

Masterarbeit MAS Forensik

Die Patientenverfügung

Der Wille des Patienten im Spannungsfeld „Recht auf Sterben“ und Medizin,
unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Verantwortlichkeiten

-

Ein Überblick über die geltende Rechtslage mit Ausblick in die Zukunft

eingereicht durch

lic.iur. Susanne Steinhauser

**Schönenwerdstrasse 58
8620 Wetzikon**

Masterarbeitsbetreuer:

PD Dr.med. et Dr.iur. Antoine Roggo

1. Einleitung

1.1. Problemstellung

In der heutigen Zeit der fortwährenden technischen und der damit einhergehenden medizinischen Fortschritte werden immer mehr Krankheiten behandelbar und zum Teil auch heilbar. Es werden in immer kürzeren Zeitspannen neue Erkenntnisse über das Funktionieren des menschlichen Körpers, dessen Organe und Stoffwechsel bis hin zu den Menschen bauenden und definierenden Genen gewonnen. Diese Erkenntnisse werden durch die Mediziner angewendet, um das menschliche Leben durch Heilung von Krankheiten oder Behandlung von Unfallfolgen zu verlängern und das für jeden Menschen unweigerlich zum biologischen Lebenszyklus gehörende Ende, das Sterben, hinauszuschieben.

Gleichzeitig befinden wir uns aber in einer Zeit, in welcher sich das einzelne Individuum einer Vielzahl von Möglichkeiten gegenüber sieht, sein Leben zu gestalten. Der tägliche Überlebenskampf des Individuums in Westeuropa ist einem sozialen System gewichen, in welchem sich grundsätzlich jeder Mensch den existentiell notwendigen Unterhalt finanzieren kann. Die notwendigen finanziellen Mittel dazu erhält er durch Arbeitstätigkeit oder aber durch die verschieden organisierten staatlichen Hilfen zur Verfügung gestellt. Damit steht dem Einzelnen mehr Zeit zur Disposition, die vielfältigen Angebote der Neuzeit wahrzunehmen und sich für sich selbst einen Lebenszweck¹ zu definieren oder aber das Leben inhaltlich durch die vorhandenen Konsumangebote² auszufüllen. Der Rechtsethiker drückt dies in der Anerkennung der Entscheidungshoheit des Einzelnen über die Bedingungen seiner Teilhabe an der Gesellschaft in einer individualistisch konzipierten Gesellschaft aus³. Oft genug wird dabei der Lebenssinn durch das Wahrnehmen dieser Konsumangebote definiert.

Was passiert aber, wenn der menschliche Körper infolge Alters, Krankheit oder mechanischer Einwirkung⁴ nicht mehr in der Lage ist, den durch das betroffene Individuum definierten Lebenszweck zu erfüllen? Die Existenz⁵ nicht mehr durch das Wahrnehmen von Wert und Erfüllung gebenden Tätigkeiten ausgefüllt werden kann, der Tod aber nicht eintreten wird, weil die heutige Medizin die Möglichkeit bietet, den menschlichen Organismus mit Hilfe von technischen Geräten, Operationen oder Medikamenten am Leben⁶ zu erhalten? Mit der Frage der „Lebensbilanz“ setzen sich immer mehr Menschen auseinander. Dabei muss festgestellt werden, dass diese Auseinandersetzung und die getroffene Definition des „lebenswerten Lebens“ sich für jedes einzelne Individuum einer Gesellschaft differierend darstellt. Es stehen sich letztendlich der Wille des Menschen, also der Wille des Patienten, und die Berufspflicht und das Berufsverständnis⁷ des Mediziners gegenüber. Dabei entsteht ein Spannungsfeld

¹ Lebenszweck kann dabei sein, eine Familie zu gründen, im Beruf Karriere zu machen, möglichst immer Spass zu haben etc.

² Die heutige Lebensform in Westeuropa ermöglicht es dem Einzelnen, nebst der gesetzlich beschränkten Arbeitszeit die Freizeit durch unzählige Angebote auszufüllen. Es seien hier lediglich einige exemplarisch aufgezählt: Sport, Reisen, Unterhaltung im weiteren Sinne durch verschiedene Medien, Kommunikation, Lesen etc. Die dem Menschen biologisch zur Verfügung stehende Zeit wird nicht mehr durch die Existenz sichernden Aufgaben und Massnahmen ausgefüllt.

³ Bottke Wilfried, Strafrechtliche Probleme am Lebensbeginn und am Lebensende. Bestimmungsrecht versus Lebenserhaltung? in: Lebensverlängerung aus medizinischer, ethischer und rechtlicher Sicht, Bottke/Fritsche/Huber/Schreiber, S. 38.

⁴ Unfallereignis: Amputation von Gliedmassen, Querschnittlähmung, Tetraplegie etc.

⁵ Existenz als Leben im Allgemeinen, als Zeitraum zwischen Geburt und Tod bei gegebener Handlungs- und Urteilsfähigkeit.

⁶ Leben im Sinne der gesetzlichen Definition bis zum Eintreten des sogenannten Hirntodes.

⁷ Die religiösen und ethischen Vorstellungen des betreffenden Mediziners gelten im vorliegenden Fall als im Begriff des Berufsverständnisses enthalten.

zwischen medizinisch Möglichem und Machbarem, Ethik im Allgemeinen und medizinischer Ethik, zwischen dem Willen des betroffenen Menschen (Patient) und dem Berufsverständnis sowie der Berufspflicht des Mediziners, sowie zwischen der Rechtsordnung respektive dem Gesetz und den Individualinteressen.

In der Schweiz fehlt es heute an einer klaren gesetzlichen Regelung betreffend der Berücksichtigung des Patientenwillens am Ende des Lebens. Daraus ergeben sich innerhalb unserer Rechtsordnung und unserer Gesundheitsversorgung nebst ethischen, psychischen, psychologischen oder religiösen auch juristische Probleme und Unsicherheiten für Mediziner und Patienten. Diese können zu gravierenden Folgen⁸ für den Betroffenen führen. Es liegt nicht in der Natur des Menschen, sich mit dem Tod oder dem Sterbeprozess ohne Notwendigkeit Gedanken zu machen. Auch in der heutigen Zeit ist das Sterben nach wie vor in weiten Bevölkerungskreisen ein Tabuthema, obwohl das Lebensende biologisch vorhersehbar und unausweichlich ist.

1.2. Ziel der Arbeit

Die vorliegende Arbeit soll einen Überblick über die geltende Rechtsordnung in der Schweiz bezüglich der Verfügungsrechte des Patienten über sein Leben und Sterben sowie grundsätzlich über erlaubte und „unerlaubte“ Eingriffe in dessen physische Integrität, insbesondere im Falle einer infausten Krankheitsdiagnose, verschaffen. Mitberücksichtigt werden die sich aus einer solchen Verfügung ergebenden Pflichten und Schranken des Mediziners unter Einbezug der möglichen strafrechtlichen Folgen bei Befolgung oder Missachtung der Patientenverfügung. Dabei erfolgt eine klare Unterscheidung zwischen dem urteilsfähigen und dem durch Krankheit oder akzidentiellem Ereignis urteilsunfähig gewordenen mündigen Patienten. Nicht Inhalt dieser Arbeit ist die rechtliche Situation bei urteilsunfähigen Unmündigen⁹, bei urteilsfähigen Unmündigen, bei Entmündigten sowie in der Neonatologie und Fällen der Zwangsmedikamentation¹⁰. Ausdrücklich ausgenommen ist auch eine ausführliche Darstellung der geltenden Rechtslage in Bezug auf die „Beihilfe zum Suizid“¹¹.

2. Überblick über die Verfügungsmöglichkeiten von Patienten

2.1 Vergangenheit

Bis weit ins letzte Jahrhundert hineinreichend wurden medizinische Behandlungen nicht in Frage gestellt. Es herrschte mit dem Paternalismus¹² eine Herrschaftsordnung vor, die im ausserfamiliären Bereich ihre Autorität und Herrschaftslegitimation auf eine vormundschaftliche Beziehung zwischen Herrscher und Herrschaftsunterworfenem begründete. Als paternalistisch wird dabei eine Handlung bezeichnet, wenn sie gegen den

⁸ Der Patient wird allenfalls gezwungen, in einem von ihm nicht erwünschten Zustand weiter leben zu müssen. Der Mediziner hat allenfalls nebst haftpflichtrechtlichen auch strafrechtliche Konsequenzen zu gewärtigen.

⁹ Urteilsunfähigkeit wird im Rahmen der medizinischen Praxis bis zu einem Alter von 10 Jahren angenommen. Zwischen 10 und 15 Jahren ist diese von Fall zu Fall zu beurteilen und Jugendliche ab 15 Jahren gelten als urteilsfähig; „Forschung in Notfallsituationen und mit Personen, welche vorübergehend oder dauernd urteilsunfähig sind“, Interpretationshilfe der Arbeitsgruppe Koordination der Beurteilung klinischer Versuche, Mai 2006, Seite 4, www.swissethics.ch/fileadmin/user_upload/d_InterpretForschNotfall.pdf, Besuch vom 11. April 2007.

¹⁰ Zwangsmedikamentation im Zusammenhang mit fürsorglichem Freiheitsentzug oder Haft.

¹¹ Beihilfe zum Suizid im Zusammenhang mit dem Tätigwerden von Sterbehilfeorganisationen in der Schweiz wie „Exit“, Dignitas usw.

¹² Golbs Ulrike; Das Vetorecht eines einwilligungsunfähigen Patienten; in; Studien zum Strafrecht Band 2, Baden-Baden, Nomos, S. 11.

Willen, aber auf das Wohl eines anderen gerichtet ist¹³. Diese Herrschaftsstellung nahm der Mediziner aufgrund seines Fachwissens ein. Populärwissenschaftliche Kenntnisse über Biologie im Allgemeinen, über den Aufbau des Körpers, über Krankheiten und deren Ursachen und Folgen lagen im Gegensatz zu heute¹⁴ beim durchschnittlichen Bürger kaum vor. Im Gegensatz zur heutigen Zeit herrschte noch Obrigkeitgläubigkeit und Ehrfurcht vor fremdem Fachwissen¹⁵. Ein Hinterfragen einer ärztlichen Meinungsäußerung wurde nicht toleriert und konnte zudem aufgrund des fehlenden Wissens nicht erfolgen. Nicht von ungefähr wurde und wird der Mediziner als „Gott in Weiss“ bezeichnet.

2.2 Gegenwart

Erst im Verlaufe des 20. Jahrhunderts erfolgte der Übergang von der paternalistischen Medizin zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Dieses ist Ausfluss des Grundgedankens des Schutzes der Persönlichkeit des Menschen. Der Kerngehalt statuiert aus der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten¹⁶ und beinhaltet das Recht jedes Menschen auf Leben¹⁷ sowie das Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens¹⁸. Die Bundesverfassung garantiert den Schutz der Würde des Menschen¹⁹, das Recht auf Leben²⁰ und das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit²¹. Gleichzeitig verpflichtet sie die staatlichen Behörden dazu, den Grundrechten in der gesamten Rechtsordnung Geltung zu verschaffen und diese Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden zu lassen²². Im Privatrecht wird das Persönlichkeitsrecht in Art. 27 ff. ZGB geregelt und statuiert nebst dem Recht des Menschen auf physische und psychische Integrität auch dessen Selbstbestimmungsrecht. Diese Regelung schützt den Menschen damit in seiner Hoheit, aus freiem Willen über Eingriffe in seinen Körper zu entscheiden²³. Das Bundesgericht hat in einem neuen Entscheid und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte festgestellt, dass zum Selbstbestimmungsrecht im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK auch das Recht gehöre, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden²⁴.

Innerhalb des Rahmens dieser Grundrechte bestimmt sich das rechtliche Verhältnis zwischen Arzt und Patienten. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid von 1927 erstmals das Verhältnis zwischen Patienten und Arzt als Anwendungsfall des Auftragsrechts qualifiziert²⁵.

¹³ <http://de.wikipedia.org/Paternalismus>, Besuch vom 12. April 2007.

¹⁴ So liefern Tageszeitungen und Periodika für jedermann zugängliche Berichte und Informationen im humanmedizinischen Bereich. Auch im Fernsehen finden an Laien gerichtete medizinische und wissenschaftliche Sendungen ihr Publikum, z.B. auf SF 1 MTW (Mensch Technik Wissenschaft) und SF 2 Sprechstunde.

¹⁵ Golbs Ulrike (Fn 12), S. 11.

¹⁶ EMRK, (Stand 22. August 2006), in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974.

¹⁷ Art. 2 Abs. 1 EMRK: „Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt. Niemand darf absichtlich getötet werden, ausser durch Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist.“

¹⁸ Art. 8 Abs. 1 EMRK: „Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und Korrespondenz.“

¹⁹ Art. 7 BV: „Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.“

²⁰ Art. 10 Abs. 1 BV: „Jeder Mensch hat das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten.“

²¹ Art. 10 Abs. 2 BV: „Jeder Mensch hat das Recht auf persönlichen Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.“

²² Art. 35 Abs. 1 und 3 BV: „Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.“

²³ Roggo Antoine, Roadmap Aufklärung von Patienten, S. 76 in: Die Haftung des Arztes und des Spitals, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich Basel Genf 2003.

²⁴ BGE vom 3. November 2006, 2A.48/2006, Erw. 6.1.

²⁵ Vollenweider Irene, Gesetzgebungskompetenz der Kantone im Bereich der passiven Sterbehilfe, Seite 3, Jusletter vom 11. September 2006; BGE 53 II 419.

Bis heute hat das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden²⁶ an dieser Qualifikation festgehalten. Daraus entwickelten sich die heutigen, das Arzt-Patientenverhältnis definierenden Regeln und Pflichten, welche von der Praxis und den Standesorganisationen anerkannt und in verschiedenen Richtlinien festgehalten werden²⁷.

In der Gegenwart bezeichnet man dieses Verhältnis als Behandlungsvertrag zwischen Patienten und Arzt, wobei sich die entsprechenden Grundlagen im privatärztlichen Verhältnis (freipraktizierender Arzt) auf die zivilrechtlichen Normen des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR) stützen. Die Beziehung zwischen Patient und Arzt eines öffentlich-rechtlich organisierten Spitals unterliegt den kantonalen Gesundheitsgesetzen. Als Schutz und Grenze definieren sich die in der EMRK und der Bundesverfassung verankerten Persönlichkeitsrechte und die in Lehre und Praxis anerkannten ungeschriebenen Freiheitsrechte.

Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts verletzen medizinische Massnahmen, die in die körperliche Integrität des Menschen eingreifen, das Persönlichkeitsrecht und sind grundsätzlich rechtswidrig, selbst wenn sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt werden (*lege artis*), ausser es liegt ein Rechtfertigungsgrund vor²⁸. Nebst der Einwilligung des Patienten sind dabei an medizinische Notfälle sowie Fälle des fürsorglichen Freiheitsentzuges respektive der im Strafgesetz vorgesehenen Massnahmen zu denken. Daraus folgt, dass jede ärztliche Handlung an einem Patienten einer Einwilligung bedarf. Damit eine Einwilligung zu einem medizinischen Eingriff nicht zur Farce wird und das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht auch tatsächlich wahrgenommen werden kann, ist heute anerkannte Grundlage, unabhängig davon, ob das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patienten dem Privatrecht oder öffentlichen Recht unterstellt ist, dass der Patient über das notwendige Wissen im Zusammenhang mit dem bevorstehenden Eingriff verfügt und auch Kenntnisse von den entsprechenden Risiken hat, mithin genügend aufgeklärt ist, um einen eigenständigen, ausgewogenen und überdachten Entscheid fällen zu können (*informed consent*)²⁹.

Die Schweiz kennt gegenwärtig keine ausdrückliche bundesrechtliche Regelung, wie mit dem Willen des Patienten im Falle des nahe bevorstehenden oder möglichen Todes umzugehen ist. Relativ unproblematisch stellt sich dieses Manko in Fällen dar, in welchen der Patient zum Zeitpunkt der notwendigen ärztlichen Massnahmen noch urteilsfähig ist. Anders indessen stellt sich die Situation dar, wenn der Betroffene urteilsunfähig wurde. Die Patientenverfügung inklusive Bestimmung einer Vertretungsperson in medizinischen Angelegenheiten stellt heute eine einseitige Willensäusserung dar, gerichtet an Ärzte, welche grösstenteils juristisch unkundig sind und aufgrund ihrer beruflichen und ethischen Ausrichtung oftmals andere Ziele verfolgen und anderen Werten folgen, als der Patient. Eine Rolle kann dabei die Forschungstätigkeit des behandelnden Arztes, dessen fachlicher Ruf (*mors in tabula*³⁰), befürchtete strafrechtliche und haftungsrechtliche Folgen, die eigene Einstellung zum Sterben und damit allenfalls zum eigenen Versagen, oder einfach die Einstellung zum hippokratischen Eid spielen. Einen nicht zu vernachlässigenden Einflussfaktor kann dabei auch der Leistungsauftrag von Ärzten in öffentlich-rechtlich organisierten Spitälern und der Konkurrenzdruck von Ärzten in Privatspitälern darstellen. Das

²⁶ Bsp. BGE 116 II 519; 127 III 426.

²⁷ FMH, Standesordnung FMH, Stand 30. April 2003.

²⁸ Wiegand Wolfgang, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Handbuch des Arztrechts, Heinrich Honsell (Hrsg.), Zürich 1994, S. 180; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht vom 28. Juni 2006, S. 7030; BGE 99 IV 208; BGE 124 IV 258.

²⁹ SAMW, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, Medizinisch-ethische Grundsätze der SAMW vom 24. November 2005, S. 2.

³⁰ Tod auf dem Operationstisch.

pekuniäre Moment darf leider in der heutigen medizinischen Behandlung nicht vergessen werden.

Diese für die betroffenen Patienten und Ärzte gleichermaßen unangenehme Situation führt zu rechtlichen und auch persönlichen Unsicherheiten. Verschiedene Organisationen, insbesondere Landesorganisationen haben daher in der Vergangenheit Richtlinien im Umgang mit dem Willen des Patienten, mit Patientenverfügungen sowie mit der Bestimmung einer Vertretungsperson in medizinischen Angelegenheiten erlassen. Einzelne Kantone haben zudem entsprechende Gesetze in Kraft gesetzt³¹, welche für die behandelnden Ärzte Verhaltensregeln statuieren und diesen einen Rechtsschutz gewähren. Mangels einer bisherigen rechtlichen Regelung auf Bundesebene führen diese Alleingänge der Kantone zu unbefriedigenden und unterschiedlichen Vorschriften, wie mit den Patientenverfügungen und insbesondere den bestimmten Vertretungspersonen umzugehen ist³². Besonders unschön ist diese Situation, da die Kantone die Regelungen, mit Ausnahme des Kantons Zürich, in Gesundheitsgesetzen respektive –verordnungen erlassen haben, welche lediglich für öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen respektive für Einrichtungen des Kantons verbindliche Vorschriften enthalten. Der Kanton Zürich seinerseits hat die Patientenrechte in seiner Verordnung³³ auch für private Institutionen verbindlich erklärt.

Grundsätzlich ist daher festzustellen, dass in der heutigen Zeit dem Patienten gestützt auf die Grundrechte und deren Auslegung hinsichtlich Selbstbestimmungsrecht, Recht auf Bestimmung der Art und des Zeitpunkts des eigenen Todes, der notwendigen Einwilligung für Eingriffe in die physische Integrität und der Qualifikation des Arzt-Patientenverhältnisses als Behandlungsauftrag im Sinne des obligationenrechtlichen Auftragsverhältnisses die notwendigen und genügenden rechtlichen Grundlagen zur Verfügung stehen würden, um seinem Willen, auch bei eingetretener Urteilsunfähigkeit, Geltung verschaffen zu können. Tatsächlich wird aber die frühere Willensäußerung des urteilsunfähig gewordenen Patienten mangels ausdrücklicher und klarer gesetzlicher Regelung nach wie vor, teilweise aus den vorgenannten Gründen, unter Vorgabe medizinischer Notwendigkeit, unklarer Überlebenschancen oder einfach aus falsch verstandenem ärztlichen Pflichtbewusstsein und Überheblichkeit missachtet (eigene Erfahrung).

2.3 Zukunft

2.3.1 Auf Europäischer Ebene

In vielen europäischen Ländern ist man sich heute dem Segen, aber auch der Gefahr der modernen Medizin bewusst. Anerkannt ist allgemein, dass die technischen und biologischen Fortschritte der Medizin zum Ziel haben, dem Menschen und seiner Gesundheit zu dienen³⁴. Gleichzeitig wird aber auch der Missbrauch befürchtet. Die neuen Erkenntnisse führen zu einem immer grösseren Spezialwissen einzelner, das durch den durchschnittlichen Menschen nicht mehr erlangt und nachvollzogen werden kann. Es besteht daher Bedarf an einer klaren Regelung, durch Handlungsanweisungen an die Ärzteschaft den Schutz der Menschenwürde und der Persönlichkeit zu garantieren und das Zulässige vom Missbrauch abzugrenzen. Diese Begrenzung statuiert das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und

³¹ Bsp. Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich vom 5. April 2004, in Kraft seit 1. Januar 2005; Entwurf zum Gesundheitsgesetz des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. Mai 2006; etc.

³² Enge Auslegung der Patientenverfügung im Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich, demgegenüber sehr offene und weitgehende Berücksichtigung des Patientenwillens und dessen bestimmter Vertretungsperson im Entwurf zum Gesundheitsgesetz des Kantons Appenzell Ausserrhoden.

³³ Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich (Fn 31).

³⁴ Botschaft vom 12. September 2001 betreffend das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, S. 273.

Medizin für Kernbereiche und die wichtigsten Grundsätze. Zentrale Bedeutung erlangt dabei das Interesse des Individuums, das gegenüber den Interessen der Gesellschaft und der Forschung Vorrang hat. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist oberstes Gebot und ausser in gewissen Notfallsituationen darf keine Intervention³⁵ im Gesundheitsbereich erfolgen, ohne dass der Patient, oder, wenn er urteilsunfähig geworden ist, sein gesetzlicher Vertreter oder eine von der Rechtsordnung dafür vorgesehene Behörde, Person oder Stelle die Zustimmung erteilt hat. Die Zustimmung darf dabei nur erteilt werden, wenn die Intervention zum unmittelbaren Nutzen des Patienten erfolgt. In concreto gewährt man dem Patienten auch die Autonomie, eine Behandlung selbst dann abzubrechen oder abzulehnen, wenn dadurch seine Gesundheit geschädigt oder das Leben verkürzt wird³⁶. Unvereinbar mit der Konvention ist die heute in einigen Kantonen geltende Regelung, die den Ärzten bei der Behandlung von urteilsunfähigen Patienten ohne gesetzlichem Vertreter die Kompetenz und das Recht einräumen, alleine über vorzunehmende Eingriffe zu entscheiden, selbst wenn teilweise die Pflicht besteht, Angehörige zu konsultieren³⁷. Das Übereinkommen hat zum Zweck, die individuellen Interessen des Einzelnen gegenüber medizinischen Interventionen zu schützen. Mit diesem Grundsatz lässt sich ein Entscheidungsrecht der Ärzte, ausser in Notfällen, nicht mehr vereinbaren³⁸.

In Notfallsituationen mit zwingend dringendem Handlungsbedarf darf indessen jede ärztliche Massnahme sofort erfolgen, sofern diese im Interesse der Gesundheit des betroffenen Patienten und medizinisch unerlässlich ist (Geschäftsführung ohne Auftrag). Ausdrücklich wird aber darauf hingewiesen, dass auch in Notfällen die früher geäusserten Wünsche des Patienten zu berücksichtigen sind.

2.3.2 Auf nationaler Ebene

Um den heutigen Bedürfnissen des Einzelnen gerecht zu werden, bedarf es einer bundesrechtlichen Regelung im Zusammenhang mit einer möglicherweise künftig eintretenden Urteilsunfähigkeit. Dem soll mit einer Revision des Vormundschaftsrechts Rechnung getragen werden. Ziel dieser Revision ist, das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu fördern. Jeder urteilsfähige Mensch soll rechtlich verbindliche Vorsorgen für den Fall einer zukünftigen Urteilsunfähigkeit treffen können. Eine solche Vorsorge beinhaltet gemäss dem Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) einerseits den Erlass einer Patientenverfügung, in welcher eine urteilsfähige Person festlegen kann, welchen medizinischen Massnahmen sie im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt. Zum anderen soll aber auch eine natürliche Person bestimmt werden können, die im Falle einer eintreffenden Urteilsunfähigkeit entscheidungsbefugt ist³⁹. Nach dem Vorbild gewisser kantonaler Gesetze⁴⁰ sollen bestimmte Kreise von Angehörigen das Recht erhalten, für die urteilsunfähige Person die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung zu erteilen oder zu verweigern⁴¹. Die Voraussetzung zur Errichtung einer Patientenverfügung erschöpft

³⁵ Intervention im umfassenden Sinne. Es kann sich dabei um eine beliebige diagnostische prophylaktische, therapeutische oder rehabilitierende Massnahme inklusive Forschungsprojekt handeln.

³⁶ In solchen Fällen stellt sich respektive kann sich die Frage der Selbstgefährdung im Sinne des Zivilgesetzbuches hinsichtlich eines fürsorgerischen Freiheitsentzuges stellen. Damit wäre eine Zwangsbehandlung, mithin gegen Willen des Patienten, aber zu seinem vermeintlichen Wohl möglich.

³⁷ Kanton Aargau, Appenzell A.Rh., Bern, Luzern, Thurgau und Zürich.

³⁸ Botschaft zum Europäischen Übereinkommen (Fn 34), S. 297.

³⁹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, S. 7002.

⁴⁰) Neuenburg, Wallis, Freiburg, Jura und Tessin.

⁴¹ Art. 378 Abs. 1 nZGB: „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: die in einer

sich im Vorhandensein der Urteilsfähigkeit. Konsequenterweise wird die Handlungsfähigkeit nicht vorausgesetzt, handelt es sich doch um die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts⁴². Die Errichtung einer Patientenverfügung bedarf der einfachen Schriftform (Art. 371 nZGB). Der Verfasser hat lediglich eigenhändig zu unterzeichnen. Weitere Formvorschriften oder Genehmigungspflichten sind nicht vorgesehen. Es wird davon ausgegangen, dass eine Kontrolle durch das Medizinalpersonal besteht, welches nötigenfalls die Erwachsenenschutzbehörde anrufen kann. Selbst wenn die vorgeschriebene Form nicht gewahrt wird, führt dies nicht einfach zu einer Unbeachtlichkeit des Willens des Betroffenen. Mündliche Anordnungen können als mutmasslicher Wille der urteilsunfähigen Person zum Tragen kommen. Schwierigkeiten können sich dabei beweismässig zu Lasten des Betroffenen ergeben, wenn das Medizinalpersonal eine Intervention zum Vorteil des Betroffenen als indiziert und der ärztlichen Kunst entsprechend erachtet, indessen die vertretungsberechtigte Person seine Zustimmung auftragsgemäss verweigert. Die Pflicht, dafür zu sorgen, dass eine Patientenverfügung dem zukünftigen Adressaten bekannt wird, obliegt dem Verfasser. Um sicherzustellen, dass das handelnde Medizinalpersonal auf eine einfache Art und Weise Informationen über das Vorliegen einer Patientenverfügung erlangen kann, ist in Art. 371 nZGB ein Eintrag über das Vorhandensein einer Patientenverfügung und deren Hinterlegungsort auf der Versichertenkarte⁴³ vorgesehen. Den Arzt trifft dabei – ausser in Notfallsituationen mit zeitlich dringendem Handlungsbedarf⁴⁴ – die Pflicht, anhand der Versichertenkarte abzuklären, ob eine Patientenverfügung vorliegt.

Der Entwurf zum Erwachsenenschutzrecht geht hinsichtlich der Wirkungen einer Patientenverfügung weiter, als dies im Europäischen Übereinkommen⁴⁵ vorgesehen ist. So verlangt das Übereinkommen, dass früher geäusserte Wünsche des Betroffenen lediglich berücksichtigt werden müssen. Einen ähnlichen Standpunkt vertritt die Schweizerische Akademie für Medizinische Wissenschaften⁴⁶. Der Betroffene könne im Moment der Verfügung die konkrete existentielle Situation kaum voraussehen, weshalb ein Vergleich mit einer Willensäusserung eines urteilsfähigen Betroffenen nach einer ausführlichen und dem konkreten Ereignis dienenden Aufklärung nicht angestellt werden könne. Würde dieser Argumentation gefolgt, träte an Stelle der Selbstbestimmung erneut die Fremdbestimmung. Tür und Tor würde geöffnet, dass Dritte, insbesondere die behandelnden Ärzte, ihre Überzeugungen und Wertungen anstelle des Willens des Patienten treten lassen und diese auch mangels Eingriffsmöglichkeiten des Urteilsunfähigen auch durchsetzen können⁴⁷.

Von einer Patientenverfügung kann abgewichen werden, wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Erklärung nicht auf dem freien Willen des Betroffenen beruht oder in der eingetretenen Situation nicht mehr dem Willen des Patienten entspricht⁴⁸. Dies führt dazu,

Patientenverfügung oder einem Vorsorgeauftrag bezeichnete Person; der Beistand oder die Beiständin mit einem Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen; wer als Ehegatte, eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner einen gemeinsamen Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet; die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet; die Nachkommen, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten; die Eltern, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten; die Geschwister, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten.

⁴² Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht (Fn 39), S. 7031.

⁴³ Ausweis des Patienten, welche Versicherungsgesellschaft und Versichertennummer enthält. Der genaue Inhalt wird durch den Bundesrat zu erlassende Bestimmungen, namentlich über den Zugang zu den Daten, bestimmt.

⁴⁴ Notfallsituation lediglich in dem Sinne, dass der Gesundheit des Betroffenen ein unwiderruflicher Schaden droht, sofern nicht ohne Verzug gehandelt wird.

⁴⁵ Europäisches Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin).

⁴⁶ SAMW, Die medizinischen Grundsätze über das Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung vom 24. November 2005.

⁴⁷ Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht (Fn 33), S. 7033.

⁴⁸ Für begründeten Zweifel müssen konkrete Hinweise vorliegen. Diese liegen nicht schon vor, wenn der Wille des Patienten eine andere Lösung vorsieht, als jene, welche die Ärzte als passend erachten. Das standartmässige Hinterfragen des Willens ist nicht erlaubt.

dass nach dem mutmasslichen Willen des Patienten zu handeln ist. Die Patientenverfügung entfaltet keine Wirkung. Um die Annahme von begründeten Zweifeln nicht allzu leicht zu machen, ist vorgesehen, dass die behandelnden Ärzte die Gründe für das Abweichen von der Patientenverfügung schriftlich im Patientendossier festzuhalten haben (Art. 372 Abs. 3 nZGB).

3. Sterbehilfe

3.1 Einleitung

Geburt und Sterben begrenzen das Leben⁴⁹ jedes Menschen. Innerhalb dieses Zeitabschnittes unterliegt jede gesteuerte und/oder bewusste Einwirkung durch Dritte in das absolut geschützte Persönlichkeitsrecht des Lebens gesetzlichen Vorschriften, wobei das Strafrecht⁵⁰ eine stark bestimmende Rolle übernimmt⁵¹. Rein sprachlich analysiert bedeutet Sterbehilfe alle jene Formen des Ablebens, die mit einem vorzeitigen Abbruch der Lebensphase durch eine als Erlösung empfundene Dritteinwirkung zu tun haben⁵². Mit dieser Formulierung wird klar ausgedrückt, dass die Sterbehilfe, wie hier verwendet, immer eine gutheissende Selbstwahl darstellt, welche sich innerhalb einer ausdrücklichen Willenskundgebung des Betroffenen abspielen muss. Die Tatherrschaft hat in diesem Sinne nicht immer die sterbewillige Person, sondern allenfalls eine Drittperson⁵³.

Der Gesetzgeber hat der Willensautonomie des Einzelnen unter Einbezug Dritter insofern Grenzen gesetzt, als dass er die Hilfe zum Sterben unter gewissen Voraussetzungen als strafbares Verhalten qualifiziert. So stellt die Tötung eines Menschen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen trotz achtenswerten Beweggründen, namentlich Mitleid, eine mit einer Strafandrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe versehene strafbare Handlung dar⁵⁴. Die Beihilfe zum Selbstmord aus selbstsüchtigen Beweggründen, wenn der Selbstmord ausgeführt oder versucht wird, unterliegt gar einer Strafandrohung von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe⁵⁵. Innerhalb dieser strafrechtlichen Rahmenbedingungen ist heute anerkanntermassen eine Hilfestellung durch Dritte erlaubt. Zu unterscheiden ist dabei zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe sowie Beihilfe zum Suizid.

3.2 Aktive Sterbehilfe

Die aktive Sterbehilfe beinhaltet definitionsgemäss das Handeln eines Dritten, welches zum bewusst oder gezielt herbeigeführten oder erleichterten Tod des Betroffenen führt. Die

⁴⁹ Leben als bewusstseinsgesteuerte Existenz; Giger Hans, Reflexionen über Tod und Recht: Sterbehilfe im Fokus der Wissenschaft und Praxis, Orell Füssli 2000, S. 35.

⁵⁰ Zivilrechtliche Normen regeln das Miteinander und die zahlreichen Folgen des Ablebens.

⁵¹ Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), Mord (Art. 112 StGB) Totschlag (Art. 113 StGB), Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB), Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115 StGB), Kindstötung (Art. 116 StGB), fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB), schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB), fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB), Tätlichkeit (Art. 126 StGB).

⁵² Giger Hans (Fn 49); S. 37.

⁵³ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bericht zur Sterbehilfe und Palliativmedizin, Handlungsbedarf für den Bund, Bundesamt für Justiz, Vorentwurf vom 31. Januar 2006.

⁵⁴ Art. 114 StGB.

⁵⁵ Art. 115 StGB.

Handlung wird dabei vom freien Willen des Getöteten getragen⁵⁶. Unterschieden werden dabei die direkte und indirekte aktive Sterbehilfe sowie die Beihilfe zum Suizid.

3.2.1 Direkte aktive Sterbehilfe

Bei der direkten aktiven Sterbehilfe ist die Handlung des Dritten auf ausdrücklichen Wunsch des Betroffenen auf eine absichtliche Verkürzung des Lebens und damit auf eine bewusste Hilfe zum Sterben angelegt⁵⁷. Die direkte gezielte Tötung eines anderen Menschen ist nach Schweizer Recht strafbar⁵⁸. Privilegiert behandelt wird die Fremdtötung dann, wenn sie auf das eindringliche Verlangen des zu tötenden Menschen erfolgte.

3.2.2 Indirekte aktive Sterbehilfe

Bei der indirekten aktiven Sterbehilfe liegt die Motivation der handelnden Drittperson in der Linderung oder Befreiung von Schmerzen eines Patienten. Das erleichterte oder beschleunigte Sterben wird dabei lediglich in Kauf genommen⁵⁹. Konkreter Anwendungsfall ist dabei die Verabreichung starker schmerzlindernder Mittel wie z.B. Morphinpräparaten. Als „unerwünschte“ Nebenwirkung können Morphine die Lebensdauer verkürzen. Wesentlich ist dabei, dass der Arzt durch die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften verpflichtet wird, solche schmerzlindernden Mittel am Lebensende eines Patienten einzusetzen, um Schmerz und Leiden zu lindern, selbst wenn deren Einsatz einen Einfluss auf die Lebensdauer (Verkürzung oder Verlängerung) haben kann⁶⁰. Bei einer durch den Einsatz starker schmerzlindernder Medikamente erfolgten Verkürzung des Lebens müsste den allgemeinen Kausalitätsdefinitionen folgend, klarerweise von einer aktiven Tötungshandlung durch einen Dritten ausgegangen werden. Richtigerweise ergibt sich die Straflosigkeit eines solchen Verhaltens aber aus den allgemeinen strafrechtsdogmatischen Regeln. Als Rechtfertigungsgründe werden in der Lehre alternativ angeführt, dass der Handelnde kein unerlaubtes Risiko geschaffen habe, weshalb es bereits an der Tatbestandsmässigkeit im Sinne von Artikel 111 StGB fehle⁶¹; dass der Handelnde für die an sich tatbestandsmässige Handlung einen Rechtfertigungsgrund in seiner Berufspflicht (Berufspflicht des Arztes, das Leiden zu mildern) findet⁶²; sowie dass sich die Rechtfertigung aus einer verfassungsrechtlichen Güterabwägung ableitet, wonach das Selbstbestimmungsrecht und das Verbot der unmenschlichen Behandlung über die Lebenserhaltungspflicht bei terminal Kranken mit Sterbewunsch zu stellen ist⁶³. Straffrei bleibt eine entsprechende Behandlung somit nur unter der Voraussetzung, dass diese als ultimo ratio zur Anwendung kommt und nur wenn es keine anderen, weniger einschneidende Schmerzbehandlungsmethoden gibt.

⁵⁶ Breitenmoser Stefan, Das Recht auf Sterbehilfe im Lichte der EMRK in Frank Th. Petermann (Hrsg.), Sterbehilfe, Grundsätzliche und praktische Fragen, Ein interdisziplinärer Diskurs, St. Gallen, 2006, S. 171.

⁵⁷ Breitenmoser Stefan (Fn 56), S. 171.

⁵⁸ Art. 111 – Art. 114 StGB.

⁵⁹ Breitenmoser Stefan (Fn 56), S. 171f.

⁶⁰ Schweizerische Akademie für Medizinische Wissenschaften, Medizinisch-ethische Richtlinien zur Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende vom 25. November 2004, Ziff. 3.1.

⁶¹ Kunz Karl-Ludwig, Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich etc. 2002, S. 618 f.

⁶² Giger Hans (Fn 46), S. 20.

⁶³ Schwarzenegger Christian, in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch II. Basel etc. 2003, Vor Art. 111 N 25.

3.3 Beihilfe zum Suizid

Im Unterschied zu den oben beschriebenen aktiven Sterbehilfen liegt bei der Suizidhilfe die Tatherrschaft bei der sterbewilligen Person. Die Handlung des Helfers erschöpft sich darin, dass der Handelnde einen kausalen Beitrag zur Umsetzung der Tat leistet⁶⁴. In der Schweiz wird Beihilfe zum Suizid durch diverse Sterbehilfeorganisationen angeboten, bei deren prominentesten Vertreter es sich um „Exit“ und „Dignitas“ handelt. Die Hilfestellung der Exponenten der genannten Organisationen darf und muss sich dabei auf das zur Verfügung stellen von Kontakten zwecks Beschaffung des den Tod herbeiführenden Barbiturates⁶⁵ sowie auf die Hilfestellung bei der Durchführung des Suizides beschränken. Die Eigenverantwortlichkeit und Tatherrschaft des Sterbewilligen muss dabei konstant und bis zum finalen Akt im Bewusstsein der tödlichen Wirkung des Mittels vorhanden bleiben⁶⁶. Daraus folgt, dass sich die zu leistende Hilfe auf den Beistand während der Einnahme und dem nachfolgenden Sterben beschränkt.

3.4 Passive Sterbehilfe

Die passive Sterbehilfe zeichnet sich ihrerseits durch ein Unterlassen einer Drittperson aus. Geleistet werden kann passive Sterbehilfe dabei durch Personen⁶⁷, welche aus beruflichen Pflichten heraus in einer Situation, in welcher der nahe Tod möglich oder wahrscheinlich ist, auf den Einsatz vorhandener medizinischer Mittel, Behandlungen oder Geräte verzichten. Enthalten sind darin auch Fälle, in denen bereits getroffene Vorkehrungen wie Beatmung, Hämolysen, künstliche Ernährung usw. abgebrochen werden⁶⁸.

Ein Abbruch lebenserhaltender Massnahmen beinhaltet ein eigentliches aktives Handeln. Dennoch akzeptiert die herrschende Lehre ein solches unter dem Konstrukt, dass das Abstellen der lebenserhaltenden medizinischen Apparaturen ein Nichtverhindern des natürlichen Sterbeprozesses darstellt und es sich damit um ein passives Sterben lassen handelt⁶⁹.

In der Schweiz stellt die passive Sterbehilfe die am Häufigsten praktizierte dar. Der Anteil der passiven Sterbehilfe an allen Todesfällen beträgt rund 40 %⁷⁰. Die Voraussetzung für eine erlaubte Unterlassung durch den betroffenen Mediziner muss sich dabei wiederum aus einer vorhandenen Willensäußerung des Patienten ergeben. *Conditio sine qua non* für deren Verbindlichkeit stellt die Urteilsfähigkeit zum Zeitpunkt der Willensäußerung dar. Im Weiteren darf kein Zweifel beim Mediziner vorliegen, dass sich am zu einem bestimmten Zeitpunkt geäußerten Willen des Patienten Änderungen ergeben hätten. Die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte erlaubt ihren Mitgliedern in Art. 17 Standesordnung FMH ausdrücklich die passive Sterbehilfe unter Vorbehalt des Willens von urteilsfähigen Patienten und Patientinnen.

⁶⁴ Petermann Frank Th., Sterbehilfe: Eine terminologische Einführung, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Sterbehilfe, Grundsätzliche und praktische Fragen, Ein interdisziplinärer Diskurs, St. Gallen 2006, S. 38.

⁶⁵ Natrium-Pentobarbital.

⁶⁶ Petermann Frank Th., Rechtliche Überlegungen zur Problematik der Rezeptierung und Verfügbarkeit von Natrium-Pentobarbital, AJP/PJA 4/2006, S. 439.

⁶⁷ Dieser Personenkreis ist im Sinne der Sterbehilfe beschränkt auf Ärzte, da diesen die Pflicht obliegt, ihre medizinischen Kenntnisse und die vorhandenen Mittel zur Lebenserhaltung respektive zur Lebensrettung einzusetzen.

⁶⁸ Vollenweider Irene (Fn 25) S. 2.

⁶⁹ Schwarzenegger Christian (Fn 63) N 24.

⁷⁰ NZZ vom 3. Oktober 2005, Nr. 230, S. 9: Bericht zur Studie von Oktober 2000 bis September 2003. Miterfasst wurden dabei auch Fälle der indirekten aktiven Sterbehilfe bei Abgabe von Opiaten in hohen Dosen.

Geringe Schwierigkeiten bietet die Feststellung des Patientenwillens zum Ereigniszeitpunkt, wenn dieser ansprechbar und urteilsfähig ist⁷¹.

Problematischer indessen stellt sich das pflichtgemässe Handeln des Mediziners unter Berücksichtigung der Selbstbestimmung und Willensautonomie des von einem akzidentiellen Geschehen betroffenen Patienten, der vorübergehend oder ständig, wesentlich aber zum Zeitpunkt des notwendigen medizinischen Eingriffs, urteilsunfähig ist⁷². Mangels vorhandener Möglichkeiten der Verbalisierung des Willens muss auf eine andere Form der Willenserklärung zurückgegriffen werden können. Von zentraler Bedeutung ist dabei die sogenannte Patientenverfügung.

3.5 Spielraum für die Anwendbarkeit einer Patientenverfügung

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass eine in einer Patientenverfügung vorgenommene Willenserklärung zwar die Forderung auf Hilfestellung jeglicher Art beim Sterben enthalten kann. Will sich jedoch der Adressat nicht selber einer Strafbarkeit aussetzen, ihm lediglich ein Handeln im Sinne der indirekten aktiven und der passiven Sterbehilfe sowie der Beihilfe zum Suizid erlaubt ist.

4. Die Patientenverfügung

4.1 Die Patientenverfügung im weiteren Sinne

Eine Verfügung stellt eine einseitige Willensäusserung dar. Darin ist schriftlich festgehalten, welches Verhalten der Verfasser beim Eintritt eines zukünftigen Ereignisses von Drittpersonen erwartet und verlangt. Im Falle einer Patientenverfügung im weiteren Sinne wird der Verfügende eine Willenserklärung über Verhaltensweisen Dritter im Zusammenhang und beim Eintreffen einer Lebenslage formulieren, in welcher eine akut lebensbedrohende Situation gegeben ist. Naturgemäss kann sich der Wille des Verfassers im Verlaufe der Zeit, beeinflusst durch verschiedenste Faktoren⁷³, ändern. Diesem Umstand ist durch den zukünftig betroffenen Dritten und Adressaten⁷⁴ der Verfügung Rechnung zu tragen, handelt es sich doch beim Tod des Menschen um einen endgültigen und nicht wiederherstellbaren Zustand. Aus der Wandelbarkeit des Willens ergeben sich daher für den zukünftigen Adressaten allenfalls Probleme bezüglich der Frage, ob der einst schriftlich geäusserte Wille zum Zeitpunkt der verfügten Lebenslage noch zutrifft. Je länger der Zeitpunkt der Entstehung einer solchen Verfügung zurückliegt, desto eher hat sich der Adressat die Frage der bestehenden Gültigkeit der Willensäusserung zu stellen. Unabdingbar, um einen Lösungsansatz zur Beantwortung dieser Frage zu finden, ist daher die durch den Willensäusserer vorzunehmende genaue Datierung der Verfügung. Ebenso ist erforderlich, dass der Verfasser eindeutig identifizierbar und die zu diesem Zeitpunkt vorhandene Urteilsfähigkeit zu vermuten ist⁷⁵.

⁷¹ Daran ist überwiegend bei schweren Erkrankungen zu denken, in welchen Situationen der Patient selbst sich die Fähigkeit und Möglichkeit bewahrt hat, mit einem bestimmten Arzt einen Behandlungsvertrag einzugehen.

⁷² Bewusstlosigkeit, Koma, zerstörte Hirnfunktionen.

⁷³ Zu denken ist dabei an Änderungen in der Lebenshaltung, Lebenseinstellung, Sinnhaftigkeit des Lebens, vorhandene oder zerstörte Partnerschaft, Lebensbilanz etc.

⁷⁴ Adressaten können dabei sowohl zukünftig behandelnde Ärzte als auch Mitarbeiter von Sterbehilfeorganisationen sein.

⁷⁵ Zu weit gehend wäre die Forderung einer notariellen Beurkundung der vorhandenen Urteilsfähigkeit. Die vorhandene Urteilsfähigkeit muss sich aus der Verfügung selbst sowie dem Fehlen von Zweifeln am Vorhandensein ergeben. So sieht beispielsweise Dialog Ethik, Interdisziplinäres Institut für Ethik im Gesundheitswesen in der Präambel zu den Personalien die

Zusammengefasst sind unter Patientenverfügungen im Allgemeinen oder im weiteren Sinne sämtliche schriftlichen Willensäußerungen zu verstehen, welche eine grundsätzliche Aussage über den zukünftigen Willen im Falle einer notwendigen medizinischen Behandlung enthalten, unabhängig davon, ob sie eine allumfassende Einwilligung für sämtliche der medizinischen Entwicklung entsprechenden Eingriffe und Behandlungen vorsehen, mithin positiv eine Behandlungseinwilligung erteilen, oder aber negativ, ein Behandlungsverbot oder eine Behandlungsgrenze formulieren. Angesichts der laufenden Diskussionen im Gesundheitsbereich über die Kostenexplosion ist der verfügte Wunsch, sämtliche medizinisch möglichen und vorstellbaren Massnahmen zur Erhaltung des Lebens zu ergreifen, auch immer mehr verbreitet. Einem allfälligen Behandlungsexzess ist indessen in der *lege artis* vorgenommenen Behandlung Grenzen gesetzt. Die Verweigerung einer Behandlung oder Betreuung hingegen ist verbindlich⁷⁶.

4.2 Die Patientenverfügung im engeren Sinne

Im Falle einer Patientenverfügung im engeren Sinne formuliert der urteilsfähige Verfügende eine Willenserklärung über Verhaltensbeschränkungen Dritter im Zusammenhang und beim Eintreffen einer Lebenslage, in welcher der Tod unmittelbar oder nahe bevorsteht, der Tod in Form eines Suizides⁷⁷ gewünscht wird oder der Sterbeprozess⁷⁸ bereits begonnen hat. Die Verfügung nimmt Stellung zur gewünschten zukünftigen Organisation des Sterbeprozesses oder enthält die Verweigerung bestimmter Behandlungsmethoden und –möglichkeiten⁷⁹. Als Patientenverfügung im engeren Sinne sind zwei mögliche Massnahmen zu verstehen, welche miteinander kombiniert werden können:

- Einerseits handelt es sich um die unter den vorerwähnten Bedingungen erfolgte Willensäußerung eines Urteilsfähigen zur zukünftigen Behandlung und Pflege in einer Situation der Todesnähe.
- Andererseits definiert sich eine Patientenverfügung im engeren Sinne auch in der Ernennung eines Patientenvertreters in medizinischen Belangen.

Die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften definiert die Patientenverfügung im engeren Sinne als schriftliche Erklärung eines zum Zeitpunkt der Erklärung urteilsfähigen Menschen, welche Behandlung und Betreuung er im Falle der Urteilsunfähigkeit in einer bestimmten Krankheitssituation wünscht oder ablehnt und ob er die (ergänzende) Entscheidung/Einwilligung einer bevollmächtigten Person wünscht (Vorsorgevollmacht für medizinische Entscheidungen)⁸⁰. Schwierigkeiten für den Verfügenden als auch die zukünftig betroffenen Ärzte bereitet dabei die ausreichend klare Formulierung der „bestimmten Krankheitssituation“. Wem ist es als gesundem Verfügenden gegeben, in der Vielfalt der möglichen Krankheiten und Ereignisfolgen vorherzusehen, von welchen er betroffen werden wird oder werden könnte? Wem ist es unter diesem Gesichtspunkt möglich, eine nicht auslegungsbedürftige und genaue Beschreibung einer zukünftig eventuell eintreffenden Krankheitssituation zu verfassen? So verbleibt die

Bestätigung des Vollbesitzes der geistigen Kräfte vor (www.dialog-ethik.ch). Das Bundesgericht hat präzisiert, dass die Urteilsfähigkeit vermutet werden kann, ausser in jenen Fällen, wo zum vornherein offensichtlich ist, dass sie fehlt.

⁷⁶ SAMW, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, Medizinisch-ethische Grundsätze der SAMW, 24. November 2005, Präambel, S. 2.

⁷⁷ Tätigwerden einer Sterbehilfeorganisation.

⁷⁸ Todesnähe als Endstadium einer krankheits- bzw. unfallbedingten körperlich oder seelisch existenten Beeinträchtigung.

⁷⁹ Sterbeerklärungen von Sterbehilfeorganisationen, Vorsorgeverträge im Alter gemäss dem Entwurf zum

Erwachsenenschutzrecht, Verweigerung von Bluttransfusionen bei Zeugen Jehovas, Patientenverfügungen im engeren Sinne.

⁸⁰ SAMW, (Fn 76), S. 12.

Möglichkeit einer relativ ungenauen, durchaus interpretierbaren Umschreibung. Dialog Ethik formuliert die Krankheitssituation einerseits als so schwere Beeinträchtigung der elementaren Lebensfunktionen durch Krankheit oder Unfall, dass das Leben nur durch dauernden Einsatz intensivmedizinischer Massnahmen, insbesondere durch Beatmung, aufrechterhalten werden kann und die Wahrscheinlichkeit, dass diese Massnahmen einmal unnötig werden, als sehr gering eingeschätzt werden. Andererseits stützt sich das Institut in seiner als Beispiel zur Verfügung gestellten Patientenverfügung auf die so schwere Schädigung des Gehirns, dass die Möglichkeiten jeglicher Kommunikation, also auch der nonverbalen, mit den Mitmenschen auch für die Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr gegeben ist⁸¹.

Zusammengefasst definiert eine Patientenverfügung im engeren Sinne für eine oder mehrere Krankheitszustände ein Behandlungsverzicht oder Behandlungsverbot mit oder ohne Benennung eines Vertretungsbevollmächtigten in medizinischen Angelegenheiten, um das Sterben im Sinne des Verfügenden möglich zu machen.

5. Verhältnis Arzt-Patient im rechtlichen Sinne

5.1. Der urteilsfähige und mündige Patient

5.1.1 Der Behandlungsvertrag

Gemäss übereinstimmender Auffassung von Lehre und Praxis stellt sich das privatrechtliche Vertragsverhältnis zwischen dem urteilsfähigen und mündigen Patienten und Arzt als einfacher Auftrag im Sinne der Artikel 394 ff. OR dar⁸². Man spricht von einem Behandlungsvertrag. Verfahrensgegenstand stellt nicht ein bestimmter Erfolg, wie beispielsweise die „Heilung“ einer Krankheit dar, sondern die sorgfältige Arbeitsleistung im Interesse des Patienten. Aus dem Behandlungsvertrag schuldet der Arzt dem Patienten eine auf die Wiederherstellung der Gesundheit ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst⁸³. Kern des Vertrages ist dabei das Versprechen des Arztes, dass er die ihm übertragene Aufgabe aufgrund seiner berufsspezifischen Sachkunde mit der gebotenen und vertragsmässig geschuldeten Sorgfalt ausführen werde⁸⁴.

Üblicherweise wird dabei der Arzt keine klar formulierte Offerte und der Patient keine ausdrückliche Annahmeerklärung äussern. Vielmehr bestimmt sich der Vertragsinhalt beim Besuch des Patienten während der erfolgten ärztlichen Beratung und allfälligen Behandlung durch konkludentes Verhalten⁸⁵. Dennoch ist beim einfachen Auftrag zentral, dass für keine der Parteien Rechtsfolgen entstehen, welchen sie nicht zugestimmt haben⁸⁶.

Erfolgt eine Behandlung durch einen in einem öffentlich-rechtlich organisierten Spital angestellten Arzt, so gelten die entsprechenden kantonalen Erlasse und die verfassungsmässigen Grundrechte, wobei die obligationenrechtlichen Bestimmungen in der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses ebenfalls zu berücksichtigen sind.

Aus der Natur eines Vertragsverhältnisses ergeben sich gegenseitige Rechte und Pflichten.

⁸¹ Dialog Ethik, Interdisziplinäres Institut für Ethik im Gesundheitswesen, Erweiterte Patientenverfügung, Human Dokument, S. 5 (www.dialog-ethik.ch), letzter Besuch vom 12. April 2007.

⁸² Fellmann Walter, Berner Kommentar, VI/2/4, OR. Der einfache Auftrag, OR 394 N 183 ff., Bern: Stämpfli 1992.

⁸³ Fellmann Walter, Die Haftung des Privatarztes und des Privatspitals, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich etc. 2003, S. 50.

⁸⁴ Wiegand Wolfgang, Der Arztvertrag insbesondere die Haftung des Arztes, in: Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Arzt und Recht, Bern 1985, S. 101.

⁸⁵ Fellmann Walter, Die Haftung des Privatarztes und des Privatspitals, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich etc. 2003, S. 49.

⁸⁶ Roggo Antoine, Roadmap Aufklärung von Patienten, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich etc. 2003, S. 76.

5.1.2 Das Recht des Patienten und die Pflicht des Arztes zur Aufklärung

Wie bereits vorerwähnt, stellt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten heute eine zentrale Rolle im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung dar⁸⁷. Um dieses Selbstbestimmungsrecht wahrnehmen und eine fundierte Entscheidung fällen zu können, bedarf es notwendigerweise der genauen Kenntnisse der Materie durch den Patienten. Diese Informationen sind ihm durch den Arzt zu vermitteln. Unterschieden wird dabei zwischen

- Eingriffs- bzw. Selbstbestimmungsaufklärung
- Sicherungs- bzw. therapeutischer Aufklärung
- Spezialaufklärung
 - Wirtschaftliche Sachverhalte
 - Offenbarung unterlaufener Behandlungsfehler
 - Organisationsaufklärung⁸⁸.

Das Bundesgericht hat den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht präzisiert⁸⁹. Diese ist umso grösser, je schwerer sich die Intervention darstellt. Enthoben von dieser Pflicht ist der Arzt in Fällen, in welchen es sich um alltägliche Massnahmen handelt, die keine besondere Gefahr und keine endgültige oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität mit sich bringt. Ebenso darf der Mediziner davon ausgehen, dass der Patient im Rahmen seiner Allgemeinbildung über das Wissen der allgemeinen Gefahren einer Operation verfügt, weshalb über die möglichen Komplikationen einer grösseren Operation nicht aufzuklären ist⁹⁰. Ob ein Patient zum richtigen Zeitpunkt und genügend aufgeklärt wurde, ist gemäss konstanter Rechtsprechung durch den Arzt zu beweisen⁹¹.

5.1.3 Eingriffs- bzw. Selbstbestimmungsaufklärung

Jeder Eingriff in die körperliche Integrität eines Menschen ist eine rechtswidrige Handlung, ausser es liegt eine entsprechende Einwilligung des Betroffenen oder ein besonderer Rechtfertigungsgrund⁹² vor. Dies gilt in Lehre und Praxis anerkanntermassen auch bei medizinischen Eingriffen⁹³. Selbst lege artis und zum Wohle des Patienten vorgenommene Behandlungen bedürfen des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung des Patienten, ansonsten der Mediziner eine Körperverletzung begeht. Einwilligen und damit effektiv selbst bestimmen kann der Patient indessen nur, wenn er über die geplanten Massnahmen und deren Grundlagen⁹⁴ aufgeklärt wurde. Daraus folgt, dass der Arzt den Patienten in einer für diesen verständlichen Art und Weise über dessen Krankheit und die möglichen Therapien zu informieren hat⁹⁵. Dabei genügt ein „Herunterbeten“ von medizinischen Begriffen und in vielen Fällen auch ein Standard-Formular nicht. Der Patient muss verstanden haben, woran er leidet und welche therapeutischen Massnahmen, auch alternative Therapien, inklusive deren jeweiligen Risiken möglich sind. Den Arzt trifft damit nicht nur eine einfache

⁸⁷ BGE 127 I 6.

⁸⁸ Roggo Antoine, (Fn 86), S. 77.

⁸⁹ BGE 105 II 284; 108 II 59 und 62; 114 Ia 350; 116 II 519 und 521; 117 Ib 204 E 3b.

⁹⁰ BGE 117 Ib 204 203 f.

⁹¹ BGE 116 II 519; 117 Ib 197 ff.

⁹² Ausdrücklicher Verzicht des Patienten auf Information; Notstand; übergeordnete gesetzliche Grundlage; Urteilsunfähigkeit.

⁹³ BGE 117 Ib 200 f.; Wiegand Wolfgang (Fn 84) S. 94.

⁹⁴ Die Aufklärung hat über Diagnose, vorgeschlagene Behandlung, Behandlungsalternativen, Risiken, Nebenwirkungen sowie die Folgen der Unterlassung oder des Abbruchs der Behandlung zu erfolgen.

⁹⁵ Diagnoseaufklärung und Verlaufsaufklärung.

Informationspflicht, sondern eine weiter gehende Aufklärungspflicht. Erst eine darauf gestützte und durch den Patienten erteilte Einwilligung (informed consent) kann zu einem rechtmässigen und für den Arzt zulässigen Eingriff führen⁹⁶. Daraus folgt, dass der Arzt für das Vorliegen der Einwilligung beweispflichtig ist.

Verweigert ein Patient nach der erfolgten ärztlichen Aufklärung die Einwilligung zu einem Eingriff, ist der Arzt daran gebunden⁹⁷. Ein medizinischer Eingriff trotz Verweigerung der Einwilligung ist rechtswidrig, selbst wenn damit der drohende Tod abgewendet und der Eingriff lege artis durchgeführt wurde. Schranke dieser Eingriffsverweigerung ist der freie Wille des Patienten sowie dessen Urteilsfähigkeit.

Umstritten ist die umfassende Aufklärung bei einem instabilen psychischen Zustand des Patienten, insbesondere bei infausten Prognosen. Die Kritiker einer jederzeit und gegenüber jedem Patienten geleisteten umfassenden Aufklärung stellen sich auf den Standpunkt, dass sich die Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus dem durch die Aufklärung selbst verursachenden psychischen oder physischen Schaden, der den Behandlungserfolg oder den Gesundheitszustand beeinträchtigen könnte, ergeben würden und berufen sich auf das therapeutische Privileg⁹⁸. Der Rechtfertigung des Aufklärungsverzichts respektive der lediglich teilweisen Aufklärung über Diagnose, Risiken und Behandlungsverlauf gestützt auf das therapeutische Privileg ist indessen entgegen zu halten, dass damit der eigenverantwortliche Patient durch den Arzt bevormundet und damit in seinem Selbstbestimmungsrecht massiv eingeschränkt wird. Es stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die Verhinderung einer massiven Verschlechterung des psychischen Zustandes eines Patienten bis hin zum (vorübergehenden) totalen psychischen Zusammenbruch über die Entscheidungsfreiheit/Selbstbestimmungsrecht zu setzen ist. In Betracht gezogen werden muss, dass beim Vorliegen eines terminalen Krankheitszustandes oder einer Krankheit mit infauster Prognose in vielen Fällen für den Patienten und dessen familiärem Umfeld eine Welt zusammenbricht. Massive Auswirkungen auf die Psyche des Betroffenen sind daher wohl in jedem Fall zu erwarten. Gerade in einer Situation, in welcher eine Diagnose über eine Krankheit gestellt werden muss, die für einen Patienten zur Beendigung seines Lebens führen wird, muss er in der Möglichkeit, über das Wie und Wann seines Sterben selbst bestimmen zu können, ernst genommen werden. Dies wird der Patient aber lediglich, wenn er über Diagnose, Risiken und Verlauf ehrlich und umfassend aufgeklärt wurde.

Zum heute allgemein anerkannten informed consent äussern sich zwischenzeitlich kritische Stimmen in der Ärzteschaft. Als problematisch wird dabei die allgemein anerkannte Patientenautonomie bezeichnet, welche die Möglichkeit in sich birgt, dass der Patient mit seinem Selbstbestimmungsrecht in einer Flut von Informationen alleine gelassen werde. Ein solches Verschieben der Verantwortung auf den Patienten führt aber weder für die Seite des Patienten noch für jene der Ärzte zu einer befriedigenden und zielorientierten Lösung. Die ärztliche Aufklärungspflicht hat nicht zum Ziel, den behandelnden Arzt vor allfälligen Haftpflichtfällen oder strafrechtlichen Sanktionen freizuhalten. Grundlage überhaupt zur Ausübung der Patientenautonomie ist für die Betroffenen ein vertrauensvolles und partnerschaftliches Verhältnis. Nur wenn der Arzt seine beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten dem Patienten vermitteln kann, wird dieser in der Lage sein, seine Autonomie auszuüben. Dies wiederum ermöglicht erst dem betroffenen Arzt die ihm aus dem

⁹⁶ Wiegand Wolfgang, Abegglen Sandro, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Modalitäten der Aufklärung und Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht, recht 1993, Heft 6, S. 196.

⁹⁷ Die Gründe einer Eingriffsverweigerung können jeglicher Natur, also religiöser, ethischer, unvernünftiger oder anderer Art sein.

⁹⁸ BGE 122 I 166; 117 Ib 203; 113 Ib 426; 105 II 284/Pra 96 Nr. 135 E. 6c. Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, dass dem Patienten eine schwerwiegende Prognose verschwiegen werden darf, sofern sich die umfassende Aufklärung nachteilig auf den psychischen oder physischen Zustand des Patienten oder des Behandlungserfolges auswirken könnte. Allerdings seien in einem solchen Falle die Angehörigen in der Regel zu informieren.

Behandlungsvertrag obliegenden Leistungen zu erfüllen, ohne Haftungsprozesse oder strafrechtliche Sanktionen befürchten zu müssen. Die Medizin ist keine exakte Wissenschaft. Es wird in naher Zukunft nicht möglich sein, alle Risiken als Folgen eines medizinischen Tuns oder Unterlassens abzusehen oder zu kontrollieren⁹⁹. Lösungsansatz muss daher eine von gegenseitigem Vertrauen getragene Arzt-Patienten-Beziehung sein, in welcher der Patient mit dem Arzt zusammen auch eine risikobehaftete Entscheidung treffen kann, welche beide mitverantworten und bejahen¹⁰⁰.

5.1.4 Sicherungs- bzw. therapeutischer Aufklärung

Unter Sicherungsaufklärung ist die Information des Patienten über die notwendigen und einzuhaltenden Verhaltensregeln im Zusammenhang mit dem vorgesehenen Eingriff sowie der nachfolgenden (medikamentösen, physiotherapeutischen oder allgemeinen) Therapie zum Zwecke der Sicherstellung des Erfolges der medizinischen Behandlung zu verstehen. Ziel der Sicherungsaufklärung ist den Patienten vor einer gesundheitlichen Schädigung zu bewahren.

5.1.5 Spezialaufklärung

Zur Spezialaufklärung ist die Information des Patienten über den Eintritt eines unerwünschten Behandlungsergebnisses sowie die Organisationsaufklärung¹⁰¹ zu zählen. Das unerwünschte Behandlungsergebnis ist dabei zu unterteilen in Behandlungsrisiko und Behandlungsfehler¹⁰².

5.2. Der urteilsunfähige Patient

5.2.1 Die Geschäftsführung ohne Auftrag

5.2.1.1 Der kasuell urteilsunfähige Patient

Beim kasuell urteilsunfähigen Patienten handelt es sich um einen zu einem früheren Zeitpunkt urteilsfähig gewesenen mündigen Patienten, der aufgrund einer Krankheit oder eines Unfalles zum Zeitpunkt des Behandlungsbeginnes infolge Bewusstlosigkeit, Koma oder Verwirrtheit vorübergehend urteilsunfähig ist oder wurde. In der Lehre und Praxis gleichermassen anerkannt stellt sich in einem solchen Fall das privatrechtliche Handeln eines Arztes als Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne der Artikel 419 ff. Obligationenrecht dar. Der Arzt muss darauf gestützt, seine Handlungen zum Vorteil und in der mutmasslichen Absicht des Patienten vornehmen¹⁰³. Aus der Pflicht zum vorteilsgemässen Handeln zu Gunsten des Patienten ergeben sich keine weiteren Schwierigkeiten, ist der Arzt doch aufgrund seiner Berufspflicht und den Standesregeln verpflichtet, nach den anerkannten Regeln der ärztlichen

⁹⁹ BGE 120 II 250.

¹⁰⁰ Halter Hans, Die Haftung des Arztes und des Spitals – Ethische Überlegungen, in: Walter Fellmann/Thomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich etc. 2003, S. 18.

¹⁰¹ Roggo Antoine (Fn 86) S. 103 f.; Organisationsaufklärung als Unterart der Einwilligungsaufklärung bezüglich alternativer Therapiemöglichkeiten, welche dem behandelnden Arzt aus bestimmten Gründen (mangelndes Wissen, Fehlen der Gerätschaften, fehlende zeitliche Kapazitäten) nicht zur Verfügung stehen.

¹⁰² Roggo Antoine (Fn 86), S. 100; Gemäss ROGGO kann das unerwünschte Behandlungsergebnis dabei aus dem Misslingen der Behandlung aufgrund eines krankheitsimmanenten Behandlungsrisikos oder als aus einem Fehlverhalten aus Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht resultieren. Diese Unterscheidung ist von zentraler Bedeutung, zeitigen sich doch unterschiedliche haftpflicht- und strafrechtliche Folgen für den behandelnden Arzt.

¹⁰³ Art. 419 OR: „Wer für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht.“

Kunst zu handeln. Daraus folgert, dass sich der Arzt mit seiner Behandlung an der Wiederherstellung der Gesundheit des Patienten zu orientieren hat.

Weitaus schwieriger stellt sich das Handeln nach der mutmasslichen Absicht des Patienten dar. Aufgrund des höchstpersönlichen Rechts der physischen und psychischen Integrität ist auch ein Eingriff bei einem kasuell urteilsunfähigen Patienten grundsätzlich ein rechtswidriges Verhalten. Als Rechtfertigungsgründe, die eine Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung ausschliessen, ist im Wesentlichen die Einwilligung des Patienten, Notstand, Notwehr, Gesetzespflichten und die ärztliche Berufspflichten anzuführen.

Bei einem kasuell Urteilsunfähigen kann die Eingriff rechtfertigende Einwilligung durch den Patienten vor der Behandlung nicht mehr erhältlich gemacht werden. Von der Lehre und Praxis anerkannt, wird daher auf das Konstrukt des mutmasslichen oder hypothetischen Willens abgestellt¹⁰⁴. Der mutmassliche Wille lässt sich dabei auf verschiedenen Wegen ermitteln:

- Der Patient hat zu einem früheren Zeitpunkt schriftlich seinen Willen in medizinischen Angelegenheiten in Form einer Patientenverfügung festgehalten.
- Der Patient hat zu einem früheren Zeitpunkt schriftlich einen Vertreter in medizinischen Belangen bestimmt.
- Der Patient verfügt über nahe Angehörige, die als Auskunftspersonen zum mutmasslichen Willen des Betroffenen Auskunft geben können.

Ist anhand der aufgeführten Mittel die Ermittlung des mutmasslichen Willens nicht möglich und liegen auch keine weiteren Anhaltspunkte vor, darf der Arzt darauf abstellen, was ein vernünftiger Mensch in der konkreten Situation gewollt hätte.

Der Arzt ist dabei aus der Geschäftsführung ohne Auftrag nur insofern zum Handeln berechtigt, als dies das Interesse des Patienten es gebietet und kein Einmischungsverbot besteht¹⁰⁵. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass einer Patientenverfügung nicht die Wirkung eines endgültigen Einmischungsverbotes zukomme. Sie sei zwar beachtlich, nehme aber hinsichtlich der Wirksamkeit eine Zwischenstellung ein, indem sie über die Rechtmässigkeit der ärztlichen Behandlung nicht alleine entscheiden könne. Indessen komme ihr Indizienwert bei der Frage, ob ein Eingreifen des Arztes geboten sei, zu¹⁰⁶. Dieser Auffassung muss im Licht des heute geltenden Selbstbestimmungsrechts des Patienten und der Richtung, in welche die Gesetzgebung sich bewegt, widersprochen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen des in Revision befindlichen Vormundschaftsrechts¹⁰⁷ sehen eine Verpflichtung der Ärzte, einer Patientenverfügung grundsätzlich zu entsprechen, vor. Die Grundrechte und das Selbstbestimmungsrecht zeigen auf, dass der Bürger als verantwortungsbewusster und mündiger Mensch in seinen Entscheidungen zum Leben wahrgenommen wird. Das Bundesgericht und auch der Europäische Gerichtshof haben in ihrer Rechtsprechung bereits mehrfach bestätigt, dass das Recht auf Suizid bestehe¹⁰⁸. Der heutige Mensch ist anerkanntermassen in der Lage, grundlegende Entscheidungen in Bezug auf die Gestaltung seines Lebens zu treffen. Dies muss auch dann gelten, wenn es um die Beendigung seines Lebens und um würdevolles Sterben geht.

Jeder Bürger hat die Freiheit innerhalb des geltenden gesetzlichen Rahmens eigene Wertvorstellungen und Überzeugungen in die Gestaltung seines Lebens einfließen zu lassen.

¹⁰⁴ Wiegand Wolfgang, Abegglen Sandro, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Modalitäten der Aufklärung und Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht, recht 1993, Heft 6, S. 194.

¹⁰⁵ Das Einmischungsverbot ergibt sich nach geltendem OR aus Art. 419 OR und Art. 420 Abs. 3 OR selbst. Die Handlungsgrenze des Geschäftsführers stellt die mutmassliche Absicht des Geschäftsherrn dar. Das Handlungsverbot des Geschäftsherrn darf weder unsittlich noch rechtswidrig sein.

¹⁰⁶ Schmid Jörg, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg 1992, Rz 350 ff.

¹⁰⁷ Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) Art. 366 bis Art. 455 ZGB.

¹⁰⁸ u.a. Bundesgerichtsurteil vom 3. November 2006, 2A.48/2006/2A.66/2006.

Diese müssen auch bei der Gestaltung des Lebensendes akzeptiert werden, ansonsten ausgerechnet in einem der wichtigsten und jeden treffenden Bereich des Lebens der Mensch bevormundet wird. Anstelle der Selbstbestimmung tritt Fremdbestimmung. Anstelle der eigenen Wertvorstellung und Überzeugung tritt jene Dritter, nämlich des behandelnden Arztes. Dies wiederum wäre ein Rückschritt zur paternalistischen Medizin.

Der Argumentation, dass eine Patientenverfügung in den meisten aller Fälle nicht im Zusammenhang mit einer konkreten Krankheitssituation in Kenntnis aller Faktoren, die zu einem ausgewogenen und durchdachten Entscheid geführt hätten, erlassen worden sei und daher nicht als Willensentscheid nach einer umfassenden Aufklärung über Diagnose, Risiko und Therapiemöglichkeiten zu betrachten sei, ist entgegen zu halten, dass der urteilsfähige und mündige Patient auch auf eine Aufklärung durch den Arzt verzichten kann. Auch ein Aufklärungsverzicht führt nicht dazu, dass eine allfällige Einwilligungsverweigerung ignoriert werden darf. Die Patientenverfügung eines urteilsunfähig Gewordenen ist daher als absolutes Einmischungsverbot zu betrachten. Eine Abweichung davon darf nur erfolgen, wenn die Verfügung gegen gesetzliche Normen verstösst¹⁰⁹, wenn begründete Zweifel an der freien Willensäusserung des Verfügenden bestehen oder begründete Zweifel bestehen, dass die Willensäusserung nicht mehr dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht.

Begründete Zweifel dürfen indessen nicht leichtthin angenommen werden und dazu führen, dass Patientenverfügungen a priori hinterfragt werden. Vielmehr müssen konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen derselben erkennbar sein. Solche Hinweise können beispielsweise darin bestehen, dass die Patientenverfügung vor langer Zeit errichtet wurde und keine zusätzlichen schriftlichen oder mündlichen Willensbekundungen vorliegen, welche eine nach wie vor bestehende Gültigkeit der Verfügung bestätigen würden. Als konkreter Hinweis darf ebenfalls eine nach dem Erlass einer Patientenverfügung zu datierende Äusserung einer differierenden Meinung aufgefasst werden.

Die Behandlung eines kasuell urteilsunfähigen Patienten in einem öffentlichen Spital untersteht dem öffentlichen Recht¹¹⁰ und den Grundrechten. Diese hat sich indessen bezüglich der Einwilligungsunfähigkeit und der Eruiierung des mutmasslichen Willens ebenfalls nach den vorgenannten privatrechtlichen Grundsätzen zu richten.

5.2.1.2 Der dauernd urteilsunfähige Patient

Auch das Behandlungsverhältnis zwischen ständig urteilsunfähigem Patienten und Arzt unterliegt den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag. Das unter Ziffer 5.2.1.1 Ausgeführte hat auch bei dieser Konstellation Gültigkeit.

6. Konkreter Anwendungsbereich von Patientenverfügungen

6.1 Die Patientenverfügung und der einfache Auftrag

6.1.1 Aus Sicht des Patienten

In der Praxis werden zwei Varianten der Patientenverfügung zur Anwendung gelangen. Der Patient konsultiert einen Arzt und hat bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine Patientenverfügung erlassen. Die zweite Variante ist das Erlassen einer solchen während

¹⁰⁹ Beispielsweise eine Aufforderung zur direkten aktiven Sterbehilfe enthält.

¹¹⁰ Kantonale Gesundheitsgesetze bzw. Patientenrechtserlasse.

laufender Behandlung. Aus moralisch-ethischen und auch auftragsrechtlichen Gründen ergibt sich in beiden Fällen, sofern klar formuliert, für die behandelnden Ärzte verbindlich ein Behandlungsverzicht respektive –verbot, wie aufzuzeigen sein wird.

Im Rahmen dieser Verbindlichkeit ist aber zu berücksichtigen, dass selbst lege artis vorgenommene Anamnesen und Abklärungen nicht immer eine klare, eindeutige Diagnose ergeben. Selbst beim Vorliegen einer klaren Diagnose können Behandlungen bei verschiedenen Personen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Im Extremfall kann eine diagnostizierte Krankheit beim Einen zum Tod führen, während der Andere als „geheilt“ entlassen werden kann. Wer trägt daher in diesem Zusammenhang das Risiko des allenfalls „frühzeitigen“ Sterbens?

6.1.2 Bereits existierende Patientenverfügung

Der Betroffene hat sich mit der Endlichkeit des Lebens beschäftigt und für sich einen Entscheid getroffen, wie er sein Lebensende gestalten will. Von verschiedenen Organisationen¹¹¹ werden dazu vorformulierte Patientenverfügungen angeboten. Unter Umständen hat er aber seinen Willen in eigenen Worten verfasst. Geeigneter Weise wird der Patient anlässlich einer Konsultation dem Arzt diese Patientenverfügung zur Kenntnis bringen. Der Arzt wird durch die Patientenverfügung indessen nicht von seiner Aufklärungspflicht entbunden. Ausserhalb von konkreten Krankheitssituationen verfasste Patientenverfügungen enthalten meist allgemein formulierte Willenserklärungen, die eine Verweigerung von lebensverlängernden Massnahmen respektive eine Verweigerung einer Behandlungseinwilligung in Fällen, in welchen mit einer grossen Wahrscheinlichkeit irreparable Hirnschädigungen zu erwarten sind oder mit grosser Wahrscheinlichkeit die Lebensfunktionen für die gesamte Zukunft nur noch mittels medizinischer Apparaturen gewährleistet werden kann¹¹², vorsehen. Der Arzt hat in diesem Fall, um seiner allgemeinen Aufklärungspflicht nachzukommen und sich weder straf- noch haftpflichtrechtlicher Folgen auszusetzen, den Betroffenen umfassend über die Diagnose, den Krankheitsverlauf, die Risiken und die Therapiemöglichkeiten aufzuklären. In Kenntnis des Willens des Patienten muss er sich aber zusätzlich mit dem Inhalt der Verfügung beschäftigen. Der Patient ist meist medizinischer Laie. Mit dem Verfassen einer Patientenverfügung hat er indessen deutlich gemacht, dass es für ihn einen Zustand, gewisse Lebensumstände gibt, die ihm nicht lebenswert erscheinen. Aus den Bestimmungen über den einfachen Auftrag ergibt sich, dass der Arzt dem Patienten die sorgfältige Arbeit in dessen Interesse und nach dessen Vorschriften schuldet¹¹³. Mit dem Vorlegen der Patientenverfügung erteilt der Patient dem behandelnden Arzt die Vorschrift, in bestimmten Fällen auf eine weitere Behandlung zu verzichten und dem Sterbeprozess seinen Lauf zu lassen. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Medizin nicht um eine exakte Wissenschaft. Gerade in Fällen von intraoperativ notwendigen Operationserweiterungen können sich heikle Abgrenzungsfragen stellen. Jeder, auch noch so kleine Eingriff, trägt das Risiko nicht vorhersehbarer Wirkungen und Ereignisse. Der Arzt ist damit als Beauftragter verpflichtet, die genauen Grenzen seiner vertraglichen Handlungsbefugnisse abzustecken. Der Arzt hat demzufolge mit dem Patienten genau festzulegen, im Falle welcher Eingriffsfolgen auf weitere Behandlungen¹¹⁴ zu verzichten ist.

¹¹¹ Als Beispiel seien aufgeführt FMH, Dignitas, Dialog Ethik.

¹¹² Anhang 1.

¹¹³ Art. 397 Abs. 1 OR: „Hat der Auftraggeber für die Besorgung des übertragenen Geschäfts eine Vorschrift gegeben, so darf der Beauftragte nur insofern davon abweichen, als nach den Umständen die Einholung einer Erlaubnis nicht tunlich und überdies anzunehmen ist, der Auftraggeber würde sie bei Kenntnis der Sachlage erteilt haben.“

¹¹⁴ Als davon ausgenommen sind palliative Massnahmen zu verstehen.

Die Patientenverfügung ist daher im vorliegenden Falle als vor Abschluss des Behandlungsvertrages formulierte Widerrufsklausel im Sinne der rechtlichen Bestimmungen zum einfachen Auftrag¹¹⁵ zu betrachten, die beim Eintreffen einer bestimmten definierten Konstellation, in welcher der Patient unter Umständen seine Fähigkeit verloren hat, den Widerruf des Auftrages zu formulieren, Gültigkeit erhält. Diese Sachlage ist im Aufklärungsgespräch so genau als möglich zu umschreiben. Unterlässt der Arzt diese Situationen mit dem Patienten zu definieren, kann er sich in der Folge nicht darauf berufen, dass seine Behandlung *lege artis*, im Interesse und zum Wohle eines vernünftigen Menschen durchgeführt worden sei, da der Patient den Umfang, respektive die genauen Grenzen des Behandlungsauftrages nicht abgesteckt habe¹¹⁶. Die Willensäußerung des Patienten ist gestützt auf die Grundrechte und das aus den Artikeln 27 ff. ZGB resultierende Selbstbestimmungsrecht für den Behandelnden verbindlich.

Sowohl im Interesse des Patienten als auch in jenem des behandelnden Arztes liegt es, den Inhalt des Aufklärungsgesprächs und insbesondere die Konstellationen, in welchen auf eine Weiterbehandlung verzichtet werden soll, zu dokumentieren. Aus der Sicht des Patienten wäre die Form eines durch diesen und den Arzt zu unterzeichnenden Gesprächsprotokolls zu Beweis Zwecken und zwecks Sicherheit der Einhaltung des Behandlungsumfanges am Besten geeignet. Je nach Behandlungsverlauf besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Patient, infolge der Behandlung oder im Zusammenhang mit dem Krankheitsverlauf kasuell oder bleibend urteilsunfähig wird und zwecks Weiterbehandlung an einen anderen Arzt überwiesen wird. In einem solchen Fall kann der zweifelsfreie und nicht auslegungsbedürftige Wille des Patienten im Ernstfall durch berechtigte Dritte, welche im Besitz einer Kopie des Gesprächsprotokolls sind, verbindlich für den Weiterbehandelnden, bekannt gemacht werden. Da die Willenserklärung, zwar gestützt auf eine allgemein formulierte Patientenverfügung, indessen im Zusammenhang mit einer spezifischen Krankheitssituation und als Folge eines ärztlichen Aufklärungsgesprächs konkretisiert in einem Gesprächsprotokoll schriftlich und unterschriftlich bestätigt, erfolgte, besteht keinerlei Auslegungsbedarf. Das Konstrukt des mutmasslichen Willens kommt nicht zu Anwendung. Der Patient hat als Folge des Aufklärungsgesprächs, im Bewusstsein der möglichen Konsequenzen, die Grenzen seiner Eingriffseinwilligung formuliert. Ein Ignorieren dieser Grenzen kann für die behandelnden Ärzte zu straf- und haftpflichtrechtlichen Folgen führen.

Bestimmt der Patient die Grenzen seiner Eingriffseinwilligung lediglich mündlich mit dem im urteilsfähigen Zustand einen Behandlungsvertrag eingegangenen Arzt, können sich Beweisprobleme hinsichtlich des tatsächlichen Willens ergeben. Der Patient hat die Möglichkeit und das Recht, zum Aufklärungsgespräch eine Vertrauensperson beizuziehen¹¹⁷. Gemäss den Empfehlungen der Schweizerischen Akademie für Medizinische Wissenschaften sind die Vertrauenspersonen durch die behandelnden Ärzte anzuhören und deren Äusserungen mit in den ärztlichen Entscheid zur Eruiierung des mutmasslichen Willens des Patienten mit einzubeziehen. Indessen trifft den Arzt keine gesetzliche Pflicht entsprechend zu handeln. Vielmehr kann er sich auf das Vorliegen einer rechtfertigenden Notstandssituation oder aber seine Treuepflicht, im Interesse zu Patienten zu handeln, berufen. Entsteht nun eine Konstellation, in welcher ein Entzug der Eingriffseinwilligung dem Willen des urteilsunfähig gewordenen Patienten entsprechen würde, läuft er Gefahr, dass ein behandelnder Drittarzt die Äusserungen der Vertrauensperson lediglich als Hinweise zur Bestimmung des mutmasslichen Willens behandelt. Dies kann zur Folge haben, dass in Fällen, in welchen der Patient in seinem Willen vom durchschnittlichen, verständigen Menschen abweicht, sich der

¹¹⁵ Art. 404 Abs. 1 OR: „Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden.“

¹¹⁶ Art. 396 Abs. 1 OR: „Ist der Umfang des Auftrages nicht ausdrücklich bezeichnet worden, so bestimmt er sich nach der Natur des zu besorgenden Geschäftes“.

¹¹⁷ Üblicherweise wird es sich dabei um ein nahestehendes Familienmitglied handeln. Vorstellbar und im Entwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) ist die Ernennung eines beliebigen Dritten zur Vertretung in medizinischen Belangen enthalten.

behandelnde Arzt zur Feststellung des mutmasslichen oder hypothetischen Willens darauf stützt, was ein vernünftiger Mensch in der gegebenen Situation gewollt hätte.

Schlussfolgernd aus den obigen Erwägungen ergibt sich, dass dem Patienten die Pflicht obliegt, dem Arzt zum geeigneten Zeitpunkt seinen in einer Patientenverfügung verfassten Willen mitzuteilen. Den Arzt trifft in Kenntnis eines solchen Willens die Pflicht, die Grenzen der Eingriffseinwilligung mit dem Patienten zu definieren. Nur dadurch kann der Arzt die Behandlung nach den Regeln des einfachen Auftrages ordnungsgemäss und im Interesse des Patienten wahrnehmen und sich vor strafrechtlichen und haftpflichtrechtlichen Folgen schützen.

6.1.3 Während laufender Behandlung

Im Unterschied zur vorexistierenden Patientenverfügung verfügt der Patient seinen Willen erst im Rahmen einer Behandlung respektive eines Aufklärungsgespräches in Form einer Patientenverfügung. Zu beachten ist nun, dass der Patient unter dem Eindruck der mitgeteilten Diagnose oder Eingriffsrisiken massive Ängste entwickeln kann. Im Falle einer terminalen Diagnose bricht innerhalb von kürzester Zeit eine Welt zusammen. Zukunftspläne werden zerstört. Der Betroffene wird gezwungenermassen mit dem Beginn des Sterbeprozesses konfrontiert. Bei keinem Menschen wird eine solche Mitteilung spurlos vorübergehen. Auswirkungen auf dessen Urteilsfähigkeit in Bezug auf die medizinische Situation und mögliche Behandlungsmethoden sind daher zu erwarten und zu beachten. Diese Auswirkungen dürfen aber nicht, wie bereits schon unter Ziffer 4.1.3 ausgeführt, dazu führen, dass sich der behandelnde Arzt, die Gefahr einer allfälligen Verschlechterung des psychischen Zustandes vorwegnehmend, auf das therapeutische Privileg beruft. Der betroffene Patient muss gestützt auf sein Selbstbestimmungsrecht jederzeit die Möglichkeit haben, einen Entscheid darüber treffen zu können, ob und wie weit er bezüglich Behandlungsart, -umfang und -ende einwirken und bestimmen will¹¹⁸. Ausgehend vom Lösungsansatz der vom gegenseitigen Vertrauen getragenen Arzt-Patienten-Beziehung obliegt dem Arzt die Pflicht, mit dem Patienten auch dessen Ängste des der Medizin und Apparaturen ausgeliefert Seins und des bevorstehenden Sterbens zu besprechen.

Ebenso wenig darf aber die zu erwartende Auswirkung auf die Urteilsfähigkeit dazu führen, dass im Rahmen oder als Folge eines Aufklärungsgespräches erlassene Patientenverfügungen grundsätzlich hinterfragt werden. Aus dem Recht der persönlichen Freiheit ergibt sich, dass jeder Mensch über sein Leben und daher auch sein Sterben selbst bestimmen kann. Auch psychisch kranke Menschen verfügen über das Recht, Suizid zu begehen. Eine Patientenverfügung muss durch den behandelnden Arzt als verbindliche Willensäusserung verstanden werden, sofern keine konkreten Hinweise auf eine Beeinflussung des Patientenwillens durch Dritte vorliegen. Aus dem Umstand, dass die Patientenverfügung im engeren Sinne schriftlich und an sämtliche zukünftig handelnden Ärzte gerichtet ist, kann guten Glaubens geschlossen werden, dass der Entscheid auf Behandlungsverzicht respektive das Ergreifen von lebensverlängernden Massnahmen überlegt ist. Es handelt sich nicht um eine Eingriffsverweigerung, geäussert unmittelbar im Aufklärungsgespräch und im „Affekt“. Der Patient benötigt Zeit, um sich die Vorlage einer Patientenverfügung zu beschaffen und auszufüllen. Ebenso wird Zeit verstreichen, falls er mit eigenen Worten eine Eingriffsverweigerung formuliert. Der Patient ist gezwungen, sich nochmals mit den zu verfügenden Folgen seines Willens auseinander zu setzen. Selbst wenn diese

¹¹⁸ Vorstellbar ist auch der Verzicht des Patienten auf Aufklärung und Teilnahme an Behandlungsentscheiden. Verzichtet werden kann indessen lediglich auf das, was man zumindest in den Grundzügen kennt. Ein umfassender Verzicht in zentralen Fragen des Lebens oder Sterbens ist m.E., sofern pauschal geäussert, sittenwidrig und kann daher keine Rechtsfolgen zeitigen.

Auseinandersetzung lediglich rudimentär und unter der Wirkung der letalen Diagnose erfolgt, ist festzuhalten, dass es um die Ängste des Verfügenden vor dem Wo und Wie des Sterbens geht und dass es vor allem um die Gestaltung seines Lebensendes geht. Darin ist der Patient ernst zu nehmen.

Gegen die Annahme einer Urteilsunfähigkeit in Bezug auf die Folgen einer Patientenverfügung, welche im Zusammenhang mit der Aufklärung über eine terminale Krankheit erlassen wurde, spricht, dass die Urteilsfähigkeit beim Beizug von Sterbehilfeorganisationen durch Sterbewillige im Moment des Entscheides über das Sterben nicht in Frage gestellt wird, obwohl der Betroffene sich in einer annähernd ähnlichen Situation des bevorstehenden Todes befindet. Daran ändert nichts, dass der Sterbewillige diesfalls bereits zu einem früheren Zeitpunkt, oft ohne an einer terminalen Krankheit zu leiden, einer Sterbehilfeorganisation beigetreten ist. Der Entscheid, seinem Leben zu einem bestimmten Zeitpunkt begleitet ein Ende zu setzen, steht immer unter dem Eindruck und den zu ertragenden Folgen der Krankheit.

Ergeben sich für den behandelnden Arzt tatsächlich Zweifel an der Urteilsfähigkeit oder dem durch Dritte unbeeinflussten Willen des Verfügenden, so hat er diese, um seinen Pflichten aus dem Vertragsverhältnis des einfachen Auftrages nachzukommen¹¹⁹, in einem Gespräch zu beseitigen oder zu bestätigen.

6.1.4 Aus Sicht des Arztes

Sowohl gestützt auf eine Patientenverfügung, erlassen vor einem bestimmten Behandlungsvertrag, als auch auf eine solche während laufender Behandlung, ergeben sich für den Arzt aufgrund des Vorgenannten und unter dem Aspekt der vertragsgemässen Erfüllung des Auftrages nachfolgende Rechte und Pflichten:

- ausführliches und umfassendes Aufklärungsgespräch, beinhaltend die genauen Grenzen des Behandlungsumfanges inklusive der entsprechenden Konsequenzen;
- ausführliche Dokumentation des Gesprächsinhaltes und der Behandlungsgrenzen, um sich
- vor zukünftigen strafrechtlichen und haftpflichtrechtlichen Folgen im Falle der unterlassenen Behandlung zu exkulpieren;
- Verbindlichkeit des Behandlungsverbotes.

Der Arzt ist sich im Gegensatz zum medizinischen Laien der gegebenen Schranken der Medizin bewusst. Er alleine kann eine Einschätzung der Chancen zur Verbesserung der Gesundheit oder der Überlebenschancen vornehmen. Der Natur der Sache entsprechend, wird er in den seltensten Fällen Erfolgsaussichten oder Behandlungsverläufe mathematisch genau beziffern können. Der Patient hat mit dem Erlass der Patientenverfügung verbindlich dargelegt, dass er sein Selbstbestimmungsrecht wahrnehmen will. Damit das Selbstbestimmungsrecht nicht lediglich zu einer juristischen Floskel degradiert, muss der Arzt den Patienten auch über die Grenzen der möglichen Aufklärung, der Vorausssehbarkeit bestimmter Entwicklungen informieren. Es bedarf der absolut offenen Kommunikation zwischen den Vertragspartnern, um für beide Seiten sicherzustellen, dass tatsächlich entsprechend dem Willen des Patienten gehandelt wird. Erst dann und nur dann ist es dem Patienten möglich, tatsächlich seinen freien Willen unter Berücksichtigung sämtlicher

¹¹⁹ Art. 394 Abs. 1 OR: vertragsgemässe Besorgung der Geschäfte; Art. 397 Abs. 1 OR: Abgabe einer Vorschrift zur Besorgung des übertragenen Geschäfts.

Risiken, eben auch dem Risiko zu sterben, obwohl allenfalls ein für ihn akzeptierbares Überleben möglich gewesen wäre, eigenverantwortlich und verbindlich zu äussern.

6.2 Die Patientenverfügung und die Geschäftsführung ohne Auftrag

6.2.1 Aus Sicht des Patienten

6.2.1.1 Der kasuell urteilsunfähige Patient ohne Benennung einer vertretungsberechtigten Person

Der Patientenverfügung beim kasuell urteilsunfähigen Patienten liegt die Problematik zu Grunde, dass er sich bei seiner Einlieferung in ein Spital in bewusstlosem, komatösem oder verwirrtem Zustand befindet, ohne indessen in akuter Lebensgefahr zu schweben. Es ist ihm daher nicht möglich, über seinen Willen in der konkreten Situation unmittelbar Auskunft zu erteilen. Der einstmals in der Patientenverfügung geäusserte Wille des Patienten kann somit der ärztlichen Berufspflicht zur Leistung von Hilfe zum Erhalt oder zur Verbesserung des Gesundheitszustandes diametral gegenüber stehen. Der Arzt muss ohne in einem Aufklärungsgespräch Kenntnis über den aktuellen Willen des Patienten zu erhalten, handeln. Die sein Handeln rechtfertigende Einwilligung ist vom Patienten unmittelbar nicht zu erhalten. So hat der Arzt nebst seinen anerkannten Berufspflichten auf die aus der Geschäftsführung ohne Auftrag resultierenden respektive in öffentlichen Erlassen statuierten Pflichten und Rechte zurückzugreifen. In dieser Situation ergibt sich ein Spannungsfeld zwischen dem Recht auf Selbstbestimmung des Patienten und einer allfälligen Unterlassung der Nothilfe respektive einer Tötung durch Unterlassung bei Nichtbehandlung oder Abbruch einer Behandlung sowie einer Körperverletzung bei Aufnahme einer Behandlung ohne Einwilligung, begangen durch den Arzt.

Als Grundsatzproblem der mittelbaren Willensäusserung beim kasuell urteilsunfähigen Patienten stellen sich daher beim Vorliegen einer Patientenverfügung nachfolgende Fragen:

- Wie erhält der Behandelnde Kenntnis von der Patientenverfügung?
- Was will der Patient?
- Entspricht das Verfügte dem heutigen Willen des Patienten?

A) Es ist Sache des Patienten sicherzustellen, dass die behandelnden Ärzte Kenntnis von der Patientenverfügung erhalten¹²⁰. Dies entbindet indessen die Adressaten der Verfügung nicht davon, auch selbständig tätig zu werden. Da sich die Behandlung nach der mutmasslichen Absicht des Patienten richten muss, wird der behandelnde Arzt zur Eruiierung des mutmasslichen Willens Dritte, insbesondere nahe Angehörige, beiziehen müssen. Ein Hinterlegen der Patientenverfügung beim nächsten oder nahen Angehörigen wird in einem solchen Fall genügen. Stehen aus unterschiedlichen Gründen keine Angehörigen zur Verfügung, stellt sich die Situation heute weitaus schwieriger dar. Üblicherweise werden Bezugspersonen ausserhalb des engeren Familienkreises selten oder mit sehr grossem zeitlichem Abstand zum Geschehen von einer Einlieferung des Verfügenden Kenntnis erhalten. Empfehlenswert ist daher, dass der Patient eine Kopie seiner Patientenverfügung stets mit sich trägt oder zumindest einen klaren Hinweis darauf, dass eine Patientenverfügung vorliegt und wo sich diese befindet.

Für die Zukunft ist die Möglichkeit vorgesehen, das Vorhandensein einer Patientenverfügung auf der Versichertenkarte eintragen zu lassen. Die Ärzte werden zudem bei urteilsunfähigen

¹²⁰ So auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006 zu Art. 372 nZGB, S. 7032.

Patienten anhand der Versichertenkarte abzuklären haben, ob eine Patientenverfügung errichtet und wo diese allenfalls hinterlegt wurde¹²¹.

B) Der Patient will, dass seinem Willen Beachtung geschenkt wird. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu klären, ob eine Behandlungsverweigerung oder ein Behandlungsverzicht anzunehmen ist, und ob sich daraus je nach der begrifflichen Auslegung eine Änderung in der Einwilligungsverweigerung des Patienten respektive in der Handlungspflicht des Arztes ergibt.

Eine Behandlungsverweigerung stellt per definitionem das Gegenteil einer Behandlungseinwilligung dar, mithin ein ausdrückliches Verbot, eine Behandlung vorzunehmen. Ein solches Verbot ist gemäss dem bereits Ausgeführten für den Arzt bindend. Ein Behandlungsverzicht erklärt indessen ein Nichtwahrnehmen einer angebotenen Handlung und damit eine Entbindung der ärztlichen Handlungspflicht. Eine eigentliche Aussage über das Vorliegen einer Erlaubnis zu einem Eingriff wird nicht getätigt. Fraglich ist daher, ob ein solcher Verzicht als fehlende Einwilligung zu einem konkreten und notwendigen Eingriff zu würdigen ist, insbesondere in jenen Fällen, in welchen es allenfalls um lebensrettende und nicht nur lebensverlängernde Massnahmen geht. Ist der Patient zum Zeitpunkt der notwendigen Behandlung urteilsfähig, so wird und kann er nach erfolgter Aufklärung seine Willensäusserung so vornehmen, dass eine Behandlungsverweigerung, mithin ein Behandlungsverbot für gewisse Eingriffe und ärztliche Massnahmen definiert ist. Zur Klärung dieser Frage ist der Behandelnde auch aus seinem Vertragsverhältnis verpflichtet. Der Urteilsfähige wird in Zusammenarbeit mit dem Arzt daher festlegen, ob er in lebensrettende Massnahmen einwilligt oder einfach lebensverlängernde Massnahmen ablehnt. TRÜCK¹²² stellt zwischen lebensrettenden und lebensverlängernden Massnahmen einen qualitativen Unterschied fest. Als lebensrettende Massnahmen seien ärztliche Handlungen zu bezeichnen, in denen gewöhnlich eine Verbesserung des Gesundheitszustandes des Patienten, mithin die medizinische Gesamtbilanz positiv beeinflussbar sei. In Fällen blosser Lebensverlängerung sei lediglich die Verlangsamung, allenfalls die vorübergehende Hemmung eines progredienten Leidens erreichbar.

Um in dieser Abgrenzungsfrage einen anwendbaren Lösungsansatz zu finden, ist die Frage nach dem „Warum“ einer Willensäusserung in Form einer Patientenverfügung zu stellen. Wie bereits dargelegt, liegt dem Wunsch nach vorgängiger Selbstbestimmung für den Fall einer künftig eintretenden Situation des nahen oder möglichen Todes die Angst zu Grunde, als unselbständiges Etwas Maschinen und/oder der ständigen Pflege durch Dritte ausgeliefert zu sein, mithin die Angst vor dem Verlust der Selbständigkeit und der zukünftigen Selbstbestimmung über das eigene Ich. Daraus ist zu folgern, dass eine Patientenverfügung zumindest konkludent eine Behandlungsverweigerung und damit eine fehlende Einwilligung zu lebensrettenden Massnahmen, falls absehbar oder mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass trotz der medizinischen Behandlung lediglich ein Zustand erreicht wird, in welchem eine lebenslange Pflegebedürftigkeit¹²³ oder Abhängigkeit von medizinischen Apparaturen zur Aufrechterhaltung von zentralen Lebensfunktionen¹²⁴ notwendig sein werden, beinhaltet.

C) Bei der Beantwortung der zweiten Frage nach dem heutigen Willen spielt das zeitliche Element eine wesentliche Rolle. Je weiter der Erlass einer Patientenverfügung zurückliegt, desto eher ist zu diskutieren, ob sich der Wille des Patienten mit fortschreitendem Alter verändert hat.

¹²¹ Entwurf der Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) Art. 371 Abs. 1 und 2 nZGB.

¹²² Trück Thomas, Mutmassliche Einwilligung und passive Sterbehilfe, Inaugural-Diss., Tübingen 2000, S. 128 Fn 622.

¹²³ Als Beispiel seien angeführt Koma oder Wachkoma, Hirnschädigungen.

¹²⁴ Beispielsweise eine dauerhafte Hämolyse, künstliche Beatmung, ständige intravenöse Ernährung.

Wer eine Patientenverfügung erlässt, setzt sich mit dem Sterben auseinander. Eine bestimmte Lebens- oder Sterbesituation soll vermieden werden. Der einschränkenden Berücksichtigung älterer Verfügungen ist entgegenzuhalten, dass der Verfügende, hätte sich tatsächlich sein Wille verändert, die Verfügung jederzeit hätte abändern oder vernichten können. Hat er dies nicht getan, so ist davon auszugehen, dass der Inhalt der Patientenverfügung noch immer seinem Willen entspricht. Das Risiko trägt der Verfügende, wie im Bereich anderer Rechtsgeschäfte ebenfalls. Wer ein Testament erlässt, muss dieses, ändert sich sein Wille, korrigieren. Ansonsten ist der testamentarische Wille, unter Voraussetzungen der rechtlichen Grenzen, bindend. Der Umstand, dass es bei einer Patientenverfügung um das höchste Gut unserer Rechtsordnung, um das Leben, geht, darf unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts nicht dazu führen, dass ältere Patientenverfügungen grundsätzlich hinterfragt werden. Dies wäre eine Aufweichung der Patientenautonomie und des Selbstbestimmungsrechts.

D) Zusammengefasst bedeuten die vorstehenden Erwägungen, dass der Patient die Durchsetzung seines Willens, nicht als hilfloses Etwas weiter dahinvegetieren zu müssen, sondern würdevoll sterben zu können, erwartet. Aus seiner Sicht hat er den zukünftig behandelnden Ärzten in seiner Patientenverfügung Anweisungen gegeben, wie bei kasuell eingetretener Urteilsunfähigkeit zu handeln ist. Sind die in der Patientenverfügung genannten Umstände gegeben, so hat er in seinen Augen ein Behandlungsverbot formuliert. Dem Patienten obliegt indessen die Aufgabe, sicherzustellen, dass die Adressaten der Patientenverfügung von dieser Kenntnis erhalten.

6.2.1.2 Der dauernd urteilsunfähige Patient

Aus Sicht des Patienten ergeben sich keine Änderungen. Er ist noch stärker darauf angewiesen, dass Drittpersonen in seinem Willen handeln. Gestützt auf die Rechtsordnung ist indessen vorgesehen, dass bei andauernder Urteilsunfähigkeit des mündigen Patienten eine Vormundschaft zu errichten ist¹²⁵. Dies hat zur Folge, dass der Vormund anstelle des Patienten die notwendigen Einwilligungen oder Verweigerungen von ärztlichen Behandlungen vornehmen darf. Diese Entscheide indessen müssen primär gestützt auf den mutmasslichen Willen des Patienten erfolgen. Ist eine Patientenverfügung vorhanden, so können der mutmassliche Wille oder zumindest Anhaltspunkte dafür gemäss dem unter Ziffer 6.2.1.1 Erwähnten eruiert werden. Liegt indessen keine Patientenverfügung vor, ist der Entscheid des Vormundes subsidiär nach dem objektiven Interesse des Patienten zu fällen, mithin unter dem Gesichtspunkt, was ein vernünftiger Mensch in der nämlichen Situation als geboten betrachten dürfte und müsste.

6.2.1.3 Notfallsituation

Befindet sich der Patient in einer Notfallsituation, mithin in einer akut lebensbedrohenden Lage, ergeben sich aufgrund des zeitlichen Handlungsbedarfs Schwierigkeiten, seinen Willen in Erfahrung zu bringen. Obwohl er in einer Patientenverfügung ein Behandlungsverbot formulierte, wird dieses faktisch dem behandelnden Arzt nicht zu Kenntnis gebracht werden können. Selbst ein ständiges Mittragen der Patientenverfügung kann nicht garantieren, dass seinem erklärten Wille Folge geleistet wird. Aufgrund der lebensbedrohenden Lage verbleibt dem Behandelnden kein zeitlicher Spielraum zur Suche nach einer allfällig vorhandenen Patientenverfügung. Der Arzt wird die notwendigen Massnahmen aus seinen Berufspflichten

¹²⁵ Art. 369 ZGB.

heraus einleiten müssen. Eine Patientenverfügung ist aber dennoch auch in einer Notfallsituation nicht nutzlos. Trifft nämlich trotz Notfallbehandlung ein medizinischer Zustand ein, der vom Verfügenden klar geregelt wurde, ist dies als Behandlungsverbot für weitere notwendige Eingriffe und Behandlungen zu akzeptieren. Um auch bei dieser Konstellation das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren und zu schützen, muss konsequenterweise die Verweigerung lebensverlängernder Massnahmen akzeptiert werden. In concreto wird dies bedeuten, dass keine Einwilligung zur weiteren Behandlung mittels lebenserhaltenden Apparaturen vorliegt. Sobald diese fehlende Einwilligung den Handelnden bekannt wird, ist daher auf eine Weiterbehandlung und den Einsatz entsprechender lebenserhaltender Apparaturen zu verzichten, selbst wenn der Patient durch diese bereits am Leben erhalten wird. Die einzig logische Schlussfolgerung aus der klaren Patientenverfügung ist daher als Gebot zum Abschalten der lebenserhaltenden Apparaturen zu verstehen¹²⁶.

6.2.2 Aus Sicht des Arztes

6.2.2.1 Der kasuell urteilsunfähige Patient ohne Benennung einer vertretungsberechtigten Person

Der Arzt sieht sich in der Situation, aus medizinischer Sicht eine Behandlung oder einen Eingriff vornehmen zu müssen, kann sich aber zur Rechtfertigung einer Verletzung der physischen Integrität nicht auf eine vorhandene unmittelbare Einwilligung des Patienten stützen. Die Notwendigkeit einer Einwilligung entfällt aber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur, wenn ein anderer Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die körperliche Integrität vorliegt. Als Rechtfertigungsgründe fallen dabei in Betracht:

- Notfall¹²⁷
- Geschäftsführung ohne Auftrag¹²⁸
- Mutmassliche Einwilligung des Patienten¹²⁹
- Amtspflicht¹³⁰
- Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit¹³¹.

Im Falle des kasuell Urteilsunfähigen und damit bei der Geschäftsführung ohne Auftrag tritt die Patientenverfügung nun als Surrogat zur notwendigen Einwilligung. Der Behandelnde muss daher auf das Konstrukt des mutmasslichen Willens zurückgreifen.

Grundsätzlich bestimmt sich das privatrechtliche Vertragsverhältnis, wie oben ausgeführt, nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag¹³². Es ist darauf hinzuweisen, dass in einigen Kantonen die Gesundheitsgesetze respektiver Patientenrechtserlasse auch für Privatspitäler und somit deren handelnde Ärzte als verbindlich erklärt wurden¹³³. Die Behandlung in einem öffentlichen Spital richtet sich nach der entsprechenden kantonalen Gesetzgebung im Bereich der Gesundheitserlasse.

¹²⁶ siehe vorne unter Ziffer 3.4 Passive Sterbehilfe.

¹²⁷ BGE 115 Ib 175 E. 2b; 114 Ia 350 E. 7b.

¹²⁸ BGE 123 II 577 E. 4d/ee.

¹²⁹ BGE 113 Ib 420 E. 4.

¹³⁰ BGE 123 II 577 E. 4d/ee.

¹³¹ BGE 114 Ia 350 E. 5.

¹³² siehe vorne unter Ziffer 5.2.1.

¹³³ Beispielsweise hat der Kanton Zürich im Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004 in § 1 den Geltungsbereich bei der medizinischen Versorgung von Patientinnen und Patienten auf alle Spitäler des Kantons, mithin auch für privatrechtlich organisierte festgesetzt. Die Belegsärzte der Privatspitäler unterliegen daher in ihren Behandlungsverhältnissen ebenfalls den Bestimmungen des genannten Gesetzes.

Deutlich ist aber darauf hinzuweisen, dass die verfassungsmässigen Rechte, mithin die persönliche Freiheit, der Schutz der physischen und psychischen Integrität und daraus folgend das Selbstbestimmungsrecht des Patienten den kantonalen Bestimmungen vorgehen.

Allgemein anerkannt ist, dass der Wille des Patienten verbindlich für den Behandelnden ist¹³⁴. Probleme zur Eruierung des Patientenwillens können sich aber für den Behandelnden aus der Formulierung der Patientenverfügung ergeben. Ursächlich dafür ist der Umstand, dass Patientenverfügungen, insbesondere die als Muster von verschiedenen Organisationen erhältlichen, unspezifisch formuliert sind. Gestützt auf Erfahrungswerte stellt sich die Schweizerische Akademie für Medizinische Wissenschaften auf den Standpunkt, dass Menschen ein Leben mit Krankheit, Einschränkung und Pflegebedürftigkeit positiver bewerten, wenn sie selbst in dieser Lage sind, als sie es vorher als gesunder Mensch getan haben¹³⁵.

Diese Auslegung würde erneut von der Autonomie zum Fremdbestimmtsein führen. Sofern die Patientenverfügung bezüglich der Situationsbeschreibung und der Erläuterung der Art der nicht gewollten Behandlung genau und zweifelsfrei ist, muss dies als Einwilligungsverweigerung anerkannt werden. Auch wenn die diesbezügliche Formulierung in medizinisch laienhaftem Vokabular verfasst wurde und nicht genau jede mögliche Folge einer jeden möglichen Erkrankung bezeichnet, auferlegt sie dem behandelnden Arzt die Pflicht, den Willen des Patienten unter Berücksichtigung dessen Laienstatus zu anerkennen. Lediglich der Arzt ist in der Lage, eine infauste Prognose festzustellen. Auch wenn antizipierte Patientenverfügungen meistens unspezifisch hinsichtlich von einzelnen Krankheitszuständen sind, beinhalten sie jeweils den klaren Willen, was im Falle des bevorstehenden Lebensendes verweigert wird. Diese Willensäusserung erlaubt kein Raum für die Auslegung des mutmasslichen Willens entsprechend dem, was der verständige Mensch in dieser Situation wollen würde.

6.2.2.1.1 Der Notfall

Ein Notfall liegt vor, wenn eine Person bewusstlos ist oder im Koma liegt und Schaden nehmen würde, wenn der Entscheid über eine ärztliche Intervention aufgeschoben würde. Als Abgrenzungskriterium muss zusätzlich der eingetretene Notfall zeitlich und örtlich getrennt von einer vorhergehenden ärztlichen Behandlung oder einem Spitalaufenthalt beachtet werden, ansonsten grundsätzlich die vorstehenden Regeln zur Anwendung kommen. Das ärztliche Handeln in Notfallsituationen richtet sich ebenfalls nach den rechtlichen Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag¹³⁶ und damit nach dem Vorteil und der mutmasslichen Absicht des Patienten. Zum Vorteil des Betroffenen zu handeln heisst im Interesse dessen Gesundheit zu handeln. Es darf jede Intervention umgehend erfolgen, die im Interesse der Gesundheit des Patienten medizinisch unerlässlich ist. Aber auch in Notfällen hat der behandelnde Arzt Wünsche respektive zu einem früheren Zeitpunkt getätigte Willensäusserungen zu berücksichtigen, dies ergibt sich aus dem höchstpersönlichen Recht der physischen Integrität sowie dem Selbstbestimmungsrecht.

In den meisten Notfällen erfolgt eine Einlieferung des Patienten in die Notfallstation eines Spitals oder es sind Rettungsmassnahmen durch Notfallärzte ausserhalb von Institutionen notwendig. Aus den Umständen ergibt sich, dass es sich wohl in den meisten Fällen um Ärzte handelt, welche zum betroffenen Patienten zuvor keinerlei Kontakt hatten und damit auch

¹³⁴ Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich, § 20 Abs. 2; Schweizerische Akademie für Medizinische Wissenschaften, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung vom 24. November 2005.

¹³⁵ Schweizerische Akademie für Medizinische Wissenschaften, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, Medizinisch-ethische Grundsätze vom 24. November 2005, S. 8.

¹³⁶ Art. 419 ff. OR.

keine Kenntnis über dessen Willen aus einem Vorgespräch haben können. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit der notwendigen medizinischen Massnahmen ergibt sich, dass der Notfallarzt nicht über die notwendige Zeit verfügt, um Erkundigungen über das Vorhandensein einer Patientenverfügung und deren Inhalt einzuholen, weder durch Suchen nach einer solchen auf dem Betroffenen selbst noch durch Gespräche mit allenfalls anwesenden Drittpersonen¹³⁷. Zahlreiche kantonale Gesetze haben daher für Notfälle ausdrücklich eine Ausnahme vom Zustimmungsprinzip vorgesehen¹³⁸. Eine solche Regelung erscheint notwendig und sinnvoll, um die Handlungsfähigkeit des Arztes zu garantieren. Der Arzt hat aus seiner Berufspflicht und den Standesregeln eine Beistandspflicht in Notfällen¹³⁹. Gleichzeitig begeht er aber durch seinen Eingriff eine Verletzung der physischen Integrität des Patienten ohne rechtfertigende Einwilligung. Welchem Arzt wäre es möglich, sich mit voller Konzentration der Behandlung eines Notfallpatienten zu widmen, wenn er befürchten müsste, infolge einer fehlenden unmittelbaren oder mittelbaren Einwilligung sich durch sein Handeln haftungs- oder strafrechtlichen Konsequenzen aussetzen zu müssen? Auch die Lehre und Praxis stellt sich auf den Standpunkt, dass der behandelnde Notfallarzt davon ausgehen darf, dass es dem hypothetischen Willen des Patienten entspricht, zu seinen Gunsten eine lebensrettende Massnahme zu ergreifen. Im Europäischen Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde wird in Artikel 8¹⁴⁰ die Handlungsbefugnis in Notfällen statuiert. Die Notfallsituation wird dabei nicht auf Fälle beschränkt, in denen Lebensgefahr besteht. Unerlässlich für die Gesundheit einer Person sei die Intervention bereits dann, wenn mit dem Aufschieben der therapeutischen Nutzen für den Patienten verloren geht.

Das Bundesgericht hat sich zur fehlenden Einwilligung in Notfällen geäussert¹⁴¹ und sich auf den Standpunkt gestellt, dass im Notfall die Einwilligung des Patienten zu vermuten sei. So sei bei Vorliegen eines unaufschiebbaren Notfalls die Operation auch bei Fehlen der tatsächlichen oder hypothetischen Einwilligung nicht widerrechtlich. Die deutsche Rechtsprechung geht bei Noteingriffen, wenn der Patient bewusstlos ist und keine Zeit für eine Rücksprache mit den Angehörigen von einer mutmasslichen Einwilligung des Patienten aus, die von der berechtigten Annahme des Arztes getragen sein muss, dass ein verständiger Patient in dieser Lage bei angemessener Aufklärung in die operative Massnahme eingewilligt hätte. Entscheidend ist dabei die absolute Notwendigkeit zur Lebensrettung oder Verhinderung unwiderruflicher Gesundheitsschädigungen, die gegen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten abzuwägen ist. Daraus folgt, dass bei Behandlungsalternativen den Patienten am wenigsten belastende Alternative mit dem geringeren Risiko zu wählen ist¹⁴².

6.2.2.1.2 Die Operationserweiterung

Ist eine Operation durchzuführen, muss eine Einwilligung eines Patienten vorliegen oder aber zumindest eine Notfallsituation mit vermuteter mutmasslicher Einwilligung. Erscheint während der Operation eine unvorhergesehene Erweiterung notwendig, stellt sich das

¹³⁷ In Frage für solche Auskünfte, die eine gewisse Verbindlichkeit haben würden, kämen in erster Linie enge Angehörige wie Verwandte in auf- und absteigender Linie sowie Ehe- oder Lebenspartner.

¹³⁸ Bsp. Patientinnen- und Patientenrechtsgesetz des Kantons Zürich, § 21 Abs. 3: „In Notfällen wird die Einwilligung vermutet“.

¹³⁹ Standesordnung FMH, Art. 5: In Notfällen gilt die Beistandspflicht in jedem Fall für alle Ärzte.

¹⁴⁰ Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin vom 4. April 1997: „Kann eine Einwilligung wegen einer Notfallsituation nicht eingeholt werden, so darf jede Intervention, die im Interesse der Gesundheit der betroffenen Person medizinisch unerlässlich ist, umgehend erfolgen“.

¹⁴¹ BGE 114 Ia 350 E. 7b/cc; Urteil 4P.9/2002 vom 19. März 2002 E. 2c.

¹⁴² Bernd Gabriel, Notfallmedizinische Rechtsfragen, Die Aufklärungspflicht bei Noteingriffen, in: http://www.anr.de/de/wissen/bibliothek/ius_4.jsp, letzter Besuch am 12. April 2007.

Problem, dass der Patient die dafür notwendige Einwilligung nicht erteilen kann. Das Bundesgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass der Operateur auf die Einwilligung des Patienten nicht verzichten kann, ausser der in Betracht gezogene Eingriff sei aufgrund vitaler oder absoluter Indikation notwendig¹⁴³. Liegt somit weder eine tatsächliche noch eine hypothetische Einwilligung vor, dann ist auch die unvorhersehbare, aber absolut notwendige Operationserweiterung sowie geringfügige Erweiterungen, die das Operationsrisiko nicht erhöhen, nicht rechtswidrig¹⁴⁴. Andernfalls besteht die Pflicht zum Abbruch der Operation. Hat der Operierte eine Patientenverfügung erlassen, so hat sich der Operateur nach dieser zu richten. Tritt während der Operation eine in der Patientenverfügung geregelte Situation ein, muss der Arzt die Operation abbrechen. Die Patientenverfügung ist diesfalls als Widerruf des Auftrages zu verstehen mit der Konsequenz, dass für die weiteren medizinischen Handlungen keine Einwilligung mehr besteht.

6.3 Die Patientenverfügung mit Vertretungsvollmacht in medizinischen Angelegenheiten

Die heute von verschiedenen Organisationen vorformulierten Patientenverfügungen sehen jeweils eine Rubrik vor, in welcher Verfügende Bezugspersonen mit Entscheidungskompetenz an ihrer Stelle benennen können. Je nach Formulierung werden die zukünftig behandelnden Ärzte nicht nur von deren Schweigepflicht gegenüber den Bezugspersonen entbunden. Vielmehr wird die Pflicht zur vollständigen Aufklärung und zum Einbezug in den Entscheidungsprozess derselben durch das Behandlungsteam formuliert. Im Falle eines urteilsfähigen Patienten wird diese Vertretungsvollmacht keine zentrale Rolle spielen, kann und wird er doch notwendige Behandlungseinwilligungen oder -verweigerungen selbst erteilen können.

Für den Patienten wesentlich indessen wird die Bevollmächtigung einer Bezugsperson im Falle einer kasuellen oder dauernden Urteilsunfähigkeit.

Die geltende Rechtsordnung sieht dabei keine Verbindlichkeit der Willensäusserung eines Vertreters in medizinischen Angelegenheiten vor. Vielmehr wird gestützt auf die Bestimmungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag bei urteilsunfähigen Patienten die Äusserung der Bezugsperson als Indiz zur Eruiierung des mutmasslichen Willens beigezogen. Ausdrücklich erwähnt das Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich in § 21 Abs. 2 für urteilsunfähige Personen den Beizug der Bezugspersonen falls möglich¹⁴⁵. Grundsätzlich wird aber dennoch die Entscheidungskompetenz in die Hände der behandelnden Ärzte gelegt.

Diese konkrete Regelung widerspricht wohl den übergeordneten Grund- und Freiheitsrechten, insbesondere dem Selbstbestimmungsrecht. Durch die Bestimmung einer Bezugsperson mit Vertretungsbefugnis in medizinischen Angelegenheiten hat der Verfügende klar statuiert, dass der Benannte in seinem Willen handeln kann und darf. Es darf und muss davon ausgegangen werden, dass es sich bei dieser Bezugsperson um eine dem Verfügenden nahestehende Person handelt, mit welcher er in urteilsfähigem Zustand ein zentrales Tabuthema erörtert hat. Der Bevollmächtigte wird daher die genauesten Kenntnisse über den Willen und die Wünsche des Patienten am Lebensende haben. Die einzig mögliche Schlussfolgerung, die daraus gezogen werden kann, stellt als Mindestforderung eine Pflicht zum Einbezug des Vertreters in medizinischen Angelegenheiten durch die behandelnden Ärzte in zu fällende Entscheide über medizinische Massnahmen und Eingriffe dar. Da sich das Behandlungsverhältnis beim

¹⁴³ BGE 108 II 59 E. 2.

¹⁴⁴ Urteil 4P.9/2002 vom 19. März 2002, E. 2c.

¹⁴⁵ Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich, § 21 Abs. 2: „Haben nicht urteilsfähige Patientinnen und Patienten keine gesetzliche Vertretung, entscheiden die behandelnden Ärztinnen und Ärzte in deren Interesse und entsprechend deren mutmasslichen Willen. Wenn möglich werden die Bezugspersonen angehört.“

urteilsunfähigen Patienten auf die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu stützen hat, dies gilt für öffentlich-rechtliche Behandlungsverhältnisse konkludent, muss entsprechend dem mutmasslichen Willen des Patienten gehandelt werden. Die Bezugsperson kennt indessen mit Sicherheit den mutmasslichen Willen des Patienten besser als fremde Ärzte. Als Notbremse, sollten die Behandelnden hinreichende Zweifel daran haben, dass die Entscheide der Bezugsperson tatsächlich dem mutmasslichen Willen des Patienten entsprechen respektive dessen Interessen wahrnehmen, ist den Ärzten erlaubt, nach dem hypothetischen Willen des Patienten im Sinne der Interessen eines verständigen Menschen in der selben Situation zu handeln oder aber einen Ethiker beizuziehen.

Beim dauernd urteilsunfähigen, aber mündig gewesenen Patienten, ergibt sich aus einer solchen Bestimmung einer Bezugsperson zur Vertretung in medizinischen Angelegenheiten die Möglichkeit, bei der Errichtung einer Vormundschaft die durch den Patienten selbst bestimmte Person als Vormund zu benennen. Dies wiederum hat für den Patienten den Vorteil, dass seine Vertrauensperson inskünftig nach dem mutmasslichen Willen des Patienten Entscheide treffen kann und so letztendlich den ehemals, in urteilsfähigem Zustand geäusserten Willen im Sinne des Betroffenen Rechnung tragen kann.

Kritiker der Bevollmächtigung einer Vertretungsperson in medizinischen Angelegenheiten führen an, dass es sich beim Entscheid über einen Eingriff in die physische Integrität um ein höchstpersönliches Recht handle, über das nicht durch nicht medizinisch geschulte Drittpersonen im Rahmen derer Berufspflichten verfügt oder entschieden werden könne. Dem ist entgegen zu halten, dass ohne Bevollmächtigung einer Drittperson der Verfügende das höchstpersönliche Recht in Hände von unbekanntem Ärzten gibt. Dass diese infolge ihrer medizinischen Ausbildung und ihrer Berufspflichten allenfalls besser geeignet sein sollen, Entscheide über Eingriffe in die physische Integrität oder aber über deren Verweigerung zu fällen, ist absolut nicht schlüssig. Würde man die grundsätzliche Annahme treffen, dass ein Bevollmächtigter nicht nach dem Willen und zum Wohl des Patienten handeln könnte und würde, müsste man als logische Schlussfolgerung davon ausgehen, dass der Verfügende zum Zeitpunkt, als er die Patientenverfügung verfasste, nicht urteilsfähig gewesen sei und daher vom Bevollmächtigten unzulässig, zu Gunsten des Letztgenannten, beeinflusst worden sei. Das Treffen einer solchen Annahme erscheint aber unzulässig. Immerhin hat sich der Verfügende mit dem Thema des Sterbens auseinander gesetzt. Jemandem die Vollmacht über das eigene Leben oder Sterben zu erteilen, setzt ein grosses Vertrauen voraus und resultiert nicht aus einer einfachen Laune heraus. Zusätzlich ist anzufügen, dass oftmals enge Familienangehörige zu Vertretern bevollmächtigt werden. Es darf davon ausgegangen werden, dass diese, wenn ihnen das Vertrauen in Form einer Vollmacht erteilt wurde, am Besten wissen, wie der Patient gelegt hat und wie er leben will. Diese werden daher am verbindlichsten den mutmasslichen Willen des Patienten darlegen können.

Es ist nicht einzusehen, weshalb der gesetzliche Vertreter, lediglich weil er beispielsweise Elternteil ist, besser einen verbindlichen Entscheid über eine Eingriffseinwilligung oder -verweigerung treffen können soll, als der vom Betroffenen selbst in Kenntnis der Folgen bestimmte Bevollmächtigte.

6.4 Lösungsansatz

Lösungsansätze, um das Spannungsfeld zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten sowie der Strafbarkeit des ärztlichen Verhaltens in jedem der genannten Anwendungsfälle einer Patientenverfügung bei urteilsunfähigen Personen ergeben sich einerseits aus der Begrenzung der ärztlichen Garantenpflicht respektive der Geschäftsführung ohne Auftrag,

gestützt auf den wirklichen oder mutmasslichen Willen des Patienten, und andererseits aus dem Recht oder der Freiheit, Suizid zu begehen. Gestützt auf die Grundrechte ergibt sich keine staatliche Pflicht, entgegen der geschützten persönlichen Freiheit und dem Selbstbestimmungsrecht Handlungen gegen den Willen eines Menschen vorzunehmen, wenn dessen eindeutiger Wille in urteilsfähigem Zustand, wenn auch vielleicht nicht in umfassender Kenntnis der gesamten Sachlage, gebildet und geäussert wurde. Das Risiko, dass ein Überleben in einem erträglichen Gesundheitszustand möglich gewesen wäre, hätte man bestimmte medizinische Behandlungen vorgenommen, trägt der verfügende Patient. Jeder Suizident trägt das Risiko, seinem Leben zu einem Zeitpunkt ein Ende gesetzt zu haben, in welchem eine Veränderung der gegebenen Situation und damit eine Rückkehr zu einem allenfalls auch für den Suizidenten lebenswerten Lebens möglich gewesen wäre. Wenn sich aber keine Handlungspflichten des Staates ergeben, dann sind auch keine entsprechenden Erlasse auf kantonaler Ebene notwendig, die eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten vornehmen¹⁴⁶. Für den privatrechtlich handelnden Arzt ergibt sich aus diesen Lösungsansätzen eine fehlende Strafbarkeit bei Vorliegen einer klar formulierten und in zeitlich engem Konnex zum Behandlungszeitpunkt stehenden Patientenverfügung. Der zum Behandlungszeitpunkt somit mutmassliche Wille der Patienten ist als wirklicher Wille des Patienten im Falle des Eintrittes einer zukünftigen Situation im Bewusstsein des Verzichts auf ein mögliches Weiterleben zu behandeln. Jeder Patient, der eine Patientenverfügung verfasst, hat sich mit dem Sterben auseinandergesetzt. Jeder dieser Patienten hat sich über eine für ihn erträgliche Existenz Gedanken gemacht. Allfällige moralische oder ethische Vorstellungen des Behandelnden dürfen in einer Auslegung dieses Patientenwillens keinen Platz finden.

7. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der behandelnden Ärzte

7.1 Im Allgemeinen

Im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Ärzten stellen sich nicht nur Fragen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Behandlungsfehlern und damit im Zusammenhang mit Delikten gegen Leib und Leben¹⁴⁷. Thema ärztlicher Strafprozesse sind auch immer wieder Vermögensstraftaten, Sexualdelikte, das falsche ärztliche Zeugnis oder die Verletzung des Arztgeheimnisses, welche Deliktskategorien aber im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht interessieren.

Wie bereits ausgeführt, geht die schweizerische Rechtsprechung davon aus, dass ärztliche Eingriffe, auch wenn sie medizinisch indiziert und kunstgerecht durchgeführt worden sind, jedenfalls insoweit den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung erfüllen, als sie entweder in die Körpersubstanz eingreifen oder mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit oder das körperliche Wohl des Patienten nicht bloss unerheblich beeinträchtigen oder verschlechtern¹⁴⁸. Das Bundesgericht hat daher in seiner bestätigten Rechtsprechung festgestellt, dass das Wohl des Patienten nicht ohne weiteres mit der ärztlich indizierten Behandlung gleichgestellt werden könne. Insbesondere könne zum Patientenwohl gerade auch die Ablehnung einer vom Arzt für indiziert gehaltene Behandlung durch den Patienten gehören¹⁴⁹. Aus dieser Argumentation folgt, dass der Wille des Patienten zentraler Punkt zur Feststellung, was dem Patientenwohl entspreche, darstellt. Als wichtigster

¹⁴⁶ s. Kanton Zürich, Patientinnen- und Patientenrechtsgesetz.

¹⁴⁷ Art. 111 – 128 StGB.

¹⁴⁸ BGE 124 IV 258.

¹⁴⁹ BGE 99 IV 208; letztmals 124 IV 258.

Rechtfertigungsgrund für die Rechtmässigkeit einer Heilbehandlung stellt sich die vorherige Einwilligung des Rechtsgutträgers dar, wobei die hinreichende Aufklärung über den beabsichtigten Eingriff erfolgt sein muss¹⁵⁰. Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit der Revision des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches darauf verzichtet, den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Verletzten ins Gesetz aufzunehmen. Indessen ergibt sich dieser Rechtfertigungsgrund aus den zivilrechtlichen Normen¹⁵¹.

Eine Einwilligung in strafbare Handlungen kann aber nur wirksam erfolgen, wenn die entsprechenden Straftatbestände lediglich individuelle Rechtsgüter schützen und der Einwilligende über das entsprechende Rechtsgut verfügen kann. Zudem darf die Zustimmung nicht sittenwidrig sein¹⁵². Aus Artikel 114 Strafgesetzbuch ergibt sich zudem, dass in eine Tötung nicht wirksam eingewilligt werden kann¹⁵³. Eine schwere Körperverletzung wird ihrerseits durch eine Einwilligung nur gerechtfertigt, wenn ihr Zweck im Verhältnis zur Schwere der Verletzung den Eingriff als zulässig erscheinen lässt. Dies ist beim Heileingriff gerechtfertigt¹⁵⁴. Fraglich erscheint unter dieser Systematik des Gesetzes, ob sich ärztliche Eingriffe im Bereich der Schönheitschirurgie, insbesondere bei überproportionierten Brustvergrösserungen, durch Einwilligung der Betroffenen rechtfertigen lassen.

7.2 Strafrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Patientenverfügungen

Als Grundsatz ist festzuhalten: Liegt eine hinreichend konkret gefasste Patientenverfügung¹⁵⁵ vor, die auf die aktuelle Krankheitssituation zugeschnitten ist und dafür klare Behandlungsbegrenzungen vorsieht, kann sich der Arzt nur dann darüber hinwegsetzen, wenn begründete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der aktuelle mutmassliche Wille nicht mehr mit dem in der Patientenverfügung geäusserten übereinstimmt¹⁵⁶. Aus diesem Grundsatz ergibt sich auch, dass der Arzt die Begründungslast und damit die Beweislast trägt, will er eine Patientenverfügung nicht beachten. Eine ausführliche Dokumentation der dringenden Zweifel in der Krankenakte des Patienten wäre ausreichend.

Problematisch kann sich die Prognose eines infausten Krankheitsverlaufes respektive eines irreversiblen Bewusstseinsverlustes darstellen. Die Medizin stellt keine sichere Wissenschaft dar. Krankheitsverläufe können oftmals nicht mit hundertprozentiger Sicherheit vorhergesagt werden. Ergeben sich daher grosse Zweifel, so ist nach dem Grundsatz „in dubio pro vita“ zu handeln. Dabei dürfen solche Zweifel nicht leichtthin angenommen werden, ansonsten Patientenverfügung zu einem nutzlosen Stück Papier verkommen würden. Vielmehr wird man sich nach dem Konstrukt der grossen Wahrscheinlichkeit des Eintreffens des in der Patientenverfügung umschriebenen Zustandes zu richten haben. Das Risiko, dass eine fortführende Behandlung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, trägt, sofern die Prognose lege artis gestellt wurde, der Patient.

Setzt sich nun der Arzt im Falle eines infausten Krankheitsverlaufes bei mit grosser Wahrscheinlichkeit zutreffender Prognose über den klaren, allenfalls lediglich klaren

¹⁵⁰ BGE 117 Ib 200.

¹⁵¹ Art. 28 Abs. 2 ZGB: „Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist“.

¹⁵² Art. 27 ZGB: „Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten. Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.“

¹⁵³ Art. 114 StGB: „Wer aus achtenswerten Beweggründen, namentlich aus Mitleid, einen Menschen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen tötet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft“.

¹⁵⁴ Hans Wiprächtiger, Die Strafbarkeit des Arztfehlers; in: Walter Fellmann, Tomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich Basel Genf 2003, S. 245.

¹⁵⁵ Schriftliche oder mündliche Behandlungsverzichtserklärung.

¹⁵⁶ Verrel Torsten, Strafrechtliche Aspekte von Patientenverfügungen, 5. Oktober 2006, S. 3; http://www.medizin-ethik.ch/publik/strafrechtliche_aspekte.htm, letzter Besuch am 11. April 2007.

mutmasslichen, in einer Patientenverfügung geäusserten Willen des Patienten hinweg, wird er einen unerlaubten Eingriff in die physische Integrität des Patienten vornehmen und sich damit strafrechtlicher Konsequenzen ausgesetzt sehen. Folgerichtig wäre dieses Hinwegsetzen als vorsätzliches Handeln, zumindest aber eventualvorsätzliches, zu qualifizieren. Das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtwidrigkeit und damit eine fahrlässige Tatbegehung ist zu verneinen. Dem Arzt obliegt im Rahmen des Aufklärungsgesprächs die Pflicht, sich zu versichern, dass der Patient seine Erklärungen verstanden hat. Ebenso muss er aus seinem Vertragsverhältnis klären, ob er den Willen und damit die Interessen des Patienten erfasst hat. Unterlässt er dies, so nimmt er zumindest in Kauf, einen Eingriff und damit eine Körperverletzung zu begehen, ohne über den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung zu verfügen. Je nach der Art und Weise des vorgenommenen Eingriffs respektive der Schwere desselben wird die Anwendung des Straftatbestandes der schweren Körperverletzung¹⁵⁷, der einfachen Körperverletzung¹⁵⁸ oder allenfalls lediglich der Tötlichkeit zu prüfen sein¹⁵⁹.

Nebst dem Ignorieren einer Patientenverfügung stellt sich auch die Frage, ob einer Patientenverfügung, die eine Aufforderung zur Tötung in einer bestimmten Lebenslage oder aber zur Beihilfe zum Suizid enthält, Beachtung geschenkt werden darf.

Als Leitlinien der Straffreiheit bei Sterbehilfe im Zusammenhang mit Patientenverfügungen hat Gunther ARZT¹⁶⁰ vier Grundregeln aufgestellt:

1. Anspruch auf passive Sterbehilfe, denn (lebensverlängernde) Krankenbehandlung setzt Einwilligung voraus.
2. Behandlungsabbruch beim urteilsunfähigen Patienten entsprechend dessen mutmasslichem Willen ist Pflicht (nicht nur Recht) des Arztes (Patientenverfügung als Indiz für den mutmasslichen Willen).
3. Es ist erlaubt, einen Suizid, also eine Tötung, durch eigene Hand zu unterstützen. Es ist allerdings vorausgesetzt, dass die Hilfe uneigennützig geleistet wird (Art. 115 StGB).
4. Tötung auf Verlangen eines urteilsfähigen Patienten ist als Tötung durch fremde Hand verboten und strafbar. Erst recht verboten ist die Tötung auf mutmassliches Verlangen, z.B. gestützt auf eine entsprechende Patientenverfügung (Euthanasie).

Die Tötung eines Patienten als gezielte unmittelbare Beendigung des Lebens in der Sterbephase, selbst wenn er dies ausdrücklich will, ist unter den Straftatbeständen der vorsätzlichen Tötung (Art. 111 StGB), des Totschlages (Art. 113 StGB), der Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB) oder der Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115 StGB) zu prüfen.

Der behandelnde Arzt wird sich regelmässig von der strafbaren Beihilfe zum Selbstmord entlasten können, fordert diese doch vom Handelnden selbstsüchtige Beweggründe. Die Beweggründe respektive der Wille wird sich aber beim Vorliegen einer Patientenverfügung beim Patienten finden und nicht beim Handelnden und darf daher im Normalfall als uneigennützig Hilfe verstanden werden.

Bei der Subsumtion eines Verhaltens unter den Tatbestand der Tötung auf Verlangen als aktives Handeln ergeben sich aus juristischer und wohl auch ärztlicher Sicht keine besonderen Probleme. Sofern die Tatherrschaft beim Patienten liegt, ist die Tötung auf Verlangen nicht erfüllt. Liegt die Tatherrschaft im Falle des Abbruchs von Behandlungsmassnahmen beim

¹⁵⁷ Art. 122 StGB.

¹⁵⁸ Art. 123 StGB.

¹⁵⁹ Art. 126 StGB: Das Setzen einer Infusion oder die Verabreichung einer Spritze ist dabei wohl als Tötlichkeit zu betrachten.

¹⁶⁰ Arzt Gunther, Für Sterbehilfe relevante standesrechtliche Bestimmungen im Lichte der Gesamtrechtsordnung; in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Sterbehilfe - Grundsätzliche und praktische Fragen - Ein interdisziplinärer Diskurs, St.Gallen 2006.

Arzt, sieht die Lehre beim Vorliegen einer ausreichend klaren Patientenverfügung im Falle eines todesnahen Zustandes die Rechtfertigung in einer aus dem übergeordneten Verfassungsrecht entstammenden Güterabwägung, in welcher die Patientenautonomie respektive das Selbstbestimmungsrecht über den Schutz des Lebens zu setzen ist¹⁶¹. Fraglich ist indessen, ob eine Tötung auf Verlangen durch unechte Unterlassung begangen werden kann. Die Lehre stellt sich dabei auf den Standpunkt, dass alle lebenserhaltenden ärztlichen Leistungen eine unmittelbare Einwirkung auf den Patienten bedeuten. Der urteilsfähige Patient kann jederzeit eine medizinische Behandlung verweigern. Beim urteilsunfähigen Patienten ergibt sich eine Behandlungsverweigerung beim Vorliegen einer ausreichend klaren Patientenverfügung aus dessen zu einem früheren Zeitpunkt geäusserten Willen. Eine solche Verweigerung kommt bei einem tödlich erkrankten Patienten einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung respektive einem Suizid gleich. Da die Beihilfe zum Selbstmord in Art. 115 StGB abschliessend geregelt ist, kann demnach folgerichtig keine Unterlassungstäterschaft im Sinne der Tötung auf Verlangen möglich sein¹⁶².

Resultierend aus dem anerkannten Selbstbestimmungsrecht eines Patienten wird heute international und national über eine Straflosigkeit der aktiven Sterbehilfe diskutiert¹⁶³. SCHWARZENEGGER¹⁶⁴ gibt zu bedenken, dass die strafrechtliche Grenze von Art. 114 StGB der Normenhierarchie widerspricht. Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen ist unter diesem Gesichtspunkt nur dann gerechtfertigt, wenn eine gegenseitige Abwägung der Grundrechte den absoluten Vorrang des Schutzes auf Leben vor der Menschenwürde, der persönlichen Freiheit und dem Selbstbestimmungsrecht ergibt. Weder die Schweizerische Grundrechtsordnung noch die internationalen Regelwerke auferlegen dem Staat eine übergeordnete Pflicht, die direkte aktive Sterbehilfe unter Strafe zu stellen. In der internationalen Diskussion zeichnet sich ab, dass in Extrembereichen, beispielsweise bei unheilbar Kranken in Todesnähe, die eine direkte aktive Sterbehilfe wünschen, eine Höhergewichtung des individuellen Autonomieanspruches und damit eine Anerkennung eines (übergesetzlichen) Rechtfertigungsgrundes beziehungsweise eine Straflosigkeit der direkten aktiven Sterbehilfe anzunehmen sei.

Zusammenfassend ist nach heute gültigem Recht festzustellen, dass ein Heileingriff entgegen eines in einer Patientenverfügung klar geäusserten Willens auf Behandlungsverzicht/ Behandlungsverweigerung einen unerlaubten Eingriff des Arztes in die physische Integrität des Patienten darstellt und daher als Körperverletzung strafbar ist.

Die Grenze des ärztlichen Handelns, selbst wenn dieses dem Willen des Patienten entspricht, stellt das Herbeiführen des Todes durch aktives Tun¹⁶⁵ dar, ausgenommen der aktive Abbruch laufender Behandlungsmassnahmen¹⁶⁶. Das Überschreiten dieser Grenzen führt zu einer Strafbarkeit infolge eines Tötungsdeliktes.

8. Diskussion:

Meiner Meinung nach zu Recht verpflichtet der Entwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches im Bereich Erwachsenenschutz die behandelnden Ärzte einer Patientenverfügung, sofern

¹⁶¹ Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Christian Schwarzenegger, Basel 2003, vor Art. 111 N 6 ff. und N 24 ff.

¹⁶² Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Christian Schwarzenegger, Basel 2003, Art. 114 N 3.

¹⁶³ Niederlande: Gesetz zur Kontrolle der Tötung auf Verlangen und Beihilfe zum Selbstmord, in Kraft seit 1. April 2002; gleichzeitig Belgien, Japan, Schweiz: Arbeitsgruppe Sterbehilfe.

¹⁶⁴ Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Christian Schwarzenegger, Basel 2003, vor Art. 111 N 8.

¹⁶⁵ Der Arzt verfügt dabei über die Tatherrschaft und nicht der Patient.

¹⁶⁶ Abstellen der künstlichen Ernährung, der künstlichen Beatmung, der Hämolysen etc.

diese hinreichend klar ist, zu entsprechen. Es wird davon ausgegangen, dass der selbstverantwortliche Mensch der heutigen Zeit über die notwendigen Informationen zur Willenbildung und -ausübung verfügt und damit auf eine zusätzliche Aufklärung verzichtet, wenn er eine Patientenverfügung errichtet¹⁶⁷. Würde letztlich wiederum eine Möglichkeit geschaffen, den wohlüberlegten (und davon ist auszugehen) Willen des Betroffenen in einem Falle der eingetretenen Urteilsunfähigkeit zu hinterfragen und nicht als verbindlich zu betrachten, wäre dies entgegen dem Sinn und Zweck der Revision, welche gerade das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen in medizinischen Belangen stärken will. Damit wäre aber ein Rückschritt in Richtung paternalistischer Medizin programmiert. Grenzen einer Patientenverfügung stellen immer die gesetzlichen Vorschriften dar.

Die Diskussion der Urteilsfähigkeit des Patienten bei Mitteilung einer schwerwiegenden Diagnose ist mit grosser Zurückhaltung zu führen. Würde davon ausgegangen, dass letale Diagnosen und das bevorstehende „Leiden“ die Urteilsfähigkeit eines Patienten grundsätzlich dermassen beeinträchtigt, dass ein unüberlegter Sterbewunsch geäussert respektive eine Einwilligung zur Behandlung verweigert wird, wäre die Akzeptanz von Sterbehilfeorganisationen und die straffreie Beteiligung an einem Selbstmord durch eine Sterbehilfeorganisation ausserordentlich fragwürdig. Logisch gefolgert müsste dann jedem, der an einer letalen Krankheit leidet, die Urteilsfähigkeit bezüglich „unnatürlichem“ Sterben abgesprochen werden. Dem widerspricht aber die heute internationale Tendenz, die Sterbehilfe eher auszudehnen, als zu beschränken. Selbst das Bundesgericht bejahte im bereits zitierten Entscheid über das Recht zum Erhalt von Natrium-Pentobarbital ohne ärztliches Rezept selbst für psychisch Kranke ein Suizidrecht respektive eine Suizidfreiheit.

Aus der Auseinandersetzung mit dem Willen des Patienten im Spannungsfeld der Medizin ergibt sich deutlich die Problematik des mutmasslichen Willens beim urteilsunfähigen Patienten trotz Vorliegens einer Patientenverfügung. Die von verschiedenen Organisationen¹⁶⁸ angebotenen Muster-Patientenverfügungen verwenden in den angeführten Beispielen die Formulierung des Verzichts auf lebensverlängernde, nicht jedoch des Verzichts auf lebensrettende Massnahmen. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Formulierung zu Gunsten des verfügenden Patienten bezüglich der Wortwahl geändert werden müsste, um eine Diskussion nach einer allfälligen Auslegungsbedürftigkeit des Patientenwillens gar nicht erst aufkommen zu lassen¹⁶⁹. Grundsätzlich erscheint der beispielsweise durch Dialog Ethik in seinem „Human Dokument“ beschriebene Lebenszustand¹⁷⁰ auf den ersten Blick als taugliche Umschreibung. Indessen ist erneut festzuhalten, dass es sich bei der Medizin um eine nicht exakte Wissenschaft handelt. Wer bestimmt die Prozentzahl der geringen oder hohen Wahrscheinlichkeit? Was sind die Folgen der ein bisschen grösseren oder kleineren Wahrscheinlichkeit? Um eine möglichst grosse Klarheit über den Willen des Patienten zu schaffen, und der Argumentation entgegen zu halten, dass der Verfügende zum Zeitpunkt, als er die Patientenverfügung erlassen hat, keine klaren Kenntnisse über Diagnose, Krankheitsverlauf und Risiken hatte, wäre zu empfehlen, dass erst nach einem einlässlichen Gespräch mit einem Vertrauensarzt eine Patientenverfügung erlassen wird. Dies würde ermöglichen, im Dokument selbst oder allenfalls in einem Anhang zur Verfügung, einen weniger auslegungsbedürftigen Zustand zu formulieren, der zum Behandlungsabbruch oder

¹⁶⁷ Ärztliche Aufklärungspflicht ist eine den Arzt treffende Verpflichtung. Der Betroffene kann jederzeit auf eine Aufklärung verzichten und das Handeln in die Hände der Ärzte legen, welche stets verpflichtet sind, nur indizierte Eingriffe vorzunehmen und lege artis zu handeln.

¹⁶⁸ Dialog Ethik, http://www.dialog-ethik.ch/patientenverfuegung_d.php; letzter Besuch am 13. April 2007. FMH, <http://www.fmh.ch/www/de/pub/dienstleistungen/rechtsauskunft/mustervorlagen/patientenverfuegung.htm>; letzter Besuch am 10. April 2007.

Dignitas, <http://www.dignitas.ch/WeitereTexte/Patientenverfuegung>, letzter Besuch am 10. April 2007.

¹⁶⁹ Frage nach Behandlungsverzicht oder Behandlungsverweigerung.

¹⁷⁰ Anhang 1.

zur Behandlungsverweigerung führen muss. Ein solches Gespräch wäre zu dokumentieren und würde damit dem kritischen Einwand, es sei vor der Behandlungsverweigerung keine ärztliche Aufklärung erfolgt, eine Rechtfertigung absprechen. Zudem würde der Verfügende mit dieser Vorgehensweise belegen, dass er sich mit dem Sterben tatsächlich auseinandergesetzt hat und es daher in einem bestimmten Zustand oder bei einer grossen Wahrscheinlichkeit des Eintreffens dieses Zustandes für ihn keine Rolle spielt, ob verständige Dritte mit einer gewissen Krankheitssituation oder Beeinträchtigung des täglichen Lebens umgehen könnten. Vielmehr darf dann einzig die Schlussfolgerung zu ziehen sein, dass sich der Verfügende des Risikos eines allenfalls frühzeitigen Sterbens klar bewusst ist und dies zu Gunsten eines für ihn lebenswerten Zustandes in Kauf nimmt.

Realistischerweise muss festgestellt werden, dass auch die Formulierung eines Zustandes, welcher zu einem Behandlungsabbruch oder Behandlungsverzicht führen muss, auch nach einem ärztlichen „Aufklärungsgespräch“ im obigen Sinne, ohne dass eine konkrete Krankheitssituation vorhanden ist, immer nur relativ allgemein bleiben kann. Eine jegliche vorstellbare Situation abdeckende Patientenverfügung, welche dann noch hinreichend klar formuliert zu sein hat, kann wohl nicht formuliert werden. Sinnvoll ist es daher, eine Patientenverfügung inklusive Ernennung eines Patientenvertreters in medizinischen Belangen zu erlassen. Dabei wird der Patientenvertreter eine grosse Verantwortung tragen, den tatsächlichen Willen des Patienten durchsetzen zu müssen. Nicht jeder Mensch wird bereit sein, diese Verantwortung zu übernehmen. Ein besonderes Vertrauensverhältnis und eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Thema Sterben sind vorauszusetzen, um den Patientenvertreter tatsächlich zu befähigen, dem Willen des Patienten entsprechend zu entscheiden. Vorstellbar wäre dabei, dass diese Aufgabe im Sinne eines testamentarischen Willensvollstreckers durch einen Vertrauensarzt oder aber einen gut instruierten Rechtsanwalt wahrgenommen wird.

Unter Berücksichtigung aller Aspekte dieser Auseinandersetzung mit dem Patienten im Spannungsfeld der Medizin ergibt sich, dass eine gesetzliche Regelung auf Bundesebene, wie mit der Revision des Erwachsenenschutzes vorgesehen, dringend notwendig erscheint. Eine solche Regelung würde sowohl dem verfügenden Patienten die Sicherheit geben, dass seinem Willen bei Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und Empfehlungen durch die behandelnden Ärzte Folge geleistet würde. Ebenso würden diesbezügliche Gesetzesbestimmungen auf Seiten der Ärzte die Bedenken, sich straf- oder haftungsrechtlicher Folgen auszusetzen, massiv vermindern. Als zentraler Vorteil zu betrachten wäre, dass endlich gesamtschweizerisch dieselben Regeln über die Beachtlichkeit einer Patientenverfügung gelten würden.

9. Fazit

Das Selbstbestimmungsrecht des Menschen und damit auch des Patienten ist direkter Ausfluss aus den in der heutigen Zeit gültigen Grundrechten. Diese wurden von der Gesellschaft geschaffen, weil das Individuum die Ansicht vertritt, die Grundrechte seien die wesentlichsten Rechte eines Menschen, eines Individuums, in welche der Staat nur unter ganz bestimmten Vorgaben (überwiegendes Interesse, Verhältnismässigkeit, Subsidiarität) zum Schutze anderer oder der Gemeinschaft eingreifen darf. Damit hat die weltliche Gesellschaft gezeigt, dass die persönliche Freiheit des Menschen als eines der höchsten Güter unserer Zeit vor dem Staat geschützt werden soll. Dieses Gedankengut bedeutet aber auch, dass ein Eingriff in die persönliche Freiheit des Individuums durch nichtstaatliche Dritte denselben Schranken unterliegt. Das menschliche Leben, wie wir es heute kennen und leben, bedeutet nicht nur das

Aufrechterhalten körperlicher Funktionen. Es beinhaltet auch das Recht und die Möglichkeit zu denken und nach diesen Gedanken zu handeln. Es bedeutet, sich fortzubewegen und in letzter Konsequenz auch, auf diese Rechte und Möglichkeiten autonom zu verzichten, also nicht mehr weiter leben zu wollen. Zweifelsohne beinhaltet alleine die Aufrechterhaltung der menschlichen Hülle, des Blutkreislaufs, der Atmung nicht mehr das, was ein grosser Teil der Bevölkerung als Leben bezeichnet. Leben heisst nicht nur das Vorhandensein von Herzschlag, Atemfrequenz und allenfalls gewisser Hirnströme. Es beinhaltet vielmehr das Leben in unserer Gesellschaft, die Teilnahme an unserer Gesellschaft, das Handeln können und Denken können. Wie wichtig dem Einzelnen die einzelnen Möglichkeiten sind, hat und darf jeder für sich selbst entscheiden. Das geht schlüssig aus der von der Gesellschaft als höchstes Gut betrachteten persönlichen Freiheit und Schutz der physischen und psychischen Integrität vor Eingriffen Dritter hervor. In unserer Rechtsordnung wird immer und überall vom Willen und vom Wollen des Individuums ausgegangen. Solange die entsprechenden Handlungen oder Unterlassungen weder einer anderen Person noch der sozialen Sicherheit der Gesellschaft als Gesamtes schaden, sind Verhaltensweisen für sich im Rahmen der geltenden weltlichen Gesetze erlaubt. Damit ist unter weltlichen Gesichtspunkten aber auch die Selbsttötung erlaubt, selbst wenn dazu eine Handlung, nämlich das Abstellen lebenserhaltender Massnahmen notwendig wird oder aber der Verzicht auf Verwendung entsprechender Apparaturen und Behandlungen. Die Autonomie des Einzelnen, auch wenn diese das Sterben zur Folge hat, ist unter allen Gesichtspunkten zu schützen und zu unterstützen.

Für die Zukunft ist daher zentral, dass die Patientenverfügungen in ihren Formulierungen zum Behandlungsverzicht klar typisiert und aussagekräftig werden, so dass sich für den Mediziner keine Unklarheiten ergeben und daher beachtet werden müssen. Daraus folgt als zweite zentrale Forderung, dass dafür gesorgt werden muss, dass der betroffene Mensch darauf vertrauen kann, dass sein Wille, unter festgelegten Umständen sterben zu wollen, umgesetzt und mit humanen und unter Beachtung der Würde Methoden Folge geleistet wird.

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Ausnützung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.“

Wetzikon, den 12. April 2007

.....

INHALTSVERZEICHNIS

	Literaturverzeichnis	Seite III
	Abkürzungsverzeichnis	VI
	Kurzfassung	VII
1.	Einleitung	Seite 1
1.1.	Problemstellung	1
1.2.	Ziel der Arbeit	2
2.	Überblick über die Verfügungsmöglichkeiten von Patienten	2
2.1	Vergangenheit	2
2.2	Gegenwart	3
2.3	Zukunft	5
2.3.1	Auf Europäischer Ebene	5
2.3.2	Auf nationaler Ebene	6
3.	Sterbehilfe	8
3.1	Einleitung	8
3.2	Aktive Sterbehilfe	8
3.1.1.1	Direkte aktive Sterbehilfe	9
3.1.1.2	Indirekte aktive Sterbehilfe	9
3.3	Beihilfe zum Suizid	10
3.4	Passive Sterbehilfe	10
3.5	Spielraum für die Anwendbarkeit einer Patientenverfügung	11
4.	Die Patientenverfügung	11
4.1	Die Patientenverfügung im weiteren Sinne	11
4.2	Die Patientenverfügung im engeren Sinne	12
5.	Verhältnis Arzt-Patient im rechtlichen Sinne	13
5.1.	Der urteilsfähige und mündige Patient	13
5.1.1	Der Behandlungsvertrag	13
5.1.2	Das Recht des Patienten und die Pflicht des Arztes zur Aufklärung	14
5.1.3	Eingriffs- bzw. Selbstbestimmungsaufklärung	14
5.1.4	Sicherungs- bzw. therapeutischer Aufklärung	16
5.1.5	Spezialaufklärung	16
5.2.	Der urteilsunfähige Patient	16
5.2.1	Die Geschäftsführung ohne Auftrag	16
5.2.1.1	Der kasuell urteilsunfähige Patient	16
5.2.1.2	Der dauernd urteilsunfähige Patient	18
6.	Konkreter Anwendungsbereich von Patientenverfügungen	18
6.1	Die Patientenverfügung und der einfache Auftrag	18
6.1.1	Aus Sicht des Patienten	18
6.1.2	Bereits existierende Patientenverfügung	19
6.1.3	Während laufender Behandlung	21
6.1.4	Aus Sicht des Arztes	22

II

6.2	Die Patientenverfügung und die Geschäftsführung ohne Auftrag	23
6.2.1	Aus Sicht des Patienten	23
6.2.1.1	Der kasuell urteilsunfähige Patient ohne Benennung einer vertretungsberechtigten Person	23
6.2.1.2	Der dauernd urteilsunfähige Patient	25
6.2.1.3	Notfallsituation	25
6.2.2	Aus Sicht des Arztes	26
6.2.2.1	Der kasuell urteilsunfähige Patient ohne Benennung einer vertretungsberechtigten Person	26
6.2.2.1.1	Der Notfall	27
6.2.2.1.2	Die Operationserweiterung	28
6.3	Die Patientenverfügung mit Vertretungsvollmacht in medizinischen Angelegenheiten	29
6.4	Lösungsansatz	30
7.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit der behandelnden Ärzte	31
7.1	Im Allgemeinen	31
7.2	Strafrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Patientenverfügungen	32
8.	Diskussion	34
9.	Fazit	36

Anhang 1

LITERATURVERZEICHNIS

Arbeitsgruppe „Koordination der Beurteilung Klinischer Versuche (AG KoBeK)“, Forschung in Notfallsituationen und mit Personen, welche vorübergehend oder dauernd urteilsunfähig sind, Interpretationshilfe, Mai 2006

Arzt Gunther, Für Sterbehilfe relevante standesrechtliche Bestimmungen im Lichte der Gesamtrechtsordnung; in: Sterbehilfe - Grundsätzliche und praktische Fragen; Ein interdisziplinärer Diskurs, Frank Th. Petermann (Hrsg.), St. Gallen 2006

Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 111 – 401 StGB, Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basel 2003

Bernd Gabriel, Notfallmedizinische Rechtsfragen, Die Aufklärungspflicht bei Noteingriffen, in: http://www.anr.de/de/wissen/bibliothek/ius_4.jsp.

Bosshard Georg, Studienresultate zu medizinischen Entscheidungen am Lebensende, Schriftliche Fassung des Vortrags vom 30. Oktober 2002 in der Reihe „Sterbevorbereitung – ein Teil des selbstbestimmten Lebens im Alter“

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht)

Botschaft betreffend das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin)

Botke Wilfried, Strafrechtliche Probleme am Lebensbeginn und am Lebensende, Bestimmungsrecht versus Lebenserhaltung in: Lebensverlängerung aus medizinischer, ethischer und rechtlicher Sicht, Rechtsstaat in der Bewährung Band 30, C.F.Müller Verlag Heidelberg 1995

Breitenmoser Stephan, Das Recht auf Sterbehilfe im Lichte der EMRK; in: Sterbehilfe - Grundsätzliche und praktische Fragen; Ein interdisziplinärer Diskurs, Frank Th. Petermann (Hrsg.), St. Gallen 2006

Bucher Eugen, Urteilsanmerkung zu BGE 126 I 112 und BGE 127 I 6-30 – Das Horrorkonstrukt der „Zwangsmedikamentation“: Zweimal ein Ausflug ins juristische Nirwana; in: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV), Band 137/2001

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Sterbehilfe und Palliativmedizin – Handlungsbedarf für den Bund, Vorentwurf vom 31. Januar 2006

Erne Paul, Vom Umgang mit Risiken in: Die Haftung des Arztes und des Spitals, Walter Fellmann/Thomas Poledna (Hrsg.), Schulthess Juristische Medien, Zürich Basel Genf 2003

Federspiel Barbara, Patientenverfügung zur Auftragsklärung für Entscheidungen am Lebensende, Bern Juli 2004, Schriftenreihe der SGGP, No. 70

Fellmann Walter, Die Haftung des Privatarztes und des Privatspitals; in: Die Haftung des Arztes und des Spitals, Walter Fellmann/Thomas Poledna (Hrsg.), Schulthess Juristische Medien, Zürich Basel Genf 2003

Foederatio Medicorum Helveticorum, FMH, Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte, Standesordnung FMH, vom 12. Dezember 1996, Stand 30. April 2003

Francke Robert, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte: eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des ärztlichen Berufsrechts und des Patientenschutzes, Stuttgart 1994, Medizin und Ethik, Bd. 30

Fritsche Paul, Ärztlich-ethische Aspekte zur Ambivalenz der Lebensverlängerung in: Lebensverlängerung aus medizinischer, ethischer und rechtlicher Sicht, Rechtsstaat in der Bewährung Band 30, C.F.Müller Verlag Heidelberg 1995

Gattiker Monika, Die Verletzung der Aufklärungspflicht und ihre Folgen; in: Die Haftung des Arztes und des Spitals, Walter Fellmann/Thomas Poledna (Hrsg.), Schulthess Juristische Medien, Zürich Basel Genf 2003

Gattiker Monika, Die Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs nach schweizerischem Zivilrecht, Diss. Zürich 1999

Gesundheitsdirektion Kanton Zürich, Rechtsabteilung, Patientinnen- und Patientengesetz, Merkblatt für niedergelassene Ärztinnen und Ärzte, Januar 2005

Giger Hans, Reflexionen über Tod und Recht: Sterbehilfe im Fokus von Wissenschaft und Praxis, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2000

Golbs Ulrike, Das Vetorecht eines einwilligungsunfähigen Patienten in: Studien zum Strafrecht Band 2, Baden-Baden, Nomos

Halter Hans, Die Haftung des Arztes und des Spitals – Ethische Überlegungen, in: Walter Fellmann/Thomas Poledna (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich etc. 2003

Jäger Peter/Schweiter Angela, Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht, 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2006

Kunz Karl-Ludwig, Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich etc. 2002, S. 618 f.

Ott Werner E., Medizinische und rechtlicher Abklärung von Arzthaftpflichtfällen, Teil II: Rechtliche Würdigung, Schweizerische Ärztezeitung 2005;85: Nr. 12

Petermann Frank Th., Rechtliche Überlegungen zur Problematik der Rezeptierung und Verfügbarkeit von Natrium-Pentobarbital in: AJP/PJA 4/2006

Petermann Frank Th., Sterbehilfe: Eine terminologische Einführung; in: Sterbehilfe - Grundsätzliche und praktische Fragen; Ein interdisziplinärer Diskurs, Frank Th. Petermann (Hrsg.), St. Gallen 2006

Roggo Antoine, Roadmap Aufklärung von Patienten in: Die Haftung des Arztes und des Spitals, Walter Fellmann/Thomas Poledna (Hrsg.), Schulthess Juristische Medien, Zürich Basel Genf 2003

Rothlin Martin, Warum eine Patientenverfügung?; in: Schweizerische Ärztezeitung 2006; 87:26

Schmid Jörg, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg 1992

Schreiber Hans-Ludwig, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe in: Lebensverlängerung aus medizinischer, ethischer und rechtlicher Sicht, Rechtsstaat in der Bewährung Band 30, C.F.Müller Verlag Heidelberg 1995

Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Medizinisch-ethische Richtlinien zu Grenzfragen der Intensivmedizin vom 3. Juni 1999

Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Palliative Care, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen vom 23. Mai 2006

Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, Medizinisch-ethische Grundsätze der SAMW

Trück, Thomas, Mutmassliche Einwilligung und passive Sterbehilfe durch den Arzt, Diss. Tübingen 2000

Universität Zürich, Zentrum für Gerontologie, Seniorenarbeitsgruppe Sterbevorbereitung, Sterbevorbereitung – ein Teil des selbstbestimmten Lebens im Alter, Redaktion Rose-Marie Altermatt, Peter Bohnhoff, Margarita Meier, Dr. Albert Wettstein, Februar 2003

Verrel Torsten, Strafrechtliche Aspekte von Patientenverfügungen, http://www.medizin-ethik.ch/publik/strafrechtliche_aspekte.htm, gefunden letztmals am 11. April 2007

Vollenweider Irene, Gesetzgebungskompetenz der Kantone im Bereich der passiven Sterbehilfe, Jusletter vom 11. September 2006 in <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4940>

Wiegand Wolfgang, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung; in: Handbuch des Arztrechts, Heinrich Honsell (Hrsg.), Zürich 1994

Wiegand Wolfgang/Abegglen Sandro, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung – Modalitäten der Aufklärung und Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht, recht 1993 Heft 6

Wiprächtiger Hans, Die Strafbarkeit des Arztfehlers in: Die Haftung des Arztes und des Spitals, Walter Fellmann/Thomas Poledna (Hrsg.), Schulthess Juristische Medien, Zürich Basel Genf 2003

Zimmermann-Acklin Markus, Der ZGB-Entwurf und die Patientenautonomie – Bemerkungen aus ethischer Sicht in: Bioethika Forum No. 41, Juni 2004

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
Bsp.	Beispiel
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. Dezember 1998, (SR 101), Stand 8. August 2006
Diss.	Dissertation
E., Erw.	Erwägung
EMRK	Konvention vom 4. November 1990 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101), Stand 22. August 2006
etc.	et cetera
f., ff.	folgende, fortfolgende
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum
Fn	Fussnote
Hrsg.	Herausgeber
N	Note, Randziffer
Nr., No.	Nummer
nZGB	Entwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220), Stand 4. Juli 2006
Pra	Die Praxis des Bundesgerichtes (Basel)
Rz	Randziffer
S.	Seite
SAMW	Schweizerische Akademie für Medizinische Wissenschaften
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0), Stand 1. Januar 2007
u.a.	unter anderem/unter anderen
usw.	und so weiter
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210), Stand 13. Juni 2006

Kurzfassung

Die geltende Rechtsordnung enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Wirksamkeit von Patientenverfügungen. Dies hat zur Folge, dass die in Patientenverfügungen festgehaltenen Willensäusserungen von Patienten nicht als gesetzlich geschützte und mit den entsprechenden Rechtsfolgen versehene Verpflichtung zum Handeln oder Unterlassen der zukünftigen Adressaten, mithin der Ärzte, wahrgenommen werden. Vielmehr muss die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung aus der gesamten Rechtsordnung einerseits über ein Abwägen der Grundrechte und andererseits über auf das ärztliche Behandlungsverhältnis anwendbare zivilrechtliche Normen vorgenommen werden.

Als Grundsatz gilt, dass Eingriffe Dritter in die physische und psychische Integrität jedes Menschen eine unerlaubte Handlung darstellen. Eine Rechtfertigung ist lediglich dann anzunehmen, wenn alternativ eine Einwilligung des Betroffenen zum Eingriff vorliegt, eine Notstandssituation eingetreten ist, gesetzliche Grundlagen existieren oder ein überwiegendes öffentliches Interesse unter Wahrung der Verhältnismässigkeit gegeben ist. Aus den Grundrechten und dem Recht auf Schutz der physischen Integrität ergibt sich das heute allgemein anerkannte Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Die Erteilung einer Einwilligung oder die Verweigerung eines Eingriffs unterliegt daher dem genannten Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen. Eine verbindliche Willensäusserung kann aber der Systematik der Rechtsordnung entsprechend nur derjenige tätigen, der Urteilsfähig ist.

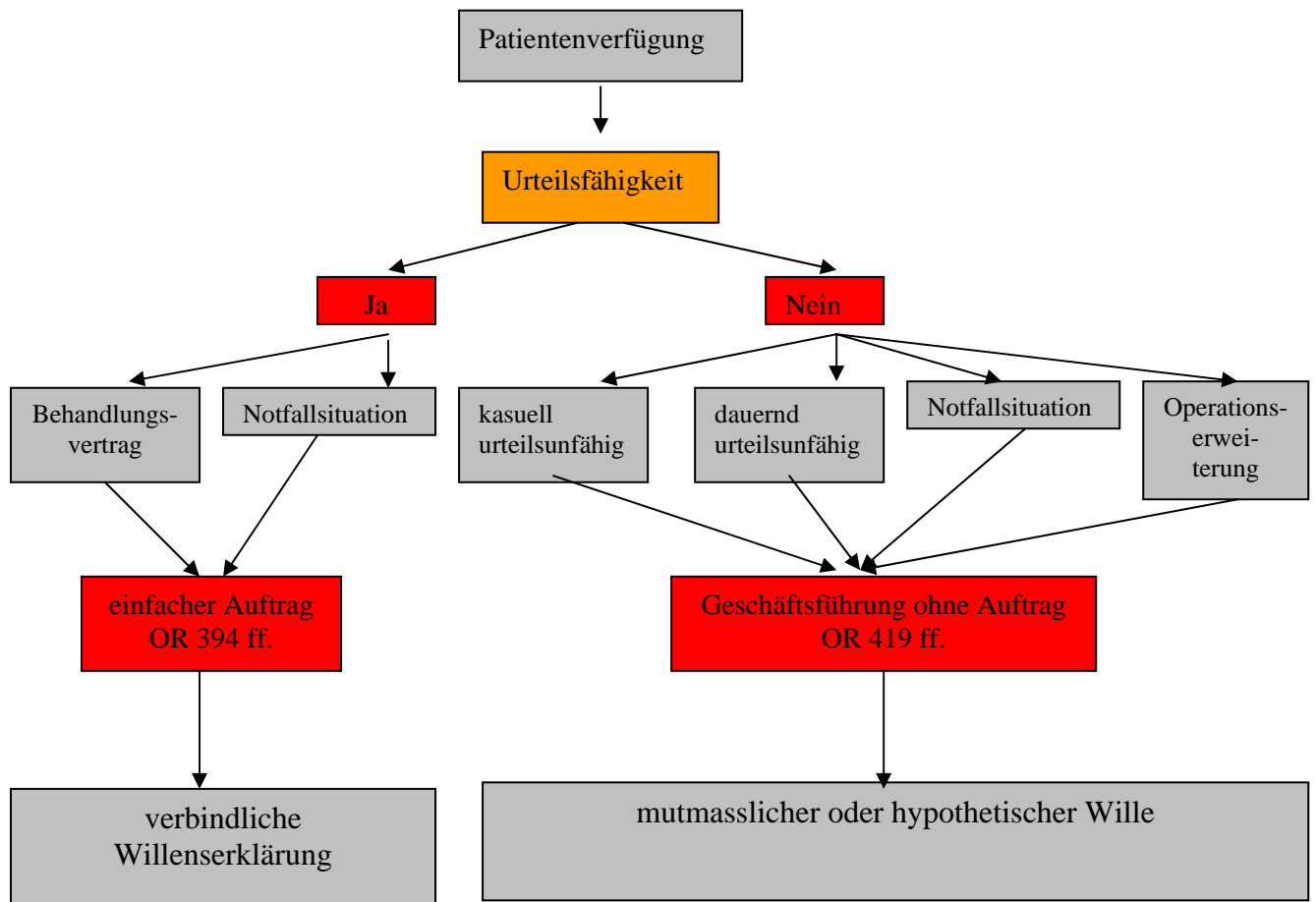
Eine Patientenverfügung stellt eine in urteilsfähigem Zustand formulierte Willenserklärung über Handlungsbeschränkungen Dritter beim zukünftigen Eintreffen von aufgeführten Lebenslagen oder Krankheitszuständen dar. In concreto enthalten sie eine Behandlungsverweigerung respektive ein Behandlungsverzicht in einer zukünftigen Lebenslage, in welcher der Tod nahe bevorsteht. Die Grenzen der Patientenautonomie und damit der Auftragserfüllung des Adressaten stellen die Straftatbestände von Art. 111 StGB, Art. 113 StGB, Art. 114 StGB und Art. 115 StGB dar.

Nicht durch Dritte auslegungsbedürftig ist die in einer Patientenverfügung festgehaltene Willensäusserung dann, wenn der Verfügende zum Zeitpunkt, in welchem die Patientenverfügung zur Anwendung kommt, urteilsfähig ist. Zwischen Arzt und Patient entsteht ein Behandlungsvertrag, der den gesetzlichen Vorschriften des einfachen Auftrages gemäss OR 394 ff. unterliegt (s. nachstehende Abbildung S. VIII). Der Arzt schuldet damit dem Patienten die sorgfältige Arbeit dem Stand der Wissenschaft entsprechend im Interesse des Patienten und nach dessen Vorschriften. Die den Behandlungsvertrag definierenden Vorschriften ergeben sich in der erlassenen Patientenverfügung und dem ärztlichen Aufklärungsgespräch. Inhalt des Aufklärungsgesprächs muss beim Vorliegen einer Patientenverfügung notwendigerweise auch die Klärung allfälliger unklarer Formulierungen der Patientenverfügung sein. Die Patientenverfügung des zum Zeitpunkt der Aufnahme einer ärztlichen Behandlung urteilsfähigen Patienten gilt daher als verbindliche Willenserklärung gegenüber den behandelnden Ärzten mit den entsprechenden haftpflicht- und strafrechtlichen Folgen bei Nichtbeachtung.

Ein durchgeführter Eingriff trotz verbindlicher Willenserklärung stellt daher folgerichtig eine strafbare Körperverletzung dar. Je nach Art und Weise des Eingriffs respektive dessen Folgen ist zu unterscheiden zwischen einer schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB, einer einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 StGB oder einer Tötlichkeit im Sinne von Art. 126 StGB. Die jeweilige Verletzung der physischen Integrität ist in der Praxis mehrheitlich als vorsätzlich oder zumindest eventualvorsätzlich begangenes Delikt zu behandeln. Das Vorliegen lediglich einer Sorgfaltspflichtwidrigkeit und damit einer fahrlässigen Begehung ist zu verneinen. Der Arzt ist aufgrund der ihm obliegenden

VIII

Aufklärungspflicht zur Klärung von allfälligen Unklarheiten in der Willensäußerung des Patienten verpflichtet. Unterlässt er dies, so nimmt er einen unerlaubten Eingriff in die physische Integrität des Patienten zumindest in Kauf.



Beim zum Behandlungszeitpunkt urteilsunfähigen Patienten richtet sich das Behandlungsverhältnis nach den Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419 ff.). Der Arzt muss gestützt darauf, seine Handlungen dem Stand der Wissenschaft entsprechend zum Vorteil und in der mutmasslichen Absicht des Patienten vornehmen. Eine Patientenverfügung wird dabei nach geltendem Recht als Indiz für den mutmasslichen Willen des Patienten zum Behandlungszeitpunkt bewertet.

Der Patientenverfügung wird dabei aus verschiedenen Gründen keine verbindliche Wirkung zuerkannt. Einerseits finden sich oft Patientenverfügungen, die die Krankheitssituation, für welche eine Behandlungsverweigerung respektive ein Behandlungsverzicht verfügt wurde, ungenau beschreiben. Andererseits liegt die Problematik in der Zeitdauer zwischen Erlass einer Patientenverfügung und dem Eintreffen eines entsprechenden Krankheitszustandes. Je länger diese Zeitspanne dauert, desto eher stellt sich die Frage nach einer Willensänderung des Verfügenden. Die Bestellung eines Vertreters in medizinischen Angelegenheiten führt heute nicht automatisch dazu, dass die Willensäußerung des Betroffenen respektive dessen Vertreters als verbindliche Willensäußerung beachtet werden. Vielmehr wird der indirekt durch den Vertreter geäußerte Wille des Patienten lediglich als Hinweis zur Bestimmung des mutmasslichen Willens beigezogen.

Für die Zukunft ist eine Teilrevision des Zivilgesetzbuches bezüglich Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht vorgesehen. Ein Entwurf liegt bereits vor. Der

Patientenverfügung inklusive der Bestimmung eines Vertreters in medizinischen Angelegenheiten wird durch das Gesetz wegen ihrer verbindlichen Wirkung statuiert. Abweichungen vom statuierten Patientenwillen sind nur aus gesetzlich verankerten Gründen möglich.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass grundsätzlich bereits heute die Grundlagen vorliegen würden, dass eine hinreichend klar formulierte Patientenverfügung Wirkung zeitigt. Indessen wird in der Praxis der Willensäußerung aus den unterschiedlichsten Gründen wie Berufspflichten, Vermischung des Begriffs „mutmasslicher Wille“ des Patienten mit dem, was ein verständiger Mensch in der gleichen Situation als in guten Treuen als geboten ansehen durfte und musste, befürchteten straf- und haftlichrechtlicher Konsequenzen etc. nicht Folge geleistet.