

Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht: Verbindlichkeit, mutmasslicher Wille oder objektive Interessen?

CHRISTOPHER GETH* und MARTINO MONA**

Schlagworte: Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung, objektive Interessen, Strafrecht, Vormundschaftsrecht, passive Sterbehilfe, Selbstbestimmungsrecht, Widerruf, Erwachsenenschutzrecht, Vorsorgeauftrag

A. Einleitung

Die Patientenverfügung erweist sich in einem modernen Gesundheitswesen zunehmend als wichtiges Instrument im medizinischen Alltag. Im Bewusstsein dieser Bedeutung der Patientenverfügung hat sich der schweizerische Gesetzgeber vorgenommen, für mehr Rechtsicherheit zu sorgen und dieses Institut im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts¹ einheitlich für die ganze Schweiz zu regeln.² Im Zentrum stand dabei auch die Klärung der umstrittenen und bisher auf Bundesebene gesetzlich nicht normierten Frage, ob die Patientenverfügung als verbindliche Äusserung des Patientenwillens gelten soll oder ob sie im Sinne der «Indizlösung» ein mehr oder weniger gewichtiger Hinweis in einer ganzen Reihe von zu berücksichtigenden Aspekten ist, mit denen der mutmassliche Wille des Patienten eruiert werden kann. Angesichts der Tatsache, dass das medizinische Vorgehen sehr unterschiedlich sein kann, je nachdem ob man die Patientenverfügung als verbindliche Willensbekundung oder als blosses Indiz bezeichnet, liegt es auf der Hand, dass die beteiligten Personen

* Referendar, Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht, Juristische Fakultät, Universität Basel.

** Prof. Dr. iur. et lic. phil., LL.M. (Harvard), Assistenzprofessor am Institut für Strafrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Bern.

1 Referendumsentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 19. Dezember 2008, BBl 2009, S. 141 ff. (Ablauf der Referendumsfrist: 16. April 2009); in der zukünftigen Terminologie «Erwachsenenschutzrecht».

2 Art. 370 ff. E-ZGB 2008; vgl. auch die diesbezügliche Empfehlung der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, Medizinisch-ethische Grundsätze der SAMW vom 24. November 2005, III. Kommentar, abgedruckt in: Schweizerische Ärztezeitung 2006, S. 103 ff., S. 105.

über den rechtlichen Stellenwert der Aussagen in einer Patientenverfügung nicht im Unklaren gelassen werden dürfen. Ganz im Sinne der gesetzgeberischen Grundtendenz hin zu einer Förderung der Patientenautonomie und des individuellen Selbstbestimmungsrechts³ sieht der Entwurf prinzipiell vor, dass die Patientenverfügung verbindlich gelten soll.⁴ Damit wendet sich der Gesetzgeber gegen ein Modell, das die Patientenverfügung lediglich als Indiz für die Bestimmung eines mutmasslichen Willens ansieht (Indizlösung).⁵

In diesem Aufsatz wird kritisch hinterfragt, ob das vorgeschlagene Gesetz diesem Grundsatzentscheid gerecht wird. Die Analyse zeigt, dass die Patientenverfügung in der Formulierung des Entwurfes, entgegen dem expliziten Willen des Gesetzgebers, letztlich zu einem blossen Indiz degradiert wird. Das Problem liegt nicht etwa darin, dass die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung abhängig ist von bestimmten formellen und inhaltlichen Voraussetzungen⁶ – das soll hier nicht in Frage stehen. Der Wortlaut des Entwurfs entzieht der Patientenverfügung vielmehr ganz grundsätzlich die Verbindlichkeit, was zu konkreten Wertungswidersprüchen führt. Das vom Gesetzgeber hochgehaltene Selbstbestimmungsrecht des Patienten wird mit dem Entwurf nicht bloss nicht gefördert oder am Rande gefährdet, sondern unterminiert. Dies soll im Anschluss an einige grundlegende Anmerkungen zur Patientenverfügung und zur prinzipiellen Verbindlichkeit der Patientenverfügung im Gesetzesentwurf anhand zweier Argumentationslinien dargelegt werden.

B. Die Patientenverfügung

I. Grundlagen

Ausgangspunkt ist der verfassungsrechtlich in der Menschenwürdegarantie und im Grundrecht des Persönlichkeitsschutzes verankerte Anspruch auf körperliche Unversehrtheit⁷ und auf individuelle Selbstbestimmung über den eigenen Körper.⁸ Damit geht der Grundsatz einher, dass niemand verpflichtet ist, medi-

3 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7001 ff., S. 7002 und S. 7033.

4 Art. 372 Abs. 2 E-ZGB 2008: «Der Arzt oder die Ärztin entspricht der Patientenverfügung, [...]» Siehe ausführlich dazu unten Abschnitt C.

5 Botschaft (Fn. 3), S. 7032 f.

6 Siehe unten Abschnitt D.I.

7 Art. 10 Abs. 2 BV; vgl. Jörg-Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 57 ff.; vgl. auch BGE 127 I 6, 10 ff. E. 5.

8 Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV; vgl. Rainer Schweizer, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Daniel Thürer u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 691 ff. Rn. 20 f.; vgl. auch Jochen Taupitz/Kristiane Weber-Hassemer, Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, in: Bernd-Rüdiger Kern u.a. (Hrsg.), Humaniora. Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 1107 ff., S. 1109; vgl. auch Botschaft (Fn. 3), S. 7011 f.

zinische Eingriffe in seine körperliche Integrität hinzunehmen.⁹ Ausser in gesetzlich vorgesehen Ausnahmefällen¹⁰ hat der Patient die «Freiheit zur Krankheit»¹¹ und darf nicht gezwungen werden, medizinische Hilfe anzunehmen und seine Genesung zu fördern.¹² Dieses Selbstbestimmungsrecht erstreckt sich auch auf die individuelle Entscheidung, auf (weitere) lebensverlängernde medizinische Massnahmen zu verzichten¹³ und umfasst mithin ein «Recht zur Selbstaufgabe».¹⁴ Für den einwilligungsfähigen Patienten bedeutet dies, dass er nach eigenem Ermessen eine medizinische Behandlung ablehnen darf¹⁵ – die Gründe dafür werden *keinen* objektiven Vernünftigkeitkriterien unterworfen.¹⁶

Im Strafrecht kann dies an der Strafbarkeit des ärztlichen Heileingriffs¹⁷ festgemacht werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts erfüllen ärztliche Eingriffe, die mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit oder das körperliche Wohlbefinden des Patienten nicht nur unerheblich beeinträchtigen, den objektiven Tatbestand der Körperverletzung¹⁸ und zwar auch dann, wenn sie medizinisch indiziert sind und kunstgerecht durchgeführt werden.¹⁹ Solche Eingriffe können durch die Einwilligung oder mutmassliche Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden.²⁰ Ausnahmsweise kann sich eine Rechtfertigung auch durch Notstand oder durch eine auf gesetzlicher Grundlage beruhende behördliche Anordnung ergeben. Dies soll im Folgenden ausgeklammert werden. Für Ärzte und Pfleger gilt also, dass sie wegen Körper-

-
- 9 Vgl. BGHSt 40, 257, 262: Gegen den Willen des Patienten darf «eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden.» Vgl. auch BGE 125 I 335, 343 E. 4e: «Die neuere Rechtsprechung betont mit Recht das Selbstbestimmungsrecht [...] des Patienten.»
- 10 Vgl. Müller/Schefer (Fn. 7), S. 71 ff. m.w.H.
- 11 Martin Schubarth, Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, AJP, 2007, S. 1089 ff., S. 1092.
- 12 Andreas Popp, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, ZStW 118, 2006, S. 639 ff., S. 641.
- 13 Müller/Schefer (Fn. 7), S. 153.
- 14 Detlev Sternberg-Lieben, Begrenzung lebensverlängernder Massnahmen aus strafrechtlicher Sicht – juristischer statt ärztlicher Paternalismus) in: Jörg Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 1185 ff., S. 1186.
- 15 Popp (Fn. 12), S. 641.
- 16 Vgl. Wolfgang Wiegand, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 119 ff., S. 163.
- 17 Vgl. zum Meinungsstand: Brigitte Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Berlin 2000, S. 13 ff.
- 18 Vgl. Günter Stratenwerth/Guido Jenny, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I, 6. Aufl., Bern 2003, § 3 Rn. 15; vgl. auch Popp (Fn. 12), S. 642.
- 19 BGE 124 IV 258, 260 f. E. 2 bestätigt BGE 99 IV 208; vgl. auch BGE 127 IV 154, 157 E. 3a: «Ärztliche Eingriffe sind tatbestandsmässig Körperverletzungen und ohne Rechtfertigungsgrund rechtswidrig.»
- 20 Vgl. Schubarth (Fn. 11), S. 1089 f.; vgl. auch Popp (Fn. 12), S. 642.

verletzung strafbar sind, wenn sie in Missachtung des Patientenwillens entsprechende medizinische Massnahmen ergreifen.²¹

II. Patientenverfügung und mutmassliche Einwilligung im Bereich der Sterbehilfe

Es ist unbestritten, dass die Rechtfertigung des medizinischen Eingriffs in verschiedenen Formen vorliegen kann. Sie kann nicht nur durch eine aktuell erklärte Einwilligung gegeben sein, sondern insbesondere auch durch eine *mutmassliche* Einwilligung, wenn das medizinische Personal die Einwilligung aufgrund der Urteilsunfähigkeit – und entsprechend der Einwilligungsunfähigkeit – des Patienten nicht einholen kann und nach den Vorgaben zu handeln hat, die der Patient gewollt hätte.²² Sowohl die erklärte wie auch die mutmassliche Einwilligung transformieren den strafbaren medizinischen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten in ein rechtmässiges Verhalten.²³

Insofern die medizinische Behandlung eine Einwilligung voraussetzt, kann der Patient durch die Verweigerung der Einwilligung jede (weitere) Behandlung unterbinden und somit passive Sterbehilfe begründen und legitimieren.²⁴ Obschon das ärztliche Unterlassen von möglicherweise lebensrettenden Massnahmen in diesen Fällen «quasi-kausal» für den Tod des Patienten ist, liegt eine Strafbarkeit für Tötung durch Unterlassen nicht vor, da der Patient mit der Verweigerung der Einwilligung dem Arzt das Behandlungsrecht entzieht.²⁵ Da die Weiterbehandlung dann wegen Körperverletzung strafbar ist, wäre es widersprüchlich, das Unterlassen dieser Handlung seinerseits mit Strafe zu belegen.²⁶ Der Arzt wird also von der Behandlungspflicht befreit²⁷ und seine Garantstellung wird aufkündigt bzw. die Garantspflicht modifiziert.²⁸

Dies gilt auch dann, wenn der Patient im Zeitpunkt der ärztlichen Entscheidung einwilligungsunfähig ist und eine Patientenverfügung vorliegt. Auch die Aussagen in der Patientenverfügung wirken sich in der Regel als Verweigerung

21 Vgl. auch Botschaft (Fn. 3), S. 7030 zur zivilrechtlich relevanten Verletzung der Persönlichkeit durch lege artis vorgenommenen ärztliche Eingriffe.

22 Hans Lilie, Strafrechtliche Gesichtspunkte, in: Albrecht Wienke und Hans Lippert (Hrsg.), Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht. Ausgewählte medizinrechtliche Aspekte, Berlin 2001, S. 75 ff., S. 78 f.

23 Vgl. auch George Fletcher, The Grammar of Criminal Law, Oxford 2007, S. 24 f.

24 Popp (Fn. 12), S. 642.

25 Günter Stratenwerth, Sterbehilfe, ZStR 1978, S. 60 ff., S. 69: «Vetorecht».

26 Vgl. Ralph Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, München 2004, S. 296.

27 Vgl. Ingelfinger (Fn. 26), S. 291 f.

28 Vgl. auch Popp (Fn. 12), S. 644 f. m.w.H. Nicht nachgegangen wird vorliegend der Frage, ob die Garantpflicht in Grenzfällen zwischen passiver Sterbehilfe, aktiver Sterbehilfe und Suizidbeihilfe u.U. nicht disponibel sein kann. Vgl. dazu Andreas Donatsch, Garantpflicht – Pflicht zur Notwehr- und Notstandshilfe?, ZStR 1989, S. 345 ff., S. 360 einerseits und Torsten Verrel, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, JZ 1996, S. 224 ff., S. 227 Fn. 48 andererseits.

der eigenen Einwilligung in medizinische Behandlungen aus.²⁹ Sofern die Patientenverfügung keine anderweitige Bestimmung des Entscheidungsträgers vorsieht, soll damit die therapeutische Intervention untersagt werden und zwar selbst dann, wenn dies zu einem früheren Tod führt. In diesen Fällen geht es nicht um die Einwilligung in eine Fremdtötung, als vielmehr um den Schutz der eigenen Rechtssphäre vor unerwünschten (und strafbaren) Eingriffen.³⁰ Ist so dann zwar die ärztliche Pflicht zur Heilung nicht mehr gegeben aber immerhin noch die Pflicht zur Schmerzlinderung vom Willen des Patienten getragen, kann nach den geltenden Grundsätzen auch die indirekte aktive Sterbehilfe gerechtfertigt werden, wenn die Schmerzlinderung zu einer Lebensverkürzung führt.³¹

Das Gleiche gilt prinzipiell auch dann, wenn man auf den mutmasslichen Willen zurückgreifen muss. Auch hier kann eine medizinische Massnahme, die gegen den Willen des Patienten nicht erlaubt ist, nicht zulässig werden, nur weil der Patient ohne Bewusstsein oder urteilsunfähig ist.³² In diesem Fall könnte man darauf abstellen, dass der Patient die Einwilligung in die Weiterbehandlung mutmasslich entzieht oder die Aufhebung bzw. Modifizierung der Garantenpflicht seinem mutmasslichen Willen entspricht.³³ Entscheidend ist aber, dass zur Erforschung des *mutmasslichen* Willens verschiedene Indizien und Informationen aus dem Umfeld des Patienten berücksichtigt werden müssen,³⁴ insbesondere frühere Äusserungen des Patienten, seine religiösen und sonstigen Wertvorstellungen und Aussagen von nächsten Familienangehörigen oder Bezugspersonen,³⁵ aus denen der Patientenwille gleichsam als Produkt einer gemeinsamen Erkenntnisleistung hervorgeht. Da zudem die Bestimmung des mutmasslichen Willens nicht immer deutlich vom Kriterium der objektiven Interessen unterschieden wird,³⁶ läuft man Gefahr, dass der an sich bestehende

29 Siehe ausführlich dazu unten Abschnitt B.III.

30 Vgl. Popp (Fn. 12), S. 648.

31 Vgl. BSK Strafrecht II-Schwarzenegger, Vor Art. 111, Rn. 25; vgl. auch Karl-Ludwig Kunz, Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit, in: Andreas Donatsch u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 613 ff., S. 618 ff.

32 Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., Bern 2005, § 10 Rn. 27.

33 Vgl. Kunz (Fn. 31), S. 621. Vgl. zu den weiteren Begründungsmodellen passiver Sterbehilfe an Urteilsunfähigen: Christopher Geth, Die Patientenverfügung als Konservierung des gegenwärtigen Willens – präventiver Schutz vor ärztlicher Fremdbestimmung?, in: Salome Wolf u.a. (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008, S. 81 ff., S. 86 ff.

34 Vgl. Max Baumann, Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung, ZVW 2005, S. 58 ff., S. 62.

35 Brigitte Tag, Strafrecht im Arztalltag, in: Moritz Kuhn und Tomas Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 669 ff., S. 714.

36 Vgl. auch Harro Otto, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, NJW 2006, S. 2217 ff., S. 2220. Zum Zweck der begrifflichen Klarheit schlägt Otto vor, dass man unterscheiden solle zwischen der «gemutmassten Einwilligung», der Ermittlung des individuellen Willens auf Grund von Indizien und der «mutmasslichen Einwilligung», der Ermittlung des hypothetischen Willens nach objektiven Kriterien der Güter- und Interessensabwägung.

Sterbewille des Patienten nicht nur von Mutmassungen, sondern auch von objektiven Interessen überspielt wird, der Grundsatz *in dubio pro vita* zum tragen kommt und der Patient mit medizinischen Interventionen am Leben erhalten wird.

Der Anwendungsbereich einer Patientenverfügung überschneidet sich also insofern mit dem Anwendungsbereich der mutmasslichen Einwilligung, als in beiden Fällen die betroffene Person im Zeitpunkt der Entscheidung urteilsunfähig ist. Hinsichtlich Funktion und Zielsetzung unterscheidet sich eine Patientenverfügung jedoch grundsätzlich vom mutmasslichen Willen.³⁷ Damit ist aber noch nicht gesagt, in welchem Verhältnis die erklärte Einwilligung, die Patientenverfügung und der mutmassliche Willen zueinander stehen. Dies hängt entscheidend von der Beantwortung der Frage ab, ob die Patientenverfügung so wie eine unmittelbar erklärte Einwilligung verbindlich gelten soll, oder ob sie nur ein Indiz zur Erforschung des mutmasslichen Willens ist.

III. Positive und negative Patientenverfügung

Aus der Tatsache, dass der Einzelne durch Vorenthalten seiner Einwilligung eine medizinische Massnahme ablehnen darf, folgt nicht, dass er durch seine Einwilligung jegliche Eingriffe rechtfertigen kann.³⁸ So soll die Einwilligung in einen Eingriff, der eine schwere Körperverletzung nach Art. 122 StGB darstellt, nur dann rechtfertigende Wirkung entfalten, wenn der Eingriff auch medizinisch geboten ist.³⁹ Der Patient kann also in einer Patientenverfügung die Einwilligung zur Behandlung grundsätzlich verweigern, nicht aber jede mögliche Behandlung fordern, indem er dafür vorab die Einwilligung gibt.⁴⁰ Da in der Praxis und der wissenschaftlichen Debatte die Patientenverfügung vor allem in ihrer negativen Ausprägung – als Einwilligungsverweigerung oder als Behandlungsveto – eine wichtige Rolle spielt,⁴¹ soll diese im Folgenden im Vordergrund stehen.⁴²

37 Siehe unten Abschnitt D.II.

38 Vgl. Stratenwerth (Fn. 32), § 10 Rn. 16.

39 Vgl. Stratenwerth (Fn. 32), § 10 Rn. 18.

40 Vgl. Botschaft (Fn. 3), S. 7031: «Die Zustimmung für sich allein bewirkt noch nicht die Rechtmässigkeit des Eingriffs. Vielmehr muss dieser medizinisch indiziert sein, was die Ärztin oder der Arzt, die oder der den Eingriff vorschlägt, zu verantworten hat.» Vgl. auch Popp (Fn. 12), S. 644 m.w.H.

41 So auch Walter Fellmann, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Moritz Kuhn und Tomas Poledna (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 103 ff., S. 153; vgl. auch Wilfried Harringer/Gottfried Hoby, *Patientenverfügungen in der hausärztlichen Praxis*, *Primary Care* 2009, 3, S. 56 ff., S. 58.

42 Damit soll nicht über die Tatsache hinweggesehen werden, dass viele Patientenverfügungen sowohl negative als auch positive Elemente (Vorab-Einwilligungen) enthalten. Unsere Ausführungen beziehen sich sodann auf die Teile der Patientenverfügung, die eine Einwilligungsverweigerung (Behandlungsveto oder Behandlungsabbruch) darstellen.

Zu berücksichtigen ist auch, dass sich die umfassende medizinische Aufklärung zwar als zentrale Voraussetzung für die Einwilligung in einen Heileingriff etabliert hat, der Entscheid zu einem Behandlungsabbruch oder ein Behandlungsveto jedoch keine vorhergehende Aufklärung voraussetzt und zwar genauso wenig, wie der völlige Verzicht auf Rat und Hilfe.⁴³ Insofern die Patientenverfügung eine Verweigerung der Einwilligung in (weitere) medizinische Behandlungen darstellt, ist sie auch dann wirksam, wenn ihr keine umfassende medizinische Aufklärung vorausgeht, weil der Patient auf die Aufklärung verzichten kann. Der Patient muss seinen Entscheid gegen (weitere) medizinische Behandlungen nicht begründen bzw. seine Beweggründe dürfen «unvernünftig» sein.⁴⁴ Das Recht akzeptiert nicht nur den Willen des Patienten, keine medizinische Behandlung zuzulassen (grundsätzlich keine Zwangsbehandlung gegen den erklärten oder mutmasslichen Patientenwillen), sondern auch seine Entscheidung, auf medizinischen Aufklärung zu verzichten (keine Zwangsaufklärung, die auch praktisch kaum durchführbar ist). Entsprechend soll man gemäss Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Juni 2006 davon ausgehen, dass eine Person, die eine Patientenverfügung verfasst, «über die für die Willensbildung erheblichen Informationen verfügt und auf zusätzliche Aufklärung verzichtet.»⁴⁵

C. Zur Verbindlichkeit der Patientenverfügung im Gesetzesentwurf

Gemäss Botschaft entspricht das geltende Vormundschaftsrecht «unseren heutigen Verhältnissen und Anschauungen nicht mehr und soll deshalb grundlegend erneuert werden.»⁴⁶ Die Patientenverfügung wird dabei neben dem Vorsorgeauftrag als das zentrale neue Rechtsinstitut eingeführt, mit dem das Selbstbestimmungsrecht des Patienten besser geschützt werden soll.⁴⁷

Bei der Regelung der Patientenverfügung war der Gesetzgeber mit einem weiten Meinungsspektrum bezüglich der Tragweite der Patientenverfügung konfrontiert. Dieses reicht von der Unbeachtlichkeit,⁴⁸ über eine blossе Indizwirkung⁴⁹ bis zur Verbindlichkeit, wie sie auch vom Bundesgericht vertreten

43 Vgl. Popp (Fn. 12), S. 647; so im Ergebnis auch BSK Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14, Rn. 16.

44 Stratenwerth (Fn. 32), § 10 Rn. 16.

45 Vgl. auch Botschaft (Fn. 3), S. 7033.

46 Botschaft (Fn. 3), S. 7002.

47 Botschaft (Fn. 3), S. 7002.

48 Vgl. die Angaben bei Andreas Roth, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, S. 494 ff., S. 495.

49 BSK Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14, Rn. 16.

wird.⁵⁰ Der Gesetzgeber hat sich *prima facie* sowohl gegen die Unverbindlichkeit der Patientenverfügung als auch gegen die Indizlösung entschieden und hält entsprechend in der Botschaft fest, dass «eine urteilsfähige Person in einer Patientenverfügung in *verbindlicher* Weise festlegen [kann], welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt oder welche Vertrauensperson in ihrem Namen über eine medizinische Massnahme entscheiden soll, wenn sie sich selber nicht mehr äussern kann.»⁵¹

Verbindlichkeit ist auf jeden Fall nicht gleichzusetzen mit einem schrankenlosen Selbstbestimmungsrechts der Patienten. So wird in der Botschaft zu Recht festgehalten, dass «niemand eine andere Person dazu verpflichten kann, ihm etwa Beihilfe zum Selbstmord zu leisten.»⁵² Zudem müssen formelle Voraussetzungen⁵³ erfüllt sein, damit eine als Patientenverfügung bezeichnete Willensäusserung auch rechtlich als solche gelten kann.⁵⁴ Auch für die Patientenverfügung gilt, dass sie nur dann verbindlich sein kann, wenn die darin enthaltene Willensäusserung hinreichend klar ist – man muss verstehen können, was der Verfügende will.⁵⁵ Wird die Form nicht eingehalten, gilt die entsprechende Aussage zwar nicht mehr als vorgängige Zustimmung oder Ablehnung. Sie ist jedoch nicht einfach rechtlich unbeachtlich, sondern kann «als mutmasslicher Wille der urteilsunfähigen Person [...] zum Tragen kommen».⁵⁶ Es besteht zudem Einigkeit darüber, dass die Patientenverfügung widerrufbar sein muss.⁵⁷

Indem die Patientenverfügung verbindlich gelten soll und der Gesetzesentwurf in Art. 372 Abs. 2 E-ZGB 2008 vorsieht, dass die behandelnden Ärzte einer Patientenverfügung grundsätzlich zu entsprechen haben,⁵⁸ wird das Verhältnis zwischen Patientenverfügung und mutmasslicher Einwilligung (bzw. mutmasslicher Behandlungsverweigerung) dahingehend geklärt, dass Erstere höherrangig und nicht bloss ein Indiz zur Bestimmung des mutmasslichen Willens ist. Damit geht der Gesetzgeber explizit weiter als die Richtlinien der

50 Vgl. BGE 127 I 6, 26 f. E. 9a: «Eine urteilsfähige Person kann sich durch eine entsprechende Willensäusserung unmittelbar vor der geplanten Intervention oder in einem früheren Zeitpunkt (etwa mittels einer so genannten Patientenverfügung) dagegen zur Wehr setzen und auf eine Behandlung verzichten. Diesfalls ist von einer Behandlung abzusehen und der freie Wille des Betroffenen zu respektieren.» Vgl. auch Kunz (Fn. 31), S. 621.

51 Botschaft (Fn. 3), S. 7012; vgl. dazu Art. 370 Abs. 1 und Abs. 2 E-ZGB 2008.

52 Botschaft (Fn. 3), S. 7012.

53 Vgl. Art. 371 Abs. 1 E-ZGB 2008 und Botschaft (Fn. 3), S. 7031; vgl. auch Roth (Fn. 48), S. 498.

54 Vgl. dazu die Literaturangaben bei Roth (Fn. 48), S. 495 f.

55 So auch Botschaft (Fn. 3), S. 7033.

56 Botschaft (Fn. 3), S. 7031 f.

57 Lutz Schöllhammer, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments. Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht, Berlin 1993, S. 57 ff.; vgl. auch Jörg Rehberg, Arzt und Strafrecht, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 303 ff., S. 321 f.

58 Vgl. auch die Botschaft (Fn. 3), S. 7012 und S. 7033: Der Entwurf «verpflichtet die behandelnden Ärztinnen und Ärzte, einer Patientenverfügung grundsätzlich zu entsprechen (Abs. 2).»

Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften über das Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, die die Patientenverfügung bloss als «gewichtiges Indiz» für den mutmasslichen Willen des Patienten bezeichnen.⁵⁹ Der Entwurf geht auch über das Europäische Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin hinaus, das in Art. 9 lediglich vorschreibt, dass zu einem früheren Zeitpunkt geäusserte Wünsche des Patienten zu «berücksichtigen» sind.⁶⁰

Die Reichweite und Verbindlichkeit der Patientenverfügung soll gemäss Botschaft nicht auf bestimmte Phasen der Erkrankung beschränkt sein, sondern für alle Fälle der Urteilsunfähigkeit zur Verfügung stehen.⁶¹ Damit soll auch garantiert sein, dass der eigene Wille, im Alter nicht von staatlichen Stellen und ihren Hilfspersonen abhängig zu werden, verwirklicht wird.⁶² Die Patientenverfügung soll gemäss Botschaft auch deshalb verbindlich sein, weil nicht übersehen werden dürfe, dass bei einer Einschränkung der Verbindlichkeit bzw. der Wirksamkeit der Patientenverfügung Fremdbestimmung an die Stelle von Selbstbestimmung trete.⁶³ Diese Gefahr wird in der Botschaft mit folgendem Szenario plastisch geschildert: «Dritte ignorieren die Verfügung und lassen an deren Stelle ihre Überzeugungen und Wertungen treten, die sie dann auch durchzusetzen vermögen, weil die betroffene Person keine wirkungsvolle Widerspruchsmöglichkeit hat.»⁶⁴

D. Erster Widerspruch: Das Korrektiv eines abweichenden mutmasslichen Willens

I. Wortlaut des Gesetzesentwurf

Über weite Strecken ist der Gesetzesentwurf gelungen, viel versprechend und kohärent: Die Patientenverfügung ist schriftlich zu verfassen, zu datieren und eigenhändig zu unterzeichnen (Art. 371 Abs. 1 E-ZGB 2008). Erst in Art. 372 Abs. 2 E-ZGB 2008 stossen wir auf eine unbefriedigende und widersprüchliche Formulierung, die die Verbindlichkeit als nur vermeintliche blossstellt und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten unerwartet enge Grenzen setzt. Hier wird in einer auf den ersten Blick harmlosen Passage die Patientenverfügung zunächst als grundsätzlich verbindlich bezeichnet. Am Ende des Satzes wird dieses Konzept aber aus den Angeln gehoben:

59 So die Botschaft (Fn. 3), S. 7033; vgl. SAMW (Fn. 2), S. 107.

60 Vgl. zum Ganzen: Botschaft (Fn. 3), S. 7032 f.

61 Botschaft (Fn. 3), S. 7012. Eine eingeschränkte Bedeutung kommt der Patientenverfügung gemäss Gesetzesentwurf nur bei Notfällen (Art. 379 E-ZGB 2008) zu.

62 Botschaft (Fn. 3), S. 7011.

63 Vgl. Botschaft (Fn. 3), S. 7033.

64 Botschaft (Fn. 3), S. 7033.

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

Unproblematisch sind die ersten beiden Voraussetzungen: Die Patientenverfügung darf nichts Ungesetzliches verlangen und sie muss auf dem freien Willen des Verfügenden basieren. Es liegt aber auf der Hand, dass mit dem Korrektiv des mutmasslichen Willens die Verbindlichkeit der Patientenverfügung gerade nicht erreicht werden kann. Diese Formulierung unterminiert die Ziele dieser Gesetzgebung, nämlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu fördern und mehr Rechtssicherheit zu schaffen, in doppelter Hinsicht: Erstens verwischt sie das angestrebte hierarchische Stufenverhältnis zwischen Patientenverfügung und mutmasslicher Einwilligung und öffnet die Willensäusserung des potentiellen Patienten einer ihm möglicherweise nicht erwünschten Einschränkung oder Umwandlung. Zweitens schafft sie Verunsicherung beim medizinischen Personal, das zum Selbstschutz regelmässig auf das Institut des mutmasslichen Willens zurückgreifen und die Patientenverfügung zu einem blossen Indiz degradieren wird. Dies soll im Folgenden ausgeführt werden.

II. Funktion der Patientenverfügung

Die Patientenverfügung ist darauf ausgerichtet, einem aktuell erklärten Willen möglichst nahe zu kommen bzw. diesen aktuellen Willen für die Zukunft zu «konservieren». Sie gibt dem Verfügenden die Möglichkeit, vorzeitige Anweisungen über das von ihm gewünschte Vorgehen zu geben für den Fall, dass er später infolge Urteilsunfähigkeit nicht mehr selber über medizinische Eingriffe entscheiden kann.⁶⁵ Die Patienten sollen mit solchen Vorabverfügungen ihr Selbstbestimmungsrecht im Stadium der Urteilsunfähigkeit wahren und paternalistische Eingriffe abwehren können.⁶⁶

Die Verweigerung der Einwilligung in (weitere) medizinische Behandlungen mittels der Patientenverfügung ruft zunächst die ohnehin geltende Ausgangsregel auf den Plan: Die medizinische Behandlung ist ein Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten und somit grundsätzlich tatbestandsmässig und rechtfertigungsbedürftig. Mit der Patientenverfügung bestätigt der Verfügende, dass diese Regel gelten soll.⁶⁷ Die Willensäusserung in der Patientenverfügung ist aber nicht gleichzusetzen mit einer Aussage der Art «ich will nicht bestohlen werden» und geht über die blossen Nennung von bereits existierenden

65 Vgl. Kurt Affolter, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, AJP 2006, S. 1057 ff., S. 1061; vgl. auch Botschaft (Fn. 3), S. 7030. Vgl. zum privatrechtlichen Rahmen der Patientenverfügung in der Schweiz: Mark-Oliver Baumgarten, The Right to Die? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod, 2. Aufl., Bern 2000, S. 309 f.

66 Kathrin Reusser, Patientenwille und Sterbebeistand, Zürich 1994, S. 142 ff.; vgl. auch Otto (Fn. 36), S. 2220.

Rechten hinaus, indem sie nicht nur die eigenen Rechte betont, sondern dem potentiell Eingreifenden das Recht nimmt, einzugreifen. Der Verfügende will in aller Regel gerade nicht, dass sein Wille und seine Angaben durch die Berücksichtigung eines durch Dritte zu erforschenden mutmasslichen Willen unterwandert werden. Dass Dritte – wenn auch wohlmeinend – den Sterbeprozess des nunmehr Urteilsunfähigen nicht nach dem von ihm geäußerten Willen gestalten, ist genau das Szenario, das mit einer Patientenverfügung verhindert werden soll. Da es um das *prinzipielle* Risiko einer Unterwanderung geht, spielt es auch keine Rolle, ob man die Patientenverfügung als «gewichtiges» Indiz bezeichnet oder nicht. Die Patientenverfügung ist mit anderen Worten wesentlich darauf ausgerichtet, Dritten die Möglichkeit zu entziehen, medizinische Eingriffe unter Berufung auf den mutmasslichen Willen zu rechtfertigen.⁶⁸ Dies kann sie aber nur, wenn sie hierarchisch höher gestellt wird als der mutmassliche Wille und nicht nur als Bestandteil eines mutmasslichen Willens betrachtet wird.

Aus diesem Grund wird die mutmassliche Einwilligung auch als Option gesehen, die subsidiär erst dann zum Tragen kommen soll, wenn der Patient nicht mehr in der Lage ist, eine aktuelle Erklärung abzugeben und auch keine antizipierte Willensäußerung in einer Patientenverfügung vorliegt.⁶⁹ Denn immerhin wird bei der mutmasslichen Einwilligung dem Betroffenen eine bestimmte Entscheidung unterstellt.⁷⁰ Der Rückgriff auf den mutmasslichen Willen ist zwar vorzugswürdig gegenüber einer objektiven Interessensabwägung, die auf der Grundlage allgemeiner und objektiver Wertevorstellungen erfolgt und damit immer ein bestimmtes Mass an Fremdbestimmung enthält.⁷¹ Da die Ermittlung des mutmasslichen Willens aber stets bis zu einem gewissen Grade unsicher ist und auch nahestehende Personen die tatsächlichen Überlegungen und Meinungen des betroffenen Patienten nur mutmassen oder rekonstruieren können, lässt sich selbst bei Kenntnis der Vorstellungen des Patienten sein mutmasslicher Wille nicht mit der gleichen Gewissheit bestimmen,⁷² wie der hinreichend klar formulierte Wille in der Patientenverfügung. Insofern der Gesetzentwurf das hierarchische Stufenverhältnis zwischen Patientenverfügung und mutmasslicher Einwilligung verwischt und die an sich subsidiäre mutmassliche Einwilligung als Korrektiv der Patientenverfügung einführt, besteht die Gefahr, dass das medizinische Personal oder Familienangehörige, den in der Verfügung geäußerten Willen des Patienten einem «wahren» mutmasslichen Willen unter-

67 Zum Ganzen: Popp (Fn. 12), S. 650.

68 Zum Ganzen: Popp (Fn. 12), S. 651.

69 Vgl. Otto (Fn. 36), S. 2219 f.; vgl. auch Tag (Fn. 35), S. 714: Mutmassliche Einwilligung als «Hilfskonstruktion».

70 Gerfried Fischer, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, in: Hans Ahrens u.a. (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 545 ff., S. 548.

71 Fischer (Fn. 70), S. 548.

72 Vgl. Fischer (Fn. 70), S. 548 f.

ordnen und so letztlich nach eigenen Vorstellungen des Guten und Richtigen entscheiden.

Es trifft zwar zu, dass der Entwurf auch dem Bedürfnis Rechnung tragen soll, dass «die Angehörigen urteilsunfähiger Personen ohne grosse Umstände gewisse Entscheidungen treffen können.»⁷³ Dies soll aber gemäss der Botschaft nur dann gelten «sofern keine Patientenverfügung vorliegt.»⁷⁴ Wenn der Patient will, dass Aussagen Dritter mitberücksichtigt werden und dass seine Angehörigen gewisse Entscheidungen treffen können, falls er urteilsunfähig wird, hat er zwei Möglichkeiten: Entweder er verfasst eine Verfügung in der das verbindlich so festgehalten wird, oder er verfasst gar keine Verfügung. Da eine mutmassliche Einwilligung nur dann zur Anwendung kommt, wenn keine verfügte Willensäusserung vorliegt, kommt bei fehlender Patientenverfügung automatisch die Bestimmung des mutmasslichen Willens zum Zug. Wenn die Patientenverfügung auch für diejenigen Patienten praktikabel sein soll, die mittels ihrer Willensäusserung diese Berücksichtigung und Einbindung von Dritten gerade verhindern möchten, muss sie als solche Verbindlichkeit haben und darf nicht über ein Korrektiv zu einem blossen Indiz für den mutmasslichen Willen werden.

III. Widerruf der Patientenverfügung

Eine mögliche Erklärung, warum der Entwurf das Korrektiv des mutmasslichen Willens einführt, ist darin zu sehen, dass für den Widerruf der Patientenverfügung die Bestimmungen des Vorsorgeauftrags anwendbar sein sollen (Art. 371 Abs. 3 E-ZGB 2008). Demnach kann die Patientenverfügung nur durch eine schriftliche, datierte und unterzeichnete Widerrufserklärung, durch Errichtung einer neuen Patientenverfügung, die nicht eine blosser Ergänzung darstellt oder durch Vernichtung der Patientenverfügung widerrufen werden. Ausgeschlossen wäre nach diesem Wortlaut bspw. eine mündliche Anweisung des noch urteilsfähigen Patienten an das medizinische Personal, die Patientenverfügung nicht zu berücksichtigen. Eine Jetzt-für-jetzt-Erklärung des *urteilsfähigen* Patienten muss aber höherrangig sein, als eine zu einem früheren Zeitpunkt verfasste Verfügung, da man sonst offensichtlich nicht gemäss dem aktuellen Willen des Patienten verfahren würde.⁷⁵ Als Willensäusserung stellt die Patientenverfügung einen Realakt dar, den der urteilsfähige Patient – aus welchen Gründen auch immer – widerrufen kann.⁷⁶ Es wird nirgends ernsthaft vertreten, dass die Verbindlichkeit der Patientenverfügung etwa dahingehend zu verstehen ist, sie sei

73 Botschaft (Fn. 3), S. 7002.

74 Botschaft (Fn. 3), S. 7002.

75 Vgl. Nationaler Ethikrat Deutschland, Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, Berlin 2005 S. 21; vgl. auch Fellmann (Fn. 41), S. 153: Es liegt auch auf der Hand, dass Patientenverfügungen «schwächer [wirken] als Anordnungen, die der wache Patient gibt» (ibid.), unter der Voraussetzung, dass hier der vage und rechtlich bedeutungslose Terminus

«unter allen Umständen verbindlich» – dieser Ansicht kann nicht etwa bloss «derzeit nicht gefolgt werden»,⁷⁷ sie ist vielmehr grundsätzlich ausgeschlossen. Dass die Patientenverfügung etwa auch den Patienten selber gegen seinen aktuellen erkennbaren Willen binden soll, käme in der Tat einer nach Art. 27 ZGB unzulässigen Entäusserung der Freiheit gleich.

Die Tatsache, dass bei einem entgegenstehenden aktuell artikulierten und nicht bloss mutmasslichen Willen die Patientenverfügung gänzlich unwirksam wird, ist nicht problematisch, da dies der Intention der neuen Willensäusserung entspricht. Da die bloss innere neue Willensbildung (*forum internum*) zu Recht als nicht ausreichend bezeichnet wird, um als Anknüpfung von Rechtsfolgen zu dienen,⁷⁸ ist das Erkennbarmachen des Widerrufs oder des aktuell entgegenstehenden Willens aber Sache des Verfügenden.⁷⁹ Die Voraussetzungen dafür sollten nur so weit gehen, dass sie den Widerruf und den neuen Willen als genuine Willensbekundung des Betroffenen garantieren und grundsätzlich unerwünschte Interventionen von aussen verhindern können. Zwei mögliche Kriterien sollen an dieser Stelle erwähnt werden:⁸⁰ Die neue Willensbekundung muss im urteilsfähigen Stadium erfolgen und sie muss unmittelbar an die Adressaten der zu ändernden Patientenverfügung gerichtet werden – d.h. in der Regel an das medizinische Personal –, muss aber grundsätzlich formlos möglich sein.⁸¹ Die Patientenverfügung soll auch dann nicht unbesehen zum Nennwert genommen werden, wenn von deren Verfasser selber stammende und *belegbare* Hinweise vorliegen, dass er seine in der Patientenverfügung geäusserte Meinung geändert hat.⁸² Ganz im Sinne des Selbstbestimmungsrechts ist es dem Patienten selbstverständlich unbenommen, weitergehende und flexiblere Widerrufsmöglichkeiten schriftlich in der Patientenverfügung festzuhalten.

Der springende Punkt ist, dass der Wille erkennbar sein muss. Da dies bei einer vorliegenden Patientenverfügung auch in aller Regel der Fall ist, ist das medizinische Personal über diese Willensäusserung in seinem Verhalten gerechtfertigt und ein Rückgriff auf den mutmasslichen Willen ist nicht nötig.⁸³ Bei einer mutmasslichen Einwilligung ist der Wille des Patienten gerade nicht erkennbar, sondern er wird gemutmasst oder angenommen. Wenn man also die Berücksichtigung des mutmasslichen Willens als Korrektiv in das Gesetz ein-

«wach» mit «urteilsfähig» gleichgesetzt wird. Wie man sodann von dieser Prämisse zum Schluss kommen kann, die Patientenverfügung müsse sich immer «an Kriterien der Vernünftigkeit messen lassen», (*ibid.*) bleibt aber schleierhaft.

76 Vgl. Tag (Fn. 35), S. 740.

77 Vgl. aber Tag (Fn. 35), S. 740.

78 Popp (Fn. 12), S. 653.

79 So im Wesentlichen auch Popp (Fn. 12), S. 653 f.. Der Verfügenden belastet sich «mit der Obliegenheit, eine Änderung der inneren Einstellung kundzutun.»

80 Vgl. ausführlich dazu – wenn auch mit einer nicht überzeugenden Schlussfolgerung – Roth (Fn. 48), S. 497.

81 Vgl. auch Baumann (Fn. 34), S. 67.

82 Baumann (Fn. 34), S. 62.

baut, wird ein bloss möglicher Wille der Willensäusserung in der Patientenverfügung entgegengestellt. Die Argumentationslast müsste daher zumindest viel stärker und viel eindeutiger bei denjenigen Personen liegen, die in einem konkreten Fall die Verbindlichkeit der Patientenverfügung bestreiten.⁸⁴ Solange Zweifel bestehen, sollte zu Gunsten der Selbstbestimmung der verfügenden Person entschieden werden.⁸⁵

Während die vorgesehene Formvorschrift für den Widerruf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten einschränkt, indem er durch die Patientenverfügung selber gebunden und daran gehindert wird, diese mittels einfacher Willensäusserung ausser Kraft zu setzen, schießt das Korrektiv des mutmasslichen Willens als Lösung dieses Problem über das Ziel hinaus, da letztlich aufgrund von Mutmassungen Dritter der Wille des Patienten bestimmt wird. In diesem Sinne wäre es nur folgerichtig, die formellen Voraussetzungen für den Widerruf zu verringern und ganz auf das Korrektiv des mutmasslichen Willens zu verzichten.

IV. Sachverhaltsirrtum und Fahrlässigkeit

Die Patientenverfügung als verbindliche Willensäusserung kann mehr anstreben als nur ein Abwehrrecht gegenüber Eingriffen Dritter zu stipulieren, die man aufgrund der Urteilsunfähigkeit nicht mehr aktiv verhindern kann. Sie entlastet auch die *de facto* Entscheidungsvollstrecker von ansonsten bestehenden Handlungspflichten. Liegt eine verbindliche Patientenverfügung vor, kann das medizinische Personal genauso vorgehen, wie wenn die Wille des Patienten aktuell erklärt worden wäre, womit das Vorgehen gerechtfertigt und eine Strafbarkeit ausgeschlossen wäre.

Das Korrektiv des mutmasslichen Willens in Art. 372 Abs. 2 E-ZGB entzieht dieser Ausgangslage die Klarheit und Rechtsicherheit, da folgende komplexe und vage Entscheidungskonstellation geschaffen wird: Was soll geschehen, wenn der Arzt begründete Zweifel und Indizien für einen abweichenden mutmasslichen Willen fahrlässig übersieht? Wenn er solche Indizien übersieht, den Anordnungen der Patientenverfügung folgt, auf (weitere) Massnahmen verzichtet und der Patient frühzeitig stirbt, kann sich der Arzt wegen fahrlässiger Tötung schuldig machen. Geht der Arzt also von einem Behandlungsveto in der Patientenverfügung aus, obschon dieses Veto aufgrund einer Modifizierung durch den mutmasslichen Willen tatsächlich nicht vorliegt, befindet er sich in einem Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 Abs. 1 StGB.⁸⁶ Der Arzt ist sodann gemäss Art. 13 Abs. 2 StGB wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn er bei pflichtgemässer Vorsicht den abweichenden mutmasslichen Willen hätte erkennen können und somit der Irrtum vermeidbar gewesen wäre. Um dieses Strafbar-

84 Vgl. Baumann (Fn. 34), S. 65.

85 Baumann (Fn. 34), S. 62.

86 Vgl. Tag (Fn. 35), S. 678.

keitsrisiko zu umgehen, wird der gewissenhafte und gut beratene Arzt als Selbstschutz auch minimale Zweifel berücksichtigen, selbst dann auf den mutmasslichen Willen abstützen, wenn die Regelung in der Patientenverfügung eindeutig ist und nach der *Maxime in dubio pro vita* den Patienten am Leben erhalten. Aus Sicht des Arztes ist dies auch vernünftig; denn wenn der Arzt – umgekehrt – die Behandlung auf Grundlage des mutmasslichen Willen einstellt, diesen aber objektiv *ex ante* falsch interpretiert, trifft ihn bei einer Weiterbehandlung lediglich das Risiko einer fahrlässigen Körperverletzung.

Diese Vorgehensweise, die den mutmasslichen Willen in den Vordergrund rückt, wird letztlich auch durch den Wortlaut im Gesetzesentwurf gefördert. Wenn nämlich in Art. 372 Abs. 2 E-ZGB 2008 vorgeschrieben wird, dass der Patientenverfügung zu entsprechen sei «ausser [...] wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie [...] noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder Patienten entspricht», wird das medizinische Personal aufgefordert, auf jeden Fall zunächst den mutmasslichen Willen zu ermitteln, um dann überprüfen zu können, ob die Patientenverfügung noch mit diesem übereinstimmt. Insofern alle möglichen Indizien in die Ermittlung des mutmasslichen Willens einfließen können, wird man kaum Fälle haben, in denen nicht Zweifel entstehen, ob die Patientenverfügung in der Tat noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht. Da damit die Tendenz geschaffen wird, die an sich verbindliche Patientenverfügung systematisch zu umgehen bzw. zu einem blossen Indiz zu degradieren, sollte diese Passage aus der Norm gestrichen werden.⁸⁷

V. Begründete Zweifel

Nun könnte man einwenden, dass der Gesetzesentwurf genau deshalb verlangt, dass nur dann von der Patientenverfügung abgewichen werden darf, wenn gemäss Art. 372 Abs. 2 E-ZGB *begründete* Zweifel bestehen, dass sie noch dem mutmasslichen Willen entspricht.⁸⁸ Für die Zweifel müssen konkrete Hinweise vorliegen⁸⁹ und die Patientenverfügung darf nicht immer bereits dann hinterfragt werden, wenn sie nicht das anordnet, was dem medizinischen Personal als ratsam erscheint.⁹⁰

Begründet sind die Zweifel gemäss Botschaft aber schon dann, wenn «die Patientenverfügung vor längerer Zeit errichtet worden ist und deren Verfasserin oder Verfasser später eine andere Meinung geäussert hat.»⁹¹ Dies ist jedoch zu vage. Wenn die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung gleichsam ein Verfall-

87 Vgl. Baumann (Fn. 34), S. 62 Fn. 7 und S. 67, der aber nur das Wort «mutmasslich» streichen will.

88 Botschaft (Fn. 3), S. 7033.

89 Botschaft (Fn. 3), S. 7033.

90 So bereits der Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom Juni 2003, S. 29; vgl. auch Botschaft (Fn. 3), S. 7033.

datum hat, müsste die Gültigkeitsdauer auch zum Zweck der Rechtssicherheit präziser im Gesetz vorgeschrieben werden.⁹² Wenn die Zweifel bereits dann begründet sind, wenn die Verfügung ganz allgemein vor längerer Zeit errichtet wurde, fliesst hier ein subjektives Kriterium ein, weil verschiedene Menschen ganz unterschiedliche Auffassungen haben, was als «längere Zeit» zu gelten hat. Dass die Verfasserin oder der Verfasser eine andere Meinung geäußert haben muss, ändert in dieser Formulierung nichts an der Sache, sofern nicht klar ist, ob diese Meinungsäusserungen ebenfalls ein Verfalldatum haben, ob sie einem Widerruf im rechtlichen Sinne entsprechen und gegenüber wem und in welchem Stadium sie erfolgt sein müssen. Das Korrektiv ist entsprechend nicht qualifiziert, die Willensäußerung und damit das Selbstbestimmungsrecht der verfügenden Person zu verdrängen.

Noch vager und weitläufiger wird die Definition, wenn die Botschaft darlegt, dass Zweifel auch dann begründet sein können, «wenn die medizinische Entwicklung Massnahmen ermöglicht, die in der Verfügung nicht vorgesehen wurden [...]»⁹³ Angesichts der sehr rasch fortschreitenden medizinischen Wissenschaft, dürften nach dieser Umschreibung die Zweifel bei nahezu allen Patientenverfügung begründet sein.

Eine solche Definition von begründeten Zweifeln ist also in zweierlei Hinsicht unzulänglich: Zum einen zeigt sich die mangelnde Praktikabilität dieses Ansatzes in der Vielzahl von Grenzfällen, in denen nicht klar ist, ob der Zweifel nun begründet ist und entsprechend der ermittelte abweichende mutmassliche Wille gegenüber der Patientenverfügung Vorrang haben soll. Zum anderen führt die sehr vage Definition dazu, dass – mit wenigen Ausnahmen – die Patientenverfügung wegen den «begründeten Zweifeln» gerade nicht verbindlich ist und zu einem Indiz für den mutmasslichen Willen degradiert wird. Dies dürfte im Hinblick auf den deklarierten Entscheid des Gesetzgebers für die Verbindlichkeitslösung das gravierendere Problem sein. Ein klarer Entscheid für die gegenteilige Indizlösung hätte demgegenüber wenigstens den Vorteil, terminologisch für mehr Rechtssicherheit zu sorgen.

VI. Mutmassung und Drittierinterpretationen

Ein letztes Problem betrifft die Frage, wie eine nachträgliche Abänderung oder Aufhebung einer an sich verbindlichen Willensäußerung des Patienten über den mutmasslichen Willen strafrechtsdogmatisch kohärent umgesetzt werden

91 Botschaft (Fn. 3), S. 7033; vgl. auch Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom Juni 2003, S. 30: Hier wird auch gesagt, begründete Zweifel, dass die Patientenverfügung auf freiem Willen beruht, würden bereits dann bestehen, «wenn sie offenkundig unvernünftig ist».

92 Vgl. dazu den Vorschlag in Baumann (Fn. 34), S. 65, S. 67 und S. 69: Gültigkeitsdauer von drei Jahren (oder: Dauer, die nicht kürzer als zwei und nicht länger als fünf Jahre ist),

93 Botschaft (Fn. 3), S. 7033.

soll. Durch den Einbau des mutmasslichen Willens als Korrektiv der Patientenverfügung ergibt sich folgendes Szenario: Der mutmassliche Wille schafft nicht etwa nur für den Fall, dass eine aktuelle Willensäußerung nicht vorliegt, eine rechtfertigende Anleitung an das medizinische Personal, sondern soll darüber hinaus den in der Patientenverfügung geäusserten Willen modifizieren können. Dies würde aber bedeuten, den Erklärungsinhalt einer Willensäußerung über das Mass einer zulässigen Auslegung hinaus Mutmassungen und Drittinterpretationen zugänglich zu machen. Umstände, die den objektiven Tatbestand einer Straftat entfallen lassen können, müssen jedoch tatsächlich gegeben sein.⁹⁴

Dies zeigt die Regelung des Sachverhaltsirrtums (Art. 13 StGB), der lediglich den subjektiven Tatbestand entfallen lässt. Eine Lösung hierfür wäre höchstens darin zu sehen, dass man die mutmassliche Einwilligung und die Patientenverfügung hierarchisch auf die gleiche Stufe stellt und das Fehlen eines konträren mutmasslichen Willens als Wirksamkeitsvoraussetzung der Willensäußerung in der Patientenverfügung versteht. Dies hätte aber die Konsequenz, dass ein konträrer mutmasslicher Wille die Patientenverfügung gänzlich unwirksam werden lässt. Auch hier zeigt sich, dass das Korrektiv des mutmasslichen Willens letztlich nicht etwa ein unverfängliches Kontrollinstrument zum Schutz der als verbindlich bezeichneten Patientenverfügung ist, sondern diese geradezu ersetzt bzw. degradiert. Denn ob man den mutmasslichen Willen nur als Korrektiv heranzieht oder die Patientenverfügung von vornherein als blosses Indiz für den mutmasslichen Willen betrachtet, ist im Ergebnis ohne Bedeutung.

Wenn die Willensäußerung des Patienten in der Verfügung prinzipiell unter das Korrektiv des mutmasslichen Willens gestellt wird, ist es sodann unklar, warum jemand überhaupt eine Patientenverfügung verfassen soll. Auf jeden Fall erweist der Gesetzgeber den Patienten keinen guten Dienst, wenn er die gesamte Revision des Erwachsenenschutzrechts unter den Slogan der Aufwertung des Selbstbestimmungsrecht stellt und sich bei der Normierung der Patientenverfügung explizit für die Verbindlichkeit ausspricht, diese aber durch das Korrektiv des mutmasslichen Willens unterminiert. Indem der Anschein geweckt wird, der Gesetzgeber habe sich für die Verbindlichkeit und gegen die Indizlösung entschieden, wird statt der angestrebten Rechtssicherheit das Gegenteil erreicht.

94 Popp (Fn. 3), S. 648.

E. Zweiter Widerspruch: Mutmasslicher Wille und objektive Interessen

I. Einleitung

Dass der Entwurf zur Revision des Vormundschaftsrechts weit weniger als gewollt das Selbstbestimmungsrecht stützt, zeigt sich auch in den Fällen, in denen der Patient keine Patientenverfügung errichtet hat und die Anordnung weiterer Behandlungen oder eines Behandlungsabbruchs in die Hände von Stellvertretern, seien es gewillkürte oder gesetzliche, gelegt wird. Der Gesetzgeber regelt diese Fälle in Art. 377 ff. E-ZGB 2008.

Begrüssenswert ist zunächst einmal Art. 377 E-ZGB 2008, der einerseits die Erstellung eines Behandlungsplans unter Beizug der vertretungsberechtigten Person sowie das Recht und die Pflicht zur Aufklärung regelt, andererseits aber auch vorsieht, die urteilsunfähige Person in die Entscheidungsfindung einzubinden. Im Hinblick auf auch in anderen Gesetzen verankerte «Vetorechte»⁹⁵ einwilligungsunfähiger Personen ist letztes nachvollziehbar, wenngleich die Reichweite solcher Äusserungen einwilligungsunfähiger weder dem Gesetzestext noch der Botschaft zu entnehmen sind. Dies ist deshalb aus der folgenden Diskussion auszuklammern.

Richtig und in weiten Teilen zu begrüssen ist ausserdem die Regelung des Art. 378 E-ZGB 2008. In dessen Abs. 1 regelt der Gesetzgeber erstmals eine «Vertretungsreihenfolge», die festlegt, wer für die urteilsunfähige Person entscheiden darf. Dem für das gesamte Erwachsenenschutzrecht geltenden Subsidiaritätsprinzip folgend, wird zunächst der in der Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag bezeichneten Person Vorrang gegeben. Nachrangig kommen gesetzliche Vertreter, der Ehegatte oder die eingetragene Partnerin bzw. der eingetragene Partner zum Zuge, gefolgt von Personen, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führen bis hin zu der sonstigen Familie im engeren Sinn, etwa die Nachkommen, die Eltern oder die Geschwister. Nicht selten wird eine der dort aufgeführten Personen vom Patienten in einem Vorsorgeauftrag oder einer Patientenverfügung explizit eingesetzt, so dass diese Person dann an die erste Stelle innerhalb der Vertretungsreihenfolge rückt.

II. Entscheidungsinstanz

Fraglich ist aber, nach welchen Vorgaben diese Personen entscheiden müssen. Der Gesetzgeber gibt die Antwort in Art. 378 Abs. 3 E-ZGB 2008:

95 Z.B. Art. 13 Abs. 2 lit. h des Transplantationsgesetzes (SR 810.21).

«Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den [objektiven]⁹⁶ Interessen der urteilsunfähigen Person.»

Diese Regelung ist in mehrerlei Hinsicht inkonsistent und missverständlich. Irreführend ist bereits der Wortlaut, denn mit der Formulierung «Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen» scheint in Art. 378 E-ZGB 2008 jedenfalls die Existenz einer Patientenverfügung (in der dann eben Weisungen fehlen) vorausgesetzt zu werden. Dies macht aber schon wegen der systematischen Stellung in Art. 378 E-ZGB 2008 wenig Sinn und wäre auch inhaltlich unbefriedigend. Denn woraus sich die Weisungen ergeben, ob aus der Patientenverfügung oder aber aus dem Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags, der im Art. 360 Abs. 1 E-ZGB 2008 ausdrücklich auch die Möglichkeit von Weisungen vorsieht, kann für die inhaltlichen Schranken des Vertretungsrechts keine Rolle spielen. Was der Gesetzgeber eigentlich und durchaus zu Recht ausdrücken will, ist das Vorrangverhältnis patienteneigener Entscheidungen, das sich dann eben auch auf die Reichweite der Vertretung auswirken soll.⁹⁷

In seiner Konsequenz bedeutender ist der folgende Einwand gegen die Aussage des Art. 378 Abs. 3 E-ZGB 2008. Die Vorschrift gibt der nach Art. 378 Abs. 1 E-ZGB 2008 vertretungsberechtigten Person das Recht, nach dem mutmasslichen Willen und den objektiven Interessen der urteilsunfähigen Person zu entscheiden und unterlässt dabei die Klärung der Frage, was passieren soll, wenn diese unterschiedlichen Rechtsinstitute miteinander in Konflikt geraten. Wie soll bspw. entschieden werden, wenn das Leben einer bewusstlos eingelieferte Person nur durch eine Blutkonserve gerettet werden kann, der mutmassliche Wille aber u.U. gegen die rettende Transfusion spricht, weil die Person den Zeugen-Jehovas angehört? Darf dann beispielsweise der Ehepartner unter Berufung auf das «objektive Interesse» dieser Bluttransfusion zustimmen? Oder darf ein Beistand einer urteilsunfähigen Person in eine rein kosmetische Operation (Schönheitsoperation) einwilligen und sich dabei auf den mutmasslichen Willen berufen? Da es zwischen dem Wohl des Patienten und seinem mutmasslichen Willen offenbar erhebliche Abweichungen geben kann, fragt sich, welches der beiden Kriterien im Konfliktfall vorzuziehen ist.

Geht es um Rechtsguteingriffe, d.h. um solche Massnahmen, die wegen eines Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit einwilligungsbedürftig sind, ist die Position der h.M. klar und mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar. In Rechtsgütereingriffen kann von Stellvertretern nur wirksam eingewilligt werden, wenn der Eingriff nicht nur dem mutmasslichen Willen entspricht, sondern

96 Dass die Interessen an einem objektiven Massstab gemessen werden, wird durch die Botschaft klargestellt: «Massgeben für den Entscheid der vertretungsberechtigten Person sind entsprechend der heutigen Lehre und Rechtsprechung der mutmassliche Wille und die – objektiven – Interessen.» Vgl. Botschaft (Fn. 3), S. 7037.

97 Zur Subsidiarität der Stellvertretung: Affolter (Fn. 65), S. 1061; Baumann (Fn. 34), S. 61.

auch im objektiven Interesse (Wohl) der vertretenen Person liegt.⁹⁸ Anders als der Patient selbst, der nur bei schweren Körperverletzungen durch die Schranke des Art. 122 StGB an einen «sittlich, ethische Zweck»⁹⁹ gebunden ist, soll es dem Vertreter generell nur möglich sein, Entscheidungen zum unmittelbaren Nutzen des Patienten zu treffen. Im Kontext medizinischer Massnahmen wird deshalb vorausgesetzt, dass der Heileingriff medizinisch indiziert sein muss.¹⁰⁰ Für unseren zuletzt genannten Fall der Schönheitsoperation würde das bedeuten, dass eine solche «stellvertretende Einwilligung» unzulässig ist, sofern man sich auf den Standpunkt stellt, dass ein rein kosmetischer Eingriff wegen der Operationsrisiken dem objektiven Wohl widerspricht.

Anders ist dies jedoch dann, wenn medizinische Eingriffe gerade verhindert werden sollen (Behandlungsveto), was für die Patientenverfügung der Regelfall ist. Das objektive Interesse kann in diesen Fällen nur als subsidiäre Handlungsanweisung herangezogen werden.¹⁰¹ Dies ergibt sich aus dem Unterlassungsanspruch eines jeden, gegen seinen aktuell erklärten oder mutmasslichen Willen dulden zu müssen.¹⁰² Das heisst: Nur, wenn ein mutmasslicher Wille fehlt oder ungewiss bleibt, wird – mangels Alternativen – die objektive Interessenlage herangezogen. Nur so lässt sich vermeiden, dass das Selbstbestimmungsrecht zugunsten eines paternalistischen Interessensprinzips geopfert wird. Soweit es um Einwilligungsverweigerungen geht, müssen die objektiven Interessen deshalb aussen vor bleiben.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass Entscheidungen vertretungsberechtigter Personen immer mit einem mutmasslichen Patientenwillen übereinstimmen müssen. Nur in Einwilligungssituationen fungiert das objektive Interesse als Einwilligungsschranke. Dies muss bei der Auslegung des Art. 378 Abs. 3 E-ZGB 2008 berücksichtigt werden.

98 BSK Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14, Rn. 17 m.w.N.

99 Kritisch BSK Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor Art. 122, Rn. 20.

100 Vgl. Stratenwerth (Fn. 32), § 10 Rn. 18.

101 Vgl. dazu auch Fischer (Fn. 70), S. 549: «Je ungewisser die Feststellung des mutmasslichen individuellen Willens, desto eher kommt es auf den typischen Willen an, der sich bei objektiver Interessenabwägung ergibt.» Vgl. aber Reinhard Merkel, Zur Frage der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, Ethik in der Medizin 2004, S. 298 ff.

102 Vgl. dazu auch BGE 124 IV 258, 260 f. E. 2: «Mit anderen Worten kann das Wohl des Patienten nicht ohne Weiteres mit der ärztlich indizierten Behandlung gleichgesetzt werden, und insbesondere kann zum Patientenwohl gerade auch die Ablehnung einer vom Arzt für indiziert gehaltenen Behandlung durch den Patienten gehören.» Weiter führt das Gericht aus: «Ausschlaggebend für die Frage, nach seinem Wohl ist also der Wille des Patienten und nicht das, was nach Auffassung des Arztes im Interesse des Patienten angezeigt ist.»

III. Durchsetzung des mutmasslichen Patientenwillens bei der Stellvertretung

Auch wenn diesen Grundsätzen Rechnung getragen wird, bleibt fraglich, ob die Durchsetzung des Willens bzw. des mutmasslichen Willens des Patienten hinreichend geschützt ist. Denn soweit der Gesetzgeber die Vertreterentscheidung (nach welchen Kriterien sie auch immer getroffen wurde), anders als die Patientenverfügung¹⁰³ keiner abweichenden Interpretation eines «mutmasslichen Willens» durch den Arzt zugänglich machen will, entsteht ein diametrales Wirksamkeitsgefälle zwischen Patientenverfügung und Vertreterentscheidung, das durch Dritte, etwa der Erwachsenenschutzbehörde, nicht aufgefangen wird.

Ist eine Patientenverfügung letztlich nicht mehr als ein (gewichtiges) Indiz für den mutmasslichen Patientenwillen, kann der Arzt immer noch von ihr abweichen und – soweit keine vertretungsberechtigte Person existiert oder diese unauffindbar ist¹⁰⁴ – seine Interpretation des mutmasslichen Willens durchsetzen. Diese Möglichkeit ist dem Arzt im Fall einer Stellvertretung verschlossen. Mit gewisser Berechtigung könnte man sagen, dass nun an seine Stelle die vertretungsberechtigte Person tritt, die befugt sein soll, den mutmasslichen Willen bzw. die objektiven Interessen – soweit sie eine Rolle spielen – auszulegen. Für den Arzt hätte dies jedoch die Konsequenz, dass eine Patientenentscheidung (Patientenverfügung) ihn weniger bindet als eine Entscheidung Dritter, denn er könnte unter Hinweis auf einen abweichenden mutmasslichen Willen die Patientenverfügung ignorieren, nicht hingegen die Vertreterentscheidung. Egal, wie man zur Frage der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung steht, im System des Gesetzgebers ist dies inkonsequent, da letztlich einer Drittentscheidung (Vertreterentscheidung) höheres Gewicht als einer eigenen Entscheidung (Patientenverfügung) zukommt.¹⁰⁵ Dass allein die Tatsache der Antizipation dieser Entscheidung diese unterschiedlichen Rechtswirkungen auslösen soll, vermag nicht zu überzeugen.

IV. Erwachsenenschutzbehörde

Die Unklarheit über das Stufenverhältnis von mutmasslichem Patientenwillen und objektiven Interessen setzt sich auch bei der Regelung über das Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde fort. Denn nach Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 E-ZGB 2008 soll auf Antrag der Ärztin oder des Arztes oder einer anderen nahestehenden Person explizit auch dann eine Vertretungsbeistandschaft errichtet werden, wenn die objektiven Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet

103 Vgl. Art. 372 Abs. 2 E-ZGB 2008.

104 Gemeint ist hier nicht die Sonderregelung für dringliche Fälle in Art. 379 E-ZGB 2008.

105 Vgl. zur Hierarchie der Einwilligungssurrogate auch die diesbezügliche Empfehlung der SAMW (Fn. 2), S. 105 ff.

oder nicht mehr gewahrt sind. Dem Wortlaut nach könnte die Erwachsenenschutzbehörde also unabhängig vom mutmasslichen Patientenwillen auch dann einschreiten, wenn lediglich die objektiven Interessen des Patienten gefährdet sind.¹⁰⁶ Ein adäquater Rechtsschutz ist dadurch nicht gewährleistet, da gerade derjenige Fall unberücksichtigt bleibt, in dem die vertretungsberechtigte Person zwar im objektiven Interesse, nicht aber im mutmasslichen Willen des Patienten handelt. Der Erwachsenenschutzbehörde ist es somit bspw. versagt, auf Verlangen des Arztes im oben beschriebenen Fall des Zeugen-Jehovas einzuschreiten, wenn der Ehepartner im Sinne der objektiven Interessen des Patienten einer Bluttransfusion zustimmt. Wie bei der Auslegung des Art. 378 Abs. 3 E-ZGB 2008 muss aber auch bei Art. 381 E-ZGB 2008 gelten, dass die Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft jedenfalls dann nicht wegen Gefährdung objektiver Interessen bestimmt werden kann, wenn es um die Konstellation der Behandlungsverweigerung geht.

Das Gleiche gilt auch für den Schutzmechanismus von Art. 373 E-ZGB 2008. Der Botschaft ist zuzustimmen, wenn die Einfügung von Art. 373 E-ZGB 2008 damit begründet wird, dass auch bei Patientenverfügungen «unter bestimmten Umständen eine behördliche Intervention möglich sein muss.»¹⁰⁷ Anders als Art. 372 Abs. 2 E-ZGB 2008, der einseitig die Möglichkeit eröffnet, die Befolgung der Patientenverfügung zu verhindern, ist Art. 373 E-ZGB 2008 an sich ausgewogener, da er vorsieht, dass die Erwachsenenschutzbehörde gerade auch dann angerufen werden kann, wenn der Patientenverfügung entgegen dem darin geäusserten Willen *nicht* entsprochen wird. Problematisch in Art. 373 E-ZGB 2008 ist aber, dass auch hier nach Abs. 1 Ziff. 2 ein Einschreiten möglich sein soll, wenn «die [objektiven] Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind.» Die Selbstbestimmung des Patienten wird hier letztlich, entgegen den deklarierten Absichten des Gesetzgebers, ebenso unter ein paternalistisches Korrektiv der objektiven Vernünftigkeit bzw. der allgemeinen Wertvorstellungen gesetzt. Zudem fällt rechtsvergleichend auf, dass der Gesetzesentwurf damit weit weniger das Selbstbestimmungsrecht des Patienten (wenn auch nur vermittelt über den mutmasslichen Willen) schützt als etwa der deutsche Bundesgerichtshof in einer wichtigen Entscheidung aus dem Jahre 2003.¹⁰⁸ Um die Umsetzung des mutmasslichen Patientenwillens zu gewährleisten, beurteilt der BGH die Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs nach dem mutmasslichen Willen des Patienten, der dann in-

106 Damit entspricht der Gesetzgeber nicht den Empfehlungen der SAMW, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 27. November 2003, II.2.3: «Falls der Entscheid des gesetzlichen Vertreters bzw. der Vertrauensperson dem mutmasslichen Willen des Patienten zu widersprechen scheint, soll der zuständige Arzt die Vormundschaftsbehörde einbeziehen.»

107 Botschaft (Fn. 3), S. 7012.

108 BGHZ 154, 205 ff.

dividuell – also aus den Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen des Patienten – zu ermitteln ist.

F. Abschliessende Bemerkungen

Ein Entscheid für die Verbindlichkeit der Patientenverfügung, ist zwar angesichts des kontroversen Themas mutig und basiert auf einer Reihe von Argumenten, die man im Wesentlichen als anti-paternalistisch bezeichnen könnte¹⁰⁹ und den Schutz der autonomen Entscheidung des Patienten in den Vordergrund stellen. Ziel dieser Arbeit war aber nicht eine Auseinandersetzung mit diesen Argumenten, sondern die Darlegung von inneren Wertungswidersprüchen in der geplanten Regelung der Patientenverfügung. Denn im Entwurf zur Revision des Vormundschaftsrechts entsteht ein Stufenverhältnis der Berücksichtigung von Patientenverfügung, mutmasslichem Patientenwillen und objektiven Interessen, das dem expliziten Willen des Gesetzgebers – das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu fördern – entgegensteht. Die Patientenverfügung wird als verbindliche Anweisung für den Arzt propagiert, erweist sich aber als blosses Indiz für den mutmasslichen Willen. Da es auch ohne Patientenverfügung auf den mutmasslichen Willen des Patienten ankommt, darf man durchaus bezweifeln, ob die Patientenverfügung in dieser Ausgestaltung überhaupt einer gesetzlichen Regelung bedurft hätte. Denn schon bisher war anerkannt, dass schriftliche Äusserungen ein wesentliches Indiz für die Eruierung des mutmasslichen Willens sind. Auch in Vertretungsverhältnissen erfolgt eine deutliche Abkehr vom Willensprinzip. Soweit dort nicht der mutmassliche Wille des Patienten massgeblich sein soll, sondern objektive Interessen eine Rolle spielen, ist dies ein Rückschritt vom Freiheits- zum Fürsorgemodell, von dem man glaubte, sich verabschiedet zu haben. Besonders prekär ist, dass die Gesetzesformulierung und insbesondere die Ausführungen in der Botschaft den Patienten und Ärzten eine Rechtslage und Rechtssicherheit suggerieren, die tatsächlich nicht besteht.

Zusammenfassung

Im neuen Erwachsenenschutzrecht wird erstmals die Patientenverfügung einheitlich für die ganze Schweiz geregelt. Von entscheidender Bedeutung ist hierbei die Klärung der Frage, ob die Patientenverfügung verbindlich gelten soll oder ob sie nur ein Indiz für den mutmasslichen Willen des Patienten ist. In diesem Aufsatz wird gezeigt, dass das neue Gesetz diese Grundsatzfrage nicht kohärent beantwortet und sich vielmehr in Wertungswidersprüchen verstrickt. Den Patienten und Ärzten wird eine Rechtslage und Rechtssicherheit suggeriert, die tatsächlich nicht

109 Vgl. Botschaft (Fn. 3), S. 7033; vgl. ausführlich dazu Sternberg-Lieben (Fn. 14), S. 1192 ff.

vorliegt und das Gesetz führt ein Stufenverhältnis der Berücksichtigung von Patientenverfügung, mutmasslichem Patientenwillen und objektiven Interessen ein, das dem expliziten Willen des Gesetzgebers – das Selbstbestimmungsrecht zu fördern – entgegensteht. Unsere Argumentation zeigt unter anderem, dass die Patientenverfügung in der Botschaft zwar als verbindliche Anweisung für den Arzt propagiert wird, sich aber als blosses Indiz für den mutmasslichen Willen erweist. Da nach dem Gesetz in Vertretungsverhältnissen nicht der mutmassliche Wille des Patienten massgeblich sein soll, sondern vor allem objektive Interessen eine Rolle spielen, ist zudem ein Rückschritt vom Freiheits- zum Fürsorgemodell zu konstatieren, von dem man glaubte, sich verabschiedet zu haben.

Résumé

Dans le nouveau droit de la protection de l'adulte, les directives anticipées du patient sont pour la première fois réglées de manière complète et uniforme pour toute la Suisse. En l'occurrence, le législateur a dû se prononcer sur la question de savoir si les directives anticipées du patient doivent être considérées comme étant contraignantes ou si elles ne sont qu'un indice pour établir la volonté présumée du patient. Cet article démontre que la nouvelle loi ne répond pas de manière cohérente à cette question fondamentale et qu'elle s'empêtre dans des contradictions. En fait, la nouvelle loi suggère une situation et une sécurité juridique qui n'existent pas réellement et elle introduit un rapport entre directives anticipées du patient, volonté présumée et intérêts objectifs, qui s'oppose à la volonté explicite du législateur de promouvoir le droit de la personne de disposer d'elle-même. Notre argumentation démontre, entre autres, que le Message concernant la révision du code civil qualifie les directives anticipées du patient en tant qu'instructions contraignantes pour le médecin, mais qu'en vérité elles se révèlent n'être qu'un indice pour établir sa volonté présumée. En outre, vu que selon la nouvelle loi ce n'est pas la volonté présumée du patient mais plutôt les intérêts objectifs qui régissent les situations de représentation, on constate une régression d'un principe de liberté individuelle à un modèle paternaliste.