patientenverfügung erforderlich ist, genügt es nicht, wenn in der Patientendokumentation lediglich angekreuzt ist «REA-Status: Nein». Sofern mit dem Patienten darüber gesprochen wurde, ist das zwar ein Indiz für seinen mutmasslichen Willen, eine formgültige und damit verbindliche Patientenverfügung liegt aber nicht vor; vgl. auch das Beispiel bei Rz. 90.

⁸⁶ WASSEM, S. 48.

⁸⁷ WASSEM, S. 86.

⁸⁸ Gemäss dem Gesetzeswortlaut ist die Patientenverfügung nur für den behandelnden Arzt verbindlich. Dies würde bedeuten, dass beispielsweise Rettungskräfte oder Pflegepersonal in Heimen die Patientenverfügung nicht beachten müssen. Eine solche Auffassung ist allerdings abzulehnen: Ist der Patientenwille in der Akutsituation klar und unzweideutig und die Patientenverfügung offenkundig gültig, dann ist es sachgerecht, dass diese Anordnung von allen Gesundheitsfachpersonen respektiert wird.

ganz andere Lebensumstände längst geändert haben. Dies führt zu Zweifeln darüber, ob die getroffenen Anordnungen wirklich noch den mutmasslichen Willen des Patienten abbilden. Je älter die Patientenverfügung ist, desto eher rechtfertigt es sich, sie kritisch zu hinterfragen. Wurde die Verfügung hingegen erst vor kurzer Zeit, allenfalls sogar im Wissen um eine konkrete, fortschreitende Erkrankung erstellt, so erweist sie sich eher als verlässlich.

- ⁹³ Gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB kann *von der Patientenverfügung abgewichen* werden, «wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht». Auf diese Gründe ist im Folgenden näher einzugehen.
- ⁹⁴ Unbeachtlich ist eine Patientenverfügung, wenn die Anordnungen gegen *gesetzliche Vorschriften* verstossen (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Verfügung eine direkte aktive Sterbehilfe (zum Begriff: Rz. 130) anordnet.⁸⁹ Demgegenüber ist die indirekte aktive Sterbehilfe, d.h. insbesondere die Schmerzlinderung mit Mitteln, welche zugleich lebensverkürzend sind, zulässig und kann daher Gegenstand einer Patientenverfügung sein (hinten, Rz. 132). Unstreitig kann sich der Patient sodann mittels einer Verfügung gegen lebenserhaltende Massnahmen wehren, bspw. gegen Wiederbelebungsmassnahmen oder künstliche Ernährung.⁹⁰
- ⁹⁵ Der Patientenverfügung ist nicht Folge zu leisten, wenn (erhebliche) Zweifel am freien Willen des Betroffenen bestehen.⁹¹ Im Vordergrund stehen dabei die bereits im Zusammenhang mit der Einwilligung erwähnten *Willensmängel* (Irrtum, Täuschung, Furchterregung, Zwang; dazu Rz. 19 ff.). Heikel sind Verfügungen, die ihren Grund in einer streng religiösen bzw. sektiererischen Weltanschauung haben. Insofern ist zweierlei zu bedenken: Einerseits muss die in einer Patientenverfügung getroffene Anordnung weder objektiv vernünftig sein noch der herrschenden Anschauung entsprechen. Vielmehr ist die persönliche Überzeugung des Patienten beachtlich, falls der Betroffene beim Abfassen der Verfügung urteilsfähig war. Andererseits kann jedoch u.a. im Umfeld einer Sekte der Druck auf das einzelne Mitglied, eine bestimmte Verfügung (entgegen der persönlichen Überzeugung) anzufertigen oder zu unterzeichnen, so erheblich sein, dass von einem freien Willen nicht mehr die Rede sein kann. In dieser Sachlage ist die Verfügung unbeachtlich.

Beispiel: Die Patientin Frau T. wird urteilsunfähig ins Spital gebracht, mit ihr eine Patientenverfügung, in der sie schulmedizinische Behandlungen strikte ablehnt und nur die «Behandlung» durch einen namentlich genannten «Heiler» erlaubt. Rasch wird klar, dass sich Frau T. seit zwei Jahren in einem Sektenumfeld bewegt, während sie zuvor Behandlungen, wie sie aus medizinischer Sicht aktuell indiziert wären, in Anspruch genommen hat. Bestehen vor diesem Hintergrund starke Indizien dafür, dass die Patientenverfügung nicht aus freiem Willen unterzeichnet wurde, ist sie unverbindlich.

- ⁹⁶ Die Patientenverfügung ist auch dann unbeachtlich, wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie aktuell *noch* dem *mutmasslichen Willen* des Patienten entspricht (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Eine Äusserung, welche der Patient tätigt, während die volle Urteilsfähigkeit nicht mehr bejaht werden kann, darf daher nicht völlig unberücksichtigt bleiben.⁹² Anlass zu begründeten

⁸⁹ HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB, S. 105, m.w.H.

⁹⁰ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 153.

⁹¹ Ausführlich dazu WIDMER BLUM, S. 176 ff.

⁹² So u.a. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.56.

Zweifeln kann – neben entsprechenden Äusserungen – auch ein *sonstiges Verhalten* des Patienten wecken. Daneben können auch *äussere Umstände* die Verfügung in Frage stellen. Wurde mittels Verfügung eine vertretungsberechtigte Person eingesetzt, kann der Abbruch der Beziehung das der Verfügung zugrunde liegende Vertrauensverhältnis zerstört haben.

Zweifel an der Aktualität der Verfügung können ausserdem u.a. dann bestehen, wenn die Verfügung vor längerer Zeit errichtet wurde, mittlerweile neue und besser geeignete Behandlungsmethoden entwickelt worden sind oder sich die Lebenssituation des Patienten grundlegend geändert hat.⁹³ Die *Vorstellung eines lebenswerten Lebens* kann sich

Die Vorstellung eines «lebenswerten Lebens» kann sich im Verlaufe der Zeit ändern. Daher ist denkbar, dass eine ältere Patientenverfügung nicht mehr dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht.

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

- ⁹⁷ Gelangt der behandelnde Arzt bzw. das Ärzteteam zum Schluss, dass aus einem der genannten Gründe der Patientenverfügung nicht zu entsprechen ist, so ist dies unter Grundangabe *im Patientendossier zu vermerken* (Art. 372 Abs. 3 ZGB).

6.1.3. Auslegung der Verfügung

- ⁹⁸ Den meisten Patienten fehlt das medizinische Fachwissen und es bleibt, insbesondere bei der Übernahme vorformulierter Formulare, oft unklar, ob der Patient das Geschriebene verstanden bzw. was er sich darunter vorgestellt hat. Zudem kann fraglich sein, ob der Patient, wäre er aufgeklärt worden, die Verfügung tatsächlich so gewollt hätte. Studien belegen denn auch, dass Patientenverfügungen nach ärztlicher Beratung oftmals vollkommen anders verfasst werden.⁹⁴

Beispiel: Der 72-jährige Herr I. ist ein lebensfroher, aktiver Rentner. Allerdings leidet er seit einiger Zeit an Herzproblemen. In seiner Patientenverfügung hat er angekreuzt, dass er bei einem Herzstillstand wiederbelebt werden wolle – schliesslich hat er noch viel vor! Einige Jahre später erleidet er bei einem Tauchgang einen Herz-Kreislauf-Stillstand. Die Chancen auf eine völlige Wiederherstellung sind sehr gering; mit grosser Wahrscheinlichkeit müsste Herr I. mit sehr schweren neurologischen Schäden leben bzw. künstlich am Leben erhalten werden. Beim Verfassen der Patientenverfügung hat er diese Situation bzw. die schlechte Prognose nach einer Herz-Lungen-Wiederbelebung nicht vor Augen gehabt. Ein Abweichen von der Verfügung i.S. des Therapieabbruchs ist hier erlaubt.

- ⁹⁹ Die *Angst vor einem therapeutischen Übereifer*, der ein würdevolles Sterben nicht mehr zulässt, ist weit verbreitet. Viele Menschen fürchten sich davor, umgeben von Apparaten und Schläuchen anstatt friedlich («würdevoll») und im Beisein ihrer Angehörigen zu sterben. Eine andere verbreitete Befürchtung ist, monate- oder jahrelang ohne Bewusstsein und bei schlechter Lebensqualität künstlich am Leben erhalten zu werden. Diese Ängste sind zu respektieren, sie sind aber auch bei der Frage, wie die Verfügung in einer ganz spezifischen Be-

⁹³ Kritisch mit Bezug auf die Fähigkeit zur Antizipation u.a. AEBI-MÜLLER, Selbstbestimmung, S. 165 ff.; zudem WIDMER BLUM, S. 188 f.

⁹⁴ S. die Hinweise bei AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung, S. 160 ff.

handlungssituation zu verstehen ist, zu berücksichtigen. Eine auf den ersten Blick unmissverständliche Anordnung (z.B. «keine Schläuche») kann sich beim näheren Hinsehen als blosser, aber verbindlicher Wunsch nach Verzicht auf maximalinvasive Massnahmen auf einer Intensivpflegestation erweisen.

Beispiel: Die 68-jährige Frau K. hat in ihrer Patientenverfügung geschrieben, sie lehne intensivmedizinische Massnahmen ab. Als sie nach einem Insektenstich aufgrund einer schweren Allergie nicht mehr atmen kann und das Bewusstsein verliert, wird sie durch den aufgebotenen Notarzt intubiert und ins Spital überführt. Die Untersuchung ergibt, dass aufgrund des raschen Eingreifens keine neurologischen Schäden zu erwarten sind. Da nun aber auch die Patientenverfügung aufgefunden wird, fragt sich das Ärzteteam, ob die Intubation – die eine intensivmedizinische Massnahme darstellt – rechtmässig erfolgt ist oder ob sie umgehend beendet werden muss. Die Auslegung der Patientenverfügung dürfte ergeben, dass Frau K. eine bloss kurzfristige, bis zum Abklingen der allergischen Reaktion lebensrettende Intubation nicht ausschliessen wollte, zumal bei guter Prognose.

- ¹⁰⁰ Damit dem mutmasslichen Patientenwillen möglichst gut Rechnung getragen werden kann, wird der behandelnde Arzt nach dem Gesagten auch bei Vorliegen einer Patientenverfügung in vielen Fällen nicht darum herumkommen, zur Auslegung *Externa* beizuziehen. Beispielsweise können frühere Ärzte (insb. der Hausarzt), Pflegepersonal und Angehörige womöglich unklare Formulierungen der Verfügung erläutern. Auch Hinweise auf die Weltanschauung und Wertvorstellungen oder konkrete Ängste (z.B. Angst vor Schmerzen oder Dauerabhängigkeit von Pflegeleistungen) des Patienten können Hinweise zur Auslegung geben.⁹⁵
- ¹⁰¹ Ist der Patient mit Bezug auf die konkrete Massnahme zwar nicht mehr urteilsfähig, aber doch noch *äusserungsfähig*, so muss er auch bei Vorliegen einer Patientenverfügung in den Behandlungsentscheid einbezogen werden (Partizipationsrecht, dazu vorne, Rz. 83). Dies ergibt sich nicht direkt aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Patientenverfügung, aber aus den allgemeinen Regeln betreffend die Behandlung urteilsunfähiger Patienten.

6.1.4. Abgrenzung: Advance Care Planning und Vertreterverfügung

- ¹⁰² Ein Advance Care Planning (ACP) ist zur fortlaufenden *Klärung der Patientenwünsche* in vielen Sachlagen gut geeignet. Denkbar ist sogar, dass sich das ACP schliesslich in einer konkreten und besonders verlässlichen Patientenverfügung niederschlägt. Kommt allerdings – aus welchen Gründen auch immer – keine formgültige Patientenverfügung zustande, so sind die Wünsche und Dokumente, die aus dem ACP resultiert haben, nur (aber immerhin) Indizien für den mutmasslichen Willen des Patienten.
- ¹⁰³ Hat der Patient im Zustand der Urteilsfähigkeit keine Patientenverfügung verfasst, kann diese nicht nachträglich durch seine Angehörigen oder gesetzlichen Vertreter erstellt werden. Das Errichten einer Patientenverfügung ist ein «absolut höchstpersönliches» Recht, ähnlich wie ein Testament. Insofern kommt einer *Vertreterverfügung* nicht die Wirkung einer Patientenverfügung zu. Hingegen ist es denkbar, dass der Arzt mit dem Vertreter (zu den vertretungsberechtigten Personen vorne, Rz. 72 ff.) eines urteilsunfähigen Patienten mögliche Szenarien bzw. Akutsituationen vorbespricht, weil in einer solchen Situation nicht mehr genügend Zeit für eine Rücksprache sein wird. Ein solches, konkret auf mögliche Behandlungssituationen und -entscheide zugeschnittenes Gespräch kann, auch wenn es in die Zukunft gerichtet ist,

⁹⁵ AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 167.

eine Behandlungsplanung (Rz. 80) darstellen und insofern eine zulässige antizipierte Zustimmung oder Verweigerung durch den Vertreter beinhalten.

Beispiel: Herr O. hat einen Herzinfarkt erlitten und ist derzeit auf der Intensivstation des Spitals. Mit der Ehefrau als gesetzliche Vertreterin bespricht der behandelnde Arzt mögliche Behandlungsszenarien. Wegen der schlechten Prognose erklärt sich die Ehefrau damit einverstanden, dass im Falle eines Herzstillstandes keine Reanimation erfolgen soll. Sie unterzeichnet ein entsprechendes Dokument. Dabei handelt es sich nicht um eine Patientenverfügung, dennoch darf sich der Arzt für den Fall, dass diese Situation (Herzstillstand) eintritt, auf die Vereinbarung mit der Ehefrau («Behandlungsplan») verlassen.

6.2. Vorsorgeauftrag

- ¹⁰⁴ Eine weitere Möglichkeit, für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit Vorkehrungen zu treffen, besteht im Vorsorgeauftrag nach den Art. 360 ff. ZGB. Im Vorsorgeauftrag wird eine Person bezeichnet, die im Falle der Urteilsunfähigkeit die Personensorge und/oder die Vermögenssorge übernimmt und/oder die urteilsunfähige Person im Rechtsverkehr vertritt. Im Gegensatz zur Patientenverfügung ist der Vorsorgeauftrag somit inhaltlich nicht auf medizinische Belange beschränkt, sondern bewirkt unter Umständen eine sehr umfassende Vertretung der urteilsunfähigen Person. Das kann sinnvoll sein, wenn sich eine länger dauernde Urteilsunfähigkeit abzeichnet und der Betroffene nicht durch einen Beistand vertreten werden möchte. Es ist allerdings möglich, der beauftragten Person die Entscheidungsbefugnis auch nur für einzelne Bereiche zu überlassen oder ihr Weisungen zu erteilen, wie sie die Vertretung wahrzunehmen hat. Auf diese Weise kann der Vorsorgeauftrag gewissermassen zuschneidungsgerecht gestaltet werden. Fehlen konkrete Anweisungen zu medizinischen Belangen hat der Vorsorgebeauftragte in seinem Vertreterentscheid dem mutmasslichen Willen und den objektiven Interessen des Patienten zu entsprechen.
- ¹⁰⁵ Der Vorsorgeauftrag unterliegt *strengeren Formvorschriften* als die Patientenverfügung. So dürfen nur voll handlungsfähige Personen einen solchen errichten, was urteilsfähige Minderjährige und ggf. unter einer Beistandschaft stehende Personen ausschliesst. Ein gültig errichteter Vorsorgeauftrag muss entweder eigenhändig errichtet oder öffentlich beurkundet werden. Vorformulierte Formulare erfüllen beim Vorsorgeauftrag – im Gegensatz zur Patientenverfügung – die formellen Vorschriften nicht.
- ¹⁰⁶ Im Unterschied zur Patientenverfügung ist der Vorsorgeauftrag bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Betroffenen *nicht unmittelbar anwendbar*. Vielmehr muss der Vorsorgeauftrag von der KESB validiert werden. Der Vorsorgebeauftragte erhält anschliessend ein Dokument, das ihn ausweist und seine Vertretungsberechtigung klärt. Dieses Vorgehen kann einige Zeit in Anspruch nehmen. Daher empfiehlt sich auch bei vorhandenem Vorsorgeauftrag, die für medizinische Belange vertretungsberechtigte Person (zusätzlich) in einer Patientenverfügung zu benennen.

Ein Vorsorgeauftrag ist mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit nicht unmittelbar gültig, er muss durch die Erwachsenenschutzbehörde validiert werden.

7. Pflichten und Pflichtverletzungen in der Palliative Care

7.1. Ausgangslage

- ¹⁰⁷ Die Hauptpflichten des Arztes umfassen, unabhängig davon, ob ein privat- oder öffentlich-rechtliches Verhältnis vorliegt, ein persönliches Tätigwerden, die sorgfältige Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst und die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.⁹⁶
- ¹⁰⁸ Grundsätzlich schuldet der Arzt dem Patienten «eine auf die Wiederherstellung seiner Gesundheit ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst».⁹⁷ Die Behandlung muss sorgfältig sein, also den Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft entsprechen.⁹⁸ Die konkreten Anforderungen an die ärztliche Sorgfalt richten sich nach den Umständen des Einzelfalls.⁹⁹
- ¹⁰⁹ Mit dem Beginn einer palliativen anstelle oder allenfalls neben einer kurativen Behandlung ändern sich die *Behandlungsziele*. Während zuvor die Gesundheitsverbesserung beziehungsweise im Idealfall die Heilung des Patienten – natürlich im Rahmen dessen Selbstbestimmung – Sinn und Zweck der ärztlichen Tätigkeit war, strebt eine palliative Behandlung nun primär die Linderung von belastenden Symptomen an.¹⁰⁰ Mit diesen geänderten Behandlungszielen gehen auch andere ärztliche Pflichten einher. In der Palliative Care ist eine Heilung gewöhnlich nicht mehr in Aussicht, so dass das ärztliche Handeln nicht mehr die Wiederherstellung der Gesundheit zum Ziel haben kann. So schuldet der Arzt ein sorgfältiges Tätigwerden im Hinblick auf die *Leidensverminderung*.¹⁰¹ Dem Patienten soll ein möglichst beschwerdefreies (Rest)Leben und Sterben oder, positiv formuliert, eine unter den gegebenen Umständen maximale Lebensqualität ermöglicht werden.¹⁰²
- ¹¹⁰ Als zentrale ärztliche Pflicht verbleibt, dem Patienten dabei zu helfen, würdevoll sterben zu können.¹⁰³ Was dies bedeutet, lässt sich kaum abstrakt definieren, sondern muss auf den Ansichten und Werten des jeweiligen Patienten beruhen.¹⁰⁴ Jedenfalls fallen darunter im Rahmen der Palliative Care die optimale Linderung von belastenden Symptomen.¹⁰⁵ Am Lebensende hat der Arzt die Pflicht, dem Patienten im Rahmen seiner medizinischen Fähigkeiten beim Sterben zu helfen.
- ¹¹¹ Auch die Behandlungen im Rahmen der Palliative Care werden von der *Autonomie des Patienten* geprägt. Das bedeutet, dass jede medizinische Massnahme, auch eine palliative Behandlung, der Einwilligung des Patienten bedarf und er über die Therapie und allfällige Alternativen aufgeklärt werden muss.

Mit dem Wechsel von einer kurativen Behandlung zu einer palliativen Care ändern sich die Behandlungsziele und damit auch die Pflichten der involvierten Fachpersonen.

⁹⁶ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 2 Rz. 70 ff.

⁹⁷ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 2 Rz. 71.

⁹⁸ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 2 Rz. 72.

⁹⁹ BGE 116 II 519 E. 3a.

¹⁰⁰ SAMW, Palliative Care, S. 6.

¹⁰¹ SAMW, Palliative Care, S. 6.

¹⁰² SAMW, Palliative Care, S. 6.

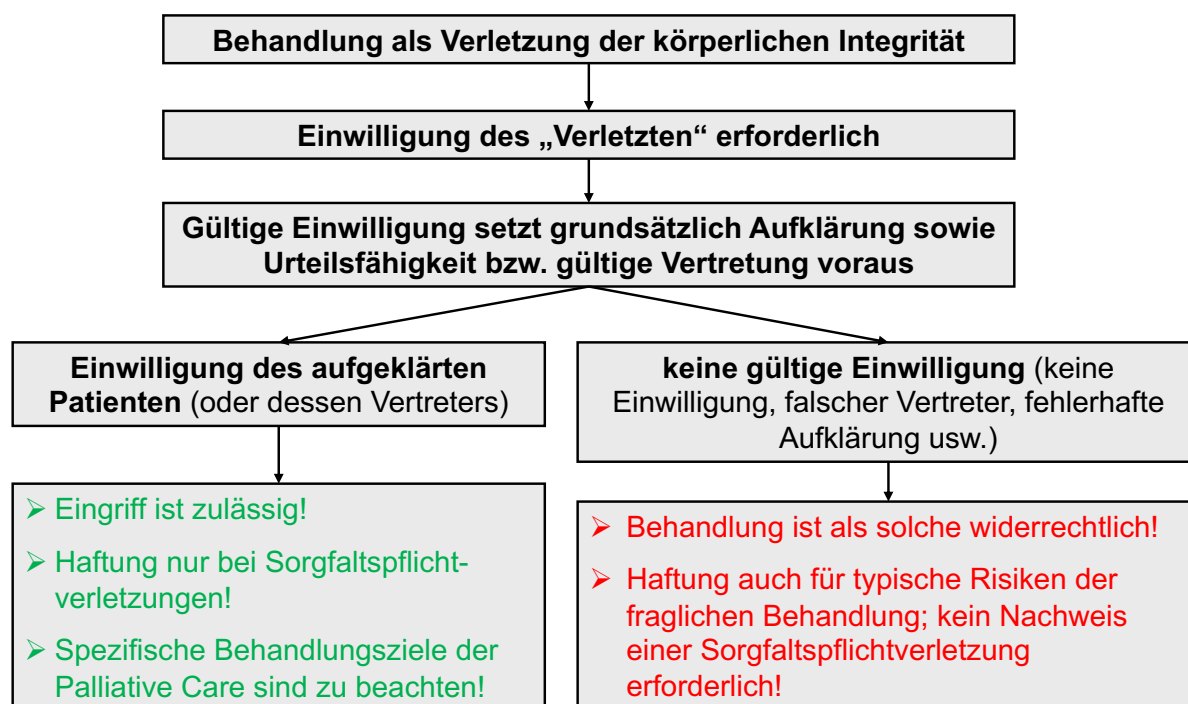
¹⁰³ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 8 Rz. 245.

¹⁰⁴ ZIEGLER, S. 91.

¹⁰⁵ SAMW, Palliative Care, S. 6.

7.2. Haftung des Arztes bzw. des Spitals

- ¹¹² Nur selten wird es im Kontext der Palliative Care wegen Pflichtverletzungen zu einem Haftungsfall kommen; dennoch sollen einige wichtige Punkte hier skizziert werden. Die folgenden Ausführungen zur Haftung sind lediglich als erste Übersicht in mögliche Haftungsrisiken zu verstehen. Sie können eine ausführliche Rechtsberatung nicht ersetzen. Dabei ist insbesondere auch an die kantonalen Sonderbestimmungen zu denken, die für öffentliche Spitäler zur Anwendung gelangen.
- ¹¹³ Die Haftung des Arztes oder des Spitals¹⁰⁶ setzt einen Schaden¹⁰⁷ oder eine immaterielle Unbill¹⁰⁸, Widerrechtlichkeit oder Sorgfaltspflichtverletzung sowie einen adäquaten Kausalzusammenhang voraus.¹⁰⁹ Zudem ist u.U. auch ein Verschulden gefordert, allerdings bereitet diese Haftungsvoraussetzung bei nachgewiesener Sorgfaltspflichtverletzung oder bei Widerrechtlichkeit der Behandlung keine Probleme.
- ¹¹⁴ Typische Haftungsrisiken des Arztes oder des Spitals sind erstens eine Sorgfaltspflichtverletzung im Kontext einer konkreten Behandlung, zweitens die Behandlung ohne gültige Zustimmung und drittens eine Haftung wegen mangelhafter Organisation. Für den einzelnen Arzt ist dieser letzte Haftungsgrund weniger relevant; ein Organisationsmangel kann etwa vorliegen, wenn Delir-Patienten nicht hinreichend überwacht und in einem Zimmer ohne Fenstersicherung untergebracht werden. Für Ärzte bedeutsamer sind die Haftung wegen Behandlungsfehler/Sorgfaltspflichtverletzung und fehlender Zustimmung:



¹⁰⁶ Im vorliegenden Kontext der Palliative Care steht die Haftung des Spitals im Vordergrund. Denkbar ist allerdings auch eine Haftung des Hausarztes oder von Gesundheitsfachpersonen der Spitex oder anderer Pflegedienste.

¹⁰⁷ Darunter versteht man nur einen Vermögensschaden, d.h. etwa Verdienstausschlag, Versorgerschaden, Bestattungskosten usw.

¹⁰⁸ Darunter ist u.a. der körperliche Schmerz, seelische Leiden wegen einer Behinderung, Trauer um einen verstorbenen Angehörigen zu verstehen. Schwere immaterielle Unbill wird durch Zusprache einer Genugtuungssumme abgegolten.

¹⁰⁹ Für Einzelheiten siehe AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCH/TAAG, § 7, Rz. 3 ff.

- ¹¹⁵ Der Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung muss durch den Patienten erbracht werden. Dies gelingt nur selten.

Beispiel: In der Hitze des Gefechts verschreibt der Arzt dem Palliativpatienten eine viel zu hohe Dosis eines potenten Schmerzmittels. Da der Fehler unbemerkt bleibt, verstirbt der Patient. Er hinterlässt eine trauernde Witwe, die auf die finanzielle Versorgung durch ihren Ehemann angewiesen war. Der finanzielle Schaden (Versorgerschaden, Bestattungskosten) und die immaterielle Unbill (Trauer um den Verlust) ist abzugelten, wenn die Sorgfaltspflichtverletzung (zu hohe Dosierung des Medikaments) nachgewiesen ist und diese den Tod verursacht hat (Kausalzusammenhang).

- ¹¹⁶ Ist hingegen die Behandlung (wegen mangelhafter oder fehlender Einwilligung) als solche widerrechtlich, dann haftet der Arzt bzw. das Spital auch dann, wenn die Behandlung an sich sorgfältig, d.h. lege artis, durchgeführt wurde.

Beispiel: Dem schwer demenzkranken Herrn P. wird eine PEG-Sonde eingesetzt, obschon sich aus seiner Patientenverfügung klar ergibt, dass er eine solche Massnahme abgelehnt hat. Der Eingriff, auch wenn er sorgfältig ausgeführt wurde, ist als solcher widerrechtlich. Der Patient bzw. seine Angehörigen können Schadenersatz und/oder Genugtuung fordern.

8. Umgang mit Patienteninformationen und Vertraulichkeit

8.1. Grundsätzliches

- ¹¹⁷ Der Umgang mit Patienteninformationen – Dokumentation, Einsichts-/Herausgabe-/Informationsrechte sowie Vertraulichkeit – wirft ein breites Feld rechtlicher Fragen auf, die im Rahmen des vorliegenden Skripts nicht umfassend angesprochen werden können.¹¹⁰ Von hoher praktischer Bedeutung in der Palliative Care dürfte vor allem die *Vertraulichkeitspflicht* sein. Diese ergibt sich aus einer Vielzahl von Bestimmungen, u.a. aus der Bundesverfassung, dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, den (kantonalen) Datenschutzbestimmungen sowie aus dem Strafrecht (strafrechtliches Berufsgeheimnis, Art. 321 Strafgesetzbuch). Der Vertraulichkeitspflicht unterworfen sind dabei nicht nur Ärzte, sondern auch weitere Gesundheitsfachpersonen sowie Hilfspersonen, die Kenntnis von Gesundheitsinformationen eines bestimmten Patienten erhalten.
- ¹¹⁸ Die Geheimhaltungspflicht dient dem Persönlichkeitsschutz des Patienten und dient überdies dazu, das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt bzw. Gesundheitsfachperson und Patient zu sichern.¹¹¹ Sie bezieht sich auf alle Tatsachen, die dem Arzt über den Patienten bekannt sind und aus dessen Sicht vertraulich sind. Eine objektive Geheimhaltungswürdigkeit muss nicht vorliegen.¹¹²

¹¹⁰ Zum Ganzen: AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 9.

¹¹¹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 9 Rz. 61.

¹¹² AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 9 Rz. 59.

- ¹¹⁹ Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht *gegenüber jedermann*, also dürfen auch Angehörigen und Freunden grundsätzlich keine Patientendaten mitgeteilt werden.¹¹³ Zu wenig bekannt ist erfahrungsgemäss, dass die Vertraulichkeitspflicht auch gegenüber anderen Berufsgeheimnisträgern gilt. Daher darf sich ein Arzt u.a. keinen Zugriff auf Patientenakten verschaffen (beispielsweise im Rahmen eines Klinikinformationssystems), wenn er diese nicht zur Behandlung benötigt. Zudem ist es dem Grundsatz nach unzulässig, wenn ein Arzt einem mit dem konkreten Fall nicht befassten Berufskollegen über einen Patienten spricht, diesem Befunde zeigt usw. – anders verhält es sich dann, wenn eine (konkludente oder ausdrückliche) Einwilligung des Patienten vorliegt oder die Fallbeschreibung so verfremdet oder anonymisiert wird, dass keine Rückschlüsse auf den konkreten Patienten möglich sind.

Die Vertraulichkeitspflicht gilt grundsätzlich auch gegenüber Angehörigen und gegenüber nicht in die Behandlung involvierten Ärzten.

8.2. Vertraulichkeit im interprofessionellen Team und Supervision

- ¹²⁰ Erfolgt die Behandlung eines Palliativpatienten im interprofessionellen Team, so dürfen diejenigen Informationen, die für alle Teammitglieder relevant sind, in einer interprofessionellen Fallbesprechung o.dgl. geteilt werden. Eine Einwilligung des Patienten muss dazu nicht eingeholt werden, sie ergibt sich gewissermassen bereits aus dem «Setting» der Palliative Care. Anders verhält es sich hingegen mit Informationen, die der Patient bewusst nur einer bestimmten Fachperson mitgeteilt hat. Wenn ein Patient beispielsweise mit dem Seelsorger «letzte Dinge» bespricht oder spirituellen Beistand sucht, so sind diese Inhalte selbstverständlich nicht für das medizinische Behandlungsteam gedacht. Ergibt sich aus dem seelsorgerlichen Gespräch die Notwendigkeit, gewisse Informationen an das Behandlungsteam weiterzuleiten – etwa, weil der Patient nur dem Seelsorger anvertraut hat, dass er sehr schlecht schlafe, was sich medikamentös behandeln liesse – so sollte der Seelsorger das Einverständnis des Patienten suchen. Andernfalls könnte die Vertrauensbeziehung nachhaltig geschädigt werden.
- ¹²¹ Fallbesprechungen *ausserhalb des eigentlichen Behandlungsteams* (z.B. Balint-Gruppen) sind unproblematisch, wenn entweder der Patient damit einverstanden ist – was meist zutreffen wird, wenn davon eine bessere Behandlung zu erwarten ist – oder wenn die Patientinformationen derart anonymisiert und verfremdet werden, dass ein Rückschluss auf den konkreten Patienten nicht mehr möglich ist. Analoges gilt dann, wenn bei einer *Supervision oder ähnlichen Formaten* keine Auswirkung auf die Behandlung des Patienten zu erwarten ist, dieser von der Fallbesprechung also nicht profitieren kann. Hier wird eine Anonymisierung und Verfremdung im Vordergrund stehen und nicht das Einholen einer Einwilligung.

Der Informationsaustausch im interprofessionellen Team ist erlaubt, soweit diese Informationen für die Behandlung erforderlich sind.

8.3. Information von Angehörigen und Vertretungspersonen

- ¹²² Im praktischen Alltag kann die Vertraulichkeitspflicht allerdings an praktische Grenzen stossen und womöglich mit den Interessen des Patienten kollidieren. Daher ist vorab festzuhalten, dass der Patient selber selbstverständlich seine *Einwilligung* zur Informationsweitergabe an bestimmte Personen erteilen kann. Im Sterbeprozess wird der Einbezug von Angehörigen

¹¹³ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCH/TAG, § 9 Rz. 120.

oftmals vom Patienten gewünscht und im Rahmen von palliativen Behandlungen auch angestrebt.¹¹⁴ Dabei ist keine ausdrückliche oder gar schriftliche Einwilligung des Patienten erforderlich, oftmals wird sie sich lediglich aus dem Kontext ergeben – beispielsweise dann, wenn der Patient zu einer Konsultation seinen Ehepartner mitbringt oder ihn bei der Arztvisite begleitet, im Zimmer zu verbleiben.

- ¹²³ Wer als *gesetzlicher Vertreter* für einen urteilsunfähigen Patienten nach dessen mutmasslichen Willen entscheiden muss, braucht Zugang zu allen dazu erforderlichen Gesundheitsinformationen, ansonsten er seine Aufgabe nicht pflichtgemäss wahrnehmen könnte. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Vertreter die gesamte Krankengeschichte des Patienten einsehen darf; ein Informationsrecht besteht nur insoweit, als dies für die Ermittlung des mutmasslichen Willens notwendig ist. Im Zusammenhang mit Behandlungsentscheiden für den urteilsunfähigen Patienten liegt es u.U. auch ausserhalb eines Vertretungsrechts in dessen Interesse, dass sein mutmasslicher Wille möglichst zuverlässig ermittelt werden kann. Dies kann zutreffen, wenn nahe Angehörige im Spital anwesend sind, nicht aber der eigentliche Vertreter, und ein sofortiger Entscheid erforderlich ist. Dazu drängt sich die Befragung von Angehörigen auf, wobei diese Personen zwangsläufig Informationen zum Gesundheitszustand des Patienten erhalten.

Vertretungsberechtigte Angehörige müssen die für den Entscheid relevanten medizinischen Informationen erhalten.

- ¹²⁴ Überdies dürfte es auch *ausserhalb von Vertretungssituationen* erfahrungsgemäss meist dem Willen des Patienten entsprechen, dass die ihm nächsten Angehörigen wie etwa ein Ehegatte, ein Lebenspartner oder die eigenen Kinder Kenntnis der medizinischen Situation haben. Kann der Patient nicht (mehr) selber in die Informationsweitergabe einwilligen (z.B. bei Bewusstlosigkeit, Delir usw.), ist es u.U. zulässig, auf eine *mutmassliche Einwilligung* abzustellen. Dies sollte zwar nicht voreilig geschehen, kann aber etwa dann erfolgen, wenn die Bekanntgabe der Informationen eindeutig im Interesse des Patienten liegt und keine Äusserungen oder Indizien bekannt sind, die darauf schliessen liessen, dass der Patient die entsprechenden Daten grundsätzlich oder vor einer bestimmten Person geheim halten wollte. Auch diese Informationen dürfen aber nicht die gesamte Krankenakte umfassen, sondern sich auf die aktuelle Situation beziehungsweise den Grund für die Urteilsunfähigkeit beziehen.

Beispiel: Frau S. hat während ihres Aufenthalts auf der Palliativstation regelmässig Besuch von ihrem Ehemann und ihren Kindern erhalten und mit diesen offen über ihre Gesundheitssituation geredet. Mittlerweile hat sich ihr Zustand so verschlechtert, dass keine Kommunikation mehr möglich ist. Die Angehörigen möchten vom behandelnden Arzt wissen, wie viel Zeit ihr noch bleibt. In dieser Sachlage darf von einer mutmasslichen Einwilligung von Frau S. ausgegangen werden, d.h. der Arzt darf seine Einschätzung mit den Angehörigen teilen.

- ¹²⁵ Will ein *urteilsfähiger Patient* hingegen ausdrücklich nicht, dass die Angehörigen informiert werden, dann ist dies zu respektieren. Eine Mitteilung von Gesundheitsinformationen entgegen dem klaren Willen des Patienten wäre eine Berufsgeheimnisverletzung. Dies kann zu sehr schwierigen Situationen führen, wenn sich der nahende Tod abzeichnet und die Angehörigen in Sorge und im Ungewissen sind. Ob die Gesundheitsfachperson hier den Angehörigen doch

¹¹⁴ SAMW, Palliative Care, S. 6.

– unter Inkaufnahme einer (grundsätzlich strafbaren) Geheimnisverletzung¹¹⁵ – in groben Zügen die Situation schildert, muss letztlich dem Einzelnen überlassen bleiben.

8.4. Vertraulichkeit nach dem Tod des Patienten

- ¹²⁶ Obwohl das schweizerische Recht grundsätzlich keinen postmortalen Persönlichkeitsschutz kennt,¹¹⁶ endet die Vertraulichkeitspflicht des Arztes mit dem Tod des Patienten nicht.¹¹⁷ Zwar sind die vertraglichen Ansprüche aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis vererbbar, höchstpersönliche Rechte des Patienten bleiben davon aber ausgenommen. So müssen auch nach dem Tod des Patienten das Honorar beglichen und Rechenschaft abgelegt werden, die Erben erhalten aber kein Auskunfts- oder Einsichtsrecht in die Patientenakten. Anders kann nicht garantiert werden, dass der Patient auch gesundheitliche Fragen mit seinem Arzt diskutieren kann, von denen er nicht will, dass die Angehörigen sie erfahren. Auch strafrechtlich endet die Schweigepflicht des Arztes nicht mit dem Tod des Patienten.¹¹⁸

Beispiel: Nach dem Tod von Herrn B. auf der Palliativstation haben die Angehörigen das Bedürfnis, das in den letzten Stunden Erlebte (z.B. Rasselatmung, Delirsymptome) mit dem Arzt zu besprechen. Dies ist angesichts des Arztgeheimnisses zulässig, soweit von einer mutmasslichen Einwilligung ausgegangen werden darf (was bei einer tragfähigen Beziehung zwischen Patient und Angehörigen zutrifft). Allerdings dürfen keine Gesundheitsinformationen über den Patienten weitergegeben werden, die ohne Zusammenhang mit der Sterbesituation sind oder von denen aufgrund der Umstände klar ist, dass der Patient es zeitlebens abgelehnt hatte, dass seine Angehörigen davon erfahren (z.B. Geschlechtskrankheit).

- ¹²⁷ Selbstverständlich kann der Patient zu Lebzeiten anordnen, dass gewissen Personen Einsicht in seine Patienten gewährt werden soll.¹¹⁹ Ebenso kann es sich rechtfertigen, Angehörigen oder Dritten Einsicht zu gewähren, wenn diese ein *überwiegendes Interesse* nachweisen können. Denkbar wäre dies etwa im Zusammenhang mit genetischen Prädispositionen oder schweren ansteckenden Erkrankungen.¹²⁰ Es ist auch denkbar, dass ein überwiegendes Interesse gegeben ist, weil ein allfälliger Haftpflichtanspruch ohne Einsicht in die Patientenakten nicht durchgesetzt werden könnte. Gegebenenfalls müsste der Arzt diesfalls vom Arztgeheimnis nach Art. 321 Abs. 2 StGB entbunden werden.

9. Hilfe beim Sterben oder Sterbehilfe?

9.1. Übersicht

- ¹²⁸ Da die Palliative Care grundsätzlich nur zum Einsatz kommt, wenn keine Heilungschancen vorliegen,¹²¹ müssen sich die betroffenen Patienten mit ihrem möglichen Lebensende ausei-

¹¹⁵ Zu bedenken ist dabei, dass die Berufsgeheimnisverletzung nach Art. 321 StGB ein Antragsdelikt ist, sie wird also nur dann geahndet, wenn der Patient selber oder dessen Angehörige einen Strafantrag stellen.

¹¹⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.30.

¹¹⁷ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 9 Rz. 145 ff.

¹¹⁸ BGE 87 IV 105 E. 2.

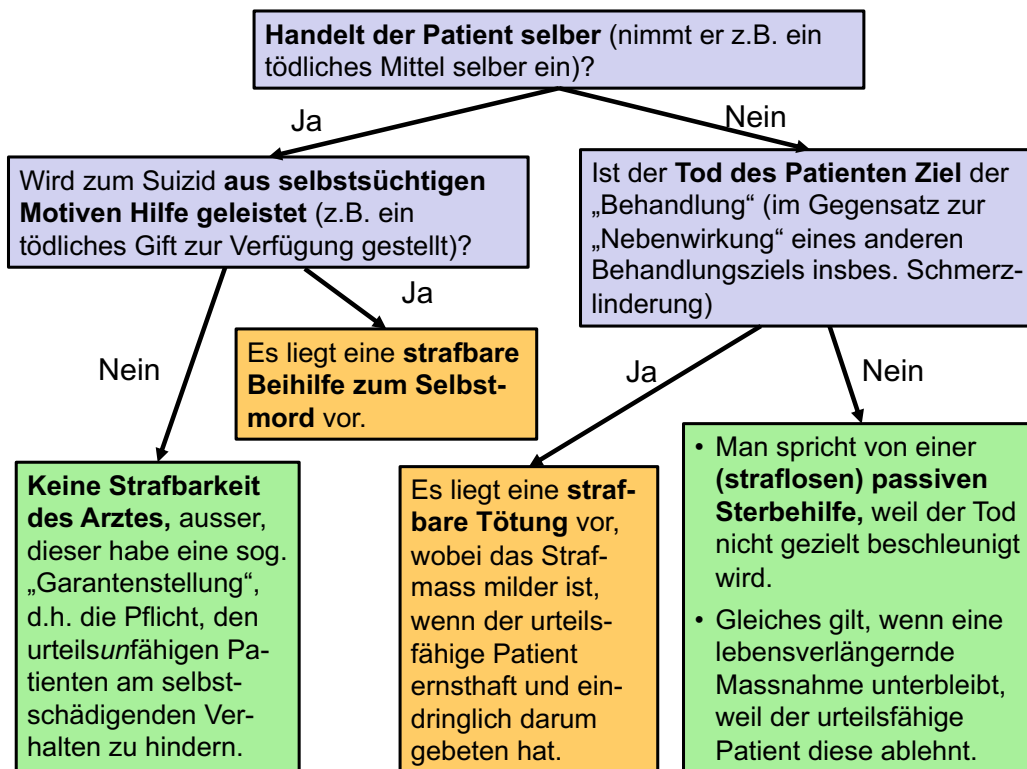
¹¹⁹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 9 Rz. 147.

¹²⁰ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 9 Rz. 150.

¹²¹ SAMW, Palliative Care, S. 6.

nersetzen, was eine psychisch belastende Situation entstehen lässt. Klar ist, dass Entscheidungen über das eigene Sterben höchstpersönlich sind und diese möglichst selbstbestimmt bzw. jedenfalls nicht fremdbestimmt erfolgen sollten.¹²²

- ¹²⁹ Im Rahmen von Behandlungen am Lebensende stellt sich regelmässig die Frage, wo im Hinblick auf das Lebensende die *Grenze des erlaubten ärztlichen Handelns* verläuft und mit welchen Behandlungen beziehungsweise deren Unterlassen er sich möglicherweise sogar strafbar macht. Dabei sind drei mögliche Fälle zu unterscheiden: Die direkte aktive Sterbehilfe, die indirekte aktive Sterbehilfe und die rein passive Sterbehilfe. Ausdrücklich geregelt sind diese Fälle gesetzlich allerdings nicht, sondern es kommen die Tatbestände des Strafgesetzbuches zur Anwendung.



9.1.1. Direkte und indirekte aktive Sterbehilfe

- ¹³⁰ Als *aktive Sterbehilfe* bezeichnet man die Tötung zur Verkürzung des Leidens des Patienten. Die entscheidende (letzte) Tathandlung wird durch einen Dritten, nicht durch den Patienten selber, ausgeführt.
- ¹³¹ Die *direkte aktive Sterbehilfe* bedeutet, dass der Tod des Patienten gezielt herbeigeführt wird, etwa durch Verabreichung eines tödlichen Präparats.¹²³ Diese ist in jedem Fall verboten.¹²⁴ Auch wenn der Arzt auf eindringliche Bitte des urteilsfähigen Patienten und mit dem Ziel, diesen von seinem Leiden zu erlösen, handelt, macht er sich nach Art. 114 StGB strafbar («Tötung auf Verlangen»). In die eigene Tötung kann mit anderen Worten nicht rechtsgültig eingewilligt werden.¹²⁵ Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass weder der Patient selbst noch

¹²² HAUSSENER, Entscheidungen, Rz. 1.

¹²³ BÜCHLER/MICHEL, S. 167.

¹²⁴ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCH/ TAG, § 8 Rz. 241.

¹²⁵ BÜCHLER/MICHEL, S. 167.

sein Vertreter durch Berufung auf den tatsächlichen bzw. mutmasslichen Willen des Patienten eine direkte aktive Sterbehilfe verlangen kann.

- ¹³² Weniger klar stellt sich die Rechtslage im Falle der *indirekten (aktiven) Sterbehilfe* dar. Diese beschreibt die Gabe von schmerz- bzw. leidenslindernden Medikamenten, die unter Umständen als Nebenwirkung das Leben des Patienten verkürzen.¹²⁶ Die indirekte Sterbehilfe wird zwar normativ nicht ausdrücklich geregelt, sie wird von der Praxis aber unter gewissen Voraussetzungen als zulässig erachtet.¹²⁷ Grundsätzlich muss sich der Sterbeprozess bereits angekündigt haben und es muss die Absicht des Arztes sein, diesen zu erleichtern und das Leiden des Patienten zu lindern.¹²⁸ Die Abgrenzung zur direkten Sterbehilfe – mit dem direkten Handlungsziel der Lebensverkürzung – kann heikel sein, da die ärztliche Absicht als entscheidendes Abgrenzungskriterium womöglich nicht einfach zu belegen ist. Im Regelfall wird aber dem Arzt kaum je eine Tötungsabsicht unterstellt werden, jedenfalls dann nicht, wenn er sich bei der Auswahl und Dosierung der Medikamente an palliativmedizinische Standards hält.¹²⁹

Die Linderung von Schmerzen und anderen Beschwerden am Lebensende kann es rechtfertigen, dass mit dem Ziel der Leidensverminderung Medikamente verabreicht werden, die als Nebenwirkung zu einer Verkürzung des Lebens führen.

9.1.2. Passive Sterbehilfe

- ¹³³ Die *passive Sterbehilfe* wird definiert als das Unterlassen beziehungsweise Einstellen von lebensverlängernden Massnahmen. Es wird m.a.W. dem natürlichen Sterbeprozess Raum gegeben, obschon durch medizinisches Eingreifen oder eine Weiterbehandlung der Eintritt des Todes herausgezögert werden könnte.¹³⁰ Die passive Sterbehilfe wird aus medizin-ethischer Sicht als zulässig erachtet, wenn eine weitere Behandlung aussichtslos ist.¹³¹ Dies trifft zu, wenn der Patient trotz der Therapie nicht mehr in ein angemessenes Lebensumfeld zurückkehren kann.¹³² Die Angemessenheit muss im Einzelfall im Hinblick auf den Willen des Patienten bestimmt werden.¹³³
- ¹³⁴ Die passive Sterbehilfe beziehungsweise der *Verzicht auf weitere Behandlungen* kann vom Patienten (oder von seinem Vertreter, wenn es dem mutmasslichen Willen entspricht) verlangt werden. Dies ergibt sich ohne weiteres daraus, dass der Patient jede ärztliche Behandlung ablehnen kann, auch dann, wenn diese an sich medizinisch indiziert wäre (Rz. 14).
- ¹³⁵ Heikler ist die Sachlage, wenn der Patient bzw. dessen Vertreter eine *Lebensverlängerung in einer medizinisch aussichtslosen Situation* ausdrücklich wünschen. Denkbar ist beispielsweise, dass ein Patient aufgrund seines spezifischen kulturellen Hintergrundes eine aggressive Therapie möchte, die herkömmlichen Wertvorstellungen und Behandlungswünschen widerspricht.¹³⁴ Hier gilt, dass Ärzte nicht verpflichtet sind, eine aussichtslose Behandlung durchführen.¹³⁵ Dies ist teilweise ausdrücklich in kantonalen Gesundheitsgesetzen geregelt,

¹²⁶ BÜCHLER/MICHEL, S. 168; indessen zeichnet sich in der jüngeren Literatur ab, dass eine gute Palliative Care, einschliesslich zielgerichteter Schmerzbehandlung, das Leben der Patienten tendenziell verlängert, nicht verkürzt.

¹²⁷ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 8 Rz. 242.

¹²⁸ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, § 8 Rz. 242; BÜCHLER/MICHEL, S. 168.

¹²⁹ Vgl. BÜCHLER/MICHEL, S. 168.

¹³⁰ BÜCHLER/MICHEL, S. 169.

¹³¹ BÜCHLER/MICHEL, S. 168.

¹³² SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 15.

¹³³ SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 15.

¹³⁴ Vgl. dazu u.a. PORTANOVA/AILSHIRE/PEREZ/RAHMAN/ENGUIDANOS, S. 1352 ff.

¹³⁵ SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 16, ZIEGLER, S. 93 f.

gilt allerdings auch sonst als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Allerdings ist im Einzelfall sorgfältig und gegebenenfalls im interprofessionellen Team abzuwägen, ob es für den Patienten aus psychologischen Gründen wichtig ist, dass er von der Medizin nicht «aufgegeben» wird oder der Verzicht auf eine (hoffnungslose) kurative Behandlung noch etwas herausgezögert wird, damit der Patient Zeit hat, um sich auf das bevorstehende Lebensende einzustellen.

Beispiel: Der Patient C. äussert für den Fall eines Herz-Kreislauf-Stillstandes einen unbedingten Wunsch nach Reanimation. Die Ärzte sind nicht verpflichtet, die REA durchzuführen, wenn diese medizinisch unsinnig erscheint.

9.1.3. Suizidhilfe

¹³⁶ Gelegentlich hat ein Palliativpatient das Anliegen, das Ende des eigenen Lebens zu beschleunigen. Zwar wird eine gute, interprofessionelle palliative Betreuung oftmals dazu führen, dass die für den Patienten belastende Situation erträglicher wird und der Sterbewunsch in den Hintergrund tritt. Hält der Patient jedoch daran fest, so darf aus *strafrechtlicher Sicht* ein Arzt (oder ein anderer Sterbehelfer) Hilfe leisten,

- wenn der Patient mit Bezug auf den Sterbewunsch urteilsfähig ist (was durch eine unteilte Fachperson sehr sorgfältig und in mehreren, zeitlich auseinanderliegenden Gesprächen abzuklären ist);
- frei entscheidet (was Kenntnis möglicher Handlungsalternativen, etwa eine palliative Sedierung, voraussetzt); der Arzt muss zur Überzeugung gelangen, dass der Entschluss des Patienten wohlüberlegt und dieser für ihn nachvollziehbar ist.
- und der Arzt nicht aus selbstsüchtigen Motiven handelt (Art. 115 StGB). Ein solches läge vor, wenn der Arzt durch sein Handeln einen eigenen ideellen oder finanziellen Vorteil verfolgt, wobei die blossе Gewerbsmässigkeit des Handelns noch keinen selbstsüchtigen Beweggrund darstellt.¹³⁶
- Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Beihilfe zum Suizid ist überdies, dass der *Patient die Tatmacht innehat*, denn andernfalls liegt eine strafbare «Tötung auf Verlangen» (vorne, Rz. 131) vor.¹³⁷ Er muss das Medikament beispielsweise selbst einnehmen oder die ihm durch das Pflegepersonal angelegte Medikamentenpumpe selber betätigen können. Ist ihm dies nicht (mehr) möglich, darf ihm der tödliche Wirkstoff nicht verabreicht werden, und zwar auch nicht auf seinen eindringlichsten Wunsch.¹³⁸

¹³⁷ Die Beihilfe zum Suizid ist, auch wenn sie nicht strafwürdig ist, aus *medizin-ethischer Sicht* hoch umstritten. Fest steht, dass sie *nicht zur ärztlichen Pflicht* gehört und entsprechend vom Patienten auch nicht eingefordert werden kann.¹³⁹ Jeder Arzt darf die Mitwirkung (Abklärung der Urteilsfähigkeit, Beschaffung von NaP, Hilfeleistung beim eigentlichen Akt der Selbsttötung) ablehnen.

Kein Arzt ist verpflichtet, zu einer Selbsttötung des Patienten aktiv Hilfe zu leisten.

¹³⁶ BÜCHLER/MICHEL, S. 171.

¹³⁷ BÜCHLER/MICHEL, S. 171.

¹³⁸ BÜCHLER/MICHEL, S. 171 f.

¹³⁹ SAMW, Umgang mit Sterben und Tod, S. 25.

- ¹³⁸ Ob einer Suizidhilfeorganisation Zugang zum Spital oder einer anderen Einrichtung (Pflegeheim, Hospiz) gewährt werden muss, sei es für die Beratung, die Abklärung der Urteilsfähigkeit oder sogar für die Durchführung des Suizids, ergibt sich aus dem kantonalen Recht und ist unterschiedlich geregelt.

9.2. Sterbefasten

- ¹³⁹ Der freiwillige Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit (FVNF) als Weg, den Sterbeverlauf zu beschleunigen, ist in den letzten Jahren vermehrt auf Interesse gestossen. Besonderheiten ergeben sich dadurch, dass einerseits – dies im Gegensatz zur zur Suizidbeihilfe – kein Zutun des Arztes erforderlich ist und dass andererseits der Patient im Sterbeprozess unausweichlich ein Stadium der Urteilsunfähigkeit erreicht, in dem er sich selber nicht mehr verlässlich zu seinem Sterbewunsch äussern kann. Bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit (Verwirrtheit, Benommenheit, Delir) fragt sich, ob der Arzt nun verpflichtet ist, den Patienten durch künstliche Zufuhr von Nahrung und Flüssigkeit zu retten. Solche Massnahmen sind allerdings medizinische Behandlungen, die der Einwilligung des Patienten oder von dessen Vertreter bedürften. Steht fest, dass der Betroffene keine solche Massnahme (sondern nur pflegerische oder palliativmedizinische Unterstützung im Sterben) wünscht, macht sich der Arzt bzw. die Gesundheitsfachperson, die den Betroffenen auf seinem Weg mit pflegerischen Massnahmen usw. unterstützt, nicht wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar. Vielmehr wäre bei klarem Sterbewunsch des Patienten ein medizinisches Verhindern des Todes unzulässig.
- ¹⁴⁰ Idealerweise geht ein solcher Patientenwunsch deutlich aus einer aktuellen, kurz vor Beginn des FVNF verfassten *Patientenverfügung* hervor. Damit lehnt der Patient für die Zeit nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit für den Arzt verbindlich lebensrettende künstliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr ab. Voraussetzung einer selbstbestimmten Entscheidung zum FVNF ist wiederum die umfassende Aufklärung. Der Patient muss seine Diagnose, die Behandlungsmöglichkeiten und Heilungschancen kennen und verstehen. Weiss der Patient beispielsweise nicht, dass für seine schwere Erkrankung noch Behandlungsmöglichkeiten bestehen, welche zu einer weitgehenden Wiederherstellung der Gesundheit oder zu einer wesentlichen Verbesserung der belastenden Symptome führen könnten, so ist der Sterbewunsch, der seinen Grund in der vermeintlich unheilbaren Krankheit hat, aus rechtlicher Sicht nicht abgesichert. Überdies müssen dem Patienten die Folgen seiner Entscheidung zum Sterbefasten klar sein, insbesondere der voraussichtliche Verlauf des Sterbeprozesses. Im Zeitpunkt der Entscheidung und des Verfassens der Patientenverfügung muss der Patient selbstverständlich noch urteilsfähig sein. Es empfiehlt sich, die Patientenverfügung nach ärztlicher Beratung zu erstellen, damit sie auch für den behandelnden Arzt klar und hinreichend konkret ist.
- Möchte ein Patient den Sterbeprozess durch freiwilligen Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit beschleunigen, drängt sich das Verfassen einer konkreten, nach ärztlicher Beratung verfassten Patientenverfügung auf.
- ¹⁴¹ Für *Angehörige* kann das Sterbefasten eines geliebten Menschen schwer verkraftbar sein. Ab Eintritt der Urteilsunfähigkeit (etwa durch Bewusstseinsverlust) würde ohne gültige Patientenverfügung der gemäss Vertretungskaskade (Rz. 72 ff.) zuständige Angehörige die Vertretung des Patienten übernehmen und könnte in Versuchung kommen, ungeachtet des mutmasslichen Patientenwillens (Rz. 81 f.) die künstliche Ernährung anzuordnen. Die Patienten-

verfügung sichert auch den Arzt ab, der beim FVNF – anders als bei vielen anderen medizinischen Sachlagen – den Patienten mit sehr einfachen Mitteln «retten» könnte und daher in besonderem Mass in einen Gewissenskonflikt geraten kann.

- ¹⁴² Ergänzend ist festzuhalten, dass sich eine Patientenverfügung (und noch mehr ein in weniger verbindlicher Form festgestellter Patientenwunsch) nur auf medizinische Massnahmen beziehen kann. Der Patient kann daher nicht gültig anordnen, es sei ihm nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit kein Angebot von Nahrung und Flüssigkeit mehr zu machen. Es ist vielmehr ein Gebot der Menschenwürde – auch und gerade gegenüber urteilsunfähigen Menschen –, dass diesem ein Angebot von Nahrung und Flüssigkeit gemacht wird. Das Glas Wasser auf dem Nachttisch muss daher verbleiben, nur die künstliche Zufuhr von Flüssigkeit ist gegebenenfalls durch den verbindlichen Patientenwillen untersagt.

Beispiel: Der 71-jährige B. hat vor 7 Jahren eine Patientenverfügung verfasst, in der er schrieb: Für den Fall, dass ich dement werde, will ich keine medizinischen Massnahmen. Ich möchte diesfalls so rasch als möglich sterben. Ich verbiete daher dem Pflegepersonal und den Ärzten jegliche künstliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr und das Angebot von Nahrung und Flüssigkeit. Wenige Jahre später erkrankt B. an Demenz; er ernährt sich aber weiterhin normal. Als er pflegebedürftig wird und nicht mehr urteilsfähig ist, stellt sich die Frage, ob die Patientenverfügung so umgesetzt werden muss. Gültig ablehnen konnte B. einzig medizinische Behandlungen, d.h. die künstliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr (indessen ist zu prüfen, ob die schon etwas ältere PV noch dem mutmasslichen Willen von B. entspricht). Auf das Angebot von Nahrung und Flüssigkeit konnte B. hingegen nicht wirksam verzichten.

10. Sonderfälle in der Palliative Care

- ¹⁴³ Die nachfolgenden Spezialsituationen folgen zwar grundsätzlich den beschriebenen Regeln. Allerdings rechtfertigen die Besonderheiten einige zusätzliche Ausführungen.

10.1. Kinder und Jugendliche

10.1.1. Ausgangslage: Einwilligungsfähigkeit urteilsfähiger Jugendlicher

- ¹⁴⁴ Wie dargelegt, bedarf die Einwilligung in eine medizinische Behandlung lediglich der Urteilsfähigkeit, nicht auch der Volljährigkeit. Das bedeutet, dass auch minderjährige Patienten – sofern sie urteilsfähig sind – selber über die medizinische Behandlung entscheiden.¹⁴⁰ Dies hat auch zur Folge, dass kein Elternteil beim Aufklärungsgespräch anwesend sein muss. Oftmals wird ein gemeinsames Gespräch aber unabhängig von der Urteilsfähigkeit gewünscht sein.
- ¹⁴⁵ Eine starre Altersgrenze für die Urteilsfähigkeit gibt es nicht.¹⁴¹ Dies hängt einerseits damit zusammen, dass sie sich sehr individuell entwickeln. Dabei kann der individuelle Erfahrungshorizont im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen eine grosse Rolle spielen. Ein 14-jähriges, aufgewecktes Kind, das wegen einer chronischen bzw. wiederkehrenden Erkrankung schon mehrere Behandlungszyklen hinter sich hat, ist womöglich reif genug, um auch über einen Behandlungsentscheid von grosser Tragweite zu entscheiden, während ein 16-

¹⁴⁰ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCH/ET AL., § 5 Rz. 159.

¹⁴¹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCH/ET AL., § 5 Rz. 166.

jähriger, bisher gesunder «Spätzünder» mit demselben Entscheid völlig überfordert wäre. Ein absolutes Mindestalter von sieben Jahren ist allerdings auch für ganz geringfügige Behandlungsentscheide angemessen. Ab einem Alter von 12 Jahren kann man für einfachere Eingriffe mit der Bejahung der Urteilsfähigkeit rechnen. Die Fähigkeit, hypothetische Kausalverläufe abstrakt zu erfassen, bildet sich allerdings erst ab der Pubertät aus, weshalb für langdauernde bzw. komplexe Therapien und Behandlungen Zurückhaltung bei der Annahme der Urteilsfähigkeit angebracht ist. Ab etwa 16 Jahren dürfte die Urteilsfähigkeit den Regelfall bilden.¹⁴² Entsprechend der Relativität der Urteilsfähigkeit (Rz. 58 ff.) ist im Einzelfall zu klären, ob der Jugendliche für den konkreten Behandlungsentscheid die für die Urteilsfähigkeit erforderlichen Teilfähigkeiten besitzt oder nicht.

Bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit Jugendlicher gibt es keine starre Altersgrenze. Die Beurteilung muss individuell erfolgen und es drängt sich eine sehr sorgfältige Abklärung auf.

- ¹⁴⁶ Bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit Jugendlicher ist zu bedenken, dass Behandlungsentscheid oft eng mit *Wertvorstellungen* verbunden sind. Selbst für Teenager kann es schwierig sein, sich hinreichend von den Eltern und deren Überzeugungen abzugrenzen. Unter Umständen muss das Kind davor geschützt werden, den Entscheid, den es unter dominierendem, für Aussenstehende aber nicht leicht wahrnehmbaren Einfluss der Eltern (oder anderer Autoritätspersonen) trifft, als eigene Entscheidung auszugeben. Ganz generell sind Steuerungsfähigkeit und *Widerstandskraft gegenüber Fremdeinflüssen* bei Jugendlichen noch nicht ausgereift,¹⁴³ weshalb selbst ein an sich klar geäussertes Wille eines Jugendlichen nicht vorschnell zur Bejahung der Urteilsfähigkeit führen darf.¹⁴⁴

10.1.2. Urteilsunfähige Kinder und Jugendliche

- ¹⁴⁷ Die Vertreter eines minderjährigen Patienten sind regelmässig beide Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge. Sind beide Elternteile sorgeberechtigt, nehmen sie die Vertretung des Kindes gemeinsam und einstimmig wahr. Der Arzt darf sich allerdings – sofern ihm Gegenteiliges nicht bekannt ist – darauf verlassen, dass der eine Elternteil im Einvernehmen mit dem anderen handelt (Art. 304 Abs. 2 ZGB). Ein Elternteil, der nicht sorgeberechtigt ist, ist auch nicht vertretungsbefugt. Er hat allerdings gemäss Art. 275 Abs. 1 und 2 ZGB ein Recht auf Information und Anhörung bei wichtigen medizinischen Behandlungsentscheidungen. Er darf daher auch selbständig beim behandelnden Arzt um Auskunft nachsuchen.
- ¹⁴⁸ Die Eltern sind in ihrem stellvertretenden Entscheid nicht frei. Dieser muss sich nach dem objektiven *Kindeswohl* orientieren. Diesem entsprechen nur medizinisch indizierte Behandlungen.¹⁴⁵ Daher dürfen die Eltern aus religiösen, kulturellen oder sozialen Gründen nicht alle medizinisch indizierten Therapien verweigern – gegebenenfalls ist die KESB zu involvieren (Rz. 150 ff.). Allerdings können auch soziale und kulturelle Aspekte beim Behandlungsentscheid von gewisser Bedeutung sein.¹⁴⁶ Daraus folgt, dass nicht jedes Abweichen von der medizinisch erfolgversprechendsten Behandlung bereits ein Verstoß gegen das Kindeswohl darstellt.

Der Entscheid der Eltern muss dem Kindeswohl entsprechen; widerspricht ein Behandlungsentscheid dem Kindeswohl, erfolgt eine Meldung an die KESB.

¹⁴² AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 5 Rz. 166, m.w.H.

¹⁴³ JOSSEN, S. 90, m.w.H.

¹⁴⁴ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, § 5 Rz. 168.

¹⁴⁵ Vgl. MICHEL, Partizipationsrechte, S. 249.

¹⁴⁶ MICHEL, Partizipationsrechte, S. 250.

- ¹⁴⁹ Während bei urteilsunfähigen volljährigen Patienten primär nach ihrem mutmasslichen Willen entschieden werden soll (Rz. 81 f.), konnte sich ein Kind, das infolge seines Alters nicht urteilsfähig ist, nie einen rechtlich relevanten Willen bilden. Damit besteht *kein mutmasslicher Wille*, auf den abgestellt werden könnte. Ähnlich wie bei einem urteilsunfähigen Erwachsenen dessen Partizipationsrecht zu wahren ist (Rz. 83), ist aber auch der Minderjährige am *Entscheid zu beteiligen*, wobei seiner Meinung mit zunehmendem Alter und zunehmender Reife immer mehr Gewicht zukommt. Gerade im höchst sensiblen und persönlichen Bereich der Palliative Care soll das Kind seinem Alter angepasst in alle Entscheidungen miteinbezogen werden.¹⁴⁷

10.1.3. Kindesschutz

- ¹⁵⁰ Selbstverständlich dürfen die Eltern ihre Vertretungsbefugnis nicht überschreiten. Handeln sie nicht im Sinne der objektiven Interessen des Kindes, etwa indem sie medizinisch indizierte Therapien ohne guten Grund ablehnen, erlauben es die Vorschriften über den Kindesschutz dem Arzt, der KESB eine Gefährdungsmeldung zu erstatten (Art. 314c ZGB). Je nach kantonaler Rechtslage besteht sogar eine *Meldepflicht*.¹⁴⁸
- ¹⁵¹ Die *Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde* wird gegebenenfalls das Sorgerecht der Eltern beschränken und dem Kind einen Beistand bestellen, der die Behandlungsentscheide für das urteilsunfähige Kind trifft. Soweit erforderlich, kann das Kind auch fremdplatziert werden.

Beispiel: Die Eltern des 8-jährigen, an Leukämie leidenden I. verweigern eine dringend indizierte schulmedizinische Therapie. Sie wollen ihr Kind ausschliesslich mit alternativen Heilmethoden behandeln lassen. Die Kindesschutzbehörde kann das Sorgerecht der Eltern für die Zeit der Behandlung entsprechend einschränken. Ansprechpartner des Arztes ist dann der von der Behörde eingesetzte Beistand.

- ¹⁵² Wie im Zusammenhang mit Erwachsenen ist der *Arzt in dringlichen Fällen*, wenn das Eingreifen der KESB nicht abgewartet werden kann, befugt, im Interesse des Kindes die notwendigen Entscheidungen zu treffen und beispielsweise mit einer lebensrettenden Behandlung zu beginnen.

Beispiel: Die Eltern des 12-jährigen J. sind Zeugen Jehovas. Als das Kind nach einem Autounfall ins Spital verbracht wird, verbieten die Eltern die Verwendung von Blutprodukten. Diese wären aber zur Rettung von J. zwingend erforderlich, und zwar ganz kurzfristig. Die Ärzte sind befugt, noch vor dem Entscheid der Kindesschutzbehörde die klar indizierte Therapie durchzuführen.

10.2. Demente Patienten

- ¹⁵³ Auch bei demenzkranken Patienten stellt sich regelmässig die *Frage der Urteilsfähigkeit*. Diagnostizierte Demenz geht typischerweise mit einem fortschreitenden, irreversiblen Abbau der kognitiven Fähigkeiten einher.¹⁴⁹ Es ist somit eine Frage der Zeit, bis der Patient die Ur-

¹⁴⁷ SAMW, Palliative Care, S. 12.

¹⁴⁸ Da die Rechtslage in diesem Zusammenhang sehr unübersichtlich ist (teilweise wird die Meldepflicht nur Ärzten an öffentlichen Spitälern auferlegt, dies i.S. einer Amtspflicht), wird vorliegend auf eine Zusammenstellung verzichtet. Im Zweifelsfall kann die örtlich zuständige KESB oder der Rechtsdienst des Spitals darüber Auskunft geben.

¹⁴⁹ SAMW, Demenz, S. 8.

teilsfähigkeit bezüglich medizinischer Massnahmen verliert. Diese muss aber auch in der Palliative Care vorhanden sein, um rechtsgültig in medizinische Massnahmen einwilligen oder diese verbindlich ablehnen zu können. Selbstverständlich muss eine Differenzialdiagnose andere Erkrankungen mit ähnlichem Erscheinungsbild, insbesondere behandelbare Depressionen, ausschliessen, bevor von einer (endgültigen) Urteilsunfähigkeit ausgegangen werden darf.

¹⁵⁴ Es empfiehlt sich, die Fähigkeiten des Patienten hinsichtlich Willensbildung und -durchsetzung *periodisch zu überprüfen*, um der Gefahr zu entgehen, eine rechtswidrige Behandlung vorzunehmen. Dabei ist zu bedenken, dass bei Beginn der Demenz die wahrgenommene Schwäche zuweilen durch ein besonders «entschiedenes» Auftreten überspielt oder ein Satz bzw. eine Willensäusserung stereotyp wiederholt wird. Daraus darf nicht voreilig auf noch vorhandene Urteilsfähigkeit geschlossen werden. Auf der anderen Seite muss ein Meinungsumschwung nach Ausbruch der Demenzsymptome noch kein Indiz für Urteilsunfähigkeit sein, da die Erkrankung einen Perspektivenwechsel mit sich bringt. So lehnt ein gesunder Mensch vielleicht Behandlungen im Hinblick auf eine zukünftige Demenzerkrankung ab, in die er – einmal betroffen – gerne einwilligt. Allerdings sind auch ansatzlose oder sprunghafte Meinungsumschwünge, für die kein schlüssiger Grund ersichtlich ist und die der Patient nicht zu erklären vermag, denkbar. Diese können ein Hinweis darauf sein, dass ihm die kognitive Fähigkeit zur Willensbildung abhandengekommen bzw. eine vertiefte Abklärung der Urteilsfähigkeit angezeigt ist (vgl. Rz. 49).

¹⁵⁵ Auch wenn die Urteilsfähigkeit schliesslich zumindest für komplexe medizinische Behandlungen verneint werden muss, muss die Selbstbestimmung der Patienten respektiert werden. Auch in fortgeschrittenem Krankheitsstadium sollte den Patienten die Partizipation möglich sein und es soll ihnen so viel *Einfluss auf die eigene Lebensgestaltung* wie möglich verbleiben.¹⁵⁰ Dabei gilt es, die betroffenen Personen in Entscheidungsprozesse, die sie betreffen, miteinzubeziehen. Selbst wenn ihnen die Fähigkeiten zur verbalen Kommunikation abhandengekommen sind, gilt es, die Bedürfnisse so gut als möglich zu ermitteln und auf diese Rücksicht zu nehmen. Von Bedeutung sind dann insbesondere *nonverbale Verhaltensweisen* wie Hin- oder Abwendungsreaktionen.¹⁵¹

Auch dem urteilsunfähigen Demenzpatienten sollte so viel Einfluss wie möglich auf die eigene Lebensgestaltung verbleiben.

¹⁵⁶ Da der Wegfall der Urteilsfähigkeit mit der Diagnose der Demenz absehbar wird, kann der noch urteilsfähige Patient seine Autonomie wahren und durch eine *Patientenverfügung* entscheiden, in welche Behandlungen er einwilligt beziehungsweise welche er ablehnt. Da sowohl der Grund für die künftige Urteilsunfähigkeit als gegebenenfalls auch die Ursache für die palliative Behandlung bekannt sind, kann der Patient sich konkreter dazu äussern, welche Massnahmen er noch durchführen lassen möchte. Dabei empfiehlt es sich, eine solche Patientenverfügung in Zusammenarbeit mit einer medizinischen Fachperson auszuarbeiten und dabei auch die eigenen Überzeugungen und Werte festzuhalten. Dies hilft bei der späteren Auslegung der Verfügung (Rz. 98 ff.), die Wünsche des Patienten richtig zu verstehen und gegebenenfalls auch bei veränderten, bei Erstellen der Patientenverfügung nicht absehbaren Umständen besser einschätzen zu können, was der Patient diesfalls gewollt hätte.

¹⁵⁰ SAMW, Demenz, S. 11.

¹⁵¹ SAMW, Demenz, S. 11.

- ¹⁵⁷ Für den gesetzlichen Vertreter, der bei Fehlen einer Patientenverfügung im Falle der Urteilsunfähigkeit für die an Demenz erkrankte Person nach deren mutmasslichem Willen und objektiven Interessen entscheiden muss, ist es kaum möglich, sich in diese Lebenswelt hinein zu versetzen. Von «Aussen» bzw. aus der Warte des Gesunden erscheint die Krankheit vielleicht als wesentlich schlimmer und «unwürdiger» als sie tatsächlich wahrgenommen wird. Umso entscheidender ist es, dass sich die *Vertreterentscheide* nicht von der eigenen Lebensphilosophie und Überzeugung leiten lassen,¹⁵² sondern mit Blick auf den mutmasslichen Willen der betroffenen Person. Im Hinblick auf diese Problematik erscheint der frühe Einbezug der Angehörigen als spätere gesetzliche Vertreter im Sinne eines *Advanced Care Planning* als zentral. Dabei können erwartbare Krankheitsverläufe antizipiert und besprochen und damit die späteren Vertreterentscheide vereinfacht werden.¹⁵³
- ¹⁵⁸ Weiter erscheint es im Hinblick auf die gewisse spätere Urteilsunfähigkeit ratsam, mit den Angehörigen die eigenen *Wünsche für den letzten Lebensabschnitt* zu besprechen. In der Patientenverfügung kann auch eine konkrete Person bezeichnet werden, die den Patienten vertreten soll und die dann idealerweise nicht nur über konkrete Behandlungswünsche Bescheid weiss, sondern auch deren Hintergründe kennt. Dies schafft sowohl für den Patienten als auch das Behandlungsteam erhöhtes Vertrauen darauf, dass dem mutmasslichen Patientenwillen entsprochen wird.
- ¹⁵⁹ Auch mit einer guten Vorausplanung bleiben Demenzpatienten eine *besonders anspruchsvolle Patientengruppe*. So wird sich oftmals die Frage stellen, ob eine Nahrungsverweigerung körperliche Ursachen (Schluckbeschwerden) hat, der Unlust auf ein bestimmtes Nahrungsmittel bzw. der veränderten Geschmacksempfindung entspringt oder ob der Demenzpatient damit den Verlust seiner Lebensenergie und seinem Sterbewunsch Ausdruck verleihen will. Problematisch kann auch eine von Dritten wahrgenommene «*Lebensfreude*» sein, die mit dem Ausschluss jeglicher lebensverlängernder Massnahmen in Widerspruch zu stehen scheint. Hier ist wohl letztlich – bei aller Sorgfalt in der Abklärung der Urteilsfähigkeit und im Gespräch mit Angehörigen – anzuerkennen, dass Entscheidungen nicht mit letzter Gewissheit getroffen werden und Unsicherheiten verbleiben können.

Beispiel: Der 87-jährige D. hat in seiner Patientenverfügung, die er vor vier Jahren unmittelbar nach der Demenzdiagnose verfasst hat, angeordnet, dass er «keinerlei lebensverlängernde Massnahmen» wolle. Als er, mittlerweile urteilsunfähig, wegen demenzbedingt beeinträchtigten Hustenreizes eine Aspirationspneumonie erleidet, fragt sich, ob die medizinisch indizierte – damit aber letztlich lebensverlängernde – Antibiotikatherapie vorgenommen werden darf. Unter Umständen lässt sich die Frage, was zum heutigen Zeitpunkt dem mutmasslichen Willen von D. entspricht, weder der Patientenverfügung entnehmen noch mit weiteren Abklärungen sicher bestimmen. Mit dieser Ungewissheit muss der gesetzliche Vertreter daher umgehen und einen Entscheid treffen, der nach seinem Dafürhalten für D. im aktuellen Zustand «stimmig» ist. Eine Umsetzung medizinischer Massnahmen unter Zwang wäre aber bei dieser Sachlage eindeutig nicht angebracht.

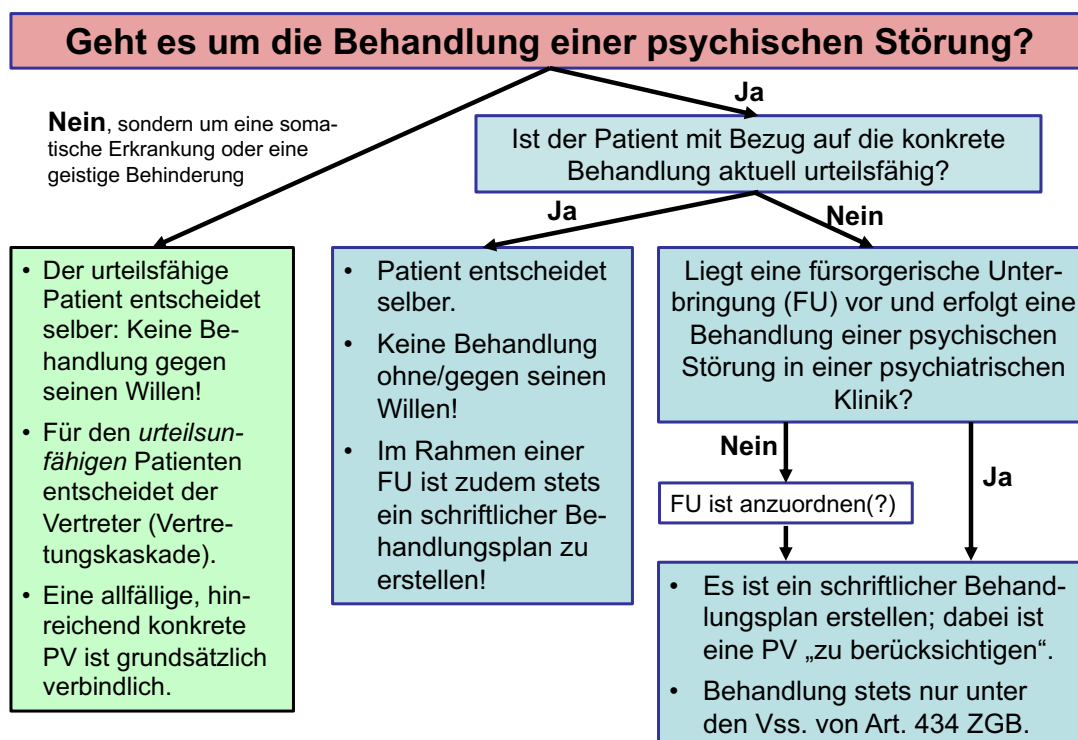
¹⁵² SAMW, Demenz, S. 16.

¹⁵³ SAMW, Demenz, S. 14 f.

10.3. Patienten mit psychischen Störungen

10.3.1. Übersicht

- ¹⁶⁰ Rechtliche Besonderheiten gelten schliesslich mit Bezug auf Patienten, die an einer (schweren) psychischen Störung leiden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber im Erwachsenenschutzrecht diese Patientengruppe bzw. die Behandlung der psychischen Störung einem anderen Regime unterstellt hat als die Behandlung somatischer Erkrankungen. Dass die Abgrenzung zuweilen schwierig sein kann und Patienten u.U. gleichzeitig an einer somatischen und einer psychischen Erkrankung leiden, blieb im Gesetzgebungsverfahren zu wenig berücksichtigt. Auszugehen ist von folgender (etwas vereinfachender) Übersicht:



- ¹⁶¹ Patienten, die an psychischen Störungen leiden, dürfen unter gewissen Voraussetzungen¹⁵⁴ in einer geeigneten Einrichtung (meistens wohl eine psychiatrische Klinik) untergebracht werden. Dies nennt sich «*Fürsorgerische Unterbringung*»; die Regelung findet sich in Art. 426 ff. ZGB. Das besondere Setting der erzwungenen Unterbringung rechtfertigt spezifische Schutzvorkehrungen für den Betroffenen.

10.3.2. Behandlung der psychischen Störung im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung

10.3.2.1. Schriftlicher Behandlungsplan

- ¹⁶² Mit Bezug auf den Behandlungsentscheid bedeutet dies, dass für die *Behandlung der psychischen Störung* unabhängig von der Urteilsfähigkeit des Betroffenen ein schriftlicher Behand-

¹⁵⁴ Siehe dazu u.a. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.168 ff.

lungsplan erstellt werden muss der mit dem Patienten und gegebenenfalls einer Vertrauensperson besprochen wird. Dies auch dann, wenn der Patient urteilsfähig ist und der Behandlung zustimmt.

10.3.2.2. Urteilsfähiger Patient

- ¹⁶³ Ist der Patient mit Bezug auf seine Erkrankung und die geplante Behandlung urteilsfähig, entscheidet er wie gewohnt selbst darüber, ob er sich einer Behandlung seiner psychischen Störung gemäss Behandlungsplan unterziehen will oder nicht.

10.3.2.3. Urteilsunfähiger Patient

- ¹⁶⁴ Ist der Patient urteilsunfähig, gelangen im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung nicht die üblichen Vertretungsregeln zur Anwendung. Eine allfällige Patientenverfügung muss im Rahmen einer FU bei der Erstellung des Behandlungsplans lediglich «berücksichtigt» werden und bündet damit normativ an Verbindlichkeit ein. Allerdings ist nicht ersichtlich, wieso ihr – ein gültiges Zustandekommen vorausgesetzt – nicht entsprochen werden sollte. Ein Abweichen von der Patientenverfügung sollte die Ausnahme bleiben.¹⁵⁵
- ¹⁶⁵ Art. 434 ZGB sieht unter bestimmten Voraussetzungen eine «Behandlung ohne Zustimmung» (auch «Zwangsbehandlung» genannt) vor. Eine solche ist zulässig zur Behandlung eines psychischen Leidens, wenn die Person sich selbst oder Dritte ernstlich gefährdet ist, sie bezüglich ihrer Erkrankung urteilsunfähig ist und keine weniger einschneidende Massnahme zur Verfügung steht. Der schriftliche Behandlungsplan (Rz. 162) bzw. die darin festgelegte Behandlung kann diesfalls durch den Chefarzt¹⁵⁶ der Abteilung, in der der Patient untergebracht ist, verbindlich angeordnet werden. Die Anordnung einer solchen Behandlung muss dem urteilsunfähigen Patienten und seiner Vertrauensperson schriftlich mitgeteilt und kann gerichtlich überprüft werden.
- ¹⁶⁶ Aus dem Vorliegen einer psychischen Erkrankung oder aus einer fehlenden Krankheitseinsicht allein darf allerdings auch bei fürsorgerischer Unterbringung nicht automatisch auf die Urteilsunfähigkeit des Patienten geschlossen werden.¹⁵⁷ Diese ist vielmehr sorgfältig abzuklären, d.h. es muss entweder an der Fähigkeit zur Willensbildung oder an der Willensumsetzungsfähigkeit fehlen (Rz. 43 ff.).

10.3.3. Behandlung einer somatischen Erkrankung des psychisch kranken Patienten

- ¹⁶⁷ Betrifft die Behandlung des psychisch kranken, allenfalls sogar fürsorgerisch untergebrachten Patienten hingegen nicht die psychische Störung, sondern eine (parallel dazu bestehende) *somatische Erkrankung oder Verletzung*, dann gelten dafür die dargelegten Regeln: Der urteilsfähige Patient entscheidet selber, eine Patientenverfügung ist grundsätzlich verbindlich, der urteilsunfähige Patient wird vertreten, wobei ein mündlicher Behandlungsplan genügt. Die psychische Erkrankung spielt daher beim fürsorgerisch untergebrachten Patienten nur insofern eine Rolle, als sie Ursache einer Urteilsunfähigkeit sein kann.

¹⁵⁵ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCH/ET AL., § 6 Rz. 33.

¹⁵⁶ Die Rechtsprechung lässt (über den Gesetzeswortlaut hinaus) auch die Anordnung durch einen leitenden Oberarzt zu, BGE 143 III 337 Erwägung 2.4.2.

¹⁵⁷ Vgl. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCH/ET AL., § 6 Rz. 39.

10.3.4. Psychisch kranke Patienten in der Palliative Care

- ¹⁶⁸ Für die Schnittstelle von Palliative Care und der Behandlung von psychischen Erkrankungen ergibt sich zusammenfassend Folgendes:
- ¹⁶⁹ Der urteilsfähige Patient entscheidet durchgängig selbständig über seine medizinische Behandlung. Es ist keine Behandlung gegen seinen Willen möglich, allerdings muss die Urteilsfähigkeit bei Vorliegen psychischer Erkrankungen und einem gefährlichen Verhalten sorgfältig abgeklärt werden.
- ¹⁷⁰ Wenn der Patient urteilsunfähig ist, die Voraussetzung für die fürsorgerische Unterbringung erfüllt sind und die palliativen Massnahmen auf einer somatischen Erkrankung beruhen, so muss die Behandlung zweigleisig abgestützt sein:
- Die Behandlung der psychischen Erkrankung erfolgt nach den Art. 426 ff. ZGB, weshalb ein schriftlicher Behandlungsplan zu erstellen und die Behandlung ärztlicherseits anzuordnen ist.
 - Die auf die Linderung somatischer Leiden bezogenen palliativen Massnahmen erfolgen gestützt auf die üblichen Regeln: Die Behandlung ist mit dem gesetzlichen Vertreter zu besprechen und dieser muss an Stelle des Patienten einwilligen.

Beispiel: Die Patientin S. ist wegen einer Schizophrenie mit ausgebautem, unverrückbarem Wahnsystem fürsorgerisch untergebracht. Da sie über Oberbauchschmerzen und Übelkeit klagt, erfolgt eine Untersuchung, die zur Diagnose eines fortgeschrittenen Pankreaskarzinoms führt, das nur noch palliativmedizinisch begleitet werden kann. Frau S. ist für Behandlungsentscheide nicht urteilsfähig, sie beharrt aufgrund ihrer psychischen Erkrankung darauf, dass sie eine Blinddarmentzündung habe, die operiert werden könnte. Den Ärzten wirft sie vor, sie wollten sie vergiften.

Die Behandlung der psychischen Störung mit einem Antipsychotikum wird im Gespräch mit Frau S. und (wenn möglich) einer Vertrauensperson geplant und schriftlich festgehalten. Da Frau S. wegen ihrer Urteilsunfähigkeit nicht zustimmen kann, wird die Behandlung durch den Chefarzt der Klinik angeordnet.

Die palliativmedizinische Behandlung (Schmerztherapie, evtl. palliative Chemotherapie), die nicht auf die psychische, sondern auf die somatische Erkrankung abzielt, ist mit dem gesetzlichen Vertreter von Frau S. zu besprechen. Dieser muss an Stelle von S. in die Behandlung einwilligen.

11. Wichtige Gesetzesbestimmungen im Kontext der Palliative Care

11.1. Zivilgesetzbuch (ZGB)

11.1.1. Auszug aus den Bestimmungen zur Handlungsfähigkeit:

Art. 16¹¹

d. Urteilsfähigkeit

Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

Merke: Urteilsfähigkeit ist ein Rechtsbegriff, auch wenn die Mediziner besser feststellen können, ob die Vss. der Urteilsfähigkeit im Einzelfall vorliegen oder nicht.

Art. 18

2. Fehlen der Urteilsfähigkeit

Wer nicht urteilsfähig ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung herbeizuführen.

Art. 19c¹⁸

4. Höchstpersönliche Rechte

¹ Urteilsfähige handlungsunfähige Personen üben die Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, selbstständig aus; vorbehalten bleiben Fälle, in welchen das Gesetz die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorsieht.

² Für urteilsunfähige Personen handelt der gesetzliche Vertreter, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist.

Merke: Die Einwilligung zu bzw. Ablehnung medizinischer Massnahmen gehört zu den Rechten, die ein Urteilsfähiger immer selbstständig ausübt (auch wenn er minderjährig oder verbeiständet ist).

11.1.2. Auszug aus den Bestimmungen zum Erwachsenenschutzrecht:

Art. 370

A. Grundsatz

¹ Eine urteilsfähige Person kann in einer Patientenverfügung festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt.

² Sie kann auch eine natürliche Person bezeichnen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit mit der behandelnden Ärztin oder dem behandelnden Arzt die medizinischen Massnahmen besprechen und in ihrem Namen entscheiden soll. Sie kann dieser Person Weisungen erteilen.

³ Sie kann für den Fall, dass die bezeichnete Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt, Ersatzverfügungen treffen.

Merke: Mit der PV kann die Vertretungskaskade von Art. 381 ZGB abgeändert werden.

Art. 371

B. Errichtung und Widerruf

¹ Die Patientenverfügung ist schriftlich zu errichten, zu datieren und zu unterzeichnen.

² Wer eine Patientenverfügung errichtet hat, kann diese Tatsache und den Hinterlegungsort auf der Versichertenkarte eintragen lassen. Der Bundesrat erlässt die nötigen Bestimmungen, namentlich über den Zugang zu den Daten.

³ Die Bestimmung über den Widerruf des Vorsorgeauftrags ist sinngemäss anwendbar.

Art. 372

C. Eintritt der Urteilsunfähigkeit

¹ Ist die Patientin oder der Patient urteilsunfähig und ist nicht bekannt, ob eine Patientenverfügung vorliegt, so klärt die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt dies anhand der Versichertenkarte ab. Vorbehalten bleiben dringliche Fälle.

² Die Ärztin oder der Arzt entspricht der Patientenverfügung, ausser wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht.

³ Die Ärztin oder der Arzt hält im Patientendossier fest, aus welchen Gründen der Patientenverfügung nicht entsprochen wird.

Art. 377

A. Behandlungsplan

¹ Hat sich eine urteilsunfähige Person zur Behandlung nicht in einer Patientenverfügung geäussert, so plant die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person die erforderliche Behandlung.

² Die Ärztin oder der Arzt informiert die vertretungsberechtigte Person über alle Umstände, 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.

³ Soweit möglich wird auch die urteilsunfähige Person in die Entscheidungsfindung einbezogen.

⁴ Der Behandlungsplan wird der laufenden Entwicklung angepasst.

Art. 378

B. Vertretungsberechtigte Person

¹ Die folgenden Personen sind der Reihe nach berechtigt, die urteilsunfähige Person zu vertreten und den vorgesehenen ambulanten oder stationären Massnahmen die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern:

1. die in einer Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag bezeichnete Person;
2. der Beistand oder die Beiständin 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.

Merke: Dieses Vertretungsrecht Angehöriger gilt (wie Art. 377) nur, wenn sich die gewünschte Behandlung nicht schon aus einer gültigen, hinreichend konkreten PV ergibt.

Die Aufzählung ist als Kaskade zu verstehen: Wenn Angehörige einer Stufe vorhanden sind, schliessen diese Angehörige der folgenden Stufen vom Vertretungsrecht aus.

² Sind mehrere Personen vertretungsberechtigt, so dürfen die gutgläubige Ärztin oder der gutgläubige Arzt voraussetzen, dass jede im Einverständnis mit den anderen handelt.

³ Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person.

Art. 379

C. Dringliche Fälle

In dringlichen Fällen ergreift die Ärztin oder der Arzt medizinische Massnahmen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person.

Merke: Dringlichkeit bezieht sich nicht nur auf medizinische Notfälle i.e.S., sondern liegt immer vor, wenn die Zeit nicht reicht, um das Prozedere gemäss Art. 377 GB einzuhalten.

Art. 381

E. Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

¹ Die Erwachsenenschutzbehörde errichtet eine Vertretungsbeistandschaft, wenn keine vertretungsberechtigte Person vorhanden ist oder das Vertretungsrecht ausüben will.

² Sie bestimmt die vertretungsberechtigte Person oder errichtet eine Vertretungsbeistandschaft, wenn:

1. unklar ist, wer vertretungsberechtigt ist;
2. die vertretungsberechtigten Personen unterschiedliche Auffassungen haben; oder
3. die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind.

³ Sie handelt auf Antrag der Ärztin oder des Arztes oder einer anderen nahestehenden Person oder von Amtes wegen.

Merke: Diese Norm gibt dem Arzt ein Melderecht; dieses geht dem Arztgeheimnis vor.

Siehe auch hinten, Art. 453 ZGB.

11.1.3. Auszug aus den Bestimmungen zur Meldung:

Art. 443

A. Melderechte und -pflichten

¹ Jede Person kann der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis.

² Wer in amtlicher Tätigkeit von einer solchen Person erfährt und der Hilfsbedürftigkeit im Rahmen seiner Tätigkeit nicht Abhilfe schaffen kann, ist meldepflichtig. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis.⁴³³

³ Die Kantone können weitere Meldepflichten vorsehen.⁴³⁴

Merke: Berufsgeheimnisträger (Ärzte und ihre Hilfspersonen, Seelsorger usw., vgl. Art. 321 StGB) sind *nach dieser Norm* (s. aber sogleich) nie zur Gefährdungsmeldung berechtigt.

Kant. Bestimmungen konsultieren!

Art. 453

C. Zusammenarbeitspflicht

¹ Besteht die ernsthafte Gefahr, dass eine hilfsbedürftige Person sich selbst gefährdet oder ein Verbrechen oder Vergehen begeht, mit dem sie jemanden körperlich, seelisch oder materiell schwer schädigt, so arbeiten die Erwachsenenschutzbehörde, die betroffenen Stellen und die Polizei zusammen.

² Personen, die dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterstehen, sind in einem solchen Fall berechtigt, der Erwachsenenschutzbehörde Mitteilung zu machen.

Merke: Ein Melderecht kann auch nach Art. 381 ZGB betreffend den urteilsunfähigen Patienten bestehen (siehe vorne), wenn z.B. die Vertretungsberechtigung unklar ist.

11.2. Strafgesetzbuch (StGB)

11.2.1. Suizid, Tötung auf Verlangen

Art. 114¹³⁴

Tötung
auf Verlangen

Wer aus achtenswerten Beweggründen, namentlich aus Mitleid, einen Menschen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen tötet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe¹³⁵ bestraft.

Art. 115

Verleitung und
Beihilfe zum
Selbstmord

Wer aus selbstsüchtigen Beweggründen jemanden zum Selbstmorde verleitet oder ihm dazu Hilfe leistet, wird, wenn der Selbstmord ausgeführt oder versucht wurde, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe¹³⁶ bestraft.

11.2.2. Berufsgeheimnis

Art. 321

Verletzung des
Berufs-
geheimnisses

1. Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Patentanwälte, nach Obligationenrecht³⁶⁹ zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Apotheker, Hebammen, Psychologen sowie ihre Hilfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, werden, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.³⁷⁰

Ebenso werden Studierende bestraft, die ein Geheimnis offenbaren, das sie bei ihrem Studium wahrnehmen.

Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung der Berufsausübung oder der Studien strafbar.

2. Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat.

Merke: Arzt- und Seelsorgegeheimnis gelten auch gegenüber anderen Geheimnisträgern (Seelsorger ggü. Arzt und umgekehrt). Die Geheimhaltungspflicht endet mit dem Tod des Patienten nicht, jedoch fehlt es dann i.d.R. an einem Strafantrag (sog. Antragsdelikt).

12. Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Patientenverfügung und Entscheidungsbefugnisse am Lebensende aus Schweizer Sicht, in: MedR 2018, S. 785 ff.
- DIES., Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, in: Jusletter 22. September 2014
- DIES., Gutes Sterben = Selbstbestimmtes Sterben?, in: Angewandte Gerontologie 1/2018, S. 11 ff.
- DIES., Selbstbestimmung und Palliative Care – die Perspektive des Rechts, in: palliative ch, Zeitschrift der Schweiz. Gesellschaft für Palliative Medizin, Pflege und Begleitung, Nr. 2-2015, S. 18 ff.
- DIES., Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, in: ZBJV 2013, S. 150 ff.
- DIES., Freiwilliger Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit (FVNF). Die Perspektive des Rechts, in: Eychmüller/Amstad (Hrsg.), Freiwilliger Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit (FVNF), Folia Bioethica 39, 2015, S. 27 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA E./FELLMANN WALTER/GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHKE BERNHARD/TAG BRIGITTE, Arztrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2016
- 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 (zit. Patientenrechtebericht)
- BOBBERT MONIKA, Patientenverfügungen zwischen Antizipation, Selbstbestimmung und Selbstdiskriminierung, in: Jusletter 25. Januar 2016
- DIES., 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.
- Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006 7001 ff.
- BREITSCHMID PETER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1–456 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2016.
- BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch: Die natürlichen Personen, Art. 11–26 ZGB, 2. Aufl., Bern 2017
- BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- FELLMANN WALTER: Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 103 ff.
- GERBER ANDREAS U.: Decision-making relating to cardio-pulmonary resuscitation attempts, in: Ther Umsch 2009, S. 575 ff.
- HAAS RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern 2007, Zürich/Basel/Genf 2007
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpflis juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag, 4. Aufl., Bern 2016
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpflis juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag, 6. Aufl., Bern 2018
- HAUSSENER STEFANIE, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis, Zürich 2017
- DIES., Entscheidungen am Lebensende im Spannungsfeld zwischen Selbst- und Fremdbestimmung, Patientenwillen und -wohl, in: Jusletter 30. Januar 2017
- 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./Hürlimann Daniel/Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Waldenmeyer Catherine, Bern 2014 (zit. BASS-Studie)

- 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.
- JOSSEN ROCHUS, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, Diss. Bern 2009
- MERKEL GRISCHA, Patientenautonomie und Tatherrschaft bei lebensbeendenden Entscheidungen, in: ZSR II 2018, S. 306 ff.
- MICHEL MARGOT, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Diss. Zürich, Basel 2009 (zit. MICHEL, Rechte von Kindern)
- MICHEL MARGOT, Zwischen Autonomie und fürsorglicher Fremdbestimmung: Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen im Bereich medizinischer Heilbehandlungen, in: FamPra 2008, S. 243 ff. (zit. MICHEL, Partizipationsrechte)
- PORTANOVA JACLYN/AILSHIRE JENNIFER/PEREZ CATHERINE/RAHMAN ANNA/ENGUIDANOS SUSAN, Ethnic Differences in Advance Directive Completion and Care Preferences: What Has Changed in a Decade?, Journal of the American Geriatrics Society 2017, S. 1352 ff.
- Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz, 2. Aufl., 2019 (zit. SAMW, Demenz)
- Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, Medizin-ethische Richtlinien zu intensivmedizinischen Massnahmen, 3. Aufl., 2018 (zit. SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen)
- Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, Medizin-ethische Richtlinien zur Palliative Care, 10. Aufl., 2019 (zit. SAMW, Palliative Care)
- Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, Medizin-ethische Richtlinien zum Umgang mit Sterben und Tod, 2. Aufl., 2019 (zit. SAMW, Sterben und Tod)
- Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, Medizin-ethische Richtlinien zur Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis, 2019 (zit. SAMW, Urteilsfähigkeit)
- 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.
- TAG BRIGITTE, Strafrecht im Arztalltag, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 669 ff.
- WASSEM STEPHANIE, In dubio pro vita? Die Patientenverfügung, Eine Analyse der neuen Gesetze in Deutschland und der Schweiz, Diss. Basel, Berlin 2010
- WIDMER BLUM CARMEN L., Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern 2010, Zürich/Basel/Genf 2010
- ZIEGLER LENKA, Sterben in Würde – Wertekonflikt zwischen dem Recht auf Leben und dem Recht auf Sterben – Selbstbestimmungsrecht am Lebensende, in: Vasella Juana/Morand Anne-Sophie (Hrsg.), Werte im Recht – Das Recht als Wert, Zürich 2018, S. 79 ff.
- ZIMMERMANN MARKUS/FELDER STEFAN/STRECKEISEN URSULA/TAG BRIGITTE, Das Lebensende in der Schweiz, Individuelle und gesellschaftliche Perspektiven, Basel 2019