

Eric Hemmerling

Der Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten

Eric Hemmerling

Der Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten

Dissertatio

Editions Weblaw, Bern 2020

Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft der
Juristischen Fakultät der Universität Basel.

Basler Dissertation 2019

O	Codex
I	Commentatio
II	Colloquium
III	Dissertatio
IV	Doctrina
V	Liber amicorum
VI	Magister
VII	Monographia
VIII	Thesis
IX	Scriptum
X	Anthologia

Editions Weblaw

Bestellung und Vertrieb Schweiz: Weblaw AG, Bern

Bestellung und Vertrieb international: Nova MD GmbH, Vachendorf

ISBN 978-3-96698-610-6 (Print)

ISBN 978-3-03916-007-5 (E-Book)

© Editions Weblaw, Bern 2020

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Cover: Maria Rehli, Weblaw AG

DANKSAGUNG

Ich danke

meiner Mutter und meiner Verlobten, ohne deren Unterstützung mein Doktorat auf diese Weise nicht möglich gewesen wäre,

Frau Prof. Dr. iur. Grischa Merkel für die Übernahme der Erstbetreuung meines Doktorats, ihre fachlichen und persönlichen Ratschläge und ihr grosses Engagement in meiner Sache,

Herrn Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat, für die Übernahme der Zweitbetreuung meines Doktorats und Herrn Dr. iur. Patrick Fassbind, Advokat, für die Vornahme der externen Expertise,

Frau lic. iur. Barbara Lind, Fachanwältin SAV Familienrecht, für die Durchsicht dieser Dissertation, ihre Kritik und Anmerkungen an derselben und die interessanten und hilfreichen Diskussionen am Mittagstisch.

INHALTSVERZEICHNIS

Danksagung.....	V
Literaturverzeichnis	XIII
Verzeichnis aufgeführter Entscheidungen	XXXI
Materialverzeichnis.....	XXXIII
Zeitungartikel- und Internetquellenverzeichnis.....	XXXVII
Einleitung.....	1
A. Der minimale Bewusstseinszustand aus medizinischer Sicht.....	2
I. Charakteristika des minimalen Bewusstseinszustandes	3
1. Schmerzempfindungsfähigkeit.....	3
2. Bewusstsein.....	6
a) Bewusstsein in der Medizin und dessen Feststellung	6
b) Einschränkung des Bewusstseins.....	8
II. Prognose des minimal bewussten Patienten	11
III. Abgrenzung zum Wachkoma.....	13
IV. Relevante Behandlungen für den minimal bewussten Patienten	15
V. Zwischenfazit	16
B. Der Behandlungsabbruch bei Patienten im minimalen Bewusstseinszustand	17
I. Definition des Behandlungsabbruchs.....	17
1. Abbruch lebenserhaltender Massnahmen	18
2. Unmittelbare und mittelbare lebenserhaltende Massnahmen	19
3. Folge des Behandlungsabbruchs beim minimal bewussten Patienten	20
II. Ethische Erwägungen zum Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten	22
1. Moralische Schutzwürdigkeit des minimal bewussten Patienten	22
a) Subjektivität.....	22

b) Potential	26
aa) Assoziative Variante	27
bb) Ontologische Variante	29
cc) Psychologische Variante	31
2. Selbstbestimmungsrecht	33
3. Zwischenfazit	37
III. Strafrechtliche Einordnung des Behandlungsabbruchs	37
1. Begriffserläuterung der Sterbehilfe	38
2. Passive und aktive Sterbehilfe	39
3. Behandlungsabbruch als Tun oder Unterlassen	42
a) Unterschied zwischen dem Abbruch einer unmittelbaren und mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme	42
aa) Ausgangslage: Der naturalistische Unterschied	43
bb) Kausalverläufe	46
cc) Moralische Äquivalenz eines Tuns und eines Unterlassens	48
dd) Zwischenfazit	49
b) Behandlungsabbruch als normatives Tun	50
aa) Exkurs: Teleologische Reduktion des Art. 114 StGB	52
bb) Exkurs: Ablehnung der Einwilligungsschranke	54
c) Behandlungsabbruch als normatives Unterlassen nach dem Schwerpunkt seiner Vorwerfbarkeit	55
d) Behandlungsabbruch unter Berücksichtigung sog. Organisationskreise	57
e) Zwischenfazit	62
4. Behandlungsabbruch als mittelbare Selbsttötung	63
5. Behandlungsabbruch als eigene Rechtsfigur	66
6. Zwischenfazit	70
IV. Garantenstellung	71
1. Behandlungsvertrag	71
2. Gesetzliche Behandlungspflichten	73

3. Ingerenz	75
4. Zwischenfazit	77
V. Begrenzung der Garantenpflicht	77
1. Menschenwürde.....	78
2. Aussichts- und Wirkungslosigkeit.....	79
3. Rationalisierung.....	82
4. Unzumutbarkeit	83
5. Zwischenfazit	85
C. Das Behandlungsveto gegen die lebenserhaltende Behandlung im minimalen Bewusstseinszustand	85
I. Disponibilität über das eigene Leben	86
II. Behandlungsveto im Generellen.....	87
III. Behandlungsveto mittels einer Patientenverfügung.....	88
1. Urteilsfähigkeit	89
a) Grundsätzliches	90
b) Aufklärung über den Behandlungsabbruch.....	93
aa) Grundlagen der Aufklärungspflicht und der Aufgeklärtheit.....	93
bb) Aufklärungspflicht und Aufgeklärtheit hinsichtlich des Behandlungsvetos.....	94
cc) Aufklärungsverzicht.....	96
dd) Umfang der Aufgeklärtheit hinsichtlich des Behandlungsvetos.....	97
2. Bestimmtheit als Voraussetzung der Verbindlichkeit der Patientenverfügung.....	99
a) Aufgeklärtheit	102
b) Konkreter Inhalt der Patientenverfügung hinsichtlich des Behandlungsabbruchs beim minimal bewussten Patienten	103
aa) Antizipation des minimalen Bewusstseinszustandes	103
bb) Anordnung des Behandlungsabbruchs.....	107

c)	Vergleich mit bestehenden Vorlagen.....	108
d)	Verbindlichkeit der Patientenverfügung.....	111
aa)	Verstoss gegen gesetzliche Vorschriften	112
bb)	Begrenzung des Gegenstandsbereichs der Patientenverfügung?	114
cc)	Divergenz zum mutmasslichen Willen.....	115
3.	Exkurs: Allfällige Reduktion der Bewusstseinsbeschränkung.....	117
a)	Ethische Perspektive	117
b)	Anordnung der Behandlung	118
4.	Notwendigkeit der Anordnung einer Schmerztherapie in einer Patientenverfügung?.....	120
5.	Hinterlegung der Patientenverfügung.....	122
6.	Strafrechtsdogmatische Einordnung der Patientenverfügung.....	123
7.	Zwischenfazit	124
IV.	Behandlungsveto des Vertreters in medizinischen Angelegenheiten	126
1.	Patientenvertreter.....	126
2.	Zulässigkeit des stellvertretenden Behandlungsvetos	130
3.	Mutmasslicher Wille.....	132
a)	Funktionen des mutmasslichen Willens	132
b)	Bestimmung des mutmasslichen Willens.....	133
aa)	Definition des Willens und die Abgrenzung vom Bedürfnis.....	134
bb)	Aufklärung des Patientenvertreters.....	137
cc)	Eruierung des mutmasslichen Willens	140
dd)	Natürlicher Wille als Vetorecht des urteilsunfähigen Patienten?.....	144
4.	Interessen des Patienten.....	146
a)	Lebenserhaltungs- und Gesundheitsinteresse	147
b)	Würde.....	149
c)	Zwischenfazit.....	150

5.	Verhältnis zwischen dem mutmasslichen Willen und den objektivierten Interessen des Patienten	150
6.	Strafrechtsdogmatische Einordnung des stellvertretenden Behandlungsvetos	152
a)	Notstandshilfe	152
b)	Stellvertretender Entscheid als mutmassliche Einwilligung des Betroffenen	154
c)	Selbstständige strafrechtliche Wirkung der stellvertretenden Entscheidung	155
7.	Zwischenfazit	156
V.	Entscheidung des Arztes in dringlichen Fällen	156
1.	Dringlichkeit	156
2.	Zulässigkeit des Behandlungsvetos des Arztes?	158
3.	Strafrechtsdogmatische Einordnung der Entscheidung des Arztes zur Aufnahme lebenserhaltender Massnahmen	161
D.	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes	162
I.	Fallgruppe 1: Strafrechtliche Konsequenzen bei Verletzung der Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts	163
II.	Fallgruppe 2: Verhalten im Irrtum über die (Un-) Verbindlichkeit einer Willenserklärung	166
1.	Einordnung des Irrtums	167
2.	Vermeidbarkeit des Irrtums	168
3.	Zwischenfazit	171
E.	Ein Vorschlag zur gesetzlichen Regelung des Behandlungsabbruchs	172
	Schluss	177

LITERATURVERZEICHNIS

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors bzw. der Autoren sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

AEBI-MÜLLER REGINA E., Vertretung bei medizinischen Massnahmen, in: Fountoulakis Christiana/Affolter-Fringeli Kurt/Biderbost Yvo/Steck Daniel (Hrsg.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2016, S. 133–146 (zit. AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch)

DIESELBE, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, in: Jusletter 22. September 2014 (zit. AEBI-MÜLLER, Jusletter)

DIESELBE, Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, in: ZBJV 149 (2013), S. 150–178 (zit. AEBI-MÜLLER, ZBJV)

ANGEHRN EMIL, Das Leiden und die Philosophie, in: Hühn Lore (Hrsg.), Die Ethik Arthur Schopenhauers im Ausgang vom Deutschen Idealismus, Würzburg 2006, S. 119–132

ARISTOTELES/WOLF URSULA (Hrsg.), Nikomachische Ethik, 5. Auflage, Reinbeck 2015

BAUMANN MAX, Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung, in: ZVW 2005, S. 58–69

BEN-HAIM SHARONA/ASAAD WAEEL F./GALE JOHN T./ESKANDAR EMAD N., Risk Factors for Hemorrhage During Microelectrode-Guided Deep Brain Stimulation and the Introduction of an Improved Microelectrode Design, in: Neurosurgery 64 (April 2009), S. 754–763 (zit. BEN-HAIM et al.)

BENDER ANDREAS/JOX RALF J./GRILL EVA/STRAUBE ANDREAS/LULÉ DOROTHÉE, Wachkoma und minimaler Bewusstseinszustand, in: Deutsches Ärzteblatt JG. 112/Heft 14 (3. April 2015), S. 235–246 (zit. BENDER et al.)

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, OFK, N. ... zu Art. ... BV)

BIRNBACHER DIETER, Selbstmord und Selbstmordverhütung aus ethischer Sicht, in: Leist Anton (Hrsg.), Um Leben und Tod – Moralische Probleme bei Abtreibung, künst-

licher Befruchtung, Euthanasie und Selbstmord, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2016, S. 132–156

BLEYER BERNHARD/PAWLIK MICHAEL, In dubio pro vita – oder doch nicht? Zur ethischen Rechtfertigung der Therapiedurchführung bei unbekanntem Patientenwillen, in: Bayerisches Ärzteblatt 12 (2013), S. 664–666

BOENTE WALTER, Zürcher Kommentar, Art. 360–387 ZGB, Der Erwachsenenschutz – Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen, Zürich 2015 (zit. BOENTE, ZK, N. ... zu Art. ...)

BOLLER MARCEL, Rechtsstaat und Rechtsweggarantie – Die Rekonstruktion einer materiellen Rechtsstaatsbegriffs und sein Nachweis in der US-amerikanischen Klausel des due process und der Rechtsweggarantie, in: ZStöR 245 (2016), S. 28–47

BOLY MÉLANIE/FAYMONVILLE MARIE-ÉLISABETH/SCHNAKERS CAROLINE, Perception of pain in the minimally conscious state with PET activation: an observational study, in: Lancet Neurology 7 (2008), S. 1013–1020 (zit. BOLY et al., Pain)

BOLY MÉLANIE/FAYMONVILLE MARIE-ÉLISABETH/PEIGNEUX PHILIPPE/LAMBERMONT BERNARD/DAMAS PIERRE/DEL FIORE GUY/DEGUELDRE CHRISTIAN/FANCK GEORGES/LUXEN ANDRÉ/LAMY MAURICE/MOONEN GUSTAVE/MAQUET PIERRE/LAUREYS STEVEN, Auditory Processing in Severely Brain Injured Patients – Differences Between the Minimally Conscious State and the Persistent Vegetative State, in: Archives of Neurology 61 (2004), S. 223–238 (zit. BOLY et al., Auditory)

BOLY MÉLANIE/MASSIMINI MARCELLO/GARRIDO MARTA ISABEL/GOSSERIES OLIVIA/NOIRHOMME QUENTIN/LAUREYS STEVEN/SODDU ANDREA, Brain Connectivity in Disorders of Consciousness, in: Brain Connectivity Vol. 2/No. 1 (February 2012), S. 1–10 (zit. BOLY et al., Brain)

BRAUER SUSANNE, Patientenverfügung und Demenz im neuen Erwachsenenschutzrecht aus Sicht der Ethik, in: ZKE 2011, S. 387–395

BREITSCHMID PETER, Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, in: ZVW 2001, S. 144–166

BREITSCHMID PETER/KAMP ANNASOFIA, Kommentierung der Art. 370–373 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht (Art. 1–456 ZGB) inkl. Partnerschaftsgesetz, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. BREITSCHMID/KAMP, CHK, N. ... zu Art. ... ZGB)

BRUNO MARIE-AURÉLIE/MAJERUS STEVE/BOLY MÉLANIE/VANHAUDENHUYSE AUDREY/SCHNAKERS CAROLINE/GOSSERIES OLIVIA/BOVEROUX PIERRE/KIRSCH MURIELLE/DEMERTZI ATHENA/BERNARD CLAIRE/HUSTINX ROLAND/MOONEN GUSTAVE/LAUREYS STEVEN, Functional neuroanatomy underlying the clinical subcategorization of minimally conscious state patients, in: Journal of Neurology 259/6 (2011), S. 1087–1098 (zit. BRUNO et al., Subcategorization)

BRUNO MARIE-AURÉLIE/VANHAUDENHUYSE AUDREY/THIBAUT AURORE/MOONEN GUSTAVE/LAUREYS STEVEN, From unresponsive wakefulness to minimally conscious PLUS and functional locked-in syndromes: recent advances in our understanding of disorders of consciousness, in: Journal of Neurology 258/7 (2011), S. 1373–1384 (zit. BRUNO et al., Advances)

BUCHER EUGEN, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte – insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956.

BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11–19d ZGB – Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Auflage, Bern 2017 (zit. BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. ... zu Art. ... ZGB)

BÜCHLER ANDREA/FREI MARCO, Der Lebensbeginn aus juristischer Sicht – unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs, in: Jusletter 29. August 2011

BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Kommentierung der Art. 370–373 ZGB in: Bächler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), Familienkommentar, Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. ... zu Art. ... ZGB)

DIESELBEN, Medizin /Mensch /Recht – Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 3. Auflage, Zürich 2014

CONTI CRISTIAN, Die Malaise der ärztlichen Aufklärung – Zu den Grenzen ärztlicher Aufklärungspflichten und zu den Informationspflichten des Patienten, in: AJP 2000, S. 615–629

DAMSCHEN GREGOR/SCHÖNECKER DIETER, In dubio pro embryo – Neue Argumente zum moralischen Status menschlicher Embryonen, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, Berlin/New York 2003, S. 187–268

DEMERTZI A./LEDoux D./BRUNO M. A./VANHAUDENHUYSE A./GOSSERIES O./SODDU A./SCHNAKERS C./MOONEN G./LAUREYS S., Attitudes towards end-of-life issues in disorders of consciousness: a European survey, in: Journal of Neurology 258 (2011), S. 1058–1065 (zit. DEMERTZI et al.)

DEMERTZI ATHENA/SCHNAKERS CAROLINE/PEIGNEUX PHILIPPE/LAMBERMONT BERNARD/PHILLIPS CHRISTOPHE/LANCELLOTTI PATRIZIO/LUXEN ANDRE/LAMY MAURICE/MOONEN GUSTAVE/MAQUET PIERRE/LAUREYS STEVEN, Different beliefs about pain perception in the vegetative and minimally conscious states: a European survey of medical and paramedical professionals, in: Progress in Brain Research 177 (2009), S. 329–338 (zit. DEMERTZI/SCHNAKERS et al.)

DI H. B./YU S. M./WENG X. C./LAUREYS S./YU D./LI J.Q./QIN P.M./ZHU Y.H./ZHANG S.Z./CHEN Y.Z., Cerebral response to patient's own name in the vegetative and minimally conscious states, in: Neurology 68/12 (2007), S. 895–899 (zit. DI et al.)

DI PERRI CAROL/STENDER JOHAN/LAUREYS STEVEN/GOSSERIES OLIVIA, Functional neuroanatomy of disorders of consciousness, in: Epilepsy & Behavior 30 (2014), S. 28–32 (zit. DI PERRI et al.)

DÖLLING DIETER, Gerechtfertigter Behandlungsabbruch und Abgrenzung von Tun und Unterlassen – Zu BGH, Urt. v. 25.6.2010, in: ZIS 5 (2011), S. 345–348

DONATSCH ANDREAS, Die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe, in: recht 2000, S. 141–147

DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I Verbrechenslehre, 9. Auflage, Zürich 2013

EGE GIAN, Der Behandlungsabbruch bei zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten – eine rechtfertigbare Form der aktiven Sterbehilfe? In: Andorno Roberto/Thier Markus (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2014, S. 289–318

ERBGUTH FRANK/DIETRICH WENKE, Gibt es bewusste Wahrnehmung beim apallischen Syndrom? Does Conscious Awareness Exist in the Apallic Syndrome? In: Aktuelle Neurologie Band 40 (2013), S. 424–432

ERNST CORNELIA, Die Patientenverfügung. Errichtung und gesetzlicher Inhalt, in: Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, 5, Zürich 2015

ESER ALBIN, Sterbewille und ärztliche Verantwortung – Zugleich Stellungnahme zum Urteil des BGH im Fall Dr. Wittig, in: MedR 1 (1985), S. 6–17

ETTER BORIS, Medizinalberufegesetz MedBG – Bundesgesetz vom 23. Juni 2016 über die universitären Medizinalberufe, Stämpfli Handkommentar, Bern 2006 (zit. ETTER, SHK, N. ... zu Art. ... MedBG)

EURICH JOHANNES, Eingeschränkte Menschenwürde – Unterschiedliche Menschenbilder in der Pflege und ihre Folgen für Menschen mit Demenzerkrankung, in: Pflege & Gesellschaft 13. Jahrgang (2008), Heft 4, S. 350–362

FANKHAUSER ROLAND, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, in: BJM 2010, S. 240–266 (zit. FANKHAUSER, BJM)

DERSELBE, Kommentierung der Art. 374–381 ZGB, in: Breitschmid Perter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. FANKHAUSER, CHK, N. ... zu Art. ... ZGB)

FASSBIND PATRICK, Kommentierung der Art. 360–456 ZGB, in: Kostkiewicz Jolanta Kren/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. FASSBIND, OFK, N. ... zu Art. 370 ZGB)

FELLMANN WALTER, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn Moritz W./ Poledna Thomas (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Auflage, Zürich 2007, S. 103–172 (zit. FELLMANN, *Arztrecht*)

DERSELBE, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag*, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. FELLMANN, BK, N. ... zu Art. ... OR)

FENOY ALBERT J./SIMPSON RICHARD K., Risks of common complications in deep brain stimulation surgery: management and avoidance, in: *Journal of Neurosurgery* 120 (2014), S. 132–139

GASSMANN JÜRIG, Kommentierung der Art. 370–373 und Art. 377–381 ZGB in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), *Kurzkomentar ZGB – Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Basel 2017 (zit. GASSMANN, KuKo, N. ... zu Art. ... ZGB)

GAZAREK STEFFEN/RESTLE CHRISTIAN, *Herzschrittmachernachsorge für Einsteiger*, Heidelberg 2019

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 6. Auflage, Basel 2018 (zit. BEARBEITER, BSK, N. ... zu/vor Art. ... ZGB)

GETH CHRISTOPHER, *Passive Sterbehilfe*, Diss. Basel 2010

GETH CHRISTOPHER/MONA MARTINO, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht: Verbindlichkeit, mutmasslicher Wille oder objektive Interessen? In: *ZSR* 2009, S. 155–178

GIACINO JOSEPH T./ASHWAL S./CHILDS N./CRANFORD R./JENNETT B./KATZ D. I./KELLY J. P./ROSENBERG J. H./WHYTE J./ZAFONTE R. D./ZASLER N. D., The minimally conscious state – Definition and diagnostic criteria, in: *Neurology* 58 (2002), S. 349–353 (zit. GIACINO et al., Definition)

GIACINO JOSEPH T./KALMAR KATHLEEN/WYTHE JOHN , The JFK Coma Recovery Scale-Revised: Measurement Characteristics and Diagnostic Utility, in: *Physical Medicine and Rehabilitation Vol. 85* (Dezember 2004), S. 2020–2029

GIACINO JOSEPH T. /KEZMARSKY MARY ANN/DELUCA JOHN/CICERONE KEITH D., Monitoring Rate of Recovery to Predict Outcome in Minimally Responsive Patients, in: Physical Medicine and Rehabilitation Vol. 72 (Oktober 1991), S. 897–901 (zit. GIACINO et al., Monitoring)

GILI NATASSIA, Staatlich gesteuerte Selbstregulierung am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), in: ZStÖR Band/Nr. 249, Diss. Zürich 2017

GLANNON WALTER, Neurostimulation and the Minimally Conscious State, in: Bioethics Vol. 22/No. 6 (2008), S. 337–345

GOSLINE ANNA, How does it feel to die? In: New Scientist Volume 196/Issue 2625 (13.10.2007), S. 53–57 (zit. GOSLINE, New Scientist)

DIESELBE, Man stirbt nur einmal, in: Zeit Online vom 19.10.2008, <<https://www.zeit.de/zeit-wissen/2008/06/Sterbegefuehle/komplettansicht>> (Stand: 23.02.2019; zit. GOSLINE, Zeit)

GRUBMILLER PETER, Unterlassen im Strafrecht – Eine vergleichende Darstellung der gesetzlichen Regelungen in der Schweiz und in Deutschland, Diss. Zürich 2011

GRUND KARL-ERNST, Perkutane endoskopische Gastrostomie (PEG), Indikationen, Technik, Komplikationen, in: Praxis 91 (2002), S. 892–900

GUILLOD OLIVIER/HERTIG PEA AGNÈS, Kommentierung der Art. 377–381 ZGB, in: Böhler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), Familienkommentar, Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. ... zu Art. ... ZGB)

HAAS RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, in: LBR Band/Nr. 18, Diss. Zürich 2007

HARE RICHARD M., Abtreibung und die goldene Regel, in: Leist Anton (Hrsg.), Um Leben und Tod – Moralische Probleme bei Abtreibung, künstlicher Befruchtung, Euthanasie und Selbstmord, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2016, S.132–156

HÄRING DANIEL/OLAH MIRJAM, Telemedizin und Strafrecht, in: ZStrR 130 (2012), S. 195–228

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Bern 2016

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage, Bern 2014

HAUSSENER STEFANIE, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis, Diss. Zürich 2017.

HEBERER JÖRG /BAUCH JÜRGEN/KUJATH PETER/GASTMEIER PETRA, Allgemeine Verhaltensregeln zur Vermeidung von Behandlungsfehlern, in: Bauch Jürgen/Bruch Hans-Peter/Heberer Jörg/Jähne Joachim (Hrsg.), Behandlungsfehler und Haftpflicht in der Viszeralchirurgie, Heidelberg 2011, S. 15–36

HERKNER WERNER, Psychologie, 2. Auflage, Wien 1986

HINDERLING HANS, Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin Band 57 (März 1966), S. 2–12

HIRSCHBERG RON/GIACINO JOSEPH T., The Vegetative and Minimally Conscious States: Diagnosis, Prognosis and Treatment, in: Neurol Clin 29 (2011), S. 773–786

HOLZHAUER HEINZ, Die Patientenverfügung des deutschen Rechts, in: FamPra 2005, S. 233–249

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/JAKOB DAVID, Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung – III. Das Rechtsinstitut der Patientenverfügung, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012, Bern 2012

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/WITTWER JULIA, Erbrechtliche Verfügungsmöglichkeiten bei Pflegebedürftigkeit, Krankheit oder Altersschwäche der verfügenden Person, in: Pflegerecht 2013, S. 194–207

HU XIAOWU/JIANG XIUFENG/ZHOU XIAOPING/HAO BIN/WANG LAIXING/CAO YIQUN/LIANG JINCHUAN/JIN AIGUO/LIU JIANMIN, Risks of intracranial hemorrhage in patients with Parkinson's disease receiving deep brain stimulation and ablation, in: *Parkinsonism and Related Disorders* 16 (2010), S. 96–100 (zit. HU et al.)

JAKOBS GÜNTHER, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, Berlin/New York 2011 (zit. JAKOBS, AT)

DERSELBE, Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen), in: Schütz Harald/Kaatsch Hans-Jürgen/Thomsen Holger (Hrsg.), *Medizinrecht – Psychopathologie – Rechtsmedizin – Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin*, Festschrift für Günter Schewe, Berlin 1991, S. 72–80 (zit. JAKOBS, FS Schewe)

JENAL FLORIAN, Indirekte Sterbehilfe – Gebotener Dienst am Patienten oder strafbare Tötung auf Verlangen? In: *ZStrR* 134 (2016), S. 100–125

JENNETT BRYAN/PLUM FRED, Persistent vegetative State after Brain Damage – A Syndrome in Search of a Name, in: *The Lancet* Volume 229, Issue 7753 (1. April 1972), S. 734–737

JOERDEN JAN C., Zum Kausalitätsargument bei Töten und Sterbenlassen, in: Bormann Franz-Josef (Hrsg.), *Lebensbeendende Handlungen – Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von „Töten“ und „Sterbenlassen“*, Berlin/Boston 2017, S. 275–296

JOX RALF J./HESSLER HANS-JOACHIM/BORASIO GIAN D., Entscheidungen am Lebensende, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, in: *Nervenarzt* Band 79 (2008), S. 729–739

KAMINSKY CARMEN, *Embryonen, Ethik und Verantwortung – Eine kritische Analyse der Statusdiskussion als Problemlösungsansatz angewandter Ethik*, Diss. Bochum/Tübingen 1998

KANT IMMANUEL, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Valentiner Theodor (Hrsg.), Stuttgart 1961/2008, Original: 1785

KAHLO MICHAEL, Tun oder Unterlassen? Zur Bedeutung der Handlungsmodalität für die strafrechtliche Beurteilung der Praxis der sog. Sterbehilfe, in: Bormann Franz-Josef (Hrsg.), *Lebensbeendende Handlungen – Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von „Töten“ und „Sterbenlassen“*, Berlin/Boston 2017, S. 385–399

KIELTYKA ROBERT, Der Umgang mit Wachkoma-Patienten – Ein moraltheologischer Beitrag zu einer aktuellen Debatte, Diss Freiburg 2006

KOLLMANN-FAKLER VERENA, Prognosekriterien und Outcome der hypoxischen Hirnschädigung nach Herz-Kreislauf Stillstand, Diss. München 2011

KRONES TANJA/RICHTER GERD, Ärztliche Verantwortung: das Arzt-Patienten-Verhältnis, in: Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz, Band 51 (2008), Heft 8, S. 818–826

KUNZ KARL-LUDWIG, Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 613–630

LAMMI MICHELE H./SMITH VANESSA H./TATE ROBYN L./TAYLOR CHRISTINE M., The Minimally Conscious State and Recovery Potential: A Follow-Up Study 2 to 5 Years After Traumatic Brain Injury, in: Physical Medicine and Rehabilitation Vol. 86 (April 2005), S. 746–754 (zit. LAMMI et al.)

LANDHOLT HARDY, Pflegerecht – Band I: Grundlagen des Pflegerechts. Eine Darstellung der begrifflichen, statistischen und volkswirtschaftlichen Grundlagen und des internationalen Pflegerechts, Bern 2001

LENTZE MICHAEL J., Malnutrition (Unterernährung), in: Hoffmann Georg F./Lentze Michael J./Spranger Jürgen/Zepp Fred (Hrsg.), Pädiatrie – Grundlagen und Praxis, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg 2014, S. 256–259

LEONARDI MATILDE/SATTIN DAVIDE/RAGGI ALBERTO/ITALIAN NATIONAL CONSORTIUM ON FUNCTIONING DISABILITY IN DOCS PATIENTS, An Italian population study on 600 persons in vegetative state and minimally conscious state, in: Brain Injury 2013, S. 1–12 (zit. LEONARDI et al.)

LÜTHI ALINE, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Diss. Zürich 2014

MÄGLI URSULA GADMER, Entscheidungen über den Reanimationsstatus im Kindes- und Erwachsenenschutz, in: ZKE 2017, S. 104–125

MAJID NADJA, Die Geschäftsfähigkeit der urteilsfähigen minderjährigen Person im Bereich der Schönheitsoperationen – Rechtslage, Kritik und Postulat, in: Gauch Peter (Hrsg.), AISUF Band/Nr. 369, Diss. Zürich 2017

MARGALIT AVISHAI, Politik der Würde – Über Achtung und Verachtung, Frankfurt am Main 1999

MARKL ALEXANDRA/YU TAO/VOGEL DOMINIK/MÜLLER FRIEDEMANN/KOTCHOUBEY BORIS/LANG SIMONE, Brain processing of pain in patients with unresponsive wakefulness syndrome, in: Brain and Behavior 3/2 (2013), S. 95–103 (zit. MARKL et al.)

MASTRONARDI PHILIPPE, Kommentierung des Art. 7 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014 (zit. MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N. ... zu Art. ... BV)

McLACHLAN H. V., The ethics of killing and letting die: active and passive euthanasia, in: Journal of Medical Ethics 34 (2008), S. 636–638

MERKEL GRISCHA, Patientenautonomie und Tatherrschaft bei lebensbeendenden Entscheidungen – Orientierungshilfen auf dem schmalen Grat zwischen gebotener, erlaubter und verbotener Sterbehilfe, in: ZSR Band 137 II (2018), S. 306–374 (zit. MERKEL G.)

MERKEL REINHARD, Killing or letting die? Proposal of a (somewhat) new answer to a perennial question, in: Journal of Medical Ethics 42 (2016), S. 353–360 (zit. MERKEL R., Medical Ethics)

DERSELBE, Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung – Annäherung an ein unentdecktes Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik, in: JZ 1999 (Band 54), S. 502–511 (zit. MERKEL R., JZ)

DERSELBE, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmassliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom – Zugleich eine Besprechung von BGH NJW 1995, 204, in: ZStW 107/Heft 3 (1995), S. 545–575 (zit. MERKEL R., ZStW)

MESSLINGER KARL, Physiologie und Pathophysiologie der Schmerzentstehung, in: Manuelle Medizin 40 (2002), S. 13–21

MONA MARTINO, Wille oder Indiz für mutmasslichen Willen? Die Konzeptualisierung und strafrechtliche Bedeutung der Patientenverfügung im Kontext einer kulturübergreifenden Bioethik, in: *Ethik in der Medizin* 3 (2008), S. 248–257

MONTI MARTIN M./VANHAUDENHUYSE AUDREY/COLEMAN MARTIN R./BOLY MELANIE/PICKARD JOHN D./TSHIBANDA LUABA/OWEN ADRAIN M./LAUREYS STEVEN, Willful Modulation of Brain Activity in Disorders of Consciousness, in: *The New England Journal of Medicine*, February 18, Vol. 362/No. 7 (2010), S. 579–589 (zit. MONTI et al.)

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008

NICKEL MORITZ M., Autonomic responses to tonic pain are more closely related to stimulus intensity than to pain intensity, in: *Pain* 158/11 (2017), S. 2129–2136

NIGGLI ALEXANDER MARCEL/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1–136 StGB, 4. Auflage, Basel 2019 (zit. BEARBEITER, BSK, N. ... zu/vor Art. ... StGB)

DIESELBEN, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Auflage, Basel 2019 (zit. BEARBEITER, BSK, N. ... zu/vor Art. ... StGB)

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht – Besonderer Teil, zweiter Band, erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, Zürich 1995 (zit. OFTINGER/STARK, N. ... zu § ...)

PERRIN FABIEN/SCHNAKERS CAROLINE/SCHABUS MANUEL/DEGUELDRE CHRISTIAN/GOLDMAN SERGE/BRÉDART SERGE/FAYMONVILLE MARIE-ÉLISABETH/LAMY MAURICE/MOONEN GUSTAVE/LUXEN ANDRÉ/MAQUET PIERRE/LAUREYS STEVEN, Brain Response to One's Own Name in Vegetative State, Minimally Conscious State and Locked-in Syndrome, in: *Neurology* 63 (2006), S. 562–569 (zit. PERRIN et al.)

PETERKOVÁ HELENA, Sterbehilfe und die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, Diss. Bern 2013

PETERMANN FRANK TH., Sterbehilfe: Eine terminologische Einführung – Klärung der sprachlichen Differenzierungen, in: Schwander Ivo/Petermann Frank Th. (Hrsg.), *Ster-*

beihilfe: Grundsätzliche und praktische Fragen: Ein interdisziplinärer Diskurs, St. Gallen 2006, S. 21–44 (zit. PETERMANN, Sterbehilfe)

DERSELBE, Der Entwurf eines Gesetzes zur Suizid-Prävention, in: AJP 2004, S. 1111–1138 (zit. PETERMANN, Suizidprävention)

PLATON/EIGLER GUNTHER (Hrsg.), Phaidon – Das Gastmahl Kratylus, 6. Auflage, Tübingen 2011

POPP ANDREAS, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, in: ZStW 118 (2006), S. 639–681

ROXIN CLAUDIUS, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003 (zit. ROXIN, N. ... zu § ...)

RÜTSCHKE BERNHARD, Die Menschenwürde in der Rechtswirklichkeit – Schutz subjektiver und objektiver Würde, in: Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen – Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, S. 3 ff. (zit. RÜTSCHKE, Menschenwürde)

DERSELBE, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2009 (zit. RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen)

SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten – Geltung, Dogmatik. Inhaltliche Ausgestaltung, Habil. Bern, Bern 2001

SCHMIDL MARTINA/KOJER MARINA, Die ärztliche Sicht: Ernährung und Nahrungsverweigerung bei Hochbetagten mit fortgeschrittener Demenz – Heilsame Betreuung unheilbar demenzkranker Menschen, in: Kojer Schmidl (Hrsg.), Demenz und Palliative Geriatrie in der Praxis, 2. Auflage, Wien 2016, S. 79–92

SCHNAKERS CAROLINE/PERRIN FABIEN/SCHABUS MANUEL/HUSTINX ROLAND/MAJERUS STEVE/MOONEN GUSTAVE/BOLY MÉLANIE/VANHAUDENHUYSE AUDREY/BRUNO MARIE-AURELIE/LAUREYS STEVEN, Detecting consciousness in a total locked-in syndrome: An active event-related paradigm, in: Neurocase 15/4 (2009), S. 271–277 (zit. SCHNAKERS et al., Consciousness)

SCHNAKERS CAROLINE/VANHAUDENHUYSE AUDREY/GIACINO JOSEPH/VENTURA MANFREDI BOLY MÉLANIE/MAJERUS STEVE/MOONEN GUSTAVE/LAUREYS STEVEN, Diagnostic accuracy of the vegetative and minimally conscious state: Clinical consensus versus standardized neurobehavioral assessment, in: BMC Neurology 9/35 (2009), S. 1–5 (zit. SCHNAKERS et al., Accuracy)

SCHOCKENHOFF EBERHARD, Verantwortung für das Leben aus christlicher Sicht. Eine katholische Perspektive, <web.ev-akademie-tutzing.de/cms/get_it.php?ID=1708> (Stand: 23.02.2018; zit. SCHOCKENHOFF, Verantwortung)

DERSELBE, Lebensbeendende Handlungen: Grauzone mit verfließenden Grenzen oder kategorial unterschiedene Handlungstypen? Zur Bedeutung des Intentionalitätsarguments, in: Bormann Franz-Josef (Hrsg.), Lebensbeendende Handlungen – Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von „Töten“ und „Sterbenlassen“, Berlin/Boston 2017 (zit. SCHOCKENHOFF, lebensbeendende Handlungen)

DERSELBE, Pro Speziesargument: Zum moralischen und ontologischen Status des Embryos, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies- Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, Berlin/New York 2003, S. 11–34 (zit. SCHOCKENHOFF, Pro Speziesargument)

SCHÖNE-SEIFERT BETTINA, Ist ärztliche Suizidhilfe ethisch verantwortbar? in: Schwander Ivo/Petermann Frank Th. (Hrsg.), Sterbehilfe: Grundsätzliche und praktische Fragen: Ein interdisziplinärer Diskurs, St. Gallen 2006, S. 45–67

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/MANZONI PATRIK/STUDER DAVID/LEANZA CATIA, Was die Schweizer Bevölkerung von Sterbehilfe und Suizidbeihilfe hält, in: Jusletter 13. September 2010 (zit. SCHWARZENEGGER et al.)

SCHWEIZER RAINER J., Kommentierung des Art. 10 BV und vor Art. 7–36, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. ... zu/vor Art. ... BV).

DERSELBE, Grundrechtsfragen der Gentechnologie, in: ZBI 90 (1989), S. 397–412 (zit. SCHWEIZER, Gentechnologie)

SEELMANN KURT, Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte – Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zürich 2002, S. 569–584 (zit. SEELMANN, FS Trechsel)

DERSELBE, Kommentierung der Art. 11, vor 114 und 114 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1–110 StGB*, 3. Auflage, Basel 2013 (zit. SEELMANN, BSK (3. Aufl.), N. ... zu/vor Art. ... StGB)

SEELMANN KURT/GETH CHRISTOPHER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Basel 2016

SEIBL MAXIMILIAN, Die Bestimmtheit von Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen, in: *NJW* 45 (2016), S. 3277–3280

SHAMES JEFFRY L./RING HAIM, Transient Reversal of Anoxic Brain Injury – Related Minimally Conscious State After Zolpidem Administration: A case Report, in: *Physical Medicine and Rehabilitation Vol. 89* (February 2008), S. 386–388

SMITH EIMEAR/DELARGY MARK, Locked-in syndrome, in: *British Medical Journal* 330 (2005), S. 406–409

STENDER JOHANN/KUPERS RON/PTITO MAURICE/GJEDDE ALBERT, Unresponsive, but Aware: The Non-Behavioral Minimally Conscious State, in: *Brain Disorders and Therapy*, 3:5 (2014), S. 1–2 (zit. STENDER et al.)

STRATENWERTH GÜNTER, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Auflage, Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, AT I, N. ... zu § ...)

DERSELBE, *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 7. Auflage, Bern 2010 (zit. STRATENWERTH, BT I, N. ... zu § ...)

DERSELBE, Zum Behandlungsabbruch beim zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, in: Amelung Knut et al. (Hrsg.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie – Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003*, Heidelberg 2003, S. 893–902 (zit. STRATENWERTH, Behandlungsabbruch)

DERSELBE, Sterbehilfe, in: *ZStrR* 1978, S. 60 ff. (zit. STRATENWERTH, Sterbehilfe)

STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 3. Auflage, Bern 2013 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS, SSHK, N. ... zu Art. ... StGB)

TAG BRIGITTE, Strafrecht im Arztalltag, in: Kuhn Moritz W./Poledna Thomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, Zürich 2007, S. 669–766

TEASDALE GRAHAM/MAAS ANDREW/LECKY FIONA/MANLEY GEOFFREY/STOCCHETTI NINO/MURRAY GORDON, The Glasgow Coma Scale at 40 years: standing the test of time, in: Lancet Neurology 13 (2014), S. 844–854 (zit. TEASDALE et al.)

THOMMEN MARC, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter – Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Diss. Basel 2004

THOMSON JUDITH JARVIS, Killing, letting die, and the trolley problem, in: The Monist Volume 59/Issue 2 (01.04.1976), S. 204–217

TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER/PIETH MARK, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I – Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. Auflage, Zürich 2017

TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich 2017 (zit. BEARBEITER, SSPK, N. ... zu Art. 321 StGB)

VAN DEN BELD ANTON, Töten oder Sterbenlassen – gibt es einen Unterschied? In: Zeitschrift für Evangelische Ethik Band 35/Heft 1 (1991), S. 60–71

VAN SPYK BENEDIKT, Das Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung – Zugleich eine Untersuchung der Grundlagen und Grenzen des «informed consent» im Handlungsbereich der Forschung am Menschen, Diss. Zürich/St. Gallen 2011

VENETZ PETRA, Suizidhilfeorganisationen und Strafrecht, Diss. Zürich 2008

VOKINGER KERSTIN, Organisation der Ärzte-AG – Im Spannungsfeld zwischen staatlicher Regulierung und ärztlicher Selbstregulierung. Analyse de lege lata und Lösungsvorschläge de lege ferenda, in: ZStöR 243 (2016), S. 71–86

VOKINGER KERSTIN NOËLLE/KRONES TANJA/ROSEMANN THOMAS/STEIGER PETER, Zulässigkeit der Deaktivierung implantierter Medizinprodukte am Lebensende? In: Jusletter 28. Januar 2019

WALTER TONIO, Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 459/09, in ZIS 2 (2011), S. 76–82

WETTSTEIN ALBERT, Gesetzliche Regelung der passiven Sterbehilfe – Ein Vorschlag aus geriatrischer Sicht, in: Schweizerische Arztzeitung 82/Nr. 14 (2001), S. 716–722

WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 48, Diss. Zürich 2010

WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Honsell Heinrich et al. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 119–205 (zit. WIEGAND, Aufklärungspflicht)

DERSELBE, Kommentierung der Art. 641–645 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Auflage, Basel 2015 (zit. WIEGAND, BSK, N. ... zu Art. ... ZGB)

WIJDICKS EELCO F. M., Minimally Conscious State vs Persistent Vegetative State: The Case of Terry (Wallis) vs the Case of Terri (Schiavo), in: Mayo Clinic Proceedings 81/9 (September 2006), S. 1155–1158

WILKINSON DOMINIC/SAVULESCU JULIAN, Is it better to be minimally conscious than vegetative? In: Journal of Medical Ethics 39 (2013), S. 557–558

ZELLWEGER CAROLINE/BRAUER SUSANNE/GETH CHRISTOPHER/BILLER-ANDORNO NIKOLA, Patientenverfügungen als Ausdruck individualistischer Selbstbestimmung? Die Rolle der Angehörigen in Patientenverfügungsformularen, in: Ethik in der Medizin 3 (2008), S. 201–212

ZIEGLER LENKA, Sterben in Würde – Wertekonflikt zwischen dem Recht auf Leben und dem Recht auf Sterben – Selbstbestimmungsrecht am Lebensende, in: LBR Band/Nr. 121 (2018), S. 79–114

ZIELISNKI DIETHART, Behandlungsabbruch bei entscheidungsunfähigen Patienten – Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13.09.1994 – 1 StR 357/94, in: *Arztrecht* 7 (1995), S. 184–194

ZIMMERMANN-ACKLIN MARKUS, Euthanasie – Eine theologisch-ethische Untersuchung, Diss. Fribourg 1996, Freiburg im Breisgau 2002

VERZEICHNIS AUFGEFÜHRTER ENTSCHEIDUNGEN

Schweizerisches Bundesgericht

BGE 100 IV 155

BGE 105 II 284

BGE 108 IV 3

BGE 114 Ia 362

BGE 117 Ib 197

BGE 121 IV 18

BGE 124 III 5

BGE 124 IV 258

BGE 133 I 58

BGE 136 V 395

BGE 138 IV 13

U 256/03 vom 09.01.2004

6B_238/2009 vom 08.03.2010

2C_66/2015 vom 13.09.2016

6B_1332/2016 vom 27.07.2017

Schweizerische kantonale Gerichte

Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2005.00345 vom 17.11.2005

Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen ST.2012.155 vom 04.11.2014

Deutscher Bundesgerichtshof

zitiert nach Juris

BGH, Urteil vom 04.07.1984 – 3 StR 96/84

BGH, Urteil vom 13.09.1994 – 1 StR 357/94

BGH, Urteil vom 25.06.2010 – 2 StR 454/09

BGH, Beschluss vom 06.07.2016 – XII ZB 61/16

EGMR

Urteil des EGMR Pretty vs. The United Kingdom vom 29.04.2002, Reports of Judgments and Decisions 2002–III, S. 155 ff.

MATERIALVERZEICHNIS

Botschaften

Botschaft des Bundesrates betreffend die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26.06.1985, BBl 1985 II, S. 1009 ff.

Botschaft des Bundesrates betreffend eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I, S. 1 ff.

Botschaft des Bundesrates betreffend die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21.09.1998, BBl 1999 II, S. 1979 ff.

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Forschung an überzähligen Embryonen und embryonalen Stammzellen (Embryonenforschungsgesetz, EFG) vom 20.11.2002, BBl 2003, S. 1163 ff.

Botschaft des Bundesrates betreffend die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.06.2006, BBl 2006, S. 7001 ff.

Bericht

Sterbehilfe und Palliativmedizin – Handlungsbedarf für den Bund? Bericht des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 24.04.2006 (zit. Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin)

Richtlinien der SAMW

Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 25.11.2004, 6. Auflage, Basel 2013 (zit. SAMW, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende)

Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen, Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 24.05.2011, Basel 2011 (zit. SAMW, Feststellung des Todes)

Intensivmedizinische Massnahmen, Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 28.05.2013, 3. Auflage, Basel 2018 (zit. SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen)

Palliative Care, Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 23.05.2006, 9. Auflage, Basel 2017 (zit. SAMW, Palliative Care)

Patientenverfügungen, Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 19.05.2009, 6. Auflage, Basel 2017 (zit. SAMW, Patientenverfügungen)

Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 24.11.2005, Basel 2005 (zit. SAMW, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung)

Stellungnahmen

Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, Stellungnahme Nr. 11/2006 der NEK-CNE vom 22.09.2005, Bern 2011 (zit. NEK-CNE, Forschung an menschlichen Embryonen und Föten)

Patientenverfügung – Ethische Erwägungen zum neuen Erwachsenenschutzrecht unter besonderer Berücksichtigung der Demenz, Stellungnahme Nr. 17/2011 der NEK-CNE vom 24.02.2011, Bern/Zürich 2011 (zit. NEK-CNE, Patientenverfügung)

Ethische Überlegungen zur Forschung mit menschlichen embryonalen Stammzellen, Stellungnahme der evangelischen Kirche Westfalen vom Juni 2007, abrufbar unter: <<http://kirchenshop-westfalen.de/Ev-Kirche-von-Westfalen/Broschueren-EKvW/Weitere-Broschueren/Ethische-Ueberlegungen-zur-Forschung-mit-menschlichen-embryonalen-Stammzellen::7.html>> (Stand: 31.01.2017; zit. Stellungnahme der evangelischen Kirche Westfalen)

Standesordnung der FMH

Standesordnung der FMH vom 12.12.1996 (Stand: Februar 2018; zit. FMH-Standesordnung)

Vorlagen von Patientenverfügungen

Dialog Ethik, Patientenverfügung, 2. Auflage, Zürich 2018, <https://dialog-ethik.ch/files/Patientenverfuegung_ausfuellbar.pdf> (Stand: 23.02.2019; zit. PV Dialog Ethik)

Foederatio Medicorum Helveticorum, Patientenverfügung – Ausführliche Version, <<https://www.fmh.ch/services/patientenverfuegung.html>> (Stand: 23.02.2019; zit. PV FMH, ausführliche Version)

Foederatio Medicorum Helveticorum, Patientenverfügung – Kurzversion, <<https://www.fmh.ch/services/patientenverfuegung.html>> (Stand: 23.02.2019; zit. PV FMH, Kurzversion)

Krebsliga, Patientenverfügung der Krebsliga, 4. Auflage, Bern 2017, <<https://shop.krebsliga.ch/files/kl/webshop/PDFs/deutsch/online-patientenverfuegung.pdf>> (Stand: 23.02.2019, zit. PV Krebsliga)

Schweizerisches Rotes Kreuz, Patientenverfügung SRK, <<http://patientenverfuegung.redcross.ch/>> (Stand: 23.02.2019, zit. PV SRK)

ZEITUNGSARTIKEL- UND INTERNETQUELLENVERZEICHNIS

Zeitungsartikel

Brain stimulation partly awakens patient after 15 years in vegetative state, in: STAT vom 25.09.2017, <<https://www.statnews.com/2017/09/25/consciousness-brain-stimulation>> (Stand: 23.02.2019)

Wo beginnt Bewusstsein? In: Der Spiegel (2017), S. 104

Internetquellen

<https://shop.caritas.ch/epages/171161.sf/de_CH/?ObjectPath=/Shops/171161/Products/%22604%20100%22> (Stand: 23.02.2019)

<<https://www.exit.ch/patientenverfuegung/die-exit-patientenverfuegung>> (Stand: 23.02.2019)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz (Zürich)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBi	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid (amtliche Sammlung)
BGH	Deutsche Bundesgerichtshof
Biomedizin- konvention	Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 04. April 1997
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Diss.	Dissertation
D-StGB	Deutsches Strafgesetzbuch

E.	Erwägung
Ebd.	Ebendort
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04. November 1950 (SR 0.101)
engl.	englisch
et al.	et alii/et aliae (= und andere)
FamKomm	Familienkommentar
FamPra	Die Praxis des Familienrechts (Bern)
FMedG	Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz) vom 18.12.1998 (SR 810.11)
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum
FN	Fussnote
FS	Festschrift
GesG AG	Gesundheitsgesetz des Kantons Aargau vom 20. Januar 2009 (301.100)
GesG BL	Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 21. Februar 2008 (901)
GesG SG	Gesundheitsgesetz des Kantons St. Gallen vom 28. Juni 1979 (311.1)
GesG ZH	Gesundheitsgesetz des Kantons Zürich vom 02. April 2007 (810.1)
gl. A.	gleicher Ansicht
griech.	griechisch
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinn

i.S.e.	im Sinne einer/s
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
KuKo	Kurzkommentar
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich)
lit.	littera (= Buchstabe)
MedBG	Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (SR 811.11)
MedR	Medizinrecht (Berlin/Heidelberg)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
N.	Note
NEK-CNE	Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin – Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine
Neurol Clin	Neurologic Clinics (Amsterdam)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (SR 220)
Pflegerecht	Pflegerecht – Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie (Bern)
Praxis	Schweizerische Rundschau für Medizin /Revue suisse de la médecine (Bern)

recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SHK	Stämpflis Handkommentar
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSHK	Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar
SSPK	Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311)
TxG	Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 08. Oktober 2004 (SR 810.21)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR.0.103.2)
Vol.	Volume
vs.	versus
VVK	Verordnung über die Versichertenkarte für die obligatorische Krankenpflegeversicherung vom 14.02.2007 (SR.832.105).
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Giessen)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar

ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStöR	Züricher Studien zum öffentlichen Recht (Zürich)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen (Zürich)

EINLEITUNG

Fragen der Sterbehilfe werden sowohl in Wissenschaft als auch Politik kontinuierlich diskutiert. Die vorliegende Arbeit soll sich konkret auf den Abbruch lebenserhaltender Massnahmen beim minimal bewussten Patienten konzentrieren.

Der minimale Bewusstseinszustand ist ein Zustand der Bewusstseinsbeschränkung, welcher noch nicht lange Gegenstand der medizinischen Forschung ist.¹ Es wird dargelegt, dass sich dieser Zustand in wesentlichen Punkten von bisher in der strafrechtlichen Lehre diskutierten Zuständen, wie beispielsweise dem Wachkoma, unterscheidet. Zuerst müssen dazu die entsprechenden medizinischen Forschungsergebnisse aufgezeigt werden. Daraufhin wird die ethische Relevanz dieser Unterschiede diskutiert. Schliesslich können sie in die normative Betrachtung des Abbruchs lebenserhaltender Massnahmen einfließen. Die Unterschiede werden insbesondere dort relevant, wo die Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs zur Diskussion steht, welcher ohne den entsprechenden Willen des betroffenen Patienten durchgeführt wird.

In der schweizerischen und deutschen Lehre und Rechtsprechung wurden diverse Ansätze entwickelt und diskutiert, wie dieser Behandlungsabbruch strafrechtlich erfasst werden soll. Diese Ansätze werden in der vorliegenden Arbeit erläutert und hinterfragt. Dabei soll insbesondere auf die Problematik eingegangen werden, ob einerseits das Abschalten eines Beatmungsgerätes normativ als Handlung und andererseits das Nichtfortführen einer Mund-zu-Mund Beatmung als Unterlassung gewertet werden können, was zur Konsequenz hätte, dass zwei Behandlungsabbrüche normativ unterschiedlich behandelt würden. Anschliessend daran steht zur Diskussion, unter welchen Voraussetzungen der Behandlungsabbruch zulässig ist.

Wird die Prämisse zugrunde gelegt, dass ein Patient seine lebenserhaltenden Massnahmen abbrechen lassen darf, müssen Möglichkeiten erläutert werden, wie der minimal bewusste Patient, als kommunikationsunfähige Person,² seinen Willen übermitteln kann. Im Zentrum stehen dabei die mit der Revision des Erwachsenenschutzrechtes bundesrecht-

¹ GIACINO et al., Definition, S. 349.

² BOLY et al., Pain, S. 1013.

lich kodifizierte Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB) und der Entscheid des Vertreters in medizinischen Angelegenheiten (Art. 378 Abs. 3 ZGB). Nachdem es das Bestreben dieser Revision war, eine grundsätzlich verbindliche Patientenverfügung normativ zu verankern, ist insbesondere zu klären, welche Anforderungen an deren materiellen Inhalt zu legen sind. Mit Bezug auf den Entscheid des Vertreters in medizinischen Angelegenheiten ist aufzuzeigen, anhand welcher Kriterien dieser entscheiden muss und wie er allenfalls einander zuwiderlaufende Entscheidungsgrundlagen abwägen soll.

Das Zusammenspiel zwischen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes beim Behandlungsabbruch und den erwachsenenschutzrechtlichen Instrumenten zur Übermittlung des Willens des urteilunfähigen Patienten kann zu diversen rechtlichen Unklarheiten führen. Im letzten Teil der vorliegenden Arbeit sollen daher einige beispielhafte Probleme aufgezeigt und diskutiert werden.

Als Fazit dieser Arbeit soll, basierend auf den gewonnen Erkenntnissen und Schlüssen, eine konkrete Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vorgeschlagen werden.

A. DER MINIMALE BEWUSSTSEINSZUSTAND AUS MEDIZINISCHER SICHT

Der minimale Bewusstseinszustand (engl. „minimally conscious state“³) ist erst seit wenigen Jahren Diskussionsgegenstand der medizinischen Forschung. In Untersuchungen von vermeintlichen Wachkomapatienten fiel auf, dass gewisse Patienten neurologische Befunde aufwiesen, die nicht zu den klassischen Kriterien eines Wachkomas (engl. „vegetative state coma“) passten.⁴ Aus diesem Grund wurde ein neuer medizinischer Zustand definiert, der sich vom vegetativen Koma abgrenzt.⁵

Um die konkreten juristischen Themen behandeln zu können, die aus dieser Differenzierung resultieren, müssen die biologischen Eigenschaften des minimalen Be-

³ Statt vieler GIACINO et al., Definition, S. 349 ff.

⁴ GIACINO et al., Definition, S. 349. In der deutschen Sprache wird das Wachkoma auch als „apallisches Syndrom“ oder als „Syndrom reaktionsloser Wachheit“ (engl. unresponsive wakefulness syndrome) bezeichnet: BENDER et al., S. 235.

⁵ GIACINO et al., Definition, S. 349 ff.

wusstseinszustandes erläutert werden. In diesem Kapitel wird daher zum einen auf die medizinische Definition des minimalen Bewusstseinszustandes eingegangen und zum anderen darauf, wie er bei einem Patienten festgestellt werden kann und wie die Prognose eines minimal bewussten Patienten aussehen kann. Schliesslich wird erläutert, wie der minimale Bewusstseinszustand sich vom Wachkoma unterscheidet und auf welche Behandlungen ein minimal bewusster Patient angewiesen ist. Die strafrechtliche Einordnung des Abbruchs der Behandlungen, die nötig sind, um den minimal bewussten Patienten am Leben zu halten, wird Gegenstand des nächsten Kapitels sein.

I. Charakteristika des minimalen Bewusstseinszustandes

Der minimale Bewusstseinszustand wird anhand von Schmerzempfindungsfähigkeit und Bewusstseinsfähigkeit der betroffenen Patienten klinisch diagnostiziert, weshalb diese Charakteristika zunächst erläutert werden.

1. Schmerzempfindungsfähigkeit

Empfindungsfähigkeit bedeutet insbesondere, dass ein Mensch Schmerzen empfinden kann. Während jedoch ein ansprechbarer Patient seinem Arzt sagen kann, ob und wo er Schmerzen empfindet, ist ein minimal bewusster Patient nicht konsistent und verlässlich ansprechbar.⁶ Weil der minimal bewusste Patient seine Empfindung von Schmerzen nicht mitteilen kann, muss diese auf einem anderen Weg festgestellt werden. Empfindet ein Mensch Schmerzen, zeigt er in der Regel diverse unwillkürliche Reaktionen. So kann es beispielsweise sein, dass selbst bei nicht ansprechbaren Patienten ein Öffnen der Augenlider, eine erhöhte Atemfrequenz, Herzschlagrate und/oder Blutdruck und manchmal sogar ein Verziehen des Gesichts oder ein Verhalten, das dem Weinen ähnlich sieht, beobachtet werden können.⁷

⁶ BOLY et al., Pain, S. 1013. Eingehend zum Bewusstsein siehe unten, A I 2.

⁷ DEMERTZI/SCHNAKERS et al., S. 330.

Diese Reaktionen sind aber nicht eindeutig. Sie wurden etwa auch bei anenzephalen Neugeborenen⁸ beobachtet, obwohl davon ausgegangen wird, dass diese keine Schmerzen empfinden.⁹ Zudem kann es sein, dass der Patient bis zu einem solchen Grad paralysiert ist, dass er in seinem Körper eingeschlossen scheint (sog. „locked-in syndrome“).¹⁰ In diesem Fall mag ein Patient zwar Schmerzen empfinden, jedoch nach aussen nur wenige oder gar keine entsprechenden Reaktionen zeigen. Eine Untersuchung aus dem Jahr 2017 legt ausserdem nahe, dass die Herzschlagrate nicht eindeutig mit der Schmerzintensität korreliert.¹¹ Dieselbe Untersuchung kommt darüber hinaus zu dem Schluss, dass gewisse physiologische Reaktionen eher mit der Intensität der Stimulation eines Reizes (in jenem Fall Wärme) zusammenhängt als mit der Intensität des Schmerzes.¹² Das Abstellen auf die obengenannten Reaktionen eines Patienten, um bei ihm eine Schmerzempfindung festzustellen, ist also nicht verlässlich.

Neuere Ansätze untersuchen dagegen direkt das Gehirn: Die Positronen-Emissions-Tomographie (PET - engl. „positron emission tomography“) und die funktionelle Magnetresonanztomographie (fMRT - engl. „functional magnetic resonance imaging“) erlauben einen Einblick in die zerebralen Abläufe bei der Empfindung von Schmerzen.¹³ Dazu muss jedoch geklärt sein, wie die zerebralen Abläufe bei der Empfindung von Schmerzen überhaupt aussehen. Nötig ist demnach auch hier ein Vergleich zu ansprechbaren Personen: Aufgrund deren Angaben, dass sie Schmerzen empfinden, und der gleichzeitigen Untersuchung ihres Gehirns, konnten aktive Gehirnareale identifiziert werden. Es liegt demnach nahe, dass diese Areale mit der Schmerzempfindungsfähigkeit zusammenhängen.¹⁴

⁸ Ein Kind, welches, abgesehen vom Hirnstamm, ohne Gehirn und Schädeldecke geboren wurde: MERKEL R. ZStW, S. 565.

⁹ DEMERTZI/SCHNAKERS et al., S. 330.

¹⁰ SMITH/DELARGY, S. 406 ff.

¹¹ NICKEL et al., S. 4 und 6.

¹² NICKEL et al., S. 4 und 6.

¹³ DEMERTZI/SCHNAKERS et al., S. 331.

¹⁴ Zum Ganzen BOLY et al., Pain, S. 1018. Dabei gibt es kein eigentliches Schmerzzentrum, aber zwei Gehirnareale, die insbesondere mit der Schmerzempfindung in Verbindung stehen: DEMERTZI/SCHNAKERS et al., S. 331.

Auf dieser Grundlage ist es möglich, auch bei nicht ansprechbaren Personen anhand des Scans ihres Gehirns Aussagen zu ihrer Schmerzempfindung zu machen. So hat eine Untersuchung ergeben, dass eine Stimulation des Mediannervs (engl. „median nerve“), welche von einer gesunden Kontrollgruppe als „schmerzhaft“ beschrieben wurde, bei minimal bewussten Patienten die gleichen Gehirnareale, welche vermutlich mit der Schmerzempfindungsfähigkeit zusammenhängen, wie bei der Kontrollgruppe aktivierte. Dies legt den Schluss nahe, dass auch Patienten im minimalen Bewusstseinszustand physiologisch in der Lage sind, Schmerzen zu empfinden,¹⁵ d.h. der Körper die entsprechenden Reize aufnehmen, übermitteln und verarbeiten kann (sog. Nozizeption).¹⁶

Dieselbe Untersuchung zeigte weiter, dass das Ausmass der Aktivierung dieser Gehirnareale bei minimal bewussten Patienten im Vergleich zur Kontrollgruppe gesamt- haft nicht signifikant geringer war. Einerseits ist es nicht ausgeschlossen, dass dieses Resultat auf den Umstand zurückzuführen ist, dass nur eine relativ geringe Zahl von minimal bewussten Patienten untersucht wurde.¹⁷ Es besteht aber andererseits auch die Möglichkeit, dass minimal bewusste Patienten nicht nur physiologisch in der Lage sind Schmerzen zu empfinden, sondern Schmerzen womöglich sogar auf ähnliche Weise und in vergleichbarem Umfang wie Menschen ohne Bewusstseins Einschränkung empfinden. Auf jeden Fall nehmen die Mitglieder dieser Forschungsgruppe an, dass zumindest ein gewisses Mass an Schmerzempfindungsfähigkeit bei den untersuchten minimal bewussten Patienten vorhanden war.¹⁸

Zusammenfassend kann also davon ausgegangen werden, dass Patienten im minimalen Bewusstseinszustand physiologisch in der Lage sind, Schmerzen empfinden zu können. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass sie diese bis zu einem gewissen Grad auch tatsächlich empfinden, ohne dies jedoch zu äussern.¹⁹

¹⁵ Zum Ganzen Boly et al., Pain, S. 1017 ff.

¹⁶ MESSLINGER, S. 14.

¹⁷ Boly et al., Pain, S. 1018.

¹⁸ Boly et al., Pain, S. 1018.

¹⁹ Auch GIACINO et al. weisen darauf hin, dass sich das behandelnde Personal über das Potential des minimal bewussten Patienten, nämlich Schmerzen zu empfinden und zu erleben, bewusst sein sollen („patient’s potential for understanding and perception of pain“): GIACINO et al., Definition, S. 352. STENDER et al. gehen zumindest davon aus, dass minimal bewusste Patienten Schmerzen empfinden: STENDER et al., S. 1 f.

2. **Bewusstsein**

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, was „minimal bewusst“ bedeuten soll. Dazu soll zunächst erläutert werden, was in der Medizin unter dem Bewusstsein verstanden wird und wie dieses festgestellt wird. Danach soll auf die Einschränkung des Bewusstseins und deren Auswirkungen eingegangen werden.

a) Bewusstsein in der Medizin und dessen Feststellung

Der Begriff des minimalen Bewusstseinszustandes suggeriert, dass bei Patienten in diesem Zustand zumindest ein geringes Mass an Bewusstsein vorhanden ist. Aus medizinischer Sicht kann das Bewusstsein jedoch nicht direkt festgestellt werden.²⁰ Medizinisch betrachtet bedeutet „Bewusstsein“, auf irgendeine Art bewusst zu sein oder zu handeln, demnach gewillkürte Reaktionen zeigen zu können. So können gewillkürte Reaktionen eines Patienten auf Reize, Aufforderungen und Ähnliches beobachtet werden, um sein Bewusstsein festzustellen.²¹

Bereits im vorangegangenen Kapitel wurde aufgezeigt, dass die Feststellung von Schmerzempfindlichkeit beim nicht ansprechbaren Patienten problematisch ist. Dies ist bei der Feststellung des Umfangs vorhandenen Bewusstseins nicht anders, womöglich sogar noch problematischer. Es kann somit auch davon ausgegangen werden, dass ein Teil der Patienten, bei denen ein Wachkoma bzw. ein vegetativer Zustand diagnostiziert wurde, tatsächlich noch bis zu einem gewissen Grad bei Bewusstsein waren oder noch sind, obwohl sie keine Verhaltensreaktionen zeigten.²² Gewisse Einschränkungen des minimal bewussten Patienten, wie beispielsweise Taubheit, Aphasie oder Lähmungen, können nämlich dafür verantwortlich sein, dass der Patient die Aufforderung zur Reaktion nicht versteht oder nicht entsprechend willkürlich reagieren kann.²³ Schliesslich ist es möglich, dass der Grad vorhandenen Bewusstseins bei einem solchen Patienten

²⁰ Das Bewusstsein kann in zwei Komponenten unterteilt werden, nämlich die Fähigkeit, sich selbst und seine Umgebung wahrzunehmen und auf diese zu reagieren („awareness“) und das Potential, diese Fähigkeit auch zu erfahren („wakefulness“): DI PERRI et al., S. 28.

²¹ BOLY et al., Brain, S. 1; DI PERRI et al., S. 28, und GIACINO et al., Definition, S. 349 f.

²² Eine Studie geht davon aus, dass bei ca. 40% der untersuchten Personen fälschlicherweise kein minimaler Bewusstseinszustand diagnostiziert wurde: SCHNAKERS et al., Accuracy, S. 1 ff.

²³ DI PERRI et al., S. 29 f.

variiert und der Test zur Feststellung des vorhandenen Bewusstseins in einem Moment erfolgte, in welchem der Patient einen sehr geringen Bewusstseinsgrad aufwies.²⁴

Doch auch hier können zerebrale Bildgebungsverfahren wie die fMRT oder PET zumindest etwas Abhilfe schaffen: In einer Untersuchung wurden Patienten während eines Bildgebungsverfahrens aufgefordert, sich eine bestimmte Bewegung vorzustellen, beispielsweise Tennis zu spielen oder zu Nicken, oder an ein bestimmtes Bild zu denken. Die spezifische neuronale Aktivität, welche während dieser Vorstellung gemessen wurde, konnte dann als Grundlage für weitere Fragen verwendet werden. Die Patienten wurden dafür allerdings aufgefordert, sich ein Nicken als *Antwort* vorzustellen. Auf diese Weise konnte tatsächlich eine Kommunikation mit einer sonst nicht ansprechbaren Person etabliert werden.²⁵ Bedauerlicherweise ist dieses Verfahren (noch) sehr unpraktisch, insbesondere weil solche Bildgebungsgeräte und die entsprechenden Verfahren sehr teuer sind und daher einem einzelnen Patienten schwerlich solche Ressourcen zugemessen werden können.²⁶ Allerdings ist anzumerken, dass auch andere Verfahren, wie beispielsweise die Verwendung der Elektrotomografie anstelle der fMRT oder PET, ein ähnliches Resultat erzielen könnten.²⁷

Das Grundproblem bleibt allerdings, dass man bei solchen Verfahren stets auf die Mitwirkung des Patienten angewiesen ist. Es kann anhand solcher Verfahren zwar eine Lähmung überbrückt werden, jedoch wurden oben noch andere mögliche Gründe angeführt, wieso ein Patient nicht mitwirken kann (beispielsweise aufgrund von Taubheit, Aphasie oder einem schwankendem Bewusstseinsgrad). Optimal wäre demnach ein Verfahren, das eben gerade nicht auf die Mitwirkung des Patienten zur Feststellung des vorhandenen Grades des Bewusstseins angewiesen ist.²⁸

²⁴ DI PERRI et al., S. 30.

²⁵ BENDER et al., S. 238, und MONTI et al., S. 580 ff.

²⁶ DI PERRI et al., S. 30.

²⁷ DI PERRI et al., S. 30 m.w.Verw., und SCHNAKERS et al., *Consciousness*, S. 271 ff.

²⁸ Zum Ganzen DI PERRI et al., S. 30.

b) Einschränkung des Bewusstseins

Bisher wurde in der vorliegenden Arbeit nur kurz angesprochen, dass Patienten im minimalen Bewusstseinszustand nicht konsistent und verlässlich ansprechbar sind.²⁹ An dieser Stelle soll vertieft werden, was das „*minimale* Bewusstsein“ aus medizinischer Sicht generell bedeutet und wie es sich konkret zeigen kann.

Um Bewusstsein festzustellen, wird, wie bereits erwähnt, grundsätzlich auf die gewillkürten Verhaltensantworten von Patienten abgestellt.³⁰ Diese Verhaltensantworten können dabei gruppiert werden. In den 1970er Jahren wurde die sog. Glasgow Coma Scale entwickelt, welcher noch heute einige praktische und wissenschaftliche Bedeutung zukommt.³¹ Grundsätzlich werden in dieser Skala die Verhaltensantworten in drei Kategorien unterteilt: Augenöffnung, verbale und motorische Antwort.³² Innerhalb einer Kategorie wird spezifischen Reaktionen des Patienten eine gewisse Anzahl von Punkten zugeordnet. Kann demnach ein Patient beispielsweise ganze Wörter aussprechen, erreicht er drei Punkte, während ein Patient, der lediglich undefinierbare Geräusche hervorbringt, nur zwei Punkte zugemessen bekommt.³³ Der vorhandene Grad des Bewusstseins eines Patienten kann mit einer solchen Skala also medizinisch quantifiziert werden.

Es wurden auch weitere Skalen entwickelt.³⁴ Insbesondere die Coma Recovery Scale – Revised (CRS-R) ist erwähnenswert. Im Vergleich zur Glasgow Coma Scale ist sie differenzierter: Sie besteht aus sechs Kategorien, statt nur drei, in denen insgesamt 23 Punkte vergeben werden können.³⁵ Zur Vermeidung einer Fehldiagnose wird daher appelliert,

²⁹ Siehe oben, A I 1.

³⁰ Siehe oben, A I 1.

³¹ Zum Ganzen TEASDALE et al., S. 844 f.

³² „Eye opening“, „verbal response“ und „best motor response“: TEASDALE et al., S. 844 f.

³³ Vgl. TEASDALE et al., S. 845.

³⁴ Für eine Übersicht siehe BRUNO et al., *Advances*, S. 1377.

³⁵ Zum Ganzen GIACINO/KALMAR/WHYTE, S. 2020 ff., insbesondere S. 2020 und S. 2029. Die sechs Kategorien sind: „auditory function“, visual function“, „motor function“, „oromotor/verbal function“, „communication“ und „arousal“: GIACINO/KALMAR/WHYTE, S. 2029.

dass für die Diagnosestellung möglichst eine solche sensitivere und differenziertere Skala verwendet werden sollte.³⁶

Die Feststellung eines in nur sehr geringem Umfang vorhandenen Bewusstseins ist besonders problematisch. Mit Hilfe von zerebralen Bildgebungsverfahren konnte in einer Studie jedoch nachgewiesen werden, dass Patienten im minimalen Bewusstseinszustand eine signifikante Aktivierung des Gehirns auf akustische Stimulation zeigen. Dies kann demnach eine Möglichkeit sein, den Grad des Bewusstseins von Patienten noch feiner zu differenzieren.³⁷ Mit Bezug auf die akustische Stimulation ist darüber hinaus erwähnenswert, dass die in einer Studie untersuchten minimal bewussten Patienten eine besondere neuronale Reaktion auf die Erwähnung ihres eigenen Namens zeigten. Dies wird so interpretiert, dass diese minimal bewussten Patienten Wörter erkennen konnten, die für sie von besonderer Bedeutung sind.³⁸ Auch wenn also ein Patient ohne Anwendung der zerebralen Bildgebungsverfahren einen scheinbar sehr geringen Grad des Bewusstseins aufweisen mag, kann es dennoch sein, dass bei diesem Patienten trotzdem eine signifikante zerebrale Funktion vorhanden ist.

Das Spektrum des Umfangs vorhandenen Bewusstseins bei Patienten im minimalen Bewusstseinszustand kann sehr stark variieren. Aus diesem Grund erscheint es durchaus sinnvoll, den minimalen Bewusstseinszustand selbst zu unterteilen. Der minimale Bewusstseinszustand kann unterteilt werden in den minimalen Bewusstseinszustand minus (-) und plus (+).³⁹ Der minimale Bewusstseinszustand - beschreibt dabei Patienten mit einem sehr geringen Umfang vorhandenen Bewusstseins. Konkret sind diese Patienten nicht in der Lage, Aufforderungen Folge zu leisten (engl. „command following“), wie beispielsweise einen Finger mit den Augen zu fixieren und zu folgen.⁴⁰ Ausschlaggebend dafür, dass man gerade die Fähigkeit, einer Aufforderung Folge leisten zu können, ausgewählt hat, ist der Umstand, dass diese Fähigkeit unterschiedliche motorische und kognitive Teilfähigkeiten voraussetzt, wie insbesondere das Verständnis

³⁶ SCHNAKERS et al., Accuracy, S. 4.

³⁷ BOLDY et al., Auditory, S. 235 ff., und DI et al., S. 897 ff.

³⁸ Zum Ganzen PERRIN et al., S. 565 ff.

³⁹ BRUNO et al., Subcategorization, S. 1088, und DI PERRI et al., S. 30.

⁴⁰ BRUNO et al., Subcategorization, S. 1088.

von Sprache (engl. „language comprehension“), ein funktionierendes Gedächtnis (engl. „memory“), den Willen zu reagieren (engl. „volition“) und die motorische Fähigkeit diesen Willen auszuführen (engl. „motor execution“).⁴¹

Zu dieser Einteilung ist anzumerken, dass eine gering vorhandene motorische Fähigkeit des minimal bewussten Patienten zu einer geringen Gesamtpunktzahl in einer Koma-Skala und damit zu einer Einteilung in den minimalen Bewusstseinszustand – führen kann. Wie soeben dargelegt wurde, ist die motorische Fähigkeit allerdings nur eine Teilfähigkeit, anhand welcher der Umfang vorhandenen Bewusstseins festgestellt wird. Wie ein Patient sich selbst und seine Umgebung wahrnimmt, hängt aber nicht von seiner motorischen Fähigkeit ab. Selbst wenn also ein Patient aufgrund seiner gering vorhandenen motorischen Fähigkeit in den minimalen Bewusstseinszustand – eingeteilt wird, sagt dies nichts darüber aus, wie bewusst der Patient seine Umgebung und sich selbst wahrnimmt. Es ist deswegen noch einmal klarzustellen, dass auch beim Patienten im minimalen Bewusstseinszustand – ein gewisser Umfang des Bewusstseins vorhanden ist.⁴²

Es wurde dargelegt, dass Patienten im minimalen Bewusstseinszustand Schmerzen empfinden könnten.⁴³ Zudem wurde soeben aufgezeigt, dass sich der minimal bewusste Patient womöglich bis zu einem gewissen Umfang selbst wahrnimmt. Dies bedeutet, dass er womöglich auch seine Schmerzen bis zu einem gewissen Umfang bewusst wahrnimmt.⁴⁴ Das bewusste Wahrnehmen eines Schmerzes geht über die bloße physiologische Schmerzempfindungsfähigkeit hinaus.⁴⁵ Der bewusst Leidende stellt nämlich einen Bezug seines Leidens her, sei es zur Wirklichkeit, zur Gesellschaft, zu seinem eigenen Glück oder Potential.⁴⁶ Er verhält sich somit „interpretierend“ zu

⁴¹ BRUNO et al., Subcategorization, S. 1096.

⁴² Zum Ganzen vgl. BRUNO et al., Subcategorization, S. 1095 f.

⁴³ Siehe oben, A I 1.

⁴⁴ BOLY et al. gehen davon aus, dass eine affektive Schmerzwahrnehmung („affective perception“) naheliegt: BOLY et al., Pain, S. 1018. ERBGUTH/DIETRICH sprechen bezüglich des Wachkomas davon, dass eine „subjektiv bewusste Schmerzwahrnehmung“ möglich erscheint: ERBGUTH/DIETRICH, S. 429.

⁴⁵ Eingehend ANGERN, S. 121 ff. m.w.Verw.

⁴⁶ ANGERN, S. 123 m.w.Verw. und Beispielen.

seinem Leiden.⁴⁷ Der minimal bewusste Patient ist in seinem Zustand zwar nicht in der Lage, einen umfangreichen Bezug seines Leidens herzustellen. Wesentlich ist aber, dass ein Patient im minimalen Bewusstseinszustand, der Schmerzen empfindet, diese und sich selbst möglicherweise *ähnlich* wahrnehmen könnte, wie es ein Mensch ohne Bewusstseins Einschränkung tut.

II. Prognose des minimal bewussten Patienten

Eine traumatische Hirnverletzung (engl. „traumatic brain injury“) kann zur Folge haben, dass eine Person in ihrem Bewusstsein eingeschränkt ist. Womöglich fällt sie ins Wachkoma und das vielleicht für den Rest ihres Lebens. Eine Verbesserung ihres Zustandes kann allerdings bedeuten, dass sie vom Wachkoma in den minimalen Bewusstseinszustand übergeht. Es kann aber auch sein, dass diese Person direkt in den minimalen Bewusstseinszustand fällt.⁴⁸

Auch wenn es noch nicht viele Daten zur Prognose des minimalen Bewusstseinszustandes gibt, so geben diverse medizinische Studien dennoch Anlass davon auszugehen, dass Patienten im minimalen Bewusstseinszustand eine realistische und vielleicht sogar gute Chance besitzen, diesen Zustand zu verlassen und vollständig zu erwachen. Dies insbesondere dann, wenn sie durch eine *traumatische* Hirnverletzung in diesen Zustand gelangt sind.⁴⁹ Es ist allerdings zu erwähnen, dass ein *Erwachen* nicht bedeutet, dass diese Patienten wieder völlig unbelastet sind. Auch wenn ungefähr die Hälfte der erwachten Patienten in einer Studie in einigen alltäglichen Aktivitäten wieder selbstständig geworden ist, ist trotzdem mit Einschränkungen zu rechnen.⁵⁰ Im Zweifel sollte also generell davon ausgegangen werden, dass minimal bewusste Patienten eine gute Prognose besitzen können, sich von ihrem Zustand zu erholen. Darüber hinaus könnte es sein, dass sie wieder ein einigermaßen normales Leben, womöglich jedoch eines mit Einschränkungen aufnehmen können.

⁴⁷ ANGERN, S. 124.

⁴⁸ Zum Ganzen GLANNON, S. 337, und HIRSCHBERG/GIACINO S. 773.

⁴⁹ GIACINO/KALMAR, S. 171 f.; HIRSCHBERG/GIACINO, S. 773; LAMMI et al., S. 753, und WILKINSON/SAVULESCU, S. 557.

⁵⁰ LAMMI et al., S. 753.

Es wurden bereits Therapieansätze entwickelt und untersucht, um diesen Heilungsverlauf zu begünstigen. Insbesondere die tiefe Hirnstimulation (engl. „deep brain stimulation“: DBS) ist erwähnenswert. Bei diesem Verfahren wird vor allem der Thalamus als zentrale und stark vernetzte Region des Gehirns mit elektrischen Impulsen stimuliert.⁵¹ Nach mehreren Monaten wiederholter Stimulationen zeigten minimal bewusste Patienten einer Studie eine deutliche Verbesserung von Verhaltensreaktionen.⁵² In diesem Zusammenhang ist auch ein Patient zu erwähnen, bei dem seit 15 Jahren ein Wachkoma diagnostiziert wurde, der jedoch infolge der Stimulation des Vagus-Nervs während eines Monats in den minimalen Bewusstseinszustand überging.⁵³

Nicht nur die elektrische Stimulation von Hirnregionen und Nerven scheint ein erfolgsversprechender Therapieansatz zu sein. Auch aus pharmazeutischer Sicht ist ein bemerkenswerter Einzelfall bekannt: Eine Patientin, bei welcher ein minimaler Bewusstseinszustand diagnostiziert wurde, war ursprünglich in der Lage, durch Augenbewegungen Aufforderungen Folge zu leisten. Ansonsten schien sie keine motorische Kontrolle mehr zu besitzen. Unter anderem konnte sie, meist jedoch ohne erkennbaren Zusammenhang, das hebräische Wort für „Ja“ aussprechen. Nach der Verabreichung des Wirkstoffes Zolpidem verbesserte sich der Zustand der Patientin innerhalb von weniger als einer Stunde dramatisch: Sie war bewusster, unwillkürliche Bewegungen hatten aufgehört und sie konnte verbal und auch schriftlich Antworten geben. Diese Verbesserung war leider nur temporärer Natur und so fiel sie innerhalb von Stunden wieder in ihren ursprünglichen Zustand zurück. Jedoch konnte diese Verbesserung täglich wieder herbeigeführt werden.⁵⁴

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass davon ausgegangen werden sollte, dass Patienten im minimalen Bewusstseinszustand eine gute Prognose auf Verlassen dieses Zustandes bzw. auf Besserung haben. Darüber hinaus gibt es bereits heute verschiedene (experimentelle) therapeutische Ansätze, um Patienten aus dem Wachkoma in den

⁵¹ Zum Ganzen GLANNON, S. 337 f. und SCHIFF/GIACINO/FINS, S. 697 f.

⁵² GLANNON, S. 342 ff., und SCHIFF/GIACINO/FINS, S. 699 f.

⁵³ Artikel „Brain stimulation partly awakens patient after 15 years in vegetative state“, in: STAT vom 25.09.2017 und Artikel „Wo beginnt Bewusstsein?“, in: Der Spiegel (2017), S. 104.

⁵⁴ SHAMES/RING, S. 386 ff.

minimalen Bewusstseinszustand zu bringen und auch, um den Zustand von minimal bewussten Patienten zumindest temporär oder sogar auch permanent zu verbessern. Weiter kann der minimale Bewusstseinszustand eine Übergangsphase darstellen: Von einem Zustand ohne Bewusstsein oder schwerst eingeschränkten Bewusstseins bis hin zu einem vollständigen Erwachen. Nötig ist daher die Überwachung und regelmässige Untersuchung solcher Patienten, um einen Übergang in einen Zustand eingeschränkten Bewusstseins oder von einem Zustand eingeschränkten Bewusstseins in den nächsten feststellen zu können.⁵⁵

III. Abgrenzung zum Wachkoma

Es wurde bereits erwähnt, dass eine Verbesserung des Zustandes eines Wachkomapatienten den Übergang in den minimalen Bewusstseinszustand bedeuten kann.⁵⁶ Daher drängt sich die Frage auf, wie sich das Wachkoma und der minimale Bewusstseinszustand unterscheiden. Dazu ist einleitend ein prominenter medizinischer Fall kurz zu erläutern: Terry Wallis wurde in einen schweren Verkehrsunfall verwickelt. Dabei erlitt er eine schwere Hirnschädigung, und es wurde ein Koma bei ihm diagnostiziert. Nach 19 Jahren fing er überraschend an zu sprechen. Manche Fachmeinungen stellten sich in der anschliessenden Diskussion auf den Standpunkt, das Gehirn des Patienten hätte sich selbst regeneriert. Andere Meinungen zweifelten daran, ob er wirklich wachkomatös gewesen war. Ob eine dieser Meinungen zutreffend ist, ist schwierig einzuschätzen, da der Patient nicht umfassend und regelmässig untersucht wurde.⁵⁷

Es wird davon ausgegangen, dass häufig bei minimal bewussten Patienten fälschlicherweise ein Wachkoma diagnostiziert wird.⁵⁸ Wie bereits erwähnt, erlauben heutige Bildgebungsverfahren zwar einen Einblick in die Gehirnaktivität,⁵⁹ weshalb solche

⁵⁵ Vgl. GIACINO et al., Monitoring, S. 897 und S. 899 f.

⁵⁶ Siehe oben, A II.

⁵⁷ WIJEDICKS, S. 1155 ff. m.w.Verw.

⁵⁸ BENDER et al. gehen von einer Fehldiagnoserate von 37-43% aus: BENDER et al, S. 236 m.w.Verw.

⁵⁹ Siehe oben, A I 2 a.

Instrumente einen wichtigen Beitrag leisten könnten, um diese Fehldiagnoserate zu senken, aber sie werden selten eingesetzt.⁶⁰

Abgesehen von der Zuverlässigkeit der Diagnose stellt sich jedoch die grundsätzliche Frage, wie der minimale Bewusstseinszustand und das Wachkoma voneinander abgegrenzt werden können. Wie bereits erwähnt, kann eine Hirnschädigung einen vorübergehenden Verlust des Bewusstseins nach sich ziehen.⁶¹ Typischerweise ist dies das Koma, ein relativ kurzer Zustand,⁶² in welchem der Patient die Augen selbst auf starke auditive oder normalerweise⁶³ schmerzhaft Reize nicht öffnet.⁶⁴ Der komatöse Patient kann in einen Zustand übergehen, in welchem er zwar die Augen geöffnet hat, jedoch kein Kontakt zu ihm hergestellt oder sonst ein Bewusstsein festgestellt werden kann. Dieser Zustand wird als Wachkoma bezeichnet (engl. „vegetative state“: VS oder neuer: „unresponsive wakefulness syndrome“: UWS).⁶⁵ Wie ebenfalls bereits erwähnt, weist dagegen der Patient im minimalen Bewusstseinszustand einen gewissen Grad des Bewusstseins auf.⁶⁶ Somit ist das Vorhandensein von Bewusstsein ein wichtiges Abgrenzungskriterium zwischen minimalem Bewusstseinszustand und Wachkoma.⁶⁷

Unklar ist jedoch, ob und inwiefern Patienten im Wachkoma Schmerzen empfinden können. Eine bereits erwähnte Untersuchung zeigte, dass auch bei Patienten im Wachkoma die Hirnareale aktiviert sein können, die mit der Schmerzempfindung in Zusammenhang gebracht werden.⁶⁸ Eine andere Untersuchung kam zu dem Ergebnis, dass die Reaktionen von Patienten im Wachkoma auf Schmerzen sehr individuell ausfallen: Während ein signifikanter Anteil der Patienten gar keine Aktivierung der betreffenden Hirnareale aufwies, wurden beim restlichen Anteil sehr unterschiedliche Befunde

⁶⁰ BENDER et al., S. 237 ff.

⁶¹ Siehe oben, A II.

⁶² JENNETT/PLUM sprechen von ca. einer Woche nach dem Trauma: JENNETT/PLUM, S. 734.

⁶³ Gemeint ist damit bei einer gesunden Person ohne Einschränkung des Bewusstseins.

⁶⁴ BENDER et al., S. 235 und JENNETT/PLUM, S. 734.

⁶⁵ Zum Ganzen BENDER et al., S. 235; BRUNO et al., *Advances*, S. 1373 ff., und JENNETT/PLUM, S. 734 f.

⁶⁶ Siehe oben, A I 2 b.

⁶⁷ BENDER et al., S. 235; GLANNON, S. 337, und HIRSCHBERG/GIACINO, S. 773. Betreffend die Feststellung des Bewusstseins siehe oben, A I 2.

⁶⁸ BOLY et al., *Pain*, S. 1017, und siehe oben, A I 1. Vgl. ERBGUTH/DIETRICH, S. 429.

festgestellt.⁶⁹ Auch wenn die Schmerzempfindungsfähigkeit von Wachkomapatienten nicht Thema dieser Arbeit ist, kann davon ausgegangen werden, dass sie unklarer und umstrittener ist, als die Schmerzempfindungsfähigkeit von Patienten im minimalen Bewusstseinszustand. Die Fähigkeit Schmerzen zu empfinden eignet sich deshalb nicht als verlässliches Abgrenzungskriterium.

Aus dem bisher Gesagten wird noch einmal deutlich, dass ein Patient, dessen Bewusstsein eingeschränkt ist, regelmässig untersucht werden sollte, um einen möglichen Übergang in einen anderen Zustand feststellen zu können.⁷⁰ Ein Wachkomapatient, bei dem bisher keine Schmerztherapie nötig war, könnte nämlich unter Umständen nun doch Schmerzen empfinden und diese womöglich bewusst wahrnehmen.

IV. Relevante Behandlungen für den minimal bewussten Patienten

Zur Erörterung der Problematik des Behandlungsabbruchs beim minimal bewussten Patienten ist auch ein Verständnis derjenigen Behandlungen erforderlich, die für einen Patienten im minimalen Bewusstseinszustand relevant sind.

Naheliegender ist, dass ein minimal bewusster Patient, der gar keine oder nur eine eingeschränkte motorische Kontrolle über seinen Körper besitzt, sich nicht selbst ernähren und hydrieren kann. Eine Studie hat gezeigt, dass ca. 85% der Patienten im minimalen Bewusstseinszustand auf künstliche Ernährung und Hydrierung angewiesen sind. Bei einem sehr grossen Anteil (78,6% aller Patienten im minimalen Bewusstseinszustand) wurde dafür eine perkutane endoskopische Gastronomie durchgeführt.⁷¹ Dabei wird ein künstlicher Zugang in den Magen des Patienten gelegt.⁷² Die übrigen künstlich ernährten minimal bewussten Patienten in dieser Studie (7.1%) wurden durch eine

⁶⁹ MARKL et al., S. 100 f.

⁷⁰ Siehe oben, A II.

⁷¹ LEONARDI et al., S. 5.

⁷² Eingehend zur perkutanen endoskopischen Gastronomie siehe GRUND, S. 892 ff.

Nasensonde ernährt.⁷³ So oder anders wird ein künstlicher Zugang in den Körper des Patienten gelegt, um ihn ernähren und hydrieren zu können.

Dieselbe Studie zeigte auch auf, dass Patienten im minimalen Bewusstseinszustand häufig auf Unterstützung bei der Atmung angewiesen sind. Unter anderem musste bei rund der Hälfte aller minimal bewussten Patienten eine Tracheotomie (Lufttröhrenschnitt) durchgeführt werden, um sie beatmen zu können.⁷⁴

Des Weiteren sind minimal bewusste Patienten aufgrund ihrer Immobilität auch auf medizinische Massnahmen in Bezug auf Inkontinenz angewiesen. Schliesslich sind auch Massnahmen gegen Schädigungen durch die dauernde Druckbelastung aufgrund des permanenten Liegens zu treffen.⁷⁵

Es zeigt sich also, dass der minimal bewusste Patient sehr häufig auf medizinische Massnahmen angewiesen ist, um sein Leben zu erhalten. Diese greifen in die physische Integrität des minimal bewussten Patienten ein.⁷⁶ Die lebenserhaltenden Massnahmen müssen kontinuierlich erbracht werden.⁷⁷ Zu nennen ist konkret die künstliche Ernährung, welche fast immer notwendig ist, und die häufig nötige künstliche Beatmung.

V. Zwischenfazit

Es ist davon auszugehen, dass minimal bewusste Patienten physiologisch in der Lage sind, Reize aufzunehmen und zu verarbeiten, und dass sie Schmerzen bis zu einem gewissen Grad empfinden können, ohne dies jedoch zu äussern. Ausserdem kann es sein, dass sie sich selbst, ihre Umgebung und ihre Schmerzen möglicherweise ähnlich wahrnehmen, wie Menschen ohne Bewusstseinseinschränkung. Der minimale Bewusstseinszustand wird in den minimalen Bewusstseinszustand – und + unterteilt. Patienten im minimalen Bewusstseinszustand – sind nicht in der Lage, einer Aufforderung Folge

⁷³ „Nasogastric tube“: LEONARDI et al., S. 5.

⁷⁴ „Tracheostomy“: LEONARDI et al., S. 5.

⁷⁵ „Decubitus ulcers“: LEONARDI et al., S. 5.

⁷⁶ Vgl. grundsätzlich BGE 117 Ib 197, E. 2a.; HAUSSENER, S. 114; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB, S. 97; KUNZ, S. 620 f.; LÜTHI, S. 77, und TAG, S. 738.

⁷⁷ JOX/HESSLER/BORASIO, S. 736.

zu leisten. Patienten im minimalen Bewusstseinszustand haben eine relativ gute Prognose auf Verlassen dieses Zustandes.

Bei Wachkomapatienten ist dagegen kein Bewusstsein vorhanden und es ist umstritten, ob sie Schmerzen empfinden können.

Minimal bewusste Patienten sind in der Regel auf künstliche Ernährung und häufig auch auf künstliche Beatmung angewiesen. Schliesslich müssen auch Massnahmen hinsichtlich der Inkontinenz und der Druckbelastung getroffen werden.

B. DER BEHANDLUNGSABBRUCH BEI PATIENTEN IM MINIMALEN BEWUSSTSEINSZUSTAND

Das Angewiesensein des minimal bewussten Patienten auf medizinische Massnahmen hat zur Folge, dass der Behandlungsabbruch den Tod des Patienten bewirkt. Nachdem zunächst auf den Abbruch dieser Massnahmen genauer Bezug genommen wird, soll dann aus ethischer Sicht erläutert werden, wieso das Leben des minimal bewussten Patienten schützenswert ist und wie der auf den Behandlungsabbruch gerichtete Wille des minimal bewussten Patienten den Abbruch gleichwohl legitimieren könnte.

Im Anschluss daran wird eine strafrechtliche Einordnung des Behandlungsabbruchs vorgenommen.

I. Definition des Behandlungsabbruchs

Der minimal bewusste Patient ist in den überwiegenden Fällen von einer kontinuierlichen medizinischen Behandlung abhängig. Konkret sind dies in den meisten Fällen die künstliche Ernährung und häufig auch die künstliche Beatmung, sowie Massnahmen hinsichtlich der Inkontinenz und der Schädigungen durch die dauernde Druckbelastung aufgrund des permanenten Liegens.⁷⁸ Zu klären ist zunächst, welche Massnahmen konkret als lebenserhaltend gelten.

⁷⁸ Siehe oben, A IV.

1. Abbruch lebenserhaltender Massnahmen

Zu den lebenserhaltenden Massnahmen werden insbesondere die künstliche Ernährung und Hydrierung sowie die künstliche Beatmung gezählt.⁷⁹ Je nach Situation zählt die SAMW noch die Sauerstoffzufuhr, Medikation, Transfusion, Dialyse und operative Eingriffe dazu.⁸⁰ Statt des Begriffs der *lebenserhaltenden* Massnahmen wird auch der der *lebensverlängernden* Massnahmen verwendet.⁸¹

Grammatikalisch impliziert der Begriff der Lebenserhaltung, dass ohne diese Massnahme Leben enden würde. So wird beispielsweise ein Patient, der nicht mehr selbst atmen kann, mit einer Beatmungsmaschine vor dem Erstickten bewahrt.⁸² Der Tod wird also durch die lebenserhaltende Massnahme abgewendet.⁸³ Fällt aber diese Beatmungsmaschine aus, sei es beispielsweise aufgrund eines Stromausfalls oder eines Defekts, und ist der betroffene Patient nicht in der Lage selbst zu atmen, dann wird dieser Patient ersticken. Solange also der Patient von lebenserhaltenden Massnahmen abhängig ist, besteht Lebensgefahr. Die Lebensgefahr ist dabei von den Bedingungen abhängig, dass der betroffene Patient noch immer auf die entsprechende lebenserhaltende Massnahme angewiesen ist und dass diese lebenserhaltende Massnahme ausfällt.⁸⁴ Die Lebensgefahr ist demnach nur *mittelbarer* Natur,⁸⁵ was bedeutet, dass ein Patient, welcher mit lebenserhaltenden Massnahmen behandelt wird, in diesem Zustand mehrere Jahre überleben kann.⁸⁶ Weiter kann mit Sicherungssystemen, wie beispielsweise Notstrom-

⁷⁹ HAUSSENER, S. 34 m.w.Verw. und TAG, S. 737 f.; Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin, S 8, und SAMW, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 12 (Kommentar zu 3.2.).

⁸⁰ SAMW, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 12 (Kommentar zu 3.2.).

⁸¹ Vgl. HAUSSENER, S. 34.

⁸² Vgl. oben, A IV.

⁸³ MERKEL G., S. 337. Vgl. BAUMANN, S. 59; ERNST, S. 1, und VOKINGER/KRONES/ROSEMAN/STEIGER, Rz. 9.

⁸⁴ Vgl. zum Ganzen MERKEL G., wonach Patienten, die mit lebenserhaltenden Massnahmen behandelt werden, sich in vielen Fällen gegenwärtig nicht in Lebensgefahr befinden, aber diese Gefahr durch einen Behandlungsabbruch wieder auflebt: MERKEL G., S. 337.

⁸⁵ Zur Definition der unmittelbaren Lebensgefahr siehe BGE 121 IV 18, E. 2a, und STRATENWERTH, BT I, N. 67 zu § 4.

⁸⁶ MERKEL G., S. 337.

aggregaten, das Ausfallrisiko minimiert werden. Die mittelbare Lebensgefahr ist somit in Anbetracht der Gesamtumstände relativ gering.

Es kann festgehalten werden, dass die künstliche Ernährung, Hydrierung und Beatmung lebenserhaltende Massnahmen darstellen. Dagegen sind die übrigen für minimal bewusste Patienten relevanten Behandlungen, insbesondere hinsichtlich Druckbelastung und der Inkontinenz,⁸⁷ zwar nötig, um eine Schädigung der physischen Integrität der Patienten zu vermeiden, sie stellen jedoch keine lebenserhaltenden Massnahmen dar.

Nur der Abbruch lebenserhaltender Massnahmen bzw. Behandlungen soll in der vorliegenden Arbeit als Behandlungsabbruch verstanden werden. Unter diese Massnahmen fallen nach dem Gesagten auf jeden Fall die künstliche Ernährung inkl. Hydrierung und die künstliche Beatmung, deren Beendigung im Folgenden näher erörtert werden soll.

2. Unmittelbare und mittelbare lebenserhaltende Massnahmen

Künstliche Ernährung und Hydrierung erfolgen durch einen äusseren Zugang in den Körper des Patienten, sei es durch eine Nasensonde oder durch eine perkutane endoskopische Gastronomie. Auch für die künstliche Beatmung wird häufig ein invasiver Eingriff durchgeführt, um einen Zugang zur Lunge zu schaffen.⁸⁸

Grundsätzlich werden lebenserhaltende Massnahmen, abgesehen von Notfallsituationen, durch Maschinen wie die Beatmungsmaschine oder mittels Geräte wie Ernährungs sonden und Infusionen durchgeführt.⁸⁹ Um diese Massnahmen zu beenden, muss die entsprechende Maschine abgeschaltet, bzw. die betreffende Zufuhr unterbrochen werden. In diesen Fällen wird vom „technischen Behandlungsabbruch“ gesprochen.⁹⁰ Jedoch ist nicht zwingend der jeweilige Abbruch technischer Natur, sondern vielmehr die abgebrochene Behandlung. Nicht eindeutig ist auch, was unter einer *technischen* Behandlung überhaupt zu verstehen ist. Ein Beatmungsbeutel ist nämlich ebenfalls

⁸⁷ Siehe oben, A IV.

⁸⁸ Zum Ganzen siehe oben, A IV.

⁸⁹ Vgl. LEONARDI et al., S. 3 ff., und LÜTHI, S. 170.

⁹⁰ Vgl. EGE S. 298 ff.; GETH, S. 29 f.; LÜTHI, S. 169, und VENETZ, S. 11.

ein Gerät und könnte daher auch als eine technische Behandlung definiert werden. Jedoch wird der Abbruch der Beatmung mittels eines Beatmungsbeutels von der strafrechtlichen Literatur nicht unter den technischen Behandlungsabbruch subsumiert.⁹¹

Wesentlich bei der Beatmungsmaschine, Ernährungssonde und Infusion ist hingegen, dass die Behandlung des Patienten nicht unmittelbar durch eine Person vorgenommen wird, sondern eben weitestgehend *selbstständig* durch die entsprechende Maschine oder das entsprechende Gerät. Diese müssen freilich durch eine Person zur Behandlung eingerichtet, überwacht, unterhalten und beispielsweise im Falle des Ernährungsbeutels auch gewechselt werden. Da aber eine Person die lebenshaltende Massnahme nicht unmittelbar am Patienten durchführt, sondern über eine Maschine oder ein Gerät weitestgehend selbstständig verrichten lässt, wird die entsprechende Behandlung in der vorliegenden Arbeit als *mittelbare* lebenserhaltende Massnahme bezeichnet werden. Mittelbar ist somit nicht die Lebenserhaltung an sich, sondern die Behandlungsweise der behandelnden Person.

Anders die lebenserhaltenden Massnahmen, die direkt durch eine Person, meist notfallmässig, durchgeführt werden wie beispielsweise die Beatmung eines Patienten mittels eines Beatmungsbeutels. Da eine solche Behandlung unmittelbar durch eine Person am Patienten durchgeführt wird, stellt sie eine *unmittelbare* lebenserhaltende Massnahme dar. Ob eine lebenserhaltende Massnahme unmittelbar oder mittelbar durchgeführt wird, hat jedoch keinen Einfluss darauf, dass sich der entsprechende Patient im Falle der Abwendung des Todes noch immer in einer mittelbaren Lebensgefahr befindet.⁹²

3. Folge des Behandlungsabbruchs beim minimal bewussten Patienten

Der betroffene Patient stirbt nach dem Abbruch der künstlichen Ernährung an Unterernährung bzw. durch den Abbruch der künstlichen Beatmung an einer Sauerstoffunterversorgung.⁹³ Der Tod durch Unterernährung tritt regelmässig erst nach Tagen

⁹¹ Vgl. EGE S. 298 ff.; GETH, S. 29 f.; LÜTHI, S. 169, und VENETZ, S. 11.

⁹² Vgl. oben, B I 1.

⁹³ Vgl. LENTZE, S. 257 f., und VOKINGER/KRONES/ROSEMANNS/STEIGER, Rz. 15.

ein. Bei einem Menschen ohne Bewusstseinseinschränkung kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass das entsprechende Hungergefühl unangenehm ist. Dies muss jedoch insoweit relativiert werden, als beispielsweise sterbende Patienten das Bedürfnis nach Ernährung und Hydrierung verlieren können und sie deshalb auch kein Hungergefühl haben.⁹⁴ Es ist fraglich, ob minimal bewusste Patienten noch ein Bedürfnis nach Ernährung und Hydrierung und damit auch die entsprechenden Hunger- und Durstgefühle haben.⁹⁵ In jedem Fall hat die Unterernährung schliesslich Folgen für das Gehirn, wodurch unter anderem ein Koma eintreten kann.⁹⁶

Auch das Gefühl zu ersticken ist zumindest unangenehm, möglicherweise sogar qualvoll. Allerdings wird die Sauerstoffunterversorgung innerhalb kurzer Zeit zur Bewusstlosigkeit führen.⁹⁷ Es bleibt also fraglich, ob und wie eine Person mit Bewusstseinseinschränkung insbesondere das Ende des Sterbeprozesses infolge Unterernährung oder Sauerstoffunterversorgung erlebt. Solange darüber keine abschliessende Klarheit besteht, sollte davon ausgegangen werden, dass der Behandlungsabbruch einen unangenehmen Tod für den minimal bewussten Patienten bedeutet.

Der minimal bewusste Patient ist womöglich in der Lage, allfällige Schmerzen zu empfinden, die der Sterbeprozess mit sich bringt.⁹⁸ Darüber hinaus ist es möglich, dass er sich selbst zu einem solchen Grad wahrnimmt, dass er auch seinen Sterbeprozess und seinen Tod ähnlich wie eine Person ohne Bewusstseinseinschränkung erlebt.⁹⁹ Insbesondere letzteres ist bei einem komatösen Patienten oder auch bei einem Patienten

⁹⁴ Zum Ganzen SCHMIDL/KOJER, S. 82.

⁹⁵ Vgl. ERBGUTH/DIETRICH, die vermuten, dass „Patienten mit schwer eingeschränktem oder verloren gegangenem Bewusstsein“ „keine unangenehmen Hunger- und Durstgefühle haben“: ERBGUTH/DIETRICH, S. 431.

⁹⁶ Vgl. LENTZE, S. 257 f.

⁹⁷ Vgl. GOSLINE, New Scientist, S. 53 ff. Für eine deutsche Übersetzung vgl. GOSLINE, Zeit.

⁹⁸ Vgl. oben, A I 1.

⁹⁹ Vgl. oben, A I 2 b.

im Wachkoma nicht anzunehmen¹⁰⁰ und lässt den Behandlungsabbruch bei minimal bewussten Patienten daher in einem ethisch anderem Licht erscheinen.

II. Ethische Erwägungen zum Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten

Weil der minimal bewusste Patient zudem eine vergleichsweise gute Prognose hat sich wieder zu erholen,¹⁰¹ ist es erforderlich, die moralische Bedeutsamkeit dieser Unterschiede zu klären. Es stellt sich damit zuerst die grundsätzliche Frage, was genau den minimal bewussten Patienten schutzwürdig machen könnte und wie sich die Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs begründen liesse.

1. Moralische Schutzwürdigkeit des minimal bewussten Patienten

Um die moralische Schutzwürdigkeit dieser Patienten zu klären, können Ansätze aus der Diskussion um den rechtlichen Status des Embryos herangezogen werden. Unter dem Embryo wird die menschliche „Frucht von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung“ (Art. 2 lit. i FMedG) verstanden. Die Kernverschmelzung bedeutet, dass sich die Zellkerne der Eizelle und des Spermiums vereint haben.¹⁰² Es ist weiter davon auszugehen, dass die Organentwicklung bis ca. zum Ende der achten Schwangerschaftswoche abgeschlossen ist.¹⁰³

a) Subjektivität

Im Rahmen der Diskussion um den rechtlichen Status des menschlichen Embryos wird u.a. als Argument angeführt, dass der Embryo als Mitglied der menschlichen Spezies besonders schutzwürdig sei, da dies für jeden Menschen gelte. Die Schutzwürdigkeit des Embryos wird demnach anhand seiner Spezieszugehörigkeit begründet¹⁰⁴ und wird

¹⁰⁰ Vgl. oben A III.

¹⁰¹ Siehe oben, A II.

¹⁰² BBI 2003, S. 1170.

¹⁰³ BBI 2003, S. 1171.

¹⁰⁴ NEK-CNE, Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, S. 41; BÜCHLER/FREI, N. 21, und RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 188 f.

gestützt auf die Verfassung, wonach Träger von Grundrechten der Mensch sein soll (vgl. Art. 7, Art. 8 Abs. 1 und Art. 10 BV, welche sich alle explizit auf den Menschen beziehen). An dieser spezieisistischen Argumentation wird jedoch zu Recht Kritik geübt, da sie offensichtlich zirkulär ist: Ein Mensch soll geschützt werden, weil er ein Mensch sei. Es muss jedoch begründet werden, inwiefern sich der Mensch von anderen Lebewesen unterscheidet und wieso diese Unterschiede moralisch relevant sein sollen.¹⁰⁵ Ähnlich problematisch ist das Argument, dass jedes menschliche Leben heilig sei, da es von Gott geschenkt wurde.¹⁰⁶

SINGER versucht diesen Speziesismus zu überwinden, indem er ihm den ethischen Grundsatz der Gleichheit aller Menschen gegenüberstellt.¹⁰⁷ SINGER kommt zu dem Schluss, dass es sich bei dem Prinzip der Gleichheit um ein „Prinzip der gleichen Interessenabwägung“ handle.¹⁰⁸ Die Beschränkung eines moralischen Wertes auf eine Spezies sieht er als Widerspruch dazu und schlägt stattdessen vor, die moralische Bedeutsamkeit des Lebens an der Leidensfähigkeit festzumachen.¹⁰⁹ Die Leidensfähigkeit sei nämlich die Grundvoraussetzung dafür, dass ein Lebewesen überhaupt Interessen haben könne und verleihe daher „den Anspruch auf gleiche Interessenabwägung.“¹¹⁰

Die Empfindungsfähigkeit könnte demnach eine mögliche Voraussetzung für die Schutzwürdigkeit des minimal bewussten Patienten sein. Ein anderer Ansatzpunkt für diese Annahme könnte aus dem Schutz der Menschenwürde resultieren. Der verfassungsrechtliche Schutz der Menschenwürde hat nämlich zum Zweck, den Menschen vor „unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung“ zu schützen.¹¹¹ Dies scheint nicht nur ein empfindungsfähiges Wesen vorauszusetzen, denn es suggeriert auch, dass die Würde eines Menschen verletzt wird, wenn er nicht wie ein Mensch behandelt wird.

¹⁰⁵ Vgl. RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 188 f.

¹⁰⁶ NEK-CNE, Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, S. 41.

¹⁰⁷ Eingehend SINGER, S. 45 ff. m.w.Verw.

¹⁰⁸ SINGER, S. 98.

¹⁰⁹ SINGER, S. 98 ff.

¹¹⁰ SINGER, S. 101.

¹¹¹ BBl 1997 I, S. 140.

Letzteres ist freilich ebenfalls zirkulär, weshalb auch hierfür zu klären wäre, welche spezifische Eigenschaft einen Menschen schützenswert macht.¹¹²

Der Ursprung unseres rechtlichen Verständnisses der Menschenwürde wird in der Philosophie KANTS gesehen, genauer bei seinen Überlegungen zum kategorischen Imperativ.¹¹³ Er legte in der Grundform dieses Imperativs dar, dass man „niemals anders verfahren [soll], als so, dass [man] auch wollen könne, [seine] Maxime solle ein allgemeines Gesetz werden“.¹¹⁴ Im Laufe seiner Argumentation wandelt KANT diesen Imperativ so um, dass man so handeln solle, „dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchst.“¹¹⁵ Mit dieser Abwandlung wird der Selbstzweck des Menschen betont, da jedes vernünftige Wesen als Zweck in sich selbst existiere, niemals nur um dem Willen eines anderen zu dienen.¹¹⁶ Im Vordergrund stehen dabei „die Begabungen des Menschen zu vernünftigem Denken und freiem Handeln.“¹¹⁷ Schützenswert sind demnach die Fähigkeiten der „Vernunft und Autonomie“.¹¹⁸

RÜTSCHKE sieht dies anders: Für ihn ist die einzigartige Eigenschaft des Menschen, welche ihn schützenswert macht, die Wertschätzung des einzelnen Menschen „in seiner einmaligen, unverwechselbaren und unwiederholbaren Persönlichkeit.“¹¹⁹ Diese Wertschätzung bezeichnet er als das „subjektive Bewusstsein“.¹²⁰ Letztlich solle ein subjektiver Wert des Menschen geschützt werden und keine Fähigkeit.¹²¹

¹¹² Vgl. RÜTSCHKE, Menschenwürde, S. 16.

¹¹³ BOLLER, S. 41; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, N. 32 f. zu Art. 7 BV, und MÜLLER/SCHEFER, S. 2.

¹¹⁴ KANT, S. 28.

¹¹⁵ KANT, S. 65.

¹¹⁶ KANT, S. 63.

¹¹⁷ RÜTSCHKE, Menschenwürde, S. 16.

¹¹⁸ RÜTSCHKE, Menschenwürde, S. 16 mit Verweis auf KANT, S. 77 ff.

¹¹⁹ RÜTSCHKE, Menschenwürde, S. 16. Vgl. MARGALIT, S. 72 ff.

¹²⁰ RÜTSCHKE, Menschenwürde, S. 16.

¹²¹ RÜTSCHKE, Menschenwürde, S. 17.

Die Positionen von SINGER, KANT und RÜTSCHKE haben als gemeinsame Grundlage, dass Subjektivität die bewusste Wahrnehmung seiner selbst und der Umwelt voraussetzt. Dies muss auch beinhalten, dass das Subjekt einen eigenen Willen bilden kann.¹²² Weiter geht explizit KANT davon aus, dass das Subjekt auch entsprechend seiner Vernunftbegabung handeln kann.¹²³ Es ist fraglich, ob diese Fähigkeit voraussetzt, dass eine Person *selbst* vernünftig handeln kann. Diese Voraussetzung ist etwa dort problematisch, wo mittels zerebraler Bildgebungsverfahren eine Kommunikation mit sonst kommunikationsunfähigen Patienten etabliert werden kann.¹²⁴ Würde die Subjektivität davon abhängig gemacht werden, ob eine Person selbst vernünftig handeln kann, dann wären Patienten mit zerebralen Bildgebungsgeräten Subjekte, aber Patienten ohne diese Geräte hingegen nicht. Das ist nicht akzeptabel. Der Begriff Subjektivität kann nicht vom technischen Stand der Medizin abhängig gemacht werden. Wesentlich sollte vielmehr sein, dass das betroffene Subjekt zumindest kognitiv in der Lage ist, seinem Willen Ausdruck verleihen zu können. In der vorliegenden Arbeit soll demnach unter dem Begriff der *Subjektivität* verstanden werden, dass ein Wesen sich selbst und seine Umwelt bewusst wahrnehmen und einen eigenen Willen bilden kann.¹²⁵

Ist ein Patient zerebral irreversibel so schwer geschädigt, dass davon ausgegangen werden kann, dass dieser Patient kein Bewusstsein mehr aufweist, also auch keinen Willen mehr bilden und dementsprechend handeln kann wie beispielsweise der hirntote Patient,¹²⁶ dann ist dieser Patient kein Subjekt mehr im obigen Sinne. Der minimal bewusste Patient ist hingegen nicht nur empfindungsfähig, sondern bis zu einem gewissen Umfang auch bei Bewusstsein.¹²⁷ Er kann sogar in der Lage sein, selbst zu handeln, beispielsweise mit seinen Augen einen Finger fixieren.¹²⁸ Da der minimal bewusste Patient eingeschränkte Eigenschaften eines Subjektes aufweist, wird er in der vorliegenden Arbeit als *eingeschränktes Subjekt* bezeichnet.

¹²² Vgl. Eurich, S. 353.

¹²³ Vgl. RÜTSCHKE, Menschenwürde, S. 16.

¹²⁴ Siehe oben, A I 2 a.

¹²⁵ Vgl. Eurich, S. 352 ff.

¹²⁶ Vgl. oben, B I.

¹²⁷ Vgl. oben, A I.

¹²⁸ Vgl. oben A I.

Wegen dieser Einschränkungen ist zu klären, ob einem Patienten mit minimalem Bewusstsein ein geringerer Schutz zukommen könnte als einem Menschen, der keine Einschränkung des Bewusstseins aufweist (nachfolgend als *uneingeschränktes Subjekt* bezeichnet). Beruht die Schutzwürdigkeit eines Menschen auf seiner Subjektivität, und wird eine speziesistische Argumentation aufgrund ihrer Zirkularität abgelehnt, dann ist der Schluss begründet, dass einem Patienten, dessen Subjektivität eingeschränkt ist, nicht der gleiche intrinsische Wert¹²⁹ zukommt, wie einem uneingeschränkten Subjekt.¹³⁰

b) Potential

Beim minimal bewussten Patienten ist aufgrund seiner Eigenschaft als eingeschränktes Subjekt nicht nur davon auszugehen, dass er moralisch schutzwürdig ist, er besitzt auch eine gute Prognose, aus seinem Zustand zu erwachen und wieder relativ uneingeschränkt weiterleben zu können.¹³¹ Es stellt sich somit die Frage, ob und inwiefern diese Prognose, dass der minimal bewusste Patient seine Subjektivität ausdehnen und vielleicht sogar wieder vollständig erlangen könnte, moralisch relevant ist.

Auch hier kann eine Parallele zur Diskussion über die moralische Schutzwürdigkeit von menschlichen Embryonen gezogen werden. Bei dieser ist nämlich umstritten, ob und welcher Schutz dem menschlichen Embryo ab welchem Zeitpunkt zukommen soll.¹³² Der Embryo weist noch keine Subjektivität auf, weswegen seine Schutzwürdigkeit auf andere Weise begründet werden muss. Er wird sich aber im besten Fall zu einem uneingeschränkten Subjekt entwickeln. Dieses Potential lässt sich definieren, als „die innewohnende Möglichkeit, die Fähigkeit, das Vermögen oder die Kraft in einen anderen Zustand überzugehen und dadurch etwas noch nicht Wirkliches zu werden“.¹³³

¹²⁹ Der Wert, der etwas oder jemandem „um seiner selbst willen“ zukommt: NEK-CNE, Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, S. 16.

¹³⁰ Zur Unterscheidung zwischen der Tötung eines Säuglings und eines „normalen“ menschlichen Wesens siehe SINGER, S. 288 ff. Säuglinge seien ähnlich ersetzbar „wie Tiere, die über kein Bewusstsein ihrer selbst verfügen“: SINGER, S. 293. Mit Bezug auf behinderte Menschen vgl. SINGER, S. 295 ff.

¹³¹ Siehe oben, A II.

¹³² SCHWEIZER, Gentechnologie, S. 406 ff.

¹³³ NEK-CNE, Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, S. 42.

Auch beim minimal bewussten Patienten besteht die Möglichkeit, dass er seine Subjektivität aufgrund der Besserung seines Zustandes wieder vollständig oder weitgehend zurück gewinnt.¹³⁴ Der minimal bewusste Patient besitzt demnach das Potential, wieder zu einem uneingeschränkten Subjekt zu werden. Das sog. Potentialitätsargument greift zur Begründung der Schutzwürdigkeit des Embryos diese Fähigkeit auf.¹³⁵ Es soll nachfolgend auf drei Ansätze eingegangen werden, wie die moralische Bedeutsamkeit des Potentials beim Embryo begründet werden kann und ob diese Argumentation auch beim minimal bewussten Patienten Anwendung finden könnte.

aa) Assoziative Variante

Der erste Ansatz geht davon aus, dass das Potential eines menschlichen Embryos deshalb schützenswert sei, weil die notwendigen Bedingungen seiner Entwicklung bereits gesetzt seien und somit nur Zeit vergehen müsse, bis aus dem Embryo ein rationales und selbstbewusstes Wesen werden würde. Der Embryo sei demnach genügend nahe daran, zu einem schützenswerten Wesen zu werden, um selbst schützenswert zu sein. Er wird aufgrund dieser Nähe mit dem geborenen schützenswerten Subjekt *assoziiert*. Problematisch ist allerdings der Fall des extrakorporalen Embryos, der ebenfalls ein Potential besitzt, bei dem aber noch nicht alle Bedingungen zu seiner Entwicklung vorhanden sind, weil er noch nicht in die Gebärmutter eingepflanzt wurde und er sich folglich auch nicht einnisten kann.¹³⁶ Eine ähnliche Problematik stellt sich beim minimal bewussten Patienten. Er besitzt zwar eine gute Prognose, doch ist die Genesung alles andere als sicher. Fraglich ist damit, wie die obengenannte Nähe zu definieren ist und ob der minimal bewusste Patient diese Voraussetzung erfüllt.

Diese Nähe lässt sich qualitativ oder quantitativ beurteilen. Unter dem quantitativen Gesichtspunkt wird die Nähe anhand der Wahrscheinlichkeit bestimmt, mit welcher sich das Potential verwirklicht, während aus qualitativer Sicht die Identität mit dem potentiellen Zustand untersucht wird.¹³⁷

¹³⁴ Vgl. oben, A II.

¹³⁵ Zum Ganzen NEK-CNE, Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, S. 40 ff.

¹³⁶ Zum Ganzen RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 154 ff.

¹³⁷ Zum Ganzen RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 156 f. m.w.Verw. Bezüglich der Integration der Identität in das Potentialitätsargument siehe DAMSCHEN/SCHÖNECKER, S. 235 ff.

Quantitativ betrachtet kann sich auch der natürlich oder künstlich gezeugte Embryo nicht mit Sicherheit entwickeln. So gelingt es schätzungsweise zwei Dritteln der Embryonen nicht, sich in die Gebärmutterschleimhaut einzunisten.¹³⁸ Selbst wenn sich der Embryo einnistet, kann unter Umständen noch immer ein legaler Schwangerschaftsabbruch vorgenommen werden (Art. 118 f. StGB) oder es mag vielleicht zu einem Abort kommen. Wenn es allerdings bei dieser Entwicklungswahrscheinlichkeit genügt, dem Embryo ein schützenswertes Potential zuzugestehen, dann sollte diese quantitative Nähe auch genügen, um das Potential des minimal bewussten Patienten zu schützen. Allerdings wird dieser quantitative Ansatzpunkt zu Recht kritisiert, da die Frage nach der Nähe auf die Festsetzung der Höhe eines Wahrscheinlichkeitswertes verlagert wird. Dies bedeutet einen Zirkelschluss, da aus dem Erreichen dieses Wahrscheinlichkeitswertes wieder die Nähe bzw. das relevante Potential gefolgert wird. Es muss aber die Grenze begründet werden, ab wann ein Potential schützenswert ist.¹³⁹

Aus qualitativen physiologischen Gesichtspunkten gestaltet sich die Situation beim minimal bewussten Patienten etwas anders als beim Embryo: Der Embryo ist einer physiologischen Entwicklung in eine bestimmte Richtung, nämlich der Entwicklung zu einem ausgewachsenen Menschen, unterworfen. Die Identität des Embryos mit dem späteren geborenen Subjekt wird beispielsweise durch die Argumentation hergestellt, dass diese Entwicklung einer Kontinuität unterworfen sei. Man könne also zu seinem eigenen Embryo sagen: „Das war ich“.¹⁴⁰ Der minimal bewusste Patient ist dagegen bereits physiologisch voll entwickelt. Allerdings ist eine physiologische Ursache, beispielsweise eine traumatische Hirnverletzung,¹⁴¹ dafür verantwortlich, dass ein uneingeschränktes Subjekt, also eine Person ohne Bewusstseinseinschränkung,¹⁴² zu einem eingeschränkten Subjekt, beispielsweise zu einem minimal bewussten Patienten, wird. Demnach wird der minimal bewusste Patient von anderen mit dem uneingeschränkten Subjekt identifiziert. Im besten Fall entwickelt sich dann der minimal bewusste Patient aufgrund seiner Genesung wieder zu einem uneingeschränkten Subjekt. Dann kann sich das

¹³⁸ NEK-CNE, Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, S. 32.

¹³⁹ Zum Ganzen DAMSCHEN/SCHÖNECKER, S. 225 f.

¹⁴⁰ Zum Ganzen DAMSCHEN/SCHÖNECKER, S. 237.

¹⁴¹ Siehe oben, A II.

¹⁴² Siehe oben, B II 1 a.

uneingeschränkte Subjekt auch mit dem minimal bewussten Patienten identifizieren. Im Gegensatz zum Embryo ist demnach eine physiologische Identifikation zwischen dem uneingeschränkten Subjekt und dem minimal bewussten Patienten möglich.

Identität lässt sich jedoch nicht nur physiologisch verstehen.¹⁴³ Der menschliche Embryo und der minimal bewusste Patient ähneln sich insbesondere darin, dass sie potentiell ihre volle Subjektivität erlangen werden.¹⁴⁴ Während sich dies beim Embryo normalerweise aufgrund seiner Entwicklung ergeben wird, besteht die Chance, dass der minimal bewusste Patient seine volle Subjektivität aufgrund seiner Genesung erlangt. Beide bewegen sich somit potentiell von einem Zustand der Nicht- oder eingeschränkten Subjektivität zur vollen Subjektivität. Lediglich die Ursache dieser Bewegung unterscheidet sich, welche moralisch jedoch nicht relevant ist.

Es zeigt sich, dass aufgrund der Identität des uneingeschränkten Subjekts mit dem minimal bewussten Patienten, bei einer assoziativen Herangehensweise das Potential dieses Patienten moralisch schützenswert ist.

bb) *Ontologische Variante*

Während die assoziative Herangehensweise darzulegen versucht, wie sich ein vom entwickelten Subjekt abgeleiteter Schutz des potentiellen Subjekts erklären liesse, hat die ontologische Variante zum Ziel, eine originäre Schutzwürdigkeit des Potentialinhabers zu begründen.¹⁴⁵ Die Subjektivität und damit auch die moralische Schutzwürdigkeit werden dazu „am metaphysischen Begriff der Person“ festgemacht.¹⁴⁶ „Aktualität und Potentialität“ seien nichts anderes als unterschiedliche Zustände oder „Seinsformen“ desselben Wesens bzw. der metaphysischen Person.¹⁴⁷ Dementsprechend sei ein Potentialinhaber auch nicht weniger schützenswert als das spätere Subjekt.¹⁴⁸ Genau an dieser

¹⁴³ Bezüglich des Umfangs der Identität siehe SHOEMAKER, Kap. 2.

¹⁴⁴ Vgl. DAMSCHEN/SCHÖNECKER, wonach „[r]eversibel Komatöse“ (S. 230) potentiell „würdenstiftende Eigenschaften“ (S. 187) besäßen: DAMSCHEN/SCHÖNECKER, S. 229 ff.

¹⁴⁵ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 164.

¹⁴⁶ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 159.

¹⁴⁷ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 159. Vgl. SCHOCKENHOFF, der von einer „Modalität des Seienden“ spricht: SCHOCKENHOFF, Pro Speziesargument, S. 29.

¹⁴⁸ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 164.

Stelle wird jedoch Kritik geübt, da sich ein Potential zwar verwirklichen kann, aber eben auch nicht. Deswegen können ein Potentialinhaber und das potentielle Subjekt auch nicht gleichwertig sein.¹⁴⁹ RÜTSCHKE hält dem entgegen, dass sowohl die Aktualität (die Verwirklichung) als auch das Potential (das Vermögen) besser und schlechter sein können und die entsprechende Entwicklung im Voraus nicht gewiss sei. Grundsätzlich sei daher davon auszugehen, dass aktuelles und potentielles Sein gleichwertig seien.¹⁵⁰

In der vorliegenden Arbeit wurde der Begriff der Subjektivität anhand der *aktuellen* Fähigkeiten definiert, sich selbst und seine Umwelt bewusst wahrzunehmen und einen eigenen Willen zu bilden.¹⁵¹ Die ontologische Variante knüpft jedoch die Schutzwürdigkeit an der metaphysischen Person an. Daher muss der ontologischen Variante auch ein metaphysisches Verständnis der Subjektivität zugrunde gelegt werden. Dazu kann die Philosophie PLATONS herangezogen werden: Als Teil seiner Metaphysik verstand PLATON eine *Idee* als etwas Abstraktes, die sich in etwas Konkretem *verwirklicht*.¹⁵² In diesem Sinne kann Subjektivität als eine (abstrakte) Idee verstanden werden, die sie sich in den aktuellen Fähigkeiten verwirklichen kann, sich selbst und seine Umwelt bewusst wahrzunehmen und einen eigenen Willen zu bilden.¹⁵³

Befindet sich eine Person im minimalen Bewusstseinszustand, dann hat sich die Subjektivität (im metaphysischen Sinne) in einem eingeschränkten Zustand verwirklicht. Der minimal bewusste Patient besitzt jedoch das Potential, dass seine Bewusstseins-einschränkung infolge seiner Genesung aufgehoben wird. Diese „Potentialität“ ist eine „Seinsform“ der metaphysischen Person.¹⁵⁴ Solange der minimal bewusste Patient dieses Potential besitzt, existiert er also als eine „Seinsform“ der metaphysischen Person¹⁵⁵ und trägt damit auch die Fähigkeiten eines uneingeschränkten Subjekts in sich.¹⁵⁶ Ausgehend

¹⁴⁹ Zum Ganzen vgl. KAMINSKY, S. 99 f.

¹⁵⁰ Zum Ganzen RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 164 f.

¹⁵¹ Siehe oben, B II 1 a.

¹⁵² Vgl. PLATON, RN. 96a ff.

¹⁵³ Siehe oben, B II 1 a.

¹⁵⁴ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 159.

¹⁵⁵ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 159.

¹⁵⁶ Vgl. SCHOCKENHOFF, wonach der Embryo unter dem ontologischen Gesichtspunkt keine „potentielle Person“ sei, sondern „eine Person, die ihre künftigen Fähigkeiten und Eigenschaften sowie

davon, dass Potentialität und Aktualität gleichwertig sind,¹⁵⁷ ist der minimal bewusste Patient gleich schützenswert, wie ein uneingeschränktes Subjekt. Anders verhält es sich beispielsweise bei einem hirntoten Patienten: Ohne Verwirklichung der Subjektivität in aktuellen Fähigkeiten und ohne Potentialität diese wieder zu erlangen, ist er nach dieser Argumentation keine schützenswerte Person mehr.

cc) *Psychologische Variante*

Die letzte hier zu erwähnende Variante des Potentialitätsargumentes betrifft die Sorge um das eigene Überleben. Die erste Prämisse dieser Variante lautet, dass sich Personen um ihr eigenes Überleben sorgen. Die zweite Prämisse setzt voraus, dass die „Sorge um das eigene Überleben“ auch „die Sorge um die eigene Identität“ umfasst.¹⁵⁸ Diese Sorge erstreckt sich dabei auf die gesamte Identität und reicht daher auch in die „individuelle Vergangenheit“ zurück.¹⁵⁹ Demnach könne es für „Personen, die sich um ihr Überleben, sorgen nicht gleichgültig sein [...], was mit ihrem Leben in der Vergangenheit passierte.“¹⁶⁰ HARE versteht die Sorge um das eigene Überleben als eine logische Erweiterung der klassischen goldenen Regel, welche besagt, „dass wir anderen gegenüber so handeln sollten, wie wir wollten, dass sie uns selbst gegenüber handeln“.¹⁶¹ Während die klassische Variante *hypothetischer* und zukunftsgerichteter Natur ist, spreche ihm zufolge nichts dagegen, die goldene Regel auch in die Vergangenheit zu richten.¹⁶² Die vergangenheitsorientierte Variante würde ihm zufolge lauten, „dass wir anderen gegenüber so handeln sollten, wie wir begrüßen, dass uns gegenüber gehandelt wurde.“¹⁶³ Die klassische goldene Regel kann also auch in die *tatsächliche* Vergangenheit gerichtet werden, was keinen moralischen Unterschied macht.¹⁶⁴ Der Schutz des Potentialinha-

ihre später wahrnehmbaren Gestalten der Anlage nach in sich trägt.“: SCHOCKENHOFF, Pro Speziesargument, S. 30.

¹⁵⁷ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 164 f.

¹⁵⁸ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 167.

¹⁵⁹ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 166 f. m.w.Verw.

¹⁶⁰ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 166 f.

¹⁶¹ HARE, S. 138 m.w.Verw.

¹⁶² HARE, S. 138 f. m.w.Verw.

¹⁶³ HARE, S. 138 m.w.Verw.

¹⁶⁴ HARE, S. 138 f. m.w.Verw.

bers folgt also daraus, dass er es als Subjekt in der Zukunft schätzen wird, dass er als Potentialinhaber in der Vergangenheit nicht getötet worden ist.¹⁶⁵

Mit Bezug auf den minimal bewussten Patienten stellt sich die Frage nach der Gültigkeit der ersten Prämisse. Es wurde nämlich bereits erwähnt, dass manche Personen lieber sterben möchten, als im minimalen Bewusstseinszustand oder in sonst einem Zustand der Bewusstseinsbeschränkung zu leben.¹⁶⁶ Dieser allfällige Wunsch zu sterben, statt mit einer Einschränkung des Bewusstseins weiterleben zu wollen, relativiert notwendigerweise die Sorge um das eigene Überleben. Es bleibt daher die Frage, ob eine Sorge um das eigene Überleben angenommen werden muss, wenn der Wille des Patienten nicht bekannt ist.

Die lebenserhaltende Behandlung eines Patienten erfordert einen Eingriff in die physische Integrität dieses Patienten.¹⁶⁷ Es kann folglich nicht das Leben und zugleich auch die physische Integrität des Patienten geschützt werden.¹⁶⁸ Das Interesse am Leben beinhaltet demnach grundsätzlich auch das Interesse an einem Eingriff in die physische Integrität. Weiter muss berücksichtigt werden, dass das Interesse an der physischen Integrität voraussetzt, dass man lebt. Pragmatisch betrachtet lautet die Entscheidung demnach, dass entweder das Leben auf Kosten einer Einschränkung der physischen Integrität geschützt wird oder dass der Patient verstirbt und somit der Schutz seiner physischen Integrität obsolet wird. Folglich muss aus objektiver Sicht dem Lebensschutz der Vorrang gegenüber dem Schutz der physischen Integrität eingeräumt werden.¹⁶⁹ Ausserdem ist anzumerken, dass der minimal bewusste Patient seinen möglicherweise unangenehmen Tod ansatzweise bewusst wahrnehmen könnte.¹⁷⁰ Sofern also der Wille des Patienten nicht bekannt ist, welcher dem Interesse am Leben entgegenstehen könnte, ist die Sorge des minimal bewussten Patienten um das

¹⁶⁵ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 169.

¹⁶⁶ Siehe oben, B I 1.

¹⁶⁷ Siehe oben, A IV.

¹⁶⁸ BLEYER/PAWLIK, S. 666.

¹⁶⁹ Zum Ganzen BLEYER/PAWLIK, S. 665 f.

¹⁷⁰ Siehe oben B I 3.

eigene Überleben statt um den andernfalls obsolet werdenden Schutz der physischen Integrität anzunehmen.

Als späteres Subjekt wird man es grundsätzlich schätzen, dass man als Embryo nicht getötet wurde.¹⁷¹ Beim minimal bewussten Patienten kann es natürlich sein, dass nach seinem Erwachen Einschränkungen vorhanden sind.¹⁷² Diese Einschränkungen können so stark sein, dass der Patient nicht mehr weiterleben möchte. Womöglich wird es also dieser Patient im Einzelfall gerade *nicht* schätzen, dass er am Leben ist. Da aber weder die Prognose hinsichtlich der Einschränkungen¹⁷³ noch der Wille des Patienten für diesen Fall generell klar sind, muss davon ausgegangen werden, dass es grundsätzlich auch ein erwachter Patient schätzen wird, dass kein Behandlungsabbruch vorgenommen wurde, als er im minimalen Bewusstseinszustand war.

Grundsätzlich muss von einer Sorge des minimal bewussten Patienten um das eigene Überleben ausgegangen werden. Folglich ist das Potential des minimal bewussten Patienten auch unter der psychologischen Variante des Potentialitätsarguments schützenswert.

2. Selbstbestimmungsrecht

Einleitend sei ein Blick auf die Moralphilosophie von ARISTOTELES geworfen, um eine objektivierte Begründung für den Behandlungsabbruch darzulegen: Ihm zufolge könne das Glück eines Menschen in der guten Wahrnehmung seiner Funktion (griech. *ergon*) liegen. Die Funktion eines Strategen ist es beispielsweise, eine Strategie zu entwerfen. Wenn er seine Funktion als Stratege gut wahrnimmt bzw. erfüllt, dann wird er einen Sieg erringen. Die Funktion eines Menschen im Generellen könne dabei nur in der Betätigung seiner Seele gemäss der Vernunft liegen.¹⁷⁴ Fraglich ist allerdings, ob der minimal bewusste Patient diese Funktion noch erfüllt. Der minimal bewusste Patient ist grundsätzlich kommunikationsunfähig. Des Weiteren nimmt er sich selbst und seine

¹⁷¹ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 169.

¹⁷² Siehe oben, A II.

¹⁷³ Vgl. oben, A II.

¹⁷⁴ Zum Ganzen ARISTOTELES, S. 53 ff.

Umgebung nur eingeschränkt, wenn überhaupt, wahr.¹⁷⁵ Ein minimal bewusster Patient kann sich daher nicht mehr auf dieselbe Weise wie ein Mensch ohne Bewusstseins Einschränkung entfalten. Ausserdem ist er nicht mehr ein aktives Mitglied einer sozialen Gruppe. Die Bewusstseinsstörung, die den minimal bewussten Patienten daran hindert seine Vernunft zu gebrauchen, hindert ihn demnach an seinem Glück.

Diese objektivierte Sichtweise oder persönliche Überzeugungen können im Einzelfall ein subjektives Interesse am eigenen Tod begründen. Eine Befragung unter Personen, welche im medizinischen Bereich tätig sind, kam zu dem Ergebnis, dass die Mehrheit der Befragten es vorzog zu sterben, als im Wachkoma (82%), bzw. im minimalen Bewusstseinszustand (70%) zu leben.¹⁷⁶ Allerdings wurde bei dieser Befragung nicht berücksichtigt, dass nach aktuellen Erkenntnissen davon auszugehen ist, dass die Prognose auf Besserung im minimalen Bewusstseinszustand relativ gut ist.¹⁷⁷ Es bleibt demnach fraglich, ob diese positive Prognose das Resultat einer solchen Befragung beeinflussen würde. Es kann aber wohl davon ausgegangen werden, dass die Unsicherheit über das Erwachen und die Wahrscheinlichkeit einer Einschränkung im Falle dieses Erwachens Gründe dafür sein könnten, dass eine Mehrheit noch immer den Tod bevorzugen würde.¹⁷⁸ Die Vorstellung, seinen Zustand möglicherweise bewusst wahrzunehmen und ihm hilflos ausgeliefert zu sein, kann diese Ansicht zudem noch verstärken.¹⁷⁹

Unabhängig davon wird von einigen das Leben eines Menschen als unantastbar angesehen: Das Leben darf demnach nicht von jemand anderem beendet werden, und sogar die betreffende Person darf sich nicht selbst töten. Diese Ansicht wird in der hiesigen Kultur insbesondere christlich-religiös begründet, indem das Leben als ein Geschenk Gottes gesehen wird. Dem Menschen stehe es deshalb nicht frei, dieses Geschenk zurückzuweisen.¹⁸⁰ Ausserdem wird dieser absolute Lebensschutz als ein Ausfluss der

¹⁷⁵ Zum Ganzen siehe oben, A I 1.

¹⁷⁶ DEMERTZI et al., S. 1060 ff.

¹⁷⁷ Siehe oben, A II.

¹⁷⁸ Vgl. oben A II.

¹⁷⁹ Vgl. GLANNON, S. 339 ff.

¹⁸⁰ Zum Ganzen mit Bezug auf die embryonale Stammzellforschung vgl. die Stellungnahme der evangelischen Kirche Westfalen, S. 5 und S. 33 ff. Kritisch zur Unverfügbarkeit des Lebens, da es ein Geschenk Gottes sei, siehe BIRNBACHER, S. 397 ff.

zehn Gebote gesehen, welche sowohl die Tötung verbieten, als auch den Menschen auffordern, seinen Nächsten zu lieben.¹⁸¹ Diametral entgegengesetzt ist die Meinung, dass das Selbstbestimmungsrecht einer Person grundsätzlich über die Verpflichtung zu stellen sei, das Leben dieser Person zu erhalten. Damit würde der Wunsch eines Menschen, seinem Leben ein Ende zu setzen, gewichtiger sein, als der Lebensschutz dieses Menschen.¹⁸² Diese Position würde somit letztlich auf ein Recht auf den eigenen Tod hinauslaufen.¹⁸³ Schliesslich werden auch Argumente herangezogen, die sich auf die möglichen Folgen einer steigenden Verfügbarkeit über das menschliche Leben beziehen. Dazu gehören insbesondere Verrohungs-, Missbrauchs- und Dambruchargumente.¹⁸⁴

Aus rechtlicher Sicht sind sowohl der Schutz des Lebens (Art. 10 Abs. 1 BV) wie auch das Selbstbestimmungsrecht einer Person verfassungsmässige Rechte (Art. 10 Abs. 2 BV). Es stellt sich daher die grundsätzliche Frage, wieso die Gesellschaft berechtigt sein sollte, einer Person die Verfügungsbefugnis über ihr eigenes Leben abzusprechen. Als Argument für diese Einschränkung wird angeführt, dass die betroffene Person in ihrem *eigenen* Interesse vor sich selbst geschützt werden müsse.¹⁸⁵ Eine so begründete Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts einer Person wird als „Paternalismus“ bezeichnet.¹⁸⁶ Offensichtlich besteht aber ein hohes gesellschaftliches Interesse, lebenserhaltende Massnahmen im Falle eines minimalen Bewusstseinszustandes beenden zu können.¹⁸⁷ Da nicht ersichtlich ist, inwiefern der vom minimal bewussten Patienten mittels einer Patientenverfügung (Art. 370 Abs. 1 ZGB)¹⁸⁸ oder durch seinen

¹⁸¹ LÜTHI, S. 13 f. m.w.Verw., und SCHOCKENHOFF, Verantwortung, S. 1 ff.

¹⁸² In Bezug auf die Vereinbarkeit der Suizidbeihilfe eines Arztes mit dem ärztlichen Ethos siehe SCHÖNE-SEIFERT, S. 56 ff. Sie weist insbesondere darauf hin, dass der Arzt auch verpflichtet ist, den Willen seines Patienten zu achten.

¹⁸³ Vgl. ZIEGLER, S. 85 ff. Siehe unten, C IV 4 a.

¹⁸⁴ Zum Ganzen SCHÖNE-SEIFERT, S. 50 ff.

¹⁸⁵ PETERKOVÁ, S. 11 f.

¹⁸⁶ Eingehend PETERKOVÁ, S. 1 ff. und S. 11 f. m.w.Verw.

¹⁸⁷ Gemäss einer Umfrage unter der schweizerischen Bevölkerung befürwortet die Mehrheit der Befragten die Zulässigkeit des Abbruchs lebenserhaltender Massnahmen: SCHWARZENEGGER et al., S. 5 ff.

¹⁸⁸ Siehe unten, C III.

Vertreter in medizinischen Angelegenheiten (Art. 378 Abs. 3 ZGB)¹⁸⁹ geforderten Behandlungsabbruch die Gesellschaft schädigen könnte, kommt als Rechtfertigung für die Einschränkung seines Selbstbestimmungsrechts nur noch der Aspekt in Frage, dass die betroffene Person vor einer unüberlegten und voreiligen Entscheidung geschützt werden soll.¹⁹⁰ Mit Bezug auf den minimal bewussten Patienten ist davon auszugehen, dass er eine gute Chance auf Besserung seines Zustandes hat.¹⁹¹ Weiter ist der Tod eine offensichtlich irreversible Konsequenz des Behandlungsabbruchs. Es erscheint daher grundsätzlich gerechtfertigt, den minimal bewussten Patienten vor der unüberlegten und voreiligen Errichtung oder Änderung einer Patientenverfügung oder stellvertretenden Entscheidung für einen Behandlungsabbruch zu schützen. Wie der minimal bewusste Patient seinem Selbstbestimmungsrecht konkret Ausdruck verleihen kann, soll weiter unten erläutert werden.¹⁹²

Schliesslich muss beim Abbruch von lebenserhaltenden Massnahmen berücksichtigt werden, dass lebenserhaltende Massnahmen in die physische Integrität des Patienten eingreifen.¹⁹³ Grundsätzlich muss eine Person selbst über ihre physische Integrität, und damit auch über Eingriffe in dieselbe, verfügen können.¹⁹⁴ Fordert nun ein Patient den Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung, dann fordert er eine zukünftige Unterlassung dieses Eingriffs bzw. widerruft seine bisherige Einwilligung in diesen Eingriff.¹⁹⁵ Dies bedeutet, dass das Recht einer Person zu berücksichtigen ist, sich gegen Eingriffe in ihre physische Integrität wehren zu dürfen. Dies gilt auch dann, wenn dies zur Folge hat, dass sie in der Konsequenz stirbt.¹⁹⁶

¹⁸⁹ Siehe unten, C IV.

¹⁹⁰ Vgl. PETERMANN, Suizidprävention, S. 115 ff.

¹⁹¹ Siehe oben A II.

¹⁹² Siehe unten, C.

¹⁹³ Siehe oben, A IV.

¹⁹⁴ Zum grundrechtlichen Gehalt des Selbstbestimmungsrechts in Art. 10 Abs. 2 BV siehe SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 39 zu Art. 10 BV m.w.Verw. Zum Umfang des rechtlichen Selbstbestimmungsrechts in Bezug auf die Ablehnung von lebenserhaltenden Massnahmen siehe unten, B III 3 b.

¹⁹⁵ Siehe unten, C II.

¹⁹⁶ Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 9, und siehe eingehend zum Ganzen unten, C I und C II.

Mit Bezug auf den Behandlungsabbruch muss dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Vorrang gegenüber einem paternalistisch motivierten Lebensschutz eingeräumt werden. Eine Einschränkung dieses Selbstbestimmungsrechtes rechtfertigt sich nur insoweit, dass eine überlegte oder voreilige Entscheidung verhindert werden soll.¹⁹⁷

3. Zwischenfazit

Der minimal bewusste Patient kann moralisch nicht mit hirntoten Patienten oder Patienten im Wachkoma gleichgesetzt werden, er ist vielmehr aufgrund seiner aktuell vorhandenen Empfindungsfähigkeit und seiner eingeschränkten Subjektivität moralisch schutzwürdig.

Darüber hinaus wurde dargelegt, dass die verschiedenen Begründungsansätze für die moralische Bedeutsamkeit des Potentials von Embryonen auch auf das Potential des minimal bewussten Patienten anwendbar sind. Daher ist der minimal bewusste Patient auch aufgrund seines Potentials moralisch schutzwürdig.

Aufgrund des Selbstbestimmungsrechts darf ein Patient grundsätzlich seinen Behandlungsabbruch fordern. Eine Einschränkung dieses Rechts ist nur dort gerechtfertigt, wo der Patient vor einer unüberlegten oder übereilten Entscheidung geschützt werden soll.

III. Strafrechtliche Einordnung des Behandlungsabbruchs

Der schweizerische Gesetzgeber hat zwei gesetzliche Pfeiler geschaffen, die einen strafrechtlichen Rahmen für Tötungen geben sollen, die der Getötete selbst gewünscht hat: Einerseits pönalisiert Art. 114 StGB die Fremdtötung, die aus achtenswerten Beweggründen aufgrund des ernsthaften und eindringlichen Verlangens der getöteten Person erfolgt. Andererseits bleibt die Selbsttötung (und damit auch der Versuch derselben) straflos.¹⁹⁸ Die Zulässigkeit der Teilnahme an einer Selbsttötung richtet sich dagegen

¹⁹⁷ Vgl. PETERMANN, wonach der Schutz des Patienten vor einer übereilten Entscheidung nicht eine Einschränkung seines Selbstbestimmungsrechtes bedeute, sondern eine Ausweitung; PETERMANN, Suizidprävention, S. 1116.

¹⁹⁸ Art. 115 StGB *e contrario*; STRATENWERTH/WOHLERS, SSHK, N. 2 zu Art. 115 StGB, und TAG, S. 741.

nach Art. 115 StGB. Demnach ist das Verleiten zur oder die Hilfeleistung bei der Selbsttötung eines anderen nur dann verboten, wenn die Teilnahme aus selbstsüchtigen Gründen erfolgt.¹⁹⁹

Aufgrund dieser beiden gesetzlichen Pfeiler wurden Kategorien unter dem Oberbegriff der *Sterbehilfe* entwickelt, die die verschiedenen Konstellationen, in welchen eine Person auf ihren Wunsch hin getötet wird, erfassen. Es stellt sich einleitend die Frage, ob und wie der Behandlungsabbruch in diese Systematik einzuordnen ist.

1. Begriffserläuterung der Sterbehilfe

Es kann angenommen werden, dass Sterbehilfe grundsätzlich jede Einwirkung auf eine Person oder das Unterlassen einer solchen Einwirkung umfasst, die kausal auf den Tod gerichtet ist und dem Willen der betroffenen Person entspricht.²⁰⁰ Ein anderer Ansatz definiert dagegen Sterbehilfe grundsätzlich als „die Beschleunigung des Todesintritts im Sinne einer überholenden Kausalität.“²⁰¹ Eine weitere Ansicht versteht den Begriff der Sterbehilfe nicht auf eine „erklärende“ Weise, sondern als Oberbegriff für die Themen und Probleme, in welchen es um die selbstbestimmte und im Interesse der betreffenden Person liegenden Beendigung seines Lebens geht.²⁰² Die kausale Einwirkung auf einen Patienten kann dabei zwei unterschiedliche Zwecke verfolgen: Entweder wird auf eine Person eingewirkt, sodass diese stirbt oder zumindest in den Sterbeprozess eintritt, oder eine sterbende Person wird palliativ²⁰³ behandelt. Ausgehend davon, dass die Sterbehilfe mit Einverständnis der betreffenden Person erfolgt, wird die Einwirkung im ersten Sinne als Hilfe *zum* Sterben bezeichnet. Die Begleitung eines bereits ster-

¹⁹⁹ Art. 115 StGB *e contrario* und TAG, S. 741.

²⁰⁰ Vgl. GETH, der die Sterbehilfe u.a. als ein „Geschehen“ definiert, das „in naher Zukunft zum Tod führt“: GETH, S. 5 m.w.Verw. KUNZ sieht die Sterbehilfe dagegen als eine „aktive oder passive Beteiligung“ an der Beendigung eines „im Verlöschen begriffenen Lebens“: KUNZ, S. 614 f. m.w.Verw.

²⁰¹ Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 7. Vgl. SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, welche so die Sterbehilfe i.e.S. definieren: SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 45 vor Art. 111 StGB m.w.Verw.

²⁰² PETERMANN, Sterbehilfe, S. 25.

²⁰³ Die palliative Behandlung soll eine möglichst gute Lebensqualität ermöglichen und zielt damit insbesondere auf die Verminderung von Leid: SAMW, Palliative Care, S. 6.

benden Patienten ist dagegen die Hilfe *beim Sterben*.²⁰⁴ Ein anderer Ansatz unterteilt die Sterbehilfe in Sterbehilfe *im engeren* und *im weiteren* Sinne. Entscheidend für die Unterteilung ist dabei, ob der Patient, welcher vorsätzlich getötet wird, in einem Stadium der unmittelbaren Todesnähe ist, oder nicht. Liegt eine unmittelbare Todesnähe vor, ist dies eine Sterbehilfe i.e.S.²⁰⁵

Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Bedeutungen stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der Behandlungsabbruch überhaupt als Sterbehilfe bezeichnet werden kann.²⁰⁶ Der Behandlungsabbruch erfolgt als Reaktion auf kontinuierliche lebenserhaltende Massnahmen,²⁰⁷ durch die der Tod des betroffenen Patienten abgewendet wird.²⁰⁸ Mit Abbruch der entsprechenden lebenserhaltenden Massnahmen, verstirbt der Patient.²⁰⁹ Es wird mit diesem Behandlungsabbruch demnach kein bestehender *Sterbeprozess* beschleunigt. Damit stellt der Behandlungsabbruch auch keine „Beschleunigung des Todeseintritts im Sinne einer überholenden Kausalität“ dar.²¹⁰ Wird aber der Begriff der Sterbehilfe grundsätzlich weit gefasst und darunter jede auf den Tod des Patienten gerichtete Einwirkung verstanden, dann kann der Behandlungsabbruch als eine Form der Sterbehilfe verstanden werden.²¹¹

2. Passive und aktive Sterbehilfe

In der schweizerischen Lehre wird die Sterbehilfe in aktive und passive Sterbehilfe unterteilt. Innerhalb der aktiven Sterbehilfe wird noch einmal die direkte und indi-

²⁰⁴ Zum Ganzen TAG, S. 736 ff. Weiter sei gemäss EGE der Behandlungsabbruch (bei einem zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten) zweifelsohne der „Hilfe beim Sterben“ zuzuordnen: EGE, S. 291.

²⁰⁵ Zum Ganzen VENETZ, S. 4 f.

²⁰⁶ Vgl. Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 8 f.

²⁰⁷ Siehe oben, A IV und B I.

²⁰⁸ Siehe oben, B I 1.

²⁰⁹ Siehe oben, B I 3.

²¹⁰ Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 7 f.

²¹¹ Vgl. EGE, S. 291; GETH, S. 5; PETERMANN, Sterbehilfe, S. 35, und SCHWARZENEGGER/StÖSSEL, BSK, N. 47 vor Art. 111 StGB m.w.Verw.

rekte Sterbehilfe unterschieden.²¹² Auch die Rechtsprechung nimmt Bezug auf diese Unterscheidung.²¹³

Die direkte aktive Sterbehilfe soll die Fälle umfassen, in welchen das Leben eines Patienten in der Sterbephase auf seinen Wunsch hin und mit dem Vorsatz, ihm weiteres Leiden zu ersparen, gezielt beendet wird.²¹⁴ Die indirekte aktive Sterbehilfe umfasst die Fälle, in welchen ein Patient einer palliativen Behandlung unterzogen wird, die allerdings einen lebensverkürzenden Einfluss auf ihn hat.²¹⁵ Die genaue Abgrenzung dieser beiden Formen ist für diese Arbeit nicht relevant. Erläuterungsbedürftig erscheint allerdings das Verständnis von *Aktivität* hinter beiden Formen. Die Gemeinsamkeit der direkten und indirekten aktiven Sterbehilfe wird darin gesehen, dass in beiden Fällen eine Tötung eines anderen Menschen durch ein Tun begangen wird.²¹⁶ Dabei wird sowohl bei der direkten, als auch bei der indirekten aktiven Sterbehilfe der Sterbeprozess des Patienten gefördert, sodass dieser früher verstirbt, als er es ohne diesen Eingriff wäre.²¹⁷ Schliesslich sei auch der Abbruch lebenserhaltender Massnahmen als „Abbruch einer (vorläufig) rettenden Kausalität“ ein Tun.²¹⁸

Passive Sterbehilfe soll dagegen in den Fällen vorliegen, in welchen Handlungen unterlassen werden, die notwendig wären, um den Tod eines sterbenden Menschen zu ver-

²¹² Zum Ganzen BÜCHLER/MICHEL, S. 167 ff.; DONATSCH, S. 143 ff.; EGE, S. 292 ff.; GETH, S. 6 ff.; KUNZ, S. 618 ff.; LÜTHI, S. 113; PETERKOVÁ, S. 8; PETERMANN, Sterbehilfe, S. 27 ff.; TAG, S. 732 ff.; TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 5 vor Art. 111 StGB, und VENETZ, S. 6 ff.

²¹³ Urteil des Bundesgerichts 2C_66/2015 vom 13.09.2016, E. 3.1., und Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich, VB.2005.00345, E. 3.1.

²¹⁴ SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 65 vor Art. 111 StGB, die explizit von „Sterbehilfe durch Tun“ sprechen. DONATSCH, S. 143; EGE, S. 292; GETH, S. 6; PETERMANN, Sterbehilfe, S. 27, und VENETZ, S. 6.

²¹⁵ EGE, S. 292; GETH, S. 6; KUNZ, S. 618 ff.; PETERMANN, Sterbehilfe, S. 32; SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 62 vor Art. 111 StGB, und VENETZ, S. 7 f.

²¹⁶ Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 8; EGE, S. 296; PETERMANN, Sterbehilfe, S. 34, und SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 62 und 65 vor Art. 111 StGB.

²¹⁷ „Im Sinne einer überholenden Kausalität“: SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 45 vor Art. 111 StGB. Vgl. EGE, S. 296; STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 67, und VENETZ, S. 13.

²¹⁸ SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 60 und 65 vor Art. 111 StGB. Vgl. EGE, S. 298 ff. A. A. GETH, S. 30 f. m.w.Verw.

hindern oder zumindest hinauszuzögern.²¹⁹ Wenn die aktive Sterbehilfe so verstanden wird, dass sie durch ein Tun erfolgt, so würde die passive Sterbehilfe regelmässig durch Unterlassen begangen werden.²²⁰

Schliesslich ist kurz auf die Abgrenzung der Sterbehilfe von der Beihilfe bei der Selbsttötung einzugehen. Bei einer Selbsttötung liegt die Tatherrschaft bei der Person, die sich selbst töten möchte. Dementsprechend ist eine Teilnahme an dieser Selbsttötung nur im Rahmen von Art. 115 StGB strafrechtlich relevant.²²¹

Ausgehend davon, dass Sterbehilfe im hier verstandenen Sinne notwendigerweise mit dem Einverständnis der getöteten Person erfolgt und die Tatherrschaft nicht bei ihr liegt, ist Art. 114 StGB zu beachten. In Art. 114 StGB wird die Tötung privilegiert, die auf das eindringliche Verlangen des Getöteten hin erfolgt. Daraus wird im Umkehrschluss gefolgert, dass selbst mit der Einwilligung der betreffenden Person die Tötung rechtswidrig bliebe. Damit sei es einer Person nicht möglich, auf ihr Leben gegenüber einem Dritten zu verzichten.²²² Letztlich sei damit generell bei den Tötungsdelikten der Art. 111 ff. StGB eine Rechtfertigung mittels einer Einwilligung ausgeschlossen.²²³ Damit werde auch die aktive direkte Sterbehilfe erfasst, wodurch diese nicht zulässig sei.²²⁴

Anders soll es sich dagegen bei der passiven Sterbehilfe verhalten. Da es sich regelmässig um ein Unterlassungsdelikt handle,²²⁵ würden sich hier andere Fragen stellen. Insbe-

²¹⁹ EGE, S. 295 m.w.Verw.; GETH, S. 6; KUNZ, S. 620 ff.; LÜTHI, S. 149; PETERMANN, Sterbehilfe, S. 34; TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 5 vor Art. 111 StGB, und VENETZ, S. 9 f.

²²⁰ Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 8; DONATSCH, S. 143; EGE, S. 296; LÜTHI, S. 149, und PETERMANN, Sterbehilfe, S. 34.

²²¹ Zum Ganzen BÜCHLER/MICHEL, S. 167; DONATSCH, S. 141 m.w.Verw.; GETH, S. 5.; KUNZ, S. 617, und TAG, S. 741.

²²² Zum Ganzen DONATSCH, S. 141 f.

²²³ LÜTHI, S. 121 ff. m.w.Verw. So auch im Ergebnis BÜCHLER/MICHEL, S. 167 f.; EGE, S. 293; KUNZ, S. 618; STRATENWERTH/WOHLERS, SSHK, N. 2 zu Art. 114 StGB, und TAG, S. 736 f.

²²⁴ SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 65 vor Art. 111 StGB, die explizit von „Sterbehilfe durch Tun“ sprechen. DONATSCH, S. 143; EGE, S. 292; GETH, S. 6; PETERMANN, Sterbehilfe, S. 27, und VENETZ, S. 6. SCHWARZENEGGER/STÖSSEL sprechen sich jedoch dafür aus, einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund zuzulassen: SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 61 vor Art. 111 StGB und siehe eingehend unten, B III 3 b.

²²⁵ Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 8; DONATSCH, S. 143; EGE, S. 296; LÜTHI, S. 149, und PETERMANN, Sterbehilfe, S. 34.

sondere wären die Garantenstellung des Arztes und das Recht des Patienten, auf eine Behandlung verzichten zu dürfen,²²⁶ näher zu erläutern. Unter gewissen Umständen kann die passive Sterbehilfe zulässig sein.²²⁷

Auch wenn diese Darstellung nur knapp ist und einzelne Punkte im Verlauf der vorliegenden Arbeit vertieft werden sollen, wurde immerhin deutlich, dass es einigen Ansichten zufolge bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Sterbehilfe darauf ankomme, ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt. Im Folgenden wird daher erläutert, ob der Behandlungsabbruch normativ als ein Unterlassen oder Tun einzuordnen ist.

3. Behandlungsabbruch als Tun oder Unterlassen

Ein Behandlungsabbruch kann sowohl als Reaktion auf eine *unmittelbare* als auch auf eine *mittelbare* lebenserhaltende Massnahme erfolgen.²²⁸ Daher muss zuerst geklärt werden, ob es zwischen diesen beiden Formen des Behandlungsabbruchs einen relevanten Unterschied gibt, welcher es rechtfertigen würde, dass sie normativ unterschiedlich eingeordnet werden oder ob sie gleich behandelt werden sollten. Im Anschluss daran sollen bestehende Meinungen, welche den Behandlungsabbruch als normatives Tun oder Unterlassen einordnen, dargelegt und diskutiert werden. Die Abbrüche einer unmittelbaren und einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme werden nachfolgend unter dem Begriff der *beiden Formen* des Behandlungsabbruchs zusammengefasst.

a) Unterschied zwischen dem Abbruch einer unmittelbaren und mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme

Um den Behandlungsabbruch als Tun oder Unterlassen einordnen zu können, ist zuerst zu klären, anhand welcher Kriterien ein Verhalten als Tun oder Unterlassen gewertet wird und welche Konsequenzen dies für die normative Einordnung der beiden Formen des Behandlungsabbruchs hat.

²²⁶ Vgl. oben, B II 2.

²²⁷ Zum Ganzen Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 8; GETH, S. 12 ff. m.w.Verw.; BÜCHLER/MICHEL, S. 169 ff.; KUNZ, S. 620; PETERKOVÁ, S. 101 ff.; SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 49 ff. vor Art. 111 StGB, und STRATENWERTH/WOHLERS, SSHK, N. 2 zu Art. 114 StGB.

²²⁸ Siehe oben, B I 2.

aa) *Ausgangslage: Der naturalistische Unterschied*

Bei der normativen Beurteilung, ob ein gewisses Verhalten ein Tun oder Unterlassen darstellt, wird in der Schweiz sowohl nach einigen Meinungen in der Lehre wie auch gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Subsidiaritätstheorie herangezogen. Demnach ist ein Unterlassen erst zu prüfen, sofern kein aktives Tun gegeben ist, welches tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft ist.²²⁹ Ein Verhalten ist dabei *naturalistisch* zu betrachten.²³⁰ Ein Tun ist im naturalistischen Sinn das Aufwenden von Energie in eine bestimmte Richtung.²³¹ An dieser einfachen Vorgehensweise übt GRUBMILLER berechtigte grundsätzliche Kritik, indem er u.a. ausführt, dass diese Vorgehensweise nur vermeintlich wertungsfrei ist, da nämlich bereits gewertet wurde, dass ein Unterlassen subsidiär zu einem Tun zu betrachten sei.²³²

Die beiden Formen des Behandlungsabbruchs sind zuerst im Sinne der Subsidiaritätstheorie zu betrachten, da dieser Theorie grosse Bedeutung in der schweizerischen Lehre zukommt und von der Rechtsprechung angewendet wird. Die lebenserhaltende Behandlung eines minimal bewussten Patienten wird hauptsächlich durch Geräte und Apparaturen sichergestellt.²³³ Um diese mittelbaren lebenserhaltenden Massnahmen abbrechen zu können, ist das Abschalten eines Gerätes oder die Unterbrechung einer Zufuhr nötig.²³⁴ Diese Verhaltensweisen sind klare, in eine bestimmte Richtung gerichtete Energieaufwendungen und stellen somit ein Tun im naturalistischen Sinne dar.²³⁵ Wird demgegenüber ein Patient unmittelbar durch lebenserhaltende Massnahmen versorgt, beispielsweise notfallmässig beatmet, muss die behandelnde Person nur ihre Behandlung beenden. Sie wendet damit keine Energie in eine Richtung auf, sondern beendet ihre Energieaufwendung. Damit wird sie nicht aktiv (im naturalistischen

²²⁹ Für die Lehre: EGE, S. 302 m.w.Verw.; SEELMANN/GETH, S. 104 ff. m.w.Verw., und TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, SSPK, N. 6 zu Art. 11 StGB m.w.Verw. Für die Rechtsprechung: Urteil des Bundesgericht 6B_1332/2016 vom 27.07.2017, E. 5.3. m.w.Verw.

²³⁰ GETH, S. 31 m.w.Verw.

²³¹ GETH, S. 32 m.w.Verw.; EGE, S. 301, und ROXIN, N. 115 zu § 3.

²³² Eingehend GRUBMILLER, S. 77 ff. m.w.Verw.

²³³ Siehe oben, A IV.

²³⁴ EGE, S. 305; STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 67, und VENETZ, S. 12.

²³⁵ EGE, S. 305.

Sinn), um ihre Behandlung abzubereiten. Gemäss der naturalistischen Betrachtung der Subsidiaritätstheorie unterlässt sie demnach.²³⁶ Die naturalistische Betrachtung der Subsidiaritätstheorie führt also konsequenterweise zu dem Ergebnis, dass der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Behandlung ein normatives Tun darstellt, während der Abbruch einer *unmittelbaren* lebenserhaltenden Behandlung eindeutig ein normatives Unterlassen ist. Veranschaulicht sei dies an zwei Beispielfällen: Eine Person X stürzt in eine Gletscherspalte. Eine andere Person Y ist noch oben an der Kante. Das erste Szenario ist, dass beiden Personen mit einem Seil verbunden sind. Y schneidet das Seil durch, wodurch X endgültig in den Tod stürzt. Das zweite Szenario ist, dass die Personen *nicht* durch ein Seil verbunden sind. Y kann X aber noch festhalten, bevor dieser vollständig abstürzt. Danach lässt Y los, wodurch X auch hier stirbt.²³⁷ Es ist in beiden Szenarien davon auszugehen, dass das Verhalten des Y den gleichen Grund hat, beispielsweise weil ihn die Kräfte verlassen und er nicht sich selbst und den X vor dem Abstürzen bewahren kann. Im naturalistischen Sinne handelt Y allerdings im ersten Szenario, während er im zweiten Szenario unterlässt.

Die unterschiedliche normative Einordnung der beiden Formen des Behandlungsabbruchs führt allerdings zu einer strafrechtlichen Ungleichbehandlung.²³⁸ Die Ungleichbehandlung drückt sich einerseits in den grundsätzlichen normativen Unterschieden zwischen Handlungs- und Unterlassensdelikten aus.²³⁹ So ist insbesondere die Garantenstellung ein zusätzliches strafbegründendes Kriterium, welches nur im Rahmen von Unterlassensdelikten diskutiert werden muss.²⁴⁰ Zum anderen kann sich diese Ungleichbehandlung im Rahmen der fakultativen Strafmilderung von Art. 11 Abs. 4 StGB bemerkbar machen.²⁴¹ Der Hintergrund dieser Strafmilderungsklausel wird darin gesehen, dass die kriminelle Energie möglicherweise geringer sei als bei einem Handlungsdelikt.²⁴² Dies würde allerdings für die vorliegende Problematik implizieren, dass

²³⁶ Vgl. GETH, S. 29 ff. m.w.Verw.

²³⁷ Angelehnt an das Beispiel von SEELMANN, BSK (3. Aufl.), N. 24 zu Art. 11 StGB.

²³⁸ Vgl. GETH, S. 29 ff.

²³⁹ Eingehend zum Ganzen GRUBMILLER, S. 86 ff. m.w.Verw.

²⁴⁰ GRUBMILLER, S. 88. Eingehend zur Garantenstellung siehe unten, B IV.

²⁴¹ GRUBMILLER, S. 88. Vgl. ROXIN, N. 115 zu § 31.

²⁴² Urteil des Bundesgerichts 6B_238/2009 vom 08.03.2010, E. 5.6., und NIGGLI/MUSKENS, BSK, N. 122 zu Art. 11 StGB.

die kriminelle Energie des Abbruchs einer unmittelbaren lebenserhaltenden Massnahme geringer wäre als beim Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme. In Anbetracht dessen, dass die Zulässigkeit des Abstellens des Beatmungsgeräts und des Ernährungsabbruchs von der Mehrheit der in einer schweizerischen Umfrage befragten Personen befürwortet wurde,²⁴³ mag der Behandlungsabbruch aber generell durchaus ein Fall für diese fakultative Strafmilderung darstellen, ungeachtet dessen, ob er nun durch ein naturalistisches Tun oder Unterlassen begangen wurde.

Mit Bezug auf diese normative Ungleichbehandlung wird aber auch angeführt, dass eine länger dauernde lebenserhaltende Massnahme nicht mit einer „vorübergehenden“ (durch eine Person ausgeführten) Reanimation vergleichbar wäre.²⁴⁴ Eine unmittelbare lebenserhaltende Massnahme wird in der Regel nur im Notfall ausgeführt. Die längerfristige Behandlung wird durch mittelbare lebenserhaltende Massnahmen sichergestellt.²⁴⁵ Ein Patient kann also erst unmittelbar und dann mittelbar durch lebenserhaltende Massnahmen behandelt werden. Die Dauer der lebenserhaltenden Behandlung kann daher kein Argument für die normative Ungleichbehandlung sein. Vielmehr muss begründet werden, *falls* sich etwas während der Behandlung ändert und *ob* diese Veränderung die normative Ungleichbehandlung rechtfertigt.²⁴⁶

Verlangt ein urteilsfähiger Patient den Abbruch einer lebenserhaltenden Massnahme und wird eine Garantenstellung des Arztes angenommen,²⁴⁷ dann darf dieser zudem nicht weiter in die physische Integrität seines Patienten eingreifen.²⁴⁸ Der behandelnde Arzt muss diese Entscheidung vielmehr akzeptieren.²⁴⁹ Für einen vom Arzt entschiedenen Behandlungsabbruch, der also nicht vom Patienten verlangt wird, bleibt daher nur

²⁴³ SCHWARZENEGGER et al., S. 6. Die Mehrheit der befragten Personen sprach sich im Übrigen auch dafür aus, dass die direkte aktive Sterbehilfe moralisch richtig sei und daher zulässig sein solle: SCHWARZENEGGER et al., S. 6. Siehe oben, B II 2.

²⁴⁴ EGE, S. 303 und VENETZ, S. 11 f.

²⁴⁵ Siehe oben, A IV.

²⁴⁶ Siehe unten, B III 3 a bb.

²⁴⁷ Siehe unten, B IV.

²⁴⁸ Siehe oben, B II 2 und eingehend unten, C I.

²⁴⁹ SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 49 vor Art. 111 StGB. BÜCHLER/MICHEL, S. 170; GETH, S. 43 ff., und HAUSSENER, S. 23.

dann Raum, wenn eine Begrenzung seiner Garantenstellung unabhängig vom Willen des urteilsfähigen Patienten diskutiert wird.²⁵⁰ Unter welchen Voraussetzungen und auf welche Art und Weise auch der minimal bewusste Patient seinem Willen Ausdruck verleihen könnte, soll später vertieft werden.²⁵¹

Letztlich ist, insbesondere mit Blick auf den Einwand, dass eine länger dauernde lebenserhaltende Massnahme nicht mit einer „vorrübergehenden“ Reanimation vergleichbar sei,²⁵² klarzustellen, dass es hier ausschliesslich darum geht, ob das naturalistische Tun beim Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme anders behandelt werden darf als das Unterlassen beim Nicht-Fortführen einer unmittelbar lebenserhaltenden Behandlung. Es ist offensichtlich, dass in beiden Fällen die Konsequenz, nämlich der Tod, und der Sterbeverlauf, beispielsweise der Tod durch Erstickten, gleich sind. Schliesslich hat auch in beiden Fällen der rettende Beitrag des Arztes bereits begonnen. Der einzige Unterschied ist damit die naturalistische Einordnung des Behandlungsabbruchs: Im ersten Fall als Aktivität, im zweiten Fall als Passivität.

bb) Kausalverläufe

Um einen möglichen normativen Unterschied dieser beiden Behandlungsabbrüche zu diskutieren, soll nun der jeweilige Kausalverlauf in den Blick genommen werden, denn es mag schlimmer sein, einen sterbenden Patienten mit einer Substanz, beispielsweise Natrium-Pentobarbital,²⁵³ zu töten, statt ihn nur sterben zu lassen. Durch die Substanz wird nämlich der (sichere) Tod vorzeitig herbeigeführt. Der Kausalverlauf würde also verändert, was moralisch und rechtlich bedeutsam sein könnte.²⁵⁴

Die Konsequenz des Abbruchs einer unmittelbaren und einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme ist die gleiche, namentlich der Tod des Patienten.²⁵⁵ Fraglich ist jedoch, ob der Patient auch jeweils in den *natürlichen* Verlauf zurückkehrt, d.h.

²⁵⁰ Siehe eingehend unten, B V.

²⁵¹ Siehe eingehend unten, C III und IV.

²⁵² Vgl. EGE, S. 303, und VENETZ, S. 11 f.

²⁵³ Natrium-Pentobarbital wird von Sterbehilfeorganisationen verwendet: Bericht Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 4. Vgl. BGE 133 I 58, E. 4. ff. m.w.Verw.

²⁵⁴ Vgl. MCLACHLAN, S. 636 ff., und VAN DEN BELD, S. 63 ff.

²⁵⁵ Siehe oben, B III 3 a.

in den Kausalverlauf, in welchem er gewesen wäre, wenn gar keine lebenserhaltende Massnahme ergriffen worden wäre.²⁵⁶ Eine Meinung behauptet dies,²⁵⁷ während eine andere Ansicht differenzierend einwendet, dass sich ein *stabiler* Patient während der lebenserhaltenden Behandlung nicht mehr in gegenwärtiger Lebensgefahr befinde und somit die Lebensgefahr abgewendet sei. Der Abbruch einer lebenserhaltenden Massnahme bei einem stabilen Patienten sei daher die Schaffung einer neuen Gefahr.²⁵⁸

Richtig ist, dass sich der Organismus eines Patienten mit der Dauer der lebenserhaltenden Behandlung auch stabilisieren kann.²⁵⁹ Die länger dauernde lebenserhaltende Massnahme kann daher eine Verbesserung des Gesundheitszustandes eines Patienten ermöglichen und entfaltet damit mehr als nur einen Aufschub des Todes dieses Patienten. Durch die lebenserhaltende Massnahme wird der Tod dieses Patienten in diesen Fällen also abgewendet, jedoch bleibt eine mittelbare Lebensgefahr bestehen.²⁶⁰ Trotzdem unterscheidet sich dieser Patient von einem Notfallpatienten, dessen Organismus gesamthaft instabil ist. Der differenzierenden Ansicht ist daher zuzustimmen, dass der Kausalverlauf beim Abbruch einer lebenserhaltenden Massnahme eines stabilen Patienten stärker verändert wird, als wenn der Patient nur seinem fortbestehenden Sterbeprozess überlassen wird.²⁶¹ Dies soll mit folgendem Beispiel verdeutlicht werden: Eine Person wird in die Notaufnahme eingeliefert, nachdem sie in einen Unfall verwickelt wurde. Sie ist bewusstlos und weist insbesondere innere sowie äussere Blutungen auf. Auch die Atmung ist stark beeinträchtigt. Infolge medizinischer Versorgung können die Blutungen gestoppt und der Kreislauf dieses Patienten stabilisiert werden. Die Atmung bleibt jedoch weiter beeinträchtigt, sodass dieser Patient weiterhin auf künstliche Beatmung angewiesen ist. Die Behandlungen dieses Patienten haben seinen physischen Zustand im Vergleich zu seinem Zustand bei Eintreffen in der Notaufnahme

²⁵⁶ Vgl. GETH, S. 23; PETERMANN, Sterbehilfe, S. 35, und SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 59 vor Art. 111 StGB m.w.Verw.

²⁵⁷ GETH, S. 23; PETERMANN, Sterbehilfe, S. 35 und SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 59 vor Art. 111 StGB m.w.Verw.

²⁵⁸ MERKEL G., S. 337.

²⁵⁹ MERKEL G., S. 336 f.

²⁶⁰ Siehe oben, B I 1.

²⁶¹ Vgl. MERKEL G., S. 337.

offensichtlich verbessert. Die künstliche Beatmung nun einzustellen, ist damit nicht das Gleiche, wie die Beatmung des kritischen Patienten einzustellen, da beim stabilen Patienten eine neue unmittelbare Lebensgefahr geschaffen wird²⁶² bzw. die seitdem erfolgte Besserung zusätzlich zunichte gemacht wird. Das Zunichtemachen dieser Besserung stellt demnach einen zusätzlichen Eingriff in die physische Integrität dieses Patienten dar und ist keine bloße Rückführung in den *status quo ante*.²⁶³

Es zeigt sich somit, dass es für den Kausalverlauf bedeutsam ist, ob die lebenserhaltenden Massnahmen eines stabilen Patienten oder eines kritischen Patienten abgebrochen werden. Allerdings kann damit kein relevanter Unterschied zwischen dem Behandlungsabbruch durch ein Tun und durch ein Unterlassen (jeweils im naturalistischen Sinn) aufgezeigt werden.

cc) *Moralische Äquivalenz eines Tuns und eines Unterlassens*

Der einzige relevante Unterschied zwischen dem Abbruch einer mittelbaren und einer unmittelbaren lebenserhaltenden Massnahme ist somit, dass ersterer durch ein Tun und letzterer durch ein Unterlassen (jeweils im naturalistischen Sinn) vorgenommen wird. Dies führt zu der Frage, ob ein Tun grundsätzlich verwerflicher als ein Unterlassen ist. Mit Bezug auf den Behandlungsabbruch lässt sich die Frage auch umformulieren, nämlich ob es verwerflicher ist, eine negative (niemanden zu töten) oder eine positive (Leben zu bewahren) Pflicht zu verletzen.²⁶⁴

Die Äquivalenzthese sieht mit Bezug auf eine Tötung keinen relevanten ethischen Unterschied zwischen einer Handlung und einem Unterlassen sieht.²⁶⁵ Ein Argument gegen die Äquivalenzthese ist zwar der Unterschied in der intentionalen Struktur des Verhaltens. So wird in Bezug auf eine ärztliche Behandlung angeführt, dass das Handlungsziel einer Tötung auf Verlangen die Tötung dieser Person selbst sei, während dies

²⁶² Vgl. MERKEL G., S. 337.

²⁶³ Vgl. GETH, S. 49 f.

²⁶⁴ Vgl. THOMSON, S. 207.

²⁶⁵ Eingehend ZIMMERMANN-ACKLIN, S. 227 ff. Vgl. SCHOCKENHOFF, lebensbeendende Handlungen, S. 298 f.

beim Sterbenlassen eines Patienten weder das direkte noch das indirekte Ziel sei.²⁶⁶ Diese Argumentation findet allerdings in der vorliegenden Problematik keine Anwendung. Sowohl beim Abbruch einer unmittelbaren wie auch beim Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme ist es nämlich die Intention des Arztes, eine kontinuierliche Behandlung²⁶⁷ eines Patienten zu beenden, um dessen Tod herbeizuführen. Selbst wenn also die intentionale Struktur generell moralisch bedeutsam wäre, so liegt keine *Divergenz* zwischen den Intentionen des Arztes vor.

Auch im obigen Gletscherbeispiel²⁶⁸ macht es keinen relevanten moralischen Unterschied, ob Y den X loslässt oder ob er das Seil durchtrennt, mit welchem sie miteinander verbunden sind. Entsprechend ist auch nicht ersichtlich, inwiefern Abschalten eines Beatmungsgeräts verwerflicher sein soll als das Nicht-Fortführen der Beatmung mittels eines Beatmungsbeutels.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass es keinen relevanten Unterschied zwischen dem Abbruch einer unmittelbaren und einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme gibt und diese beiden Behandlungsabbrüche deshalb auch normativ gleich behandelt werden sollten.²⁶⁹

dd) Zwischenfazit

Aus strafrechtlicher Sicht werden Handlungs- und Unterlassungsdelikte unterschiedlich behandelt. Die Anwendung der Subsidiaritätstheorie mit ihrer naturalistischen Betrachtungsweise führt dazu, dass der Abbruch einer unmittelbaren lebenserhaltenden Massnahme aus normativer Sicht ein Unterlassen und der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme ein Tun darstellt. Aus ethischer Sicht gibt es aber keine Veranlassung, diese beiden Formen des Behandlungsabbruchs unterschiedlich zu behandeln.

²⁶⁶ Eingehend SCHOCKENHOFF, lebensbeendende Handlungen, S. 299 ff.

²⁶⁷ Siehe oben, A IV.

²⁶⁸ Siehe oben, B III 3 a.

²⁶⁹ Im Ergebnis wohl auch ROXIN, N. 116 zu § 31.

b) Behandlungsabbruch als normatives Tun

Der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme ist ein Tun im naturalistischen Sinn.²⁷⁰ Eine Lehrmeinung wendet konsequent die Subsidiaritätstheorie an, wonach der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme als Tun auch im normativen Sinne gewertet wird. Um die Ungleichbehandlung gegenüber dem Abbruch einer unmittelbaren lebenserhaltenden Massnahme zu vermeiden, die darin besteht, dass dieser ein Unterlassen im naturalistischen Sinn darstellt und Handlungs- und Unterlassungsdelikte normativ unterschiedlich behandelt werden,²⁷¹ schlägt diese Meinung vor, den Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Behandlung zwar als ein normatives Tun zu werten, jedoch in diesem Fall einen speziellen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund im Sinne einer verfassungsrechtlichen Güterabwägung anzunehmen.²⁷²

Das verfassungsrechtliche Recht auf persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV umfasst auch das Recht auf Selbstbestimmung.²⁷³ Eine Abwägung mit dem Selbstbestimmungsrecht kann dazu führen, dass der Lebensschutz einer Person relativiert wird.²⁷⁴ Insbesondere dann, wenn ein Patient auf eine lebenserhaltende Behandlung verzichten will, ist dieser Wille vorrangig gegenüber einem (aufgezwungenen) Schutz des Lebens.²⁷⁵ Zentral ist damit das Recht des Patienten auf Verweigerung eines Eingriffs in seine physische Integrität.²⁷⁶ Würde allerdings der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme als ein normatives Tun gewertet werden, würde dies bedeuten, dass der Patient auf diese Massnahme nur verzichten kann, sofern er auch ein Tun des Arztes fordern könnte. Das Selbstbestimmungsrecht müsste also so weit ausgelegt werden, dass der Patient seinen behandelnden Arzt zu einer Tötungshandlung verpflichten könnte.

²⁷⁰ Siehe oben, B III 3 a.

²⁷¹ Siehe oben, B III 3 a.

²⁷² SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 61 vor Art. 111 StGB.

²⁷³ BGE 138 IV 13, E. 7.1., und SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 6 zu Art. 10 BV m.w.Verw.

²⁷⁴ Eingehend SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 12 vor Art. 111 StGB m.w.Verw.

²⁷⁵ GETH, S. 14; HAUSSENER, S. 23 f.; LÜTHI, S. 123 f.; SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 19 ff. und 61 vor Art. 111 StGB, und SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 22 zu Art. 10 BV.

²⁷⁶ Siehe unten, C I.

Bei der Beihilfe zum Suizid wird die Ansicht vertreten, dass es die persönliche Gewissensentscheidung eines Arztes sein solle, Beihilfe zum Suizid zu leisten oder nicht; dies nicht nur in Bezug auf eine persönlich vertretene ethische Ansicht, sondern auch mit Blick auf das ärzteethos, welches für den Berufsstand als solches wichtig sei.²⁷⁷ Das Bundesgericht hat zudem den Standpunkt eingenommen, dass aus dem Selbstbestimmungsrecht eines Patienten keine positive Pflicht eines Arztes gefolgert werden könne.²⁷⁸ Daher habe ein Sterbewilliger keinen Anspruch darauf, dass ihm Natrium-Pentobarbital rezeptfrei abgegeben werden müsse.²⁷⁹ Die Beihilfe zum Suizid und auch die aktive direkte Sterbehilfe unterscheiden sich allerdings vom Behandlungsabbruch: Während die ersten beiden eine positive Pflicht des Arztes voraussetzen, fordert der Patient beim Behandlungsabbruch lediglich, dass nicht weiter in seine physische Integrität eingegriffen wird.²⁸⁰ Dabei kann nicht relevant sein, ob der Behandlungsabbruch ein Tun oder Unterlassen (im naturalistischen Sinn) ist.²⁸¹ Richtigerweise muss das Selbstbestimmungsrecht eines Patienten auch das Recht umfassen, dass seine mittelbare lebenserhaltende Massnahme aktiv (im naturalistischen Sinn) beendet wird.²⁸² Dieses Recht wird derzeit jedoch auf sterbende Patienten²⁸³ bzw. auf solche Patienten beschränkt, bei denen durch den Behandlungsabbruch „dem Krankheitsprozess freien Lauf gelassen wird“.²⁸⁴ Durch lebenserhaltende Massnahmen behandelte stabile Patienten sind allerdings weder sterbend (da der Tod abgewendet wurde), noch kehren sie durch

²⁷⁷ SAMW, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 9, und SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 22 zu Art. 10 BV m.w.Verw. Kritisch dazu, dass das ärzteethos unvereinbar mit der Suizidbeihilfe ist, siehe SCHÖNE-SEIFERT, S. 56 ff.

²⁷⁸ BGE 133 I 58, E. 6.2.1. Vgl. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 22 zu Art. 10 BV m.w.Verw.

²⁷⁹ BGE 133 I 58, E. 6.3.6.

²⁸⁰ Siehe oben, B II 2 und unten C I.

²⁸¹ Siehe oben, B III 3 a dd.

²⁸² Vgl. SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 61 vor Art. 111 StGB, und STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 68.

²⁸³ SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 61 vor Art. 111 StGB.

²⁸⁴ EGE, S. 307 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 35.

den Behandlungsabbruch in den natürlichen Kausalverlauf zurück.²⁸⁵ Trotzdem haben auch sie das Recht, auf ihre lebenserhaltende Behandlung verzichten zu dürfen.²⁸⁶

Selbst wenn nun aber eine Rechtfertigungsmöglichkeit sichergestellt wäre, um den Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Behandlung als Tötungshandlung zu legitimieren, bliebe die obengenannte Ungleichbehandlung zum Teil immer noch bestehen: Der Abbruch einer unmittelbaren lebenserhaltenden Behandlung wäre immer noch ein Unterlassen, während der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme eine Handlung darstellen würde. Damit wären auch die rechtlichen Konsequenzen nicht (notwendig) dieselben.²⁸⁷ Eine normative Ungleichbehandlung dieser beiden Behandlungsabbrüche ist jedoch ethisch nicht begründet.²⁸⁸ Den Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme als ein Tun im normativen Sinn zu werten, kann daher nicht restlos befriedigen.

aa) *Exkurs: Teleologische Reduktion des Art. 114 StGB*

Ausgehend von der Annahme, dass der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Behandlung ein Tun im normativen Sinn darstellt, und bezugnehmend darauf, dass die Sterbehilfe heute eine gewisse Akzeptanz in unserer Gesellschaft gefunden hat,²⁸⁹ stellt sich die Frage, ob es heute überhaupt noch die Intention des Gesetzgebers sein kann, die Sterbehilfe (durch eine Handlung) zu pönalisieren.²⁹⁰ Eine Ansicht sieht daher die Lösung des vorliegenden Problems in der teleologischen Reduktion des Art. 114 StGB: Der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme falle nicht unter den Wortlaut des Art. 114 StGB, sodass dessen Einwilligungsschranke darauf nicht anwendbar sei. Somit könne der Patient in seine eigene Tötung einwilligen.²⁹¹

²⁸⁵ Siehe oben, B I 1 und B III 3 a bb. Vgl. MERKEL G., S. 337.

²⁸⁶ Siehe oben, B II 2.

²⁸⁷ Siehe oben, B III 3 a aa.

²⁸⁸ Siehe oben, B III 3 a dd.

²⁸⁹ SCHWARZENEGGER et al., S. 5 ff. Dabei wurde auch festgestellt, dass selbst die aktive Sterbehilfe als moralisch richtig angesehen wird: SCHWARZENEGGER et al., S. 6.

²⁹⁰ Vgl. EGE, S. 308 ff.

²⁹¹ Zum Ganzen eingehend EGE, S. 306 ff.

Der Bundesrat hat in der Botschaft zu Art. 114 StGB zur Sterbehilfe nur knapp Stellung genommen. Die aktive Sterbehilfe solle strafbar bleiben, da sie „unter allen Umständen unannehmbar“ sei,²⁹² während die Zulässigkeit der passiven Sterbehilfe so erheblich vom Einzelfall abhängt, dass eine befriedigende Rechtsnorm unmöglich sei.²⁹³ Dabei sei die passive Sterbehilfe das „Unterlassen lebensverlängernder ärztlicher Massnahmen an unheilbar Kranken, die dem Tode nahe sind und schwer leiden.“²⁹⁴ Die aktive Sterbehilfe wird dagegen als die „Tötung durch einen lebensverkürzenden Eingriff“ definiert.²⁹⁵ Beim Behandlungsabbruch werden lebensverlängernde Massnahmen unterlassen, doch ist insbesondere der stabile Patient nicht dem Tode nahe.²⁹⁶ Weiter ist beim minimal bewussten Patienten unklar, ob und wie er Schmerzen bewusst wahrnimmt.²⁹⁷ Es ist höchst fraglich, ob der Gesetzgeber den Behandlungsabbruch unter die „unter allen Umständen unannehmbare“²⁹⁸ aktive Sterbehilfe einordnen wollte, denn der Gesetzgeber hat seinerzeit keine differenzierte Haltung zum Behandlungsabbruch eingenommen. Damit ist unklar, wie er den Behandlungsabbruch strafrechtlich einzuordnen gedachte. Zu Recht weist EGE auch darauf hin, dass sich inzwischen die medizinischen Möglichkeiten zur Lebenserhaltung verändert haben und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten heute erhebliche Bedeutung zukommt.²⁹⁹ Es ist EGE zuzustimmen, dass die Einwilligungsschranke des Art. 114 StGB im Ergebnis nicht auf den Behandlungsabbruch angewendet werden sollte.³⁰⁰ Dabei setzt EGE allerdings voraus, dass der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme als ein Tun (im normativen Sinne) gewertet wird, was nach der hier vertretenen Ansicht jedoch abgelehnt wird.³⁰¹

²⁹² BBI 1985 II, S. 1025.

²⁹³ BBI 1985 II, S. 1024 f.

²⁹⁴ BBI 1985 II, S. 1024.

²⁹⁵ BBI 1985 II, S. 1024 f.

²⁹⁶ Siehe oben, B I 1 und B III 3 a bb.

²⁹⁷ Siehe oben, A I 1 und A I 2 b.

²⁹⁸ BBI 1985 II, S. 1025.

²⁹⁹ EGE, S. 309 m.w.Verw.

³⁰⁰ EGE, S. 310.

³⁰¹ Siehe oben, B III 3 b.

bb) Exkurs: Ablehnung der Einwilligungsschranke

Wird angenommen, dass der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme ein Tun (im normativen Sinn) darstellt, geht eine Ansicht noch weiter, als den Tatbestand des Art. 114 StGB lediglich teleologisch zu reduzieren.³⁰² Diese Ansicht stellt sich auf den Standpunkt, dass mit der *gesetzlichen* Einwilligungsschranke des Art. 114 StGB bereits eine Abwägung zwischen dem Lebensschutz und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten getroffen worden sei, dies allerdings der Normenhierarchie widerspräche. Vielmehr müsse eine grundrechtliche Abwägung im Einzelfall durchgeführt werden, um dem verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht Genüge zu tun. Bei Überwiegen des Selbstbestimmungsrechts würde dies einen übergesetzlichen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund begründen.³⁰³

Fraglich ist allerdings, wie der Kerngehalt des Lebensschutzes definiert wird bzw. ob der Lebensschutz einer solchen Abwägung überhaupt zugänglich ist. Verstärkt wird dies durch die mit dem Lebensschutz immer einhergehende Problematik: Entweder wird ein Leben beendet oder nicht. Es existiert dabei kein Mittelweg. Damit erscheine ein Eingriff in den Lebensschutz stets auch als Eingriff in dessen Kerngehalt.³⁰⁴ Sollte der Behandlungsabbruch als Eingriff in den Kerngehalt des Lebensschutzes gewertet werden, würde dies eine Abwägung jedoch verbieten.³⁰⁵

Sollte es der Wille des Patienten sein, dass ein Behandlungsabbruch vorgenommen wird, so gestaltet sich der Behandlungsabbruch indes anders als beim „gezielten Todesschusses“, bei dem das Leben eines Entführers beendet wird, um das Leben der Geisel zu retten.³⁰⁶ Der Behandlungsabbruch ist nämlich selbstbestimmt, während der Todesschuss fremdbestimmt ist.³⁰⁷ Wird davon ausgegangen, dass der Kerngehalt

³⁰² Siehe oben, B III 3 b aa.

³⁰³ Zum Ganzen SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 20 vor Art. 111 StGB.

³⁰⁴ Zum Ganzen SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 16 vor Art. 111 StGB.

³⁰⁵ SCHEFER, S. 90 ff., und SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 20 vor Art. 111 StGB. SCHEFER kommt ausserdem zu dem Schluss, dass die Kollision von Kerngehalten „grundrechtliche Widerstreite“ darstellen würden und im „Rahmen des Verfassungsrechts nicht lösbar“ seien: SCHEFER, S. 93.

³⁰⁶ Zum Beispiel des Todesschusses siehe SCHEFER, S. 90. Zur möglichen ethischen Relevanz der intentionalen Struktur siehe oben, B III 3 a cc.

³⁰⁷ Vgl. SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, wonach die Tötungsdelikte das „gegenseitige Vertrauen in das Fremdtötungstabu“ schützen sollen: SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 20 vor Art. 111 StGB.

des Lebensschutzes das Verbot jeder zielgerichteten Tötung durch eine staatliche Handlung darstellt,³⁰⁸ so könnte dies um das Element der Fremdbestimmung ergänzt werden, womit der selbstbestimmte Behandlungsabbruch wie auch Tötungen nach Art. 114 StGB nicht mehr darunter fallen. Des Weiteren könnte bedacht werden, dass der Behandlungsabbruch durch einen Arzt, der nicht als Angestellter des Staates auftritt, keine staatliche Handlung wäre. Dies würde allerdings zu dem fragwürdigen Ergebnis führen, dass Behandlungsabbrüche von staatlichen und nichtstaatlichen Ärzten unterschiedlich behandelt werden müssten.

Schliesslich wird die gesetzliche Einwilligungsschranke auch mit einer anderen Begründung abgelehnt: Sie widerspreche durch ihren grundsätzlich paternalistischen Charakter dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* und sei daher verfassungswidrig.³⁰⁹

Richtig ist, dass durch die Einwilligungsschranke eine Abwägung verfassungsmässiger Rechte generell vorweggenommen und dem paternalistisch motivierten Lebensschutz ein Vorrang gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten eingeräumt wird.³¹⁰ Auch wenn der Patient vor einer übereilten und unüberlegten Entscheidung zu schützen ist,³¹¹ kann dieser Schutz durch Bedingungen und Kontrollen sichergestellt werden.³¹² Wie diese konkret aussehen könnten, kann jedoch offen bleiben, da nach der hier vertretenen Auffassung die Wertung des Behandlungsabbruchs als Tun (im normativen Sinne) abgelehnt wird.³¹³

c) Behandlungsabbruch als normatives Unterlassen nach dem Schwerpunkt seiner Vorwerfbarkeit

Nach einer Theorie soll bei der normativen Beurteilung, ob ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt, danach entschieden werden, auf welchem Verhalten (Tun oder Unterlassen)

³⁰⁸ MÜLLER/SCHEFER, S. 49.

³⁰⁹ Eingehend JOERDEN, S. 287 ff. Kritisch dazu KAHLO, S. 387 ff.

³¹⁰ SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 20 vor Art. 111 StGB.

³¹¹ Siehe oben, B II 2.

³¹² SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 22 vor Art. 111 StGB.

³¹³ Siehe oben, B III 3 b.

der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt (sog. Schwerpunkttheorie).³¹⁴ Ob ein normatives Tun oder Unterlassen gegeben sei, solle also von einer „wertenden Würdigung“ abhängen.³¹⁵ Dabei könne im Falle des Behandlungsabbruchs der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit „im Unterlassen der Lebenserhaltung“ gesehen werden.³¹⁶

Der Schwerpunkttheorie wird vorgeworfen, dass sie zirkulär sei, denn um einen Schwerpunkt setzen zu können, müsse bereits geklärt sein, ob eine Handlung oder ein Unterlassen vorliege. Gerade das versuche man aber anhand dieses Ansatzes erst zu begründen.³¹⁷ Wird allerdings der gesamte Sachverhalt naturalistisch betrachtet,³¹⁸ dann wird zuerst naturalistisch beurteilt, ob ein Tun, Unterlassen oder beides vorliegt. Basierend darauf kann dann der Schwerpunkt der (moralischen) Vorwerfbarkeit ermittelt werden. Dies setzt allerdings voraus, dass der Sachverhalt naturalistisch fassbar ist und Tun und Unterlassen voneinander abgegrenzt werden können, was problematisch sein kann. Zu nennen ist beispielsweise die Situation, in der ein Autofahrer den Tempomat einschaltet, wodurch sich das Auto mit konstanter Geschwindigkeit weiter fortbewegt.³¹⁹ Kollidiert das Auto anschliessend ungebremst mit einer Person, sind sowohl das Einschalten des Tempomats (naturalistisches Tun) wie auch das Nicht-Bremsen (naturalistisches Unterlassen) für die Verletzung oder den Tod dieser Person ursächlich. Tun und Unterlassen sind dabei kausal miteinander verbunden: Ohne das Einschalten des Tempomats wäre die Bremsung nicht notwendig gewesen. Die Subsidiaritätstheorie führt zu einer einfachen Lösung, da ein naturalistisches Unterlassen nur dann begründet werden muss, wenn kein Tun vorliegt.³²⁰ Anhand der Schwerpunkttheorie muss hingegen ermittelt werden, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im Einschalten des Tempomats oder im Nicht-Bremsen liegt. Diese Ermittlung kann hier offenbleiben. Wesentlich ist jedoch,

³¹⁴ BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 26 ff. m.w.Verw.; EGE, S. 301; GRUBMILLER, S. 76, und KAHLO, S. 390 ff.

³¹⁵ KAHLO, S. 390 mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung.

³¹⁶ KAHLO, S. 391 f. Vgl. eingehend BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 26 ff. m.w.Verw., und GRUBMILLER, S. 76.

³¹⁷ Vgl. GETH, S. 31; GRUBMILLER, S. 75 f., und KAHLO, S. 390 ff. m.w.Verw.

³¹⁸ Vgl. EGE, S. 301.

³¹⁹ Angelehnt an GRUBMILLER, S. 81 m.w.Verw.

³²⁰ Siehe oben, B III 3 a aa.

dass der Vorwurf der Zirkularität dann entkräftet werden kann, wenn der Sachverhalt naturalistisch betrachtet wird und erst danach der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ermittelt wird.

DONATSCH und TAG vertreten einen anderen Ansatz, indem sie die Subsidiaritäts- mit der Schwerpunkttheorie kombinieren. Zuerst solle entschieden werden, welcher Teil des Verhaltens eines potentiellen Täters strafrechtlich geprüft werden solle. Danach sei (im Sinne der Subsidiaritätstheorie) zu prüfen, ob ein Tun vorliegt.³²¹ Da die Beurteilung des gesamten Sachverhalts anhand der Schwerpunkttheorie erfolgt, sieht sich auch dieser Ansatz dem Vorwurf der Zirkularität ausgesetzt.³²² DONATSCH und TAG stellen sich auf den Standpunkt, dass die Einordnung eines strafrechtlich relevanten Verhaltens als Tun oder Unterlassen nicht um eine Wertung herum komme. Das entsprechende Verhalten sei nämlich nicht nur kausal, sondern auch in seiner sozialen Bedeutung zu verstehen.³²³ Es wird allerdings grundsätzlich gegen die Schwerpunkttheorie angeführt, dass die Frage nach der konkreten und individuellen Vorwerfbarkeit eine Schuldfrage sei und nicht im Tatbestand diskutiert werden solle. Ob der Tatbestand erfüllt sei, müsse sich aber unabhängig von dieser Wertungsfrage klären lassen.³²⁴ Dem ist insoweit zuzustimmen, als eine Vermischung von Fragen zum Tatbestand und zur individuellen Vorwerfbarkeit vermieden und eine systematische tatbestandliche Lösung gesucht werden sollte.

Die Schwerpunkttheorie scheint demnach ebenfalls nicht geeignet, um zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen.

d) Behandlungsabbruch unter Berücksichtigung sog. Organisationskreise

Eine weitere Ansicht führt den Gedanken an, „dass aktives Handeln stets einen Übergriff in den Organisationskreis des Opfers“ voraussetze.“³²⁵ Dementsprechend könne aktives Handeln nur vorliegen, wenn zwei Organisationskreise aufeinandertreffen und eine aktive Veränderung in einem dieser Kreise vorgenommen werde. Wenn ein Verhalten

³²¹ DONATSCH/TAG, S. 300 ff., insbesondere S. 304.

³²² Vgl. GETH, S. 31; GRUBMILLER, S. 75 f., und KAHLO, S. 390 ff. m.w.Verw.

³²³ Zum Ganzen eingehend DONATSCH/TAG, S. 301. Vgl. EGE, S. 301.

³²⁴ Eingehend GRUBMILLER, S. 74 ff m.w.Verw.

³²⁵ GETH, S. 31 m.w.Verw.

vollständig im eigenen Organisationskreis einer Person bleibe, sei stets ein Unterlassen anzunehmen. Da die lebenserhaltende Quelle (lebenserhaltende Massnahme) sich im Organisationsbereich des Arztes befinde, sei der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme ein Unterlassen.³²⁶

Dazu stellt sich die grundsätzliche Frage, wie der jeweilige Organisationskreis definiert wird, bzw. was sich noch dem Organisationskreis des Arztes zuordnen lässt oder bereits in den Kreis des Patienten fällt. Wird der Organisationskreis als die Rechtssphäre einer Person definiert, so wird dieser bereits durch Duldungspflichten eingeschränkt, wodurch ein Eingreifen in eine Duldungspflicht wiederum ein Handeln darstellen würde.³²⁷ Eine solche Duldungspflicht kann sich aus dem Notstand ergeben.³²⁸ GETH führt dazu folgendes Beispiel an: Eine Person A treibt in einem Boot auf einem See. Eine andere Person E schwimmt auf das Boot zu, um sich vor dem Ertrinken zu retten. Bevor sich E mit letzter Not festhalten kann, fährt A davon. E ertrinkt daraufhin.³²⁹ Da sich E in einer Notstandslage befindet, die A zur Duldung des „Übergriﬀs“ verpflichte, sei das Wegfahren „ein Eingriﬀ in die geschützte Rechtssphäre des E.“³³⁰ Mit Bezug auf den technischen Behandlungsabbruch³³¹ (Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme) seien nach GETH „die lebenserhaltenden Quellen im Organisationsbereich des Arztes bzw. des Spitals.“³³² JAKOBS ordnet diese dem Organisationskreis des Arztes

³²⁶ Zum Ganzen GETH, S. 31 ff. m.w.Verw.; JAKOBS, AT, S. 177 ff.; JAKOBS, FS Schewe, S. 74 ff., und grundsätzlich auch MERKEL R., Medical Ethics, S. 359 f. Dieser Ansatz ist von ROXINS Ansatz abzugrenzen, der unter Anwendung der „Denkfigur des Unterlassens durch Tun“ den technischen Behandlungsabbruch auch als normatives Unterlassen wertet, während er allerdings nur auf den Fall der *nicht* indizierten lebenserhaltenden Massnahme eingeht: ROXIN, N. 115 ff. zu § 31 m.w.Verw. Da jedoch in der vorliegenden Arbeit davon ausgegangen wird, dass die lebenserhaltende Behandlung des minimal bewussten Patienten medizinisch indiziert ist (siehe unten, B IV 2 und C IV 4 a), soll vorliegend weiter der Ansatz der Organisationskreise untersucht werden.

³²⁷ Zum Ganzen GETH, S. 34 f. m.w.Verw., und JAKOBS, AT, S. 179 f.

³²⁸ GETH, S. 34 f., JAKOBS, AT, S. 179 f., und JAKOBS, FS Schewe, S. 79.

³²⁹ Zum Ganzen GETH, S. 33.

³³⁰ GETH, S. 35.

³³¹ Darunter versteht GETH „das aktive Unterbinden einer lebenserhaltenden Massnahme“: GETH, S. 3.

³³² GETH, S. 35.

oder des Patienten zu, je nachdem ob es sich um eine fortlaufende Leistung des Arztes oder um ein vom Arzt unabhängiges Bestandselement des Patienten handle. Dementsprechend sei ein Herzschrittmacher eindeutig im Organisationskreis des Patienten zu verorten.³³³ Die Apparaturen der Intensivmedizin (zumindest gemäss damaligem Stand) würden allerdings eine fortlaufende Versorgung von aussen darstellen, seien also im Organisationskreis des Arztes.³³⁴

Wird die künstliche Beatmung betrachtet, so ist augenscheinlich, dass hier einige körperfremde Komponenten verwendet werden. Es sind insbesondere Schläuche, ein Respirator, eine externe Stromversorgung etc. nötig, um den Patienten zu beatmen. Die künstliche Ernährung gestaltet sich ähnlich. Ein Herzschrittmacher ist demgegenüber äusserlich nicht erkennbar, und er schränkt den Patienten nicht nennenswert ein (ausser beispielsweise bei Sicherheitschecks am Flughafen). Weiter kann sich der Herzschrittmacher über eine Batterie längerfristig selbst versorgen. Es kann demnach argumentiert werden, dass die künstliche Beatmung als eine fortlaufende Behandlung des Arztes erscheint, welche er allerdings durch eine Maschine verrichten lässt.³³⁵

Es ist indes fraglich, worin sich ein Herzschrittmacher von der künstlichen Beatmung aus normativer Sicht unterscheidet, sodass das Beenden des einen ein Handeln und des anderen ein Unterlassen sein soll. Der Herzschrittmacher müsste freilich mittels eines operativen Eingriffes entfernt werden, weshalb ein zusätzliches Eingreifen in die Körperrechtssphäre des Patienten nötig wäre. Allerdings kann der Herzschrittmacher auch ohne Eingriff in die physische Integrität des Patienten, bspw. durch eine Strahlung, welche keinen Einfluss auf den Patienten selbst hat, so beeinflusst werden, dass der Herzschrittmacher wirkungslos wird.³³⁶ Es wäre dann kein Eingriff in die physische Integrität des Patienten nötig, um das Funktionieren des Herzschrittmachers zu beenden. Auch das Ausschalten der Beatmungsmaschine und die Unterbrechung der

³³³ Im Ergebnis wohl auch GETH, S. 35.

³³⁴ Zum Ganzen JAKOBS, FS Schewe, S. 76. Vgl. VOKINGER/KRONES/ROSEMAN/STEIGER, welche sich u.a. mit dem Argument auseinander setzen, dass die Deaktivierung eines implantierten Medizinproduktes, wie einem Herzschrittmacher, einer Organentnahme gleichkäme, da diese Teil des Körpers seien: VOKINGER/KRONES/ROSEMAN/STEIGER, Rz. 38 ff. m.w.Verw.

³³⁵ Zum Ganzen vgl. JAKOBS, FS Schewe, S. 76, der einige Kriterien zur Unterscheidung anbietet.

³³⁶ Eingehend GAZAREK/RESTLE, S. 134 ff.

Zufuhr bei der künstlichen Ernährung sind keine Eingriffe in die physische Integrität des Patienten.³³⁷ Der Herzschrittmacher und die künstliche Beatmung sind auch beide auf eine Energiequelle angewiesen. Der Herzschrittmacher erscheint dabei nur selbstständig, weil er mit einer Batterie läuft. Herzschrittmacher und Respirator sind ferner körperfremde Sachen und garantieren beide eine kontinuierliche Behandlung,³³⁸ die statt von einer Person durch eine Maschine vorgenommen wird. Letztlich bleibt also fraglich, ob JAKOBS darin gefolgt werden kann, der Herzschrittmacher sei ein vom Arzt unabhängiges Bestandselement des Patienten, das dessen Organisationskreis zugeordnet werden kann.

Der Patient hat in beiden Fällen ausserdem eine geringe bis keine direkte tatsächliche Verfügungsmacht über das entsprechende Gerät inne: Er kann sich den Herzschrittmacher nicht selbst entfernen (könnte ihn aber mit der entsprechenden Ausrüstung stören) und in aller Regel auch die Beatmungsmaschine nicht selbst abschalten. Übertragbar ist dies auf den minimal bewussten Patienten insoweit, als auch dieser die Zufuhr seiner künstlichen Ernährung nicht unterbrechen kann. Patienten sind aber generell auch abhängig davon, dass die behandelnden Ärzte die entsprechenden Geräte und Apparaturen unterhalten oder durch Hilfspersonal unterhalten lassen.³³⁹ Patienten mit lebenserhaltenden Massnahmen sind damit meist in zweifacher Sicht von ihren behandelnden Ärzten abhängig.

Die Körperfremdheit der mittelbaren lebenserhaltenden Behandlung, die nach dem Gesagten auch beim Herzschrittmacher gegeben ist, deren Unabhängigkeit vom Organismus des Patienten durch ihre eigene Energieversorgung, die Tatsache, dass jedenfalls nicht zwingend ein weiterer Eingriff in die physische Integrität des Patienten notwendig ist, um sie zu deaktivieren, und letztlich die Abhängigkeit des Patienten von seinem Arzt sprechen dafür, dass die künstliche Beatmung und Ernährung und auch der Herzschrittmacher im Organisationskreis des Arztes liegen.

Wünscht ein Patient den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung, so drückt er seinen Willen aus, dass er nicht mehr länger einen Eingriff in seine physische Integrität

³³⁷ Siehe oben, B I 2.

³³⁸ Vgl. oben, A IV.

³³⁹ Siehe oben, B I 2. Vgl. JAKOBS, FS Schewe, S. 76.

duldet. Er fordert damit von seinem behandelnden Arzt, dass er Eingriffe in die Körperrechtssphäre seines Patienten unterlässt.³⁴⁰ Anders formuliert, fordert der Patient den Arzt auf, seinen eigenen Organisationskreis so umzuorganisieren, dass Eingriffe des Arztes in die Rechtssphäre des Patienten unterlassen werden. Wie der Arzt dafür sorgt, dass Eingriffe in die Rechtssphäre des Patienten unterlassen werden, beispielsweise durch ein naturalistisches Tun im Sinne des Drückens eines Knopfes, ist dabei unwichtig. Der Arzt verändert mit dem Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung den Organisationskreis des Patienten *nicht* aktiv, auch wenn er seinen eigenen Organisationskreis aktiv verändert.³⁴¹

Diese Ausführungen beziehen sich freilich nur auf den Behandlungsabbruch, den der behandelnde Arzt vornimmt oder von einer Hilfsperson vornehmen lässt.³⁴² Fraglich bleibt, wie sich die Situation gestaltet, wenn eine dritte Person, beispielsweise ein Angehöriger des Patienten, den Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Behandlung vornimmt.³⁴³ Eine Meinung stellt sich auf den Standpunkt, dass nicht zwischen dem Arzt und einem Dritten differenziert werden könne, da auch der Dritte mit seinem Eingreifen nur den Organisationskreis des Patienten vor einem ungerechtfertigten Eingriff schütze.³⁴⁴ Der Dritte habe demnach gar nicht in den Organisationskreis eingegriffen.³⁴⁵ Eine andere Meinung führt dagegen aus, dass die lebenserhaltende Massnahme nicht im Organisationskreis des Dritten liege, demnach sei dies ein Eingriff in den Organisationskreis des Dritten und stelle damit eine Handlung dar.³⁴⁶ Erster Ansicht ist insoweit zuzustimmen, als der Dritte bezweckt, den Organisationskreis des Patienten zu schützen. Weiter greift der Dritte auch nicht in den Organisationskreis des Opfers ein, wenn er die lebenserhaltende Massnahme beendet,³⁴⁷ da diese nach der hier

³⁴⁰ Zum Ganzen JAKOBS, FS Schewe, S. 75. GETH spricht im gleichen Sinne vom „Zurückdrängen“ aus dem Organisationskreis: GETH, S. 35.

³⁴¹ Zum Ganzen vgl. GETH, S. 35, und JAKOBS, FS Schewe, S. 75.

³⁴² Vgl. JAKOBS, FS Schewe, S. 75.

³⁴³ Vgl. GETH, S. 29.

³⁴⁴ GETH, S. 29 (FN 124), und JAKOBS, FS Schewe, S. 75.

³⁴⁵ JAKOBS, FS Schewe, S. 75.

³⁴⁶ MERKEL R., Medical Ethics, S. 359.

³⁴⁷ JAKOBS, FS Schewe, S. 75.

vertretenen Auffassung im Organisationskreis des Arztes liegen. Es wurde allerdings dargelegt, dass im Rahmen der Theorie der Organisationskreise das *Aufeinandertreffen* zweier Organisationskreise betrachtet wird.³⁴⁸ Es ist demnach nicht ersichtlich, wieso beim Hinzuziehen einer dritten Person nur noch der Organisationskreis des Opfers relevant sein sollte. Es wurde dargelegt, dass der Patient seinen Arzt dazu auffordert, dass dieser seinen eigenen Organisationskreis so umorganisiert, dass er Eingriffe in den Organisationskreis des Patienten unterlässt. Das Verhalten des Arztes bleibt also in seinem eigenen Kreis. Wenn nun ein Dritter den Behandlungsabbruch vornimmt, dann verändert er den Organisationskreis des Arztes. Durch diese Veränderung des Organisationskreises des Arztes, greift dieser nicht mehr in den Organisationskreis des Patienten ein. Unter Berücksichtigung aller drei Kreise (inkl. dem des Dritten) bleibt allerdings das Verhalten des Dritten nicht in seinem eigenen Kreis.³⁴⁹ Damit ist das Verhalten des Dritten eine Handlung.³⁵⁰

e) Zwischenfazit

Es überzeugt nicht, den Abbruch einer unmittelbaren und einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme normativ unterschiedlich zu behandeln.

Von den bisher dargelegten Ansätzen, welche den Behandlungsabbruch entweder als normatives Tun oder Unterlassen werten, überzeugt der Ansatz der Organisationskreise. Insbesondere hat dieser Ansatz im Ergebnis keine normative Ungleichbehandlung des Abbruchs einer unmittelbaren und einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme zur Folge.

³⁴⁸ Vgl. GETH, S. 31 ff. m.w.Verw.; JAKOBS, AT, S. 177 ff.; JAKOBS, FS Schewe, S. 74 ff., und grundsätzlich auch MERKEL R., Medical Ethics, S. 359 f.

³⁴⁹ Vgl. MERKEL R., Medical Ethics, S. 359. Weiter führt MERKEL R. an, dass es genauso eine Handlung sei, wenn der Dritte einen Arzt während dessen Mund-zu-Mund-Beatmung wegstösst: MERKEL R., Medical Ethics, S. 359. Dies ist allerdings ein naturalistisches Argument, weshalb es hier im Rahmen der Theorie der Organisationskreise nicht angeführt wurde.

³⁵⁰ Vgl. MERKEL R., Medical Ethics, S. 359. A. A. GETH, S. 29 (FN 124), und JAKOBS, FS Schewe, S. 75. Vgl. mit anderem Bezug JAKOBS, wonach der Behandlungsabbruch eines Dritten im Falle einer „nicht mehr indizierten Intensivbehandlung“ „zur Haftung nach allgemeinen Grundsätzen“ eines Tötungsdeliktes führe, weil der Dritte, anders als der behandelnde Arzt, nicht befugt sei, den Organisationskreis des Patienten zu verwalten: JAKOBS, AT, S. 180.

Es soll weiter unten eine abschliessende Würdigung vorgenommen werden,³⁵¹ allerdings ist davon auszugehen, dass bei beiden Formen des Behandlungsabbruchs³⁵² das *Unterlassungsmoment* normativ zentral ist.

4. **Behandlungsabbruch als mittelbare Selbsttötung**

Ein neuer Ansatz betont den Aspekt, dass der behandelnde Arzt einen Behandlungsabbruch vornehmen *muss*, falls ein Patient diesen verlangt, weshalb dem behandelnden Arzt in dieser Situation keine Entscheidungsfreiheit mehr zukomme.³⁵³ Der Arzt sei also rechtlich gezwungen, den Behandlungsabbruch vorzunehmen. Daher sei er einer Art Nötigung³⁵⁴ durch einen Rechtsbefehl ausgesetzt. Fehle dem Arzt aber die Willensherrschaft, könne die Tötung des Patienten nicht dem Arzt als eigene Handlung zugerechnet werden. Stattdessen liege es in der Hand des Patienten, ob der Behandlungsabbruch statfinde oder nicht. Der Arzt agiere deshalb lediglich als Tatmittler bei einer Selbsttötung des Patienten.³⁵⁵ Es ist darauf hinzuweisen, dass sich dieser Ansatz nicht nur auf den Behandlungsabbruch bezieht,³⁵⁶ er allerdings in der vorliegenden Arbeit nur mit diesem Bezug diskutiert werden soll.

Zur Tatherrschaft ist die Haltung des Bundesgerichts und der SAMW zu erwähnen, wonach „der letzte Akt der zum Tod führenden Handlung [...] immer durch den Patienten selber zu erfolgen [habe].“³⁵⁷ Dieses Erfordernis der letzten Handlung des Patienten kann sicherstellen, dass beim Patienten ein genügend ernsthafter Sterbewunsch vorhanden ist, was ihn vor einer übereilten und unüberlegten Entscheidung schützen kann.³⁵⁸ Dies folgt der Überlegung, dass der Patient sein eigenes Leben grundsätzlich selbst beenden sollte, wenn er es denn möchte. Dem ist auch prinzipiell zuzustimmen:

³⁵¹ Siehe unten, B III 7.

³⁵² Siehe oben, B III 3.

³⁵³ MERKEL G., S. 345.

³⁵⁴ Der Arzt werde nämlich nicht „*rechtswidrig* genötigt“: MERKEL G., S. 341.

³⁵⁵ Zum Ganzen MERKEL G., S. 339 ff.

³⁵⁶ Vgl. MERKEL G., S. 306 ff.

³⁵⁷ MERKEL G., S. 399. Zum wörtlichen Zitat siehe BGE 133 I 58, E. 6.3.4.

³⁵⁸ Vgl. MERKEL G., S. 329 m.w.Verw. und oben, B II 2.

Wenn eine Person sterben möchte, soll sie sich selbst töten, sofern sie dazu physisch imstande ist, und nicht einen anderen dafür in die Pflicht nehmen. Richtig ist auch, dass diese Überlegung nicht zu einem generellen Fremdtötungsverbot führen darf, da andernfalls Patienten diskriminiert würden, die gerade nicht mehr in der Lage sind, sich eigenhändig zu töten.³⁵⁹

Ein Patient hat das Recht, Eingriffe in seine physische Integrität und damit auch eine lebenserhaltende Behandlung abzuwehren.³⁶⁰ Dabei ist unerheblich, ob es sich beim Abbruch dieser Behandlung um ein naturalistisches Tun oder um ein Unterlassen handelt. Dem Arzt wird nämlich verboten, die physische Integrität seines Patienten weiter zu beeinträchtigen. Das Selbstbestimmungsrecht dieses Patienten entfaltet also in diesem Zusammenhang eine *abwehrende bzw. zurückdrängende*³⁶¹ *Wirkung*.³⁶² Daher endet die Verfügungshoheit des Patienten dort, wo er nicht mehr beeinträchtigt wird. Dies hat, wie oben ausgeführt, zur Folge, dass das Unterlassungsmoment beim Behandlungsabbruch im Vordergrund steht,³⁶³ selbst wenn der Arzt ein naturalistisches Tun vornimmt.³⁶⁴ Der Patient kann also von seinem behandelnden Arzt nur fordern, dass er weitere Eingriffe in seine physische Integrität unterlässt. Wie der Arzt den Behandlungsabbruch konkret organisiert, ist nicht mehr Sache des Patienten. Ob nun also der Arzt selbst die Beatmungsmaschine per Knopfdruck abschaltet, den Stecker zieht, die Zufuhr zum Patienten unterbricht oder den Behandlungsabbruch durch eine Hilfsperson vornehmen lässt, bleibt seine Entscheidung. Aufgrund dieser immerhin begrenzten Entscheidungsfreiheit des Arztes scheint es, dass die Willensherrschaft jedenfalls über das Wie des Behandlungsabbruchs nicht alleine beim Patienten liegt.

Berücksichtigt werden muss ferner, dass kommunikationsunfähige Patienten wie etwa ein minimal bewusster Patient zur Übermittlung seines Willens auf eine Patientenverfügung gemäss Art. 370 ff. ZGB angewiesen ist. Es ist indes fraglich, ob der Rechtsbefehl

³⁵⁹ Zum Ganzen MERKEL G., S. 329 m.w.Verw.

³⁶⁰ MERKEL G., S. 344 f. m.w.Verw., und siehe eingehend unten, C I und II.

³⁶¹ GETH, S. 35.

³⁶² Zum Ganzen siehe oben, B II 2.

³⁶³ Siehe oben, B III 3 e.

³⁶⁴ Zum Ganzen siehe oben, B III 3 d.

in Form einer Patientenverfügung die nötige Verbindlichkeit bzw. Zwangsintensität³⁶⁵ entfaltet, um eine Nötigung des Arztes darstellen zu können. Art. 372 Abs. 2 ZGB sieht nämlich vor, dass die Patientenverfügung im Falle von rechtswidrigen Anordnungen oder bei Abweichungen vom mutmasslichen Willen nicht verbindlich sein soll.³⁶⁶ Somit könnte von einer Nötigung durch einen Rechtsbefehl nur dann ausgegangen werden, falls die Patientenverfügung verbindlich ist. Die Beurteilung dieser Verbindlichkeit obliegt aber *in erster Linie* dem Arzt (vgl. Art. 372 Abs. 2 und 3 ZGB).³⁶⁷ Auch wenn sich die Beurteilung des Arztes auf die gesetzlich genannten Punkte beschränkt und seine eigene Ansicht aussen vor bleiben sollte, ist es doch zweifelhaft, ob von einer *sofortigen* Nötigung des Arztes gesprochen werden kann, wenn er selbst, zumindest als erster Beurteiler, über die Verbindlichkeit der Patientenverfügung entscheidet. Dem Patienten nahestehenden Personen steht jedoch gemäss Art. 373 Abs. 1 ZGB die Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde offen, sofern der Patientenverfügung nicht entsprochen wird.³⁶⁸ Weiter kann auch der behandelnde Arzt an die Erwachsenenschutzbehörde gelangen, insbesondere wenn die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet sind (Art. 373 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB und Art. 376 Abs. 2 ZGB). Am Ende kann freilich die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 373 Abs. 1 i.V.m. Art. 368 ZGB), die vertretungsberechtigte Person (Art. 378 Abs. 3 ZGB)³⁶⁹ oder der Vertretungsbeistand (Art. 376 Abs. 2 und Art. 381 Abs. 1 und 2 ZGB) über die Vornahme des Behandlungsabbruchs entscheiden und den Arzt zur Umsetzung zwingen. Wesentlich ist allerdings, dass der Arzt zwar letztendlich zur Umsetzung einer verbindlichen Patientenverfügung gezwungen werden kann, ihm aber durchaus die Möglichkeit offen steht, da er als erster Beurteiler über die Verbindlichkeit der Patientenverfügung entscheidet, einen vom Patienten geforderten Behandlungsabbruch nicht *sofort* vorzunehmen. Damit scheint auch unter diesem Gesichtspunkt die Willensherrschaft über den Behandlungsabbruch nicht alleine beim Patienten zu liegen.³⁷⁰

³⁶⁵ Vgl. DELNON/RÜDY, BSK, N. 26 zu Art. 181 StGB.

³⁶⁶ Siehe eingehend unten, C III 2 d.

³⁶⁷ WYSS, BSK, N. 12 zu Art. 372 ZGB.

³⁶⁸ WYSS, BSK, N. 31 zu Art. 372 ZGB.

³⁶⁹ Siehe eingehend unten, C IV.

³⁷⁰ A. A. MERKEL G., S. 341.

Insgesamt liegt die Willensherrschaft über den Behandlungsabbruch jedenfalls beim minimal bewussten Patienten nicht alleine beim betroffenen Patienten. Daher agiert der behandelnde Arzt in diesen Fällen nicht als Tatmittler bei der Selbsttötung des Patienten.

5. **Behandlungsabbruch als eigene Rechtsfigur**

Der deutsche Bundesgerichtshof hat sich bereits mit der normativen Einordnung des Behandlungsabbruchs befasst. Er ist einerseits davon ausgegangen, dass der Behandlungsabbruch eine Vielzahl von Handlungen und Unterlassungen umfassen könne. Andererseits sei das Umdeuten in ein normatives Unterlassen abzulehnen, da dies ein „dogmatisch unzulässiger Kunstgriff“ sei.³⁷¹ Daher schuf der Bundesgerichtshof die normative Rechtsfigur des Behandlungsabbruchs.³⁷² Der Behandlungsabbruch lasse sich dabei aufgrund des grundgesetzlichen Selbstbestimmungsrechtes durch Einwilligung rechtfertigen, was insbesondere auch bedeute, dass eine Person „nicht gewollte Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit“ abwehren dürfe.³⁷³ Die Rechtsfigur des Behandlungsabbruchs sei schliesslich von der Tötung auf Verlangen gemäss § 216 des deutschen Strafgesetzbuches (entspricht Art. 114 StGB) zu unterscheiden.³⁷⁴

Die Rechtsfigur des Behandlungsabbruchs setzt dem BGH zufolge voraus, „dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt und die betreffende Massnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist.“³⁷⁵ Weiter muss der durch eine Einwilligung gerechtfertigte Behandlungsabbruch unmittelbar auf eine solche genannte Behandlung bezogen sein.³⁷⁶ Der Bundesgerichtshof begrenzt diese Rechtsfigur personell auf die behandelnden Ärzte, Betreuer, Bevollmächtigten und deren Hilfspersonen.³⁷⁷ Dagegen wird eingewendet, wenn eine Einwilligung einen Behandlungsabbruch rechtfertigen könne, dann könne nicht begründet werden, wieso nicht auch

³⁷¹ Zum Ganzen BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 27 ff., insbesondere N. 31.

³⁷² BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 32 ff.

³⁷³ BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 35 f.

³⁷⁴ BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 37.

³⁷⁵ BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 33.

³⁷⁶ BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 34.

³⁷⁷ BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 39.

beliebige Dritte auf deren Grundlage gerechtfertigt handeln könnten.³⁷⁸ Grundsätzlich ist diesem Einwand zuzustimmen. Es ist allerdings anzumerken, dass zwischen dem Patienten und seinem Arzt ein besonderes Verhältnis besteht.³⁷⁹ Es muss also gefragt werden, ob es primär Sache des behandelnden Arztes ist, den von seinem Patienten geforderten Behandlungsabbruch vorzunehmen.³⁸⁰ Dann wäre es dem Dritten grundsätzlich nicht gestattet, dem behandelnden Arzt zuvorzukommen.³⁸¹ Diese Annahme steht natürlich unter dem Vorbehalt, dass der behandelnde Arzt tatsächlich beabsichtigt, den Behandlungsabbruch vorzunehmen. Ausserdem kann sie nicht begründen, wieso der Dritte durch seinen Behandlungsabbruch immer eine rechtswidrige Tötung begeht. Zudem ist nicht ersichtlich, wieso der Bundesgerichtshof den Betreuer in den privilegierten Personenkreis mit einbezieht.³⁸² Zusammenfassend ist die Beschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeit des Behandlungsabbruchs anhand der Einwilligung der betroffenen Person auf einen Personenkreis abzulehnen.³⁸³

Am Urteil des Bundesgerichtshofs wurde auch aus anderen Gründen starke Kritik geübt. Insbesondere mit Bezug auf das Aufgeben der Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen. So wird ausgeführt, das Gesetz zwingt zum einen zu dieser Unterscheidung und zum anderen sei diese auch durchaus möglich.³⁸⁴ Eine andere Meinung führt aus, dass das Aufgeben dieser Unterscheidung und das Ersetzen durch eine im Strafgesetzbuch nicht vorgesehene normative Kategorie des Behandlungsabbruchs mit Blick auf das grundgesetzliche Strafgesetzmäßigkeitsprinzips problematisch seien.³⁸⁵

Es besteht tatsächlich die Problematik, dass das geltende schweizerische Strafrecht zumindest implizit vom Bestand von ausschliesslich zwei Verhaltenskategorien, nämlich

³⁷⁸ WALTER, S. 79 f.

³⁷⁹ Eingehend KRONES/RICHTER, S. 818 ff. Siehe auch VOKINGER, S. 71 ff. Vgl. unten, B IV und C III 1 c.

³⁸⁰ Vgl. SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 20.

³⁸¹ Vgl. JAKOBS, der darlegt, dass falls sich ein Arzt ohne Verpflichtung einem Patienten zuwendet, diese Beziehung für den Dritten tabu sei: JAKOBS, FS Schewe, S. 75.

³⁸² BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, N. 39.

³⁸³ Vgl. WALTER, S. 79 f.

³⁸⁴ WALTER, S. 80. Ähnlich auch DÖLLING, S. 346.

³⁸⁵ KAHLO, S. 397 m.w.Verw.

Handlung und Unterlassen, ausgeht. Dies zeigt sich in Art. 11 StGB, der insbesondere die Garantenstellung als Voraussetzung einer Strafbarkeit durch pflichtwidriges Unterlassen vorsieht. Es ist dem BGH aber insoweit zuzustimmen, dass der Behandlungsabbruch *als solches* strafrechtlich erfasst werden sollte, unabhängig davon, ob er durch ein Tun oder Unterlassen (im naturalistischen Sinne) vorgenommen wird, da es aus ethischer Sicht keine Veranlassung gibt, den Abbruch unmittelbarer und mittelbarer lebenserhaltender Massnahmen unterschiedlich zu behandeln.³⁸⁶ Es wird daher vorgeschlagen, den Behandlungsabbruch in einem separaten Tatbestand zu erfassen. Ein entsprechender strafgesetztlicher Vorschlag wird am Ende dieser Arbeit konkretisiert.³⁸⁷ Davon ausgehend, dass der Behandlungsabbruch als solches strafrechtlich erfasst wird, ist dennoch zu klären, ob Art. 11 StGB darauf angewandt werden muss. Damit sich der Tatbestand des Behandlungsabbruchs in die bestehende Systematik des Strafrechts einfügen kann, ist es sinnvoll, ihn grundsätzlich wie ein Handlungs- oder Unterlassungsdelikt zu behandeln. In der vorliegenden Arbeit wird die Auffassung vertreten, dass bei der normativen Einordnung des Behandlungsabbruchs das *Unterlassungsmoment* zentral ist.³⁸⁸ Da sich der Tatbestand des Behandlungsabbruchs von der Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassen löst, ist dabei nicht relevant, dass vorliegend der Behandlungsabbruch eines Dritten im Sinne der Organisationskreise als Handlung gewertet wird.³⁸⁹ Wesentlich ist nur, wie sich der Tatbestand des Behandlungsabbruchs als Ganzes sinnvoll in die Gesetzessystematik einfügt. Der Tatbestand des Behandlungsabbruchs ist sinnvollerweise wie ein Unterlassensdelikt zu behandeln.³⁹⁰

Weniger gehaltvoll erscheint demgegenüber die ausgeführte Kritik des Verstosses gegen das Gesetzlichkeitsprinzip. Das strafrechtliche Gesetzmässigkeitsprinzip in Art. 1 StGB kann als die „rechtsstaatliche Garantie gegen den Missbrauch des Strafrechts“ beschrieben werden.³⁹¹ Ein Gedanke des Gesetzmässigkeitsprinzips ist, dass eine Einschränkung der Freiheit eines Menschen, sprich die Pönalisierung eines Verhaltens und die entspre-

³⁸⁶ Siehe oben, B III 3 a dd.

³⁸⁷ Siehe unten, E.

³⁸⁸ Zum Ganzen siehe oben, B III 3 d.

³⁸⁹ Siehe oben, B III 3 d.

³⁹⁰ Vgl. unten, B IV.

³⁹¹ STRATENWERTH/WOHLERS, SSHK, N. 1 zu Art. 1 StGB.

chende Bestrafung einer Person, eine generell-abstrakte Norm voraussetzt.³⁹² Es kann zwar darüber diskutiert werden, ob die richterliche Schaffung einer solchen normativen Kategorie des Behandlungsabbruchs eine gewisse Rechtsunsicherheit schafft. Jedoch ist offensichtlich, dass damit nicht ein Verhalten neu oder stärker pönalisiert wird, sondern die Einwilligung als Rechtfertigungsmöglichkeit auf Fälle ausgeweitet wird, die zuvor teilweise als nicht rechtfertigbare Verhaltensweisen³⁹³ gegolten haben. Freiheiten bzw. das Selbstbestimmungsrecht werden mit dieser neu geschaffenen Rechtsfigur nicht stärker eingeschränkt, sondern ausgeweitet.

Auch ist dazu anzumerken, dass die Schaffung einer neuen Rechtsfigur nicht unbedingt die Rechtssicherheit bedrohen muss. Richterliche Rechtsbildung ist ein wichtiger Teil der Rechtsentwicklung. Zu denken ist dabei beispielsweise an die Schaffung diverser ungeschriebener Grundrechte durch das Bundesgericht, welche in der geltenden Bundesverfassung nun einen eigenen Katalog bilden.³⁹⁴ Unter diesem Gesichtspunkt kann der Ansatz des BGH, die Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen in dieser spezifischen Problematik zugunsten einer neuen Rechtsfigur aufzugeben, durchaus als progressiver Vorstoss verstanden werden, um das Strafgesetzbuch in gesellschaftlich geforderter strafbefreiender Weise auf Fälle und Probleme anzuwenden, die bei der Schaffung dieses Gesetzes noch nicht berücksichtigt wurden bzw. nicht berücksichtigt werden konnten.

Zusammenfassend erscheint es sinnvoll, den Behandlungsabbruch strafrechtlich als solches und in einem separaten Tatbestand zu erfassen. Der Tatbestand des Behandlungsabbruchs ist wie ein Unterlassungsdelikt zu behandeln. Dem Arzt und auch dem Dritten steht dabei die Rechtfertigungsmöglichkeit durch die Einwilligung des Betroffenen offen. Um Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit zu zerstreuen, ist der Appel an den

³⁹² POPP/BERKEMEIER, BSK, N. 3 zu Art. 1 StGB.

³⁹³ Es wurden bereits die Ansätze der übergesetzlichen Rechtfertigung, der teleologischen Reduktion des Art. 114 StGB und der Ablehnung der Einwilligungsschranke des Art. 114 StGB dargelegt, die sich trotz der Einordnung des Behandlungsabbruchs als normatives Tun für eine Rechtfertigungsmöglichkeit aussprechen: Siehe oben, B III 3 b. Es werden auch Ansätze zur Rechtfertigung über den Notstand gemäss Art. 17 StGB diskutiert: Vgl. STRATENWERTH, Behandlungsabbruch, S. 901 f. und vgl. unten, C IV 6 a. Zur Rechtfertigung der indirekten aktiven Sterbehilfe über den Notstand siehe JENAL, S 111 ff.

³⁹⁴ SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 14 vor Art. 7-36 BV.

Gesetzgeber zu richten, eine Änderung im Strafgesetzbuch vorzunehmen. Am Schluss der vorliegenden Arbeit wird ein entsprechender Änderungsvorschlag konkretisiert.³⁹⁵

6. Zwischenfazit

Der Abbruch einer unmittelbaren und einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme lässt sich nicht mit klassischen Überlegungen, wie der naturalistischen Betrachtung, einem Tun oder Unterlassen zuordnen.³⁹⁶

Der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme kann als normatives Tun gewertet werden. Aber selbst wenn eine Rechtfertigungsmöglichkeit vorhanden wäre, wäre eine ungerechtfertigte strafrechtliche Ungleichbehandlung zum Abbruch einer unmittelbaren lebenserhaltenden Massnahme zur Folge, welche in jedem Fall ein Unterlassen ist.³⁹⁷ Vielmehr überzeugt der Ansatz der Organisationskreise, wonach auch der Abbruch einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme ein Unterlassen darstellt.³⁹⁸

Dem Ansatz, der den verpflichtenden Behandlungsabbruch als mittelbare Selbsttötung versteht, wird insofern zugestimmt, als es bei der Beurteilung der Tatherrschaft beim Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten lediglich auf die Willensherrschaft ankommen sollte. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt die Willensherrschaft allerdings nicht alleine beim betroffenen Patienten. Daher agiert der behandelnde Arzt nicht als Tatmittler bei einer Selbsttötung des minimal bewussten Patienten.³⁹⁹

Es wurde aufgezeigt, dass kein relevanter ethischer Unterschied zwischen dem Abbruch einer mittelbaren und einer unmittelbaren lebenserhaltenden Massnahme besteht. Daher müssen diese beiden Formen des Behandlungsabbruchs gleich behandelt werden.⁴⁰⁰ Aus diesem Grund ist dem Ansatz des deutschen Bundesgerichtshofes insofern zuzustimmen, als der Behandlungsabbruch strafrechtlich als solches erfasst werden sollte.

³⁹⁵ Siehe unten, E.

³⁹⁶ Siehe oben, B III 3 a.

³⁹⁷ Siehe oben, B III 3 b.

³⁹⁸ Für die Schweizerische Lehre GETH, S. 31, so auch im Ergebnis TAG, S. 718 und 737 f.

³⁹⁹ Siehe oben B III 4.

⁴⁰⁰ Siehe oben, B III 3 a.

Daher wird ein separater Tatbestand des Behandlungsabbruchs vorgeschlagen. Damit sich dieser Tatbestand in die bestehende Strafrechtssystematik einfügt, sollte er wie ein Unterlassungsdelikt behandelt werden.⁴⁰¹

IV. Garantenstellung

Der Abbruch einer unmittelbaren und einer mittelbaren lebenserhaltenden Massnahme ist in einem separaten Tatbestand zu erfassen. Der Behandlungsabbruch kann sowohl durch den behandelnden Arzt als auch durch einen Dritten vorgenommen werden. Der Tatbestand des Behandlungsabbruchs ist dabei wie ein Unterlassungsdelikt zu behandeln.⁴⁰² Es ist daher zu klären, auf welcher Grundlage und in welchem Umfang der behandelnde Arzt bzw. der Dritte eine Garantenstellung zum minimal bewussten Patienten inne hat.

Zu den Voraussetzungen einer Garantenstellung ist auf Art. 11 Abs. 2 StGB zu verweisen, der die Entstehung aus Gesetz, Vertrag, freiwillig eingegangener Gefahrengemeinschaft und Schaffung einer Gefahr (Ingerenz)⁴⁰³ vorsieht. Dieser Katalog ist allerdings nicht abschliessend. Täter eines unechten Unterlassungsdeliktes soll nämlich jeder sein, der aufgrund einer „besonderen Rechtsbeziehung verpflichtet ist, ein Rechtsgut“ zu schützen oder der selbst eine Gefahr für fremde Rechtsgüter geschaffen oder vergrössert hat.⁴⁰⁴ Die Garantenstellung kann Sicherungs- und Obhutsgarantenpflichten auslösen.⁴⁰⁵

1. Behandlungsvertrag

Der Begriff des Vertrages wird im Kontext der Obhutsgarantenstellung bei einer medizinischen Behandlung weit ausgelegt. Es kommt bei diesem Vertrag daher nicht auf seine zivilrechtliche Wirksamkeit an.⁴⁰⁶ Dies ist sinnvoll, da das Nichtbestehen eines privat-

⁴⁰¹ Siehe oben, B III 5.

⁴⁰² Siehe oben, B III 6.

⁴⁰³ NIGGLI/MUSKENS, BSK, N. 92 zu Art. 11 StGB.

⁴⁰⁴ Zum Ganzen TAG, S. 719, und BGE 108 IV 3, E. 1b.

⁴⁰⁵ GETH, S. 15, und NIGGLI/MUSKENS, BSK, N. 66 zu Art. 11 StGB.

⁴⁰⁶ STRATENWERTH, AT, N. 17 zu § 14; TAG, S. 720, und TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, SSPK, N. 10 zu Art. 11 StGB.

rechtlichen Vertrages oder dessen Ungültigkeit oder Unverbindlichkeit den Lebensschutz des Patienten gefährden könnte, wenn in diesem Fall gar keine Obhutsgarantenpflicht des Arztes gegeben wäre.⁴⁰⁷ Wesentlich ist lediglich, dass die Verantwortung für das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Patienten aufgrund des tatsächlichen oder zumindest des mutmasslichen Willens des Patienten auf den behandelnden Arzt übergehen soll.⁴⁰⁸ Nach einer Ansicht entsteht die Garantenstellung des Arztes bereits durch die Zusicherung der Übernahme dieser Obhutspflicht.⁴⁰⁹ Einigkeit besteht darin, dass sie spätestens mit der tatsächlichen Übernahme der Behandlung entsteht.⁴¹⁰ In diesem Sinne genügte dem Bundesgericht zur Annahme eines Behandlungsvertrages, dass ein Fachmann eine alternative Therapie einer Person übernahm, an der diese dann verstarb.⁴¹¹

Mit dem Behandlungsvertrag übernimmt der Arzt die Verantwortung für die Wahrung der physischen Unversehrtheit und die Erhaltung des Lebens des Patienten.⁴¹² Demnach trifft ihn die Pflicht, die Lebensgefahr des Patienten abzuwehren, die sich beim minimal bewussten Patienten in Form von Sauerstoffunterversorgung, Unterernährung und Dehydrierung präsentieren kann.⁴¹³ Damit ist der behandelnde Arzt grundsätzlich verpflichtet, lebenserhaltende Massnahmen einzuleiten.⁴¹⁴ Dies bedeutet oftmals allerdings, dass der Arzt in die physische Integrität des Patienten eingreifen muss.⁴¹⁵ Der Vorrang des Lebensschutzes, falls der Wille des Patienten nicht bekannt ist, ergibt

⁴⁰⁷ Vgl. STRATENWERTH, AT, N. 17 zu § 14.

⁴⁰⁸ Zum Ganzen BGE 108 IV 3, E. 1; GETH, S. 15; STRATENWERTH, AT, N. 17 zu § 14; TAG, S. 719 f., und TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, SSPK, N. 10 zu Art. 11 StGB m.w.Verw.

⁴⁰⁹ TAG, S. 720.

⁴¹⁰ GETH, S. 16; STRATENWERTH, AT, N. 17 zu § 14 m.w.Verw.; TAG, S. 720, und TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, SSPK, N. 10 zu Art. 11 StGB.

⁴¹¹ BGE 108 IV 3, E. 1c.

⁴¹² Vgl. TAG, S. 720.

⁴¹³ Siehe oben, B I 1.

⁴¹⁴ Vgl. SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 20 f.

⁴¹⁵ Siehe oben, A IV.

sich daraus, dass der Schutz der physischen Integrität obsolet werden würde, wenn man den Patienten versterben lassen würde.⁴¹⁶

Der Patient geht den Behandlungsvertrag mit demjenigen Arzt ein, der die Behandlung faktisch übernimmt.⁴¹⁷ Im Falle einer Arbeitsteilung wird die Obhutspflicht durch den Vertrauensgrundsatz begrenzt, der besagt, dass sorgfältiges Verhalten auch von einem Anderen erwartet werden darf. Bei der Delegation an einen Untergeordneten kommt die Voraussetzung der sorgfältigen Auswahl und Anleitung hinzu.⁴¹⁸

2. Gesetzliche Behandlungspflichten

Eine nach Treu und Glauben gebotene Handlung kann noch keine Garantenstellung begründen.⁴¹⁹ Es ist aber umstritten, wann eine Rechtspflicht eine Garantenstellung begründet.⁴²⁰ Art. 2 FMH-Standesordnung sieht insbesondere vor, dass es die Aufgabe von Ärzten sei, Leben zu schützen, Gesundheit zu erhalten und Leiden zu lindern.⁴²¹ Es wird allerdings angenommen, dass die Berufstätigkeit des Arztes alleine noch keine Garantenstellung begründen könne.⁴²² Gefordert wird diesbezüglich „eine gesteigerte Pflicht zum Schutz des gefährdeten Rechtsgutes oder zur Abwendung von Gefahren“.⁴²³ Dem ist insoweit zuzustimmen, als die Obhutspflicht des Arztes bei einem weiteren Verständnis ausufern würde.⁴²⁴ Insbesondere würde der oben erwähnte Behandlungsvertrag obsolet werden, wäre ein Arzt generell bereits aufgrund seiner Berufstätigkeit als Garant verpflichtet. Dementsprechend sind auch die Standesregeln der FMH oder die Richtlinien der SAMW nicht in der Lage, durch Berufspflichten eine Garantenstel-

⁴¹⁶ BLEYER/PAWLIK, S. 665 f., und siehe oben, B II 1 b cc.

⁴¹⁷ Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen ST.2012.155 vom 04.11.2014, E. 3.b, und TAG, S. 721.

⁴¹⁸ Zum Ganzen SEELMANN, BSK (3. Aufl.), N. 41 zu Art. 11 StGB, und TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, SSPK, N. 11 zu Art. 11 StGB.

⁴¹⁹ BBI 1999 II, S. 2002.

⁴²⁰ Eingehend NIGGLI/MUSKENS, BSK, N. 70 ff. zu Art. 11 StGB m.w.Verw.

⁴²¹ Vgl. GETH, S. 15 und TAG, S. 721.

⁴²² Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen ST.2012.155 vom 04.11.2014, E. 3.b; GETH, S. 15, und TAG, S. 719.

⁴²³ TAG, S. 719.

⁴²⁴ GETH, S. 15 und TAG, S. 719.

lung des Arztes zu begründen,⁴²⁵ zumal sie als sog. „Soft-Law“ angesehen werden.⁴²⁶ Als „Soft-Law“ werden insbesondere das Standesrecht der FMH und die Richtlinien der SAMW bezeichnet, die zwar die Organe der Rechtsanwendung nicht förmlich binden, aber „einen starken Einfluss auf Inhalt, Umfang und Auslegung ärztlicher Pflichten, Rechtsprechung und Gesetzgebung [haben].“⁴²⁷ Auch durch das Delikt der unterlassenen Hilfeleistung gemäss Art. 128 StGB wird keine Garantenstellung begründet.⁴²⁸

Das Medizinalberufegesetz sieht in Art. 40 lit. g zumindest für Personen, die einen universitären Medizinalberuf gemäss Art. 2 ausüben, eine Beistandspflicht für Notfälle vor. Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in diversen kantonalen Gesundheitsgesetzen.⁴²⁹ Diese Bestimmungen haben gemein, dass sie sich auf einen bestimmten Berufskreis beschränken und nur in Notfällen eine Hilfeleistungspflicht vorsehen. Sie lassen sich damit als eine Präzisierung und Steigerung der allgemeinen Berufspflicht des Arztes verstehen. Ausserdem geht diese Beistandspflicht weiter als der Tatbestand des Art. 128 StGB, da sie sich auch auf Menschen erstreckt, die die Medizinalperson nicht selbst verletzt hat oder welche nicht in unmittelbarer Lebensgefahr schweben.⁴³⁰ Es ist demnach grundsätzlich anzunehmen, dass für die Medizinalpersonen gemäss Art. 2 MedBG in Notfällen eine gesteigerte Berufspflicht besteht.⁴³¹

Diese Obhutspflicht aus der gesteigerten Berufspflicht muss allerdings sachlich und zeitlich begrenzt werden. Einen an einem Unfall anwesenden Tierarzt⁴³² kann nämlich nicht die Pflicht treffen, die Betreuung eines Menschen zu übernehmen.⁴³³ Ausserdem

⁴²⁵ GETH, S. 15.

⁴²⁶ HÄRING/OLAH, S. 206 f.

⁴²⁷ HÄRING/OLAH, S. 205.

⁴²⁸ Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen ST.2012.155 vom 04.11.2014, E. 3.b.; MAEDER, BSK, N. 15 zu Art. 128 StGB; Tag, S. 719, und TRECHSEL/MONA, SSPK, N. 1 zu Art. 128 StGB.

⁴²⁹ § 27 Abs. 1 GesG BL; § 16 GesG AG; Art. 50 GesG SG, und § 17 Abs. 1 lit. a. GesG ZH. Vgl. GETH, S. 15 f.

⁴³⁰ ETTER, SHK, N. 41 ff. zu Art. 40 MedBG.

⁴³¹ A. A. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen ST.2012.155 vom 04.11.2014, E. 3.b.

⁴³² Tierärzte fallen gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. e MedBG ebenfalls unter das Medizinalberufegesetz.

⁴³³ Vgl. ETTER, SHK, N. 44 zu Art. 40 MedBG.

muss die Behandlung für die Medizinalperson zumutbar sein.⁴³⁴ Schliesslich endet die Obhutspflicht der Medizinalperson in der Notfallsituation sobald die „ordentlichen medizinischen Kräfte“, zu denen beispielsweise die Ambulanz gehört, am Unfallort eintreffen und die Behandlung übernehmen.⁴³⁵

Eine traumatische Hirnschädigung, die insbesondere als Folge eines Unfalls auftritt, kann ursächlich für einen minimalen Bewusstseinszustand sein.⁴³⁶ Meist ist dann die Atmung der betroffenen Person eingeschränkt oder versagt vollständig, wodurch eine künstliche Beatmung dieser Person notwendig wird, damit sie nicht erstickt.⁴³⁷ Eine solche Notfallsituation kann gemäss dem soeben Ausgeführten grundsätzlich eine Obhutsgarantenstellung eines am Unfall anwesenden Arztes zu begründen.

3. Ingerenz

Die Garantenstellung kann gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. d StGB auch durch Ingerenz begründet werden. Demnach ist derjenige, der eine Gefahr geschaffen oder vergrössert hat, im Rahmen seiner Zumutbarkeit verpflichtet dafür zu sorgen, dass die geschaffene oder vergrösserte Gefahr nicht zu einer Verletzung führt.⁴³⁸ Umstritten ist jedoch, wann eine Garantenstellung aus Ingerenz angenommen werden muss, wenn das Vorverhalten *rechtmässig* war, beispielsweise die durch eine Einwilligung gerechtfertigte Behandlung eines Arztes. Eine Auffassung stellt darauf ab, ob das entsprechende Vorverhalten sorgfaltspflichtwidrig war.⁴³⁹ So wird der Arzt, wenn er durch eine fehlerhafte Behandlung eine Gefahr für den Patienten geschaffen oder vergrössert hat, Garant für das Leben und die physische Integrität seines Patienten.⁴⁴⁰ Eine andere Auffassung bejaht eine Garantenstellung auch bei sorgfältigem Verhalten, wenn durch das Vorverhalten ein

⁴³⁴ ETTER, SHK, N. 42 zu Art. 40 MedBG m.w.Verw.

⁴³⁵ Vgl. ETTER, SHK, N. 44 zu Art. 40 MedBG.

⁴³⁶ Siehe oben, A II.

⁴³⁷ Vgl. oben, A IV.

⁴³⁸ NIGGLI/MUSKENS, BSK, N. 92 zu Art. 11 StGB m.w.Verw.

⁴³⁹ NIGGLI/MUSKENS, BSK, N. 97 zu Art. 11 StGB; STRATENWERTH, AT I, N. 19 ff. zu § 14; TAG, S. 720, und TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, SSPK, N. 14 zu Art. 11 StGB m.w.Verw.

⁴⁴⁰ TAG, S. 720. TAG verweist weiter das Beispiel einer abgebrochenen Bohrerspitze, die im Körper des Patienten verbleibt und zu Wundheilstörungen führt: TAG, S. 720.

höheres Risiko geschaffen wurde, als beim „unumgänglichen alltäglichen Verhalten“.⁴⁴¹ Entspricht die Behandlung zumindest dem mutmasslichen Willen des Patienten, dann kommt zwischen ihm und dem Arzt ein Behandlungsvertrag zustande.⁴⁴² Der Patient, bei dem kein Behandlungsvertrag mit seinem Arzt angenommen wird, kann nicht schlechter gestellt werden, als ein Patient mit einem Behandlungsvertrag. Ist beispielsweise kein entgegenstehender mutmasslicher Wille des Patienten erkennbar, dann ist der Arzt gerechtfertigt, wenn er im Notfall lebenserhaltende Massnahmen ausführt.⁴⁴³ Demzufolge ist es nicht gerechtfertigt, die Garantenstellung aus Ingerenz nur auf sorgfaltspflichtwidriges Verhalten des Arztes zu begrenzen. Dies scheint auch im Einklang mit dem ärzteethos und der Standesordnung der FMH zu sein, die den Arzt generell zum Schutz des menschlichen Lebens auffordern.⁴⁴⁴ Daher ist der oben zweitgenannten Meinung zuzustimmen.

Mit dem Abbruch der lebenserhaltenden Massnahme wird die mittelbare Lebensgefahr des betroffenen Patienten in eine unmittelbare Lebensgefahr gesteigert.⁴⁴⁵ Derjenige, der den Behandlungsabbruch vornimmt, vergrössert daher die Lebensgefahr des Patienten in einem höheren Mass als beim unumgänglichen alltäglichen Verhalten. Nach dem bisher Gesagten trifft demnach die Person, die die lebenserhaltenden Massnahmen abbricht, grundsätzlich die Pflicht dafür zu sorgen, dass sich die durch ihn gesteigerte Lebensgefahr nicht im Tod des betroffenen Patienten verwirklicht. Da der behandelnde Arzt allerdings regelmässig bereits Garant für die Erhaltung des Lebens seines Patienten aufgrund eines Behandlungsvertrages ist,⁴⁴⁶ betrifft die Garantenstellung aufgrund von Ingerenz vor allem den Dritten, der die lebenserhaltenden Massnahmen abbricht.

⁴⁴¹ SEELMANN, BSK (3. Aufl.), N. 50 zu Art. 11 StGB m.w.Verw.

⁴⁴² Siehe oben, B IV 1.

⁴⁴³ Siehe unten, C V.

⁴⁴⁴ „Es ist Aufgabe des Arztes und der Ärztin, menschliches Leben zu schützen, Gesundheit zu fördern und zu erhalten, Krankheiten zu behandeln, Leiden zu lindern und Sterbenden beizustehen.“: Art. 2 FMH-Standesordnung.

⁴⁴⁵ Siehe oben, B I 1.

⁴⁴⁶ Siehe oben, B IV 1.

4. Zwischenfazit

Der behandelnde Arzt bzw. falls der betroffene Patient auf der Intensivstation liegt der Facharzt für Intensivmedizin⁴⁴⁷ ist aufgrund eines Behandlungsvertrages Garant für das Leben und die physische Integrität des minimal bewussten Patienten. Damit trifft den Arzt grundsätzlich die Pflicht, falls erforderlich, lebenserhaltende Massnahmen durchzuführen. Dasselbe gilt für den Notfallarzt aufgrund einer gesetzlichen Behandlungspflicht in Notfällen. Der Dritte wird durch den von ihm vorgenommenen Behandlungsabbruch aufgrund von Ingerenz Garant für das Leben des betroffenen Patienten.

V. Begrenzung der Garantenpflicht

Es muss diskutiert werden, wie weit die Garantenpflicht reicht. Sollte nämlich die Lebenserhaltungspflicht des Garanten begrenzt sein, dann hätte dies für den Tatbestand des Behandlungsabbruchs die Konsequenz, dass der Garant den Behandlungsabbruch auch ohne Einwilligung des betroffenen Patienten vornehmen dürfte. Für diese Diskussion bleibt allerdings nur dort Raum, wo der (mutmassliche) Wille des Patienten nicht eruierbar ist.⁴⁴⁸

Zur Begrenzung der Lebenserhaltungspflicht des behandelnden Arztes werden sog. „patientenexterne Gründe“ angeführt, welche insbesondere Argumente zur Menschenwürde, Unzumutbarkeit, Aussichts- und Wirkungslosigkeit und Rationalisierung beinhalten.⁴⁴⁹ Diese Argumente finden sowohl beim Abbruch lebenserhaltender Massnahmen wie auch bei deren Nichtaufnahme Anwendung.⁴⁵⁰ Sie werden nachfolgend mit Blick auf den minimal bewussten Patienten erläutert.

⁴⁴⁷ Vgl. SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 32.

⁴⁴⁸ LÜTHI, S. 158 und SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 57 vor Art. 111 StGB.

⁴⁴⁹ EGE, S. 311 f.; GETH, S. 55 ff.; LÜTHI, S. 158 ff.; TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 6a vor Art. 111 StGB und SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 19 f.

⁴⁵⁰ Vgl. LÜTHI, S. 167 ff. und SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 19.

1. Menschenwürde

Der deutsche Bundesgerichtshof hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass den Arzt keine Pflicht treffe, erlöschendes Leben um jeden Preis zu erhalten.⁴⁵¹ Auch wenn dies technisch möglich wäre, bestimme die „Achtung des Lebens“ und die Menschenwürde im Einzelfall „die Grenze ärztlicher Behandlungspflicht“.⁴⁵² Eine andere Ansicht sieht die Menschenwürde als einen „Aspekt von massgeblicher Bedeutung“ in Bezug auf den Behandlungsabbruch beim betreffenden Patienten.⁴⁵³ Jedoch könne die Menschenwürde alleine keine genügende Rechtfertigungsgrundlage für den Behandlungsabbruch bilden, da dieses Grundrecht ansonsten überdehnt würde.⁴⁵⁴ Der BGH spricht im obengenannten Urteil von sterbenden Patienten.⁴⁵⁵ Es kann davon ausgegangen werden, dass sterbende Patienten keine unnötigen Unannehmlichkeiten durch aussichtslose Behandlungen erdulden sollen. Sie sollen also nicht gestört werden, indem sie zum Leben gezwungen werden.⁴⁵⁶ Der minimal bewusste Patient ist allerdings nicht sterbend,⁴⁵⁷ womit diese Argumentation auf ihn nicht anwendbar ist.

Es ist davon auszugehen, dass der Würdeschutz vor allem die Subjektivität des Menschen schützen soll. Unter dem Begriff der Subjektivität wird in dieser Arbeit verstanden, dass ein Wesen sich selbst und seine Umwelt bewusst wahrnehmen und einen eigenen Willen bilden kann.⁴⁵⁸ Unter diesem Gesichtspunkt kann der Würdeschutz gerade nicht als Argument angeführt werden, um die lebenserhaltende Behandlung beim minimal bewussten Patienten zu beenden oder nicht aufzunehmen. Dies würde nämlich nicht nur die aktuell eingeschränkt vorhandene Subjektivität dieses Patienten

⁴⁵¹ BGH, Urteil vom 04.07.1984 - 3 StR 96/84, N. 33.

⁴⁵² BGH, Urteil vom 04.07.1984 - 3 StR 96/84, N. 33.

⁴⁵³ LÜTHI, S. 159.

⁴⁵⁴ LÜTHI, S. 159 f. m.w.Verw. Im Ergebnis wohl auch TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 6a vor Art. 111 StGB.

⁴⁵⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 04.07.1984 - 3 StR 96/84, N. 32 ff.

⁴⁵⁶ ESER, S. 15.

⁴⁵⁷ Siehe oben, B I 1.

⁴⁵⁸ Siehe oben, B II 1 a. Vgl. Eurich, S. 352 ff.

vollständig beenden, sondern auch dessen Potential auf Besserung bzw. Ausweitung seiner Subjektivität negieren.⁴⁵⁹

Die eingeschränkt vorhandene Subjektivität des minimal bewussten Patienten kann jedoch bedeuten, dass er den Zustand des Gefangenseins in seinem Körper bewusst wahrnimmt.⁴⁶⁰ Dieser Zustand könnte als menschenunwürdig im Sinne des BGH bezeichnet werden.⁴⁶¹ Damit offenbart diese Situation ein Dilemma: Sowohl der Abbruch als auch die Fortführung bzw. Aufnahme lebenserhaltender Massnahmen lassen sich mit dem Schutz der Menschenwürde begründen.

Der Schutz der vorhandenen Subjektivität und des Potentials auf Ausweitung derselben sollte Vorrang haben. Dieser Vorrang ergibt sich einerseits aufgrund dessen, dass das Potential des minimal bewussten Patienten eine zusätzliche ethische Dimension zugunsten seines Lebensschutzes darstellt und dabei selbst schutzwürdig ist.⁴⁶² Andererseits wäre es widersprüchlich, die aktuell vorhandene Subjektivität *ohne* Zustimmung des Patienten zu beenden, um dessen Würde (im Sinne seiner Subjektivität) zu schützen.⁴⁶³

Schliesslich muss aus empirischer Sicht angemerkt werden, dass es nur schwer bis gar nicht feststellbar ist, ob und in welchem Umfang ein minimal bewusster Patient Schmerzen empfindet und seine Situation bewusst erlebt.⁴⁶⁴ Ob dieser seine Situation negativ wahrnimmt, ist somit ebenfalls fraglich. Im Zweifel muss die Erhaltung des Lebens des minimal bewussten Patienten Vorrang haben.

2. Aussichts- und Wirkungslosigkeit

Als weiteres Argument zur Begrenzung der Garantenpflicht wird die Aussichts- und/oder Wirkungslosigkeit einer Behandlung angeführt. Wirkungslos ist die Therapie, die

⁴⁵⁹ Siehe oben, B II 1 a.

⁴⁶⁰ Siehe oben, A I 2.

⁴⁶¹ Vgl. BGH, Urteil vom 04.07.1984 - 3 StR 96/84, N. 33.

⁴⁶² Siehe oben, B II 1 b.

⁴⁶³ Betreffend die Subjektivität als Anknüpfungspunkt der moralischen Schutzwürdigkeit siehe oben, B II 1 a.

⁴⁶⁴ Siehe oben, A I.

das angestrebte Therapieziel nicht erreicht. Aussichtslos ist dagegen die Therapie, wenn klar ist, dass der Patient nicht mehr in ein angemessenes Lebensumfeld zurückkehren kann.⁴⁶⁵ Die Angemessenheit solle anhand der Haltung und Präferenzen des Patienten beurteilt werden, doch müsse es zumindest möglich sein, dass der betroffene Patient die Intensivstation verlassen könne.⁴⁶⁶ Die Entscheidung, ob eine Therapie aussichtslos und/oder wirkungslos ist, obliegt dem zuständigen Arzt, wobei in die Entscheidungsfindung insbesondere auch der vorbehandelnde Arzt mit einbezogen werden sollte.⁴⁶⁷ Der zuständige Arzt ist im Notfall der Notfallarzt, auf der Intensivstation ein Facharzt für Intensivmedizin und ausserhalb der Intensivstation der behandelnde Arzt.⁴⁶⁸ Die lebenserhaltende Behandlung eines hirntoten Patienten ist damit aussichtslos, aber nicht wirkungslos.⁴⁶⁹ Auch die lebenserhaltende Behandlung des minimal bewussten Patienten ist nicht wirkungslos. Es muss allerdings geklärt werden, ob sie nicht ebenfalls aussichtslos ist.

Es ist naheliegend, dass eine wirkungs- und/oder aussichtslose Behandlung nicht (mehr) durchzuführen ist, da sie sinnlos geworden ist.⁴⁷⁰ Zu Recht gibt dabei GETH zu bedenken, dass eine Qualifizierung des zu erwartenden Lebensrestes unumgänglich ist, will man bestimmen, ob eine lebenserhaltende Massnahme sinnvoll ist.⁴⁷¹ Die SAMW vertritt die Ansicht, dass die Lebensqualität einerseits objektiv durch die „zu erwartende Funktionsfähigkeit“ und andererseits durch die subjektive Bewertung dieser Funktionsfähigkeit durch den betroffenen Patienten zu bestimmen ist.⁴⁷² Ein hirntoter Patient wird zwar biologisch gesehen durch die lebenserhaltenden Massnahmen am Leben gehalten, aber seine kognitiven Fähigkeiten, seine Persönlichkeit und sein Bewusstsein

⁴⁶⁵ Zum Ganzen LÜTHI, S. 164 f. und SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 15 f.

⁴⁶⁶ LÜTHI, S. 165 und SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 11.

⁴⁶⁷ SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 32.

⁴⁶⁸ Vgl. SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 32 f.

⁴⁶⁹ LÜTHI, S. 164 f. und SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 15 f.

⁴⁷⁰ Vgl. LÜTHI, S. 165

⁴⁷¹ GETH, S. 57 f.

⁴⁷² SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 14.

sind irreversibel und restlos verschwunden.⁴⁷³ Es wird demnach nur noch das Leben an sich erhalten. Es ist daher keine Lebensqualität mehr zu erwarten.⁴⁷⁴

Ein Teil der Lehre wertet auch die lebenserhaltende Behandlung eines Wachkomapatienten als aussichtslos,⁴⁷⁵ bei dem nach mehrmonatiger Beobachtungszeit der irreversible und definitive Verlust von kognitiven Fähigkeiten sowie der Fähigkeit zu Willensäußerungen und Kommunikation wiederholt bestätigt wurde.⁴⁷⁶ Dem kann nicht zugestimmt werden. Zum einen ist die empirische Feststellung dieser Eigenschaften fehleranfällig. So hat insbesondere das Aufkommen neuer Diagnoseinstrumente dafür gesorgt, dass Fälle des Wachkomas als Fälle des minimalen Bewusstseinszustandes eingeordnet wurden, da erst mit diesen Diagnoseinstrumenten ein (sehr) geringer Umfang vorhandenen Bewusstseins festgestellt werden konnte.⁴⁷⁷ Auf der anderen Seite kann sich der medizinische Verlauf der Einzelfälle recht unterschiedlich gestalten. Es kann somit generell nicht angenommen werden, dass keine Veränderung mehr eintreten wird, nur weil in einer zeitlichen begrenzten Beobachtungsphase eine solche nicht feststellbar war.⁴⁷⁸ Da beim minimal bewussten Patienten zudem ein gewisser Umfang an Bewusstsein⁴⁷⁹ und ein Potential auf Besserung vorhanden ist,⁴⁸⁰ kann erst recht nicht von Aussichtslosigkeit bezüglich der lebenserhaltenden Behandlung dieses Patienten gesprochen werden.

⁴⁷³ Vgl. oben, B II 1 a.

⁴⁷⁴ Vgl. KUNZ, der die Lebensverlängerung dann noch als sinnvoll bezeichnet, wenn ein Patient dadurch noch einmal erwachen und mit seinen Angehörigen kommunizieren kann: KUNZ, S. 621.

⁴⁷⁵ Zur Abgrenzung zum minimalen Bewusstseinszustand siehe oben, A III.

⁴⁷⁶ LÜTHI, S. 166 und SCHWARZENEGGER/StÖSSEL, BSK, N. 57 vor Art. 111 StGB m.w.Verw.

⁴⁷⁷ Zum Ganzen siehe oben, A und A I 2.

⁴⁷⁸ Vgl. oben, A II. Die SAMW spricht davon, dass sich die Wirkungs- oder Aussichtslosigkeit erst nach längerer Zeit und dann womöglich schubartig einstellen mag: SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 16.

⁴⁷⁹ Siehe oben, A I 2 und B II 1 a.

⁴⁸⁰ Siehe oben, A II und B II 1 b.

3. Rationalisierung

Es wird ausserdem diskutiert, ob und inwiefern die notwendigen Kosten bzw. die verwendeten Ressourcen in Überlegungen zur Begrenzung der Garantenpflicht einbezogen werden dürfen. Grundsätzlich kann der Abbruch lebenserhaltender Massnahmen und somit das Leben des Patienten nicht mit dem Argument der resultierenden Kosten aufgewogen werden. Rationalisierungsgründe alleine können die Lebenserhaltungspflicht des Arztes nicht begrenzen.⁴⁸¹ Dieser ethische Standpunkt wird jedoch durch die Problematik herausgefordert, dass es zu einem Ressourcenmangel kommen kann.⁴⁸² STRATENWERTH greift ein Beispiel der Organtransplantation auf, in dem eine begrenzte Anzahl von Nieren an eine grössere Zahl von Patienten verteilt werden muss.⁴⁸³ Der Ressourcenmangel begrenzt jedoch nicht die Lebenserhaltungspflicht des Arztes gegenüber seinem Patienten. Vielmehr gerät der Arzt in eine Pflichtenkollision, wenn er begrenzte Ressourcen unter seinen Patienten aufteilen muss, gegenüber denen ihn jeweils eine Garantenpflicht trifft. Sein Unterlassen ist dann gegenüber denjenigen Patienten gerechtfertigt, die keine Behandlung oder Organ erhielten, da der Arzt einer zumindest gleichwertigen Pflicht bei anderen Patienten nachgekommen ist.⁴⁸⁴

Ausserdem ist der Rationalisierungsgedanke als eine Prämisse für andere Argumente zur Begrenzung der Lebenserhaltungspflicht des Arztes zu verstehen. So lässt sich beispielsweise der Behandlungsabbruch infolge Wirkungs- oder Aussichtslosigkeit⁴⁸⁵ unter der Prämisse betrachten, dass Ressourcen nicht für Fälle verwendet werden sollen, in

⁴⁸¹ EGE, S. 312; LÜTHI, S. 168; STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 77 f., und TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 6a vor Art. 111 StGB.

⁴⁸² Erwähnenswert ist an dieser Stelle BGE 136 V 395. Das Bundesgericht stellte sich nämlich dort auf den Standpunkt, dass vorliegend eine Leistungspflicht (Kostenübernahme nach KVG) aus Wirtschaftsgründen verneint werden müsse, selbst wenn ein hoher therapeutischer Nutzen des betreffenden Arzneimittels (Handelsname: Myozyme) erwiesen wäre: E. 7. Die Kostenfrage könne aufgrund der endlichen gesellschaftlichen finanziellen Mittel nicht alleine aufgrund von ethischen Argumenten auf die Seite geschoben werden: E. 7.5.

⁴⁸³ STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 78 f.

⁴⁸⁴ Zur Pflichtenkollision siehe DONATSCH/TAG, S. 263 f.; SEELMANN/GETH, S. 121, und STRATENWERTH, AT I, N. 62 ff. zu § 10.

⁴⁸⁵ Siehe oben, B V 2.

denen kein Nutzen für den Patienten mehr zu erwarten ist,⁴⁸⁶ sondern vielmehr anders verteilt werden sollten. Die Rationalisierung kann demnach für sich alleine kein Argument für die Begrenzung der Garantenpflicht sein.⁴⁸⁷

4. Unzumutbarkeit

In ähnlicher Weise wie für eine Begrenzung der Lebenserhaltungspflicht des Arztes aufgrund des Schutzes der Menschenwürde eingetreten wird, wird auch postuliert, dass medizinische Massnahmen dann zu begrenzen seien, wenn es für den individuellen Patienten besser sei, wenn er sterbe. Es komme damit auf eine Abwägung im Einzelfall an. Dabei sollen insbesondere die Lebens- und Leidverminderungsinteressen einbezogen werden. Diese Einzelfallabwägung wird auch mit der Frage nach dem Sinn der verbleibenden Lebensqualität gleichgesetzt, die dem Patienten noch bleibt.⁴⁸⁸ STRATENWERTH geht davon aus, dass zwei Variablen den „Wert eines Lebensrestes“ bestimmen.⁴⁸⁹ Diese sind zum einen die Zeitspanne, um welche das Leben sich voraussichtlich verlängern lässt, und zum anderen der Sinn, welcher der Betroffene dieser Zeitspanne abgewinnen kann.⁴⁹⁰ Demnach kann es sinnvoll sein, das Leben des Patienten auch nur um eine kurze Zeit zu verlängern, damit dieser sich von seinen Angehörigen verabschieden kann oder seinen Frieden mit der Welt oder seinem Glauben machen kann.⁴⁹¹ Der Begriff der Zumutbarkeit wird aber auch mit Bezug auf den Arzt diskutiert. Die SAMW spricht davon, dass die Respektierung des Patientenwillens u.a. dort an ihre Grenzen stösst, wo dieser nicht mit der persönlichen Gewissenshaltung des Arztes vereinbar ist.⁴⁹² GETH legt allerdings zu Recht dar, dass eine Tötung nicht mit einer Gewissensentscheidung des Arztes legitimiert werden kann.⁴⁹³

⁴⁸⁶ Vgl. SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 11.

⁴⁸⁷ Im Ergebnis auch LÜTHI, S. 168.

⁴⁸⁸ Zum Ganzen LÜTHI, S. 160 ff. m.w.Verw., und STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 74 f.

⁴⁸⁹ STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 74. Gl. A. LÜTHI, S. 162.

⁴⁹⁰ STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 74. Gl. A. LÜTHI, S. 162. Vgl. SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 14.

⁴⁹¹ STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 74 f. Vgl. KUNZ, S. 621.

⁴⁹² SAMW, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 8.

⁴⁹³ GETH, S. 60 f.

STRATENWERTH weist darauf hin, dass bei Patienten mit Bewusstseinseinschränkungen nicht klar ist, was in ihnen vorgehe.⁴⁹⁴ Ausserdem sei anzunehmen, dass eine erhebliche Fehldiagnoserate bestehen könne.⁴⁹⁵ Eine Bestimmung des Wertes und Sinnes des Lebensrestes sei deshalb „ganz unmöglich“.⁴⁹⁶ Dem kann so jedoch nicht zugestimmt werden. Moderne Bildgebungsverfahren können nämlich zumindest einen gewissen Einblick geben und Anhaltspunkte dafür liefern, ob diese Patienten Schmerzen empfinden⁴⁹⁷ und ob möglicherweise Bewusstsein vorhanden ist.⁴⁹⁸ Es muss deshalb jedenfalls zwischen der Lebensqualität eines minimal bewussten und eines hirntoten Patienten unterschieden werden.⁴⁹⁹ Darüber hinaus kann grundsätzlich auch von einer guten Prognose für den minimal bewussten Patienten ausgegangen werden.⁵⁰⁰ Daher kann bei der Beurteilung der potentiellen Lebensqualität eines minimal bewussten Patienten auch berücksichtigt werden, ob und mit welchen Einschränkungen der Patient rechnen muss⁵⁰¹ und mit welchen Schmerzen beim Patienten durch die Lebensverlängerung zu rechnen ist.⁵⁰² Es sind demnach durchaus objektive Kriterien vorhanden, die eine Beurteilung des Wertes und Sinnes des Lebensrestes zulassen.⁵⁰³ Allerdings beruht die Gewichtung dieser Kriterien, wie beispielsweise die Relevanz einer bleibenden Beeinträchtigung des Patienten, auf subjektiven Gesichtspunkten, nämlich der persönlichen Haltung und den Präferenzen des Patienten.⁵⁰⁴ Es ist daher nicht Sache des Arztes, diese Gewichtung vorzunehmen. Vielmehr ist dies eine Angelegenheit des Patienten selbst (auch in Form einer Patientenverfügung gemäss Art. 370 ff. ZGB)⁵⁰⁵ oder seines Vertreters

⁴⁹⁴ STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 74.

⁴⁹⁵ STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 74 f. Siehe oben, A III.

⁴⁹⁶ STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 74. Ähnlich LÜTHI, S. 162 f.

⁴⁹⁷ Siehe oben, A I 1.

⁴⁹⁸ Siehe oben, A I 2.

⁴⁹⁹ Siehe oben, B V 2 und A I.

⁵⁰⁰ Siehe oben, A II.

⁵⁰¹ LÜTHI, S. 162, und SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 11.

⁵⁰² LÜTHI, S. 163 f. m.w.Verw., und STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 75 f.

⁵⁰³ A. A. LÜTHI, S. 162 f., und STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 75.

⁵⁰⁴ Vgl. SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 11.

⁵⁰⁵ Siehe unten, C III.

(Art. 378 Abs. 3 ZGB).⁵⁰⁶ Es bleibt aus diesem Grund kein Raum, die Unzumutbarkeit einer lebenserhaltenden Massnahme für den Patienten oder den Arzt und eine daraus folgende Begrenzung der Lebenserhaltungspflicht zu diskutieren.

5. Zwischenfazit

Argumente der Menschenwürde, der Aussichts- oder Wirkungslosigkeit einer Behandlung, der Rationalisierung und der Unzumutbarkeit um einen Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten zu legitimieren werden abgelehnt.

Es kann allerdings grundsätzlich und konkret mit Bezug auf den hirntoten Patienten bejaht werden, dass der behandelnde Arzt nicht verpflichtet ist, eine aussichtslose und/oder wirkungslose lebenserhaltende Massnahme fortzuführen. Seine Garantenpflicht ist entsprechend begrenzt.

Der Tatbestand des Behandlungsabbruchs betrifft nicht nur den minimal bewussten Patienten. Da dieser Tatbestand wie ein Unterlassensdelikt zu behandeln ist,⁵⁰⁷ kann der behandelnde Arzt den Tatbestand nicht verwirklichen, falls seine Lebenserhaltungspflicht infolge Aussichts- oder Wirkungslosigkeit begrenzt ist und er deshalb einen Behandlungsabbruch vornimmt. Er bleibt in diesem Fall straffrei.

C. DAS BEHANDLUNGSVETO GEGEN DIE LEBENSERHALTENDE BEHANDLUNG IM MINIMALEN BEWUSSTSEINSZUSTAND

Da ein Patient das Recht hat, auf seine lebenserhaltende Behandlung verzichten zu dürfen,⁵⁰⁸ in eine Tötung aber nicht einwilligen kann (vgl. Art. 114 StGB), ist nachfolgend zu klären, wie eine Willenserklärung einzuordnen ist, die auf einen Behandlungsabbruch gerichtet ist.

⁵⁰⁶ Siehe unten, C IV.

⁵⁰⁷ Siehe oben, B III 6.

⁵⁰⁸ BÜCHLER/MICHEL, S. 170; GETH, S. 43 ff.; HAUSSENER, S. 23; SCHWARZENEGGER/StÖSSEL, BSK, N. 49 vor Art. 111 StGB und siehe oben, B II 2 und B III 6.

Im Anschluss daran soll erörtert werden, wie der kommunikationsunfähige minimal bewusste Patient⁵⁰⁹ einen entsprechenden Willen übermitteln kann. Dazu wird auf die Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB) und auf die Entscheidung des Vertreters in medizinischen Angelegenheiten (Art. 378 Abs. 3 ZGB) eingegangen.

I. Disponibilität über das eigene Leben

Ein Patient darf aufgrund seines verfassungsmässigen Selbstbestimmungsrechts auf eine Behandlung bzw. auf einen Eingriff in seine physische Integrität verzichten.⁵¹⁰ Die Weiterbehandlung eines Patienten, der den Behandlungsabbruch fordert, kann zudem die Strafbarkeit wegen eines Körperverletzungsdeliktes gemäss Art. 122 ff. StGB nach sich ziehen. Daher *muss* der Arzt den Behandlungsabbruch vornehmen.⁵¹¹

Trifft den behandelnden Arzt als Garant die Pflicht, seinen Patienten am Leben zu erhalten,⁵¹² so muss der betreffende Patient auch in der Lage sein, ihn aus dieser Pflicht wieder entlassen zu können.⁵¹³ Ist die Garantenstellung aufgrund eines Behandlungsvertrages entstanden, weil davon ausgegangen wurde, dass der Patient zumindest mutmasslich behandelt werden möchte,⁵¹⁴ dann muss der nachträglich bekanntgewordene tatsächliche Wille des Patienten gelten.⁵¹⁵ Ist die Garantenstellung infolge einer gesetzlichen Behandlungspflicht oder aus Ingerenz entstanden, so muss auch hier der bekannte tatsächliche Wille des Patienten massgebend sein, sodass die Garantenstellung entfällt.⁵¹⁶ Alles andere würde eine Pflicht des Arztes zur Lebenserhaltung bedeuten,

⁵⁰⁹ Siehe oben, A I.

⁵¹⁰ Siehe oben, B II 2.

⁵¹¹ KUNZ, S. 620 f.; LÜTHI, S. 155 f. m.w.Verw.; STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 70 f., und TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 6 vor Art. 111 StGB. Siehe auch MERKEL G., wonach dies eine Art Nötigung durch Rechtsbefehl darstelle: MERKEL G., S. 339 ff.

⁵¹² Siehe oben, B IV.

⁵¹³ Vgl. GETH, S. 27 ff. m.w.Verw.

⁵¹⁴ Siehe oben, B IV 1.

⁵¹⁵ Vgl. SCHWARZENEGGER, wonach der Behandlungsvertrag „aufgelöst“ werde: SCHWARZENEGGER, BSK, N. 3 zu Art. 114 StGB.

⁵¹⁶ SAMW, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 6 und LÜTHI, S. 156. So auch STRATENWERTH, der zutreffend ausführt, dass sich niemand anmassen dürfe, es besser zu

die dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten zuwiderläuft und daher ethisch wie rechtlich nicht vertretbar wäre.⁵¹⁷

Gleichwohl lehnt eine Ansicht diese Argumentation ab, da sie zirkulär sei. Bedeutsam sei vielmehr allein, ob die Entscheidung des Patienten für den Arzt verbindlich oder gemäss der Verfügungssperre des Art. 114 StGB nicht zu berücksichtigen sei. Art. 114 StGB stehe allerdings einem verbindlichen Behandlungsveto nicht entgegen, da keine Fremdverletzung vorliege.⁵¹⁸ Im Ergebnis besteht daher Übereinstimmung, dass die Einwilligungsschranke des Art. 114 StGB dem selbstbestimmten Behandlungsabbruch grundsätzlich nicht im Weg stehen kann.⁵¹⁹ Wesentlich ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen der Wille des Patienten für seinen behandelnden Arzt verbindlich ist. Darauf soll im Folgenden eingegangen werden.

II. Behandlungsveto im Generellen

Die Willenserklärung eines Patienten, seine lebenserhaltende Behandlung abbrechen zu lassen, wird als Behandlungsveto bezeichnet. Das Behandlungsveto vereint dabei einen Einwilligungswiderruf bzw. die Verweigerung der Einwilligung eines Eingriffs in die physische Integrität mit einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung.⁵²⁰ Dabei unterliegt dieses Veto denselben Voraussetzungen wie eine Einwilligung.⁵²¹ Die straf-

wissen als der Betroffene selbst, ob eine lebenserhaltende Massnahme durchgeführt werden soll: STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 70 f.

⁵¹⁷ Vgl. oben, B II 2.

⁵¹⁸ GETH, S. 45.

⁵¹⁹ Siehe oben, B III 3 b aa.

⁵²⁰ Eingehend GETH, S. 34 ff., und S. 43 ff. Vgl. auch SCHWARZENEGGER, wonach die Verweigerung einer medizinischen Behandlung einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung gleichkomme: SCHWARZENEGGER, BSK, N. 3 zu Art. 114 StGB.

⁵²¹ GETH, S. 45 m.w.Verw. Ähnlich im Ergebnis LÜTHI, die für die Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs voraussetzt, dass eine wirksame Einwilligung vorhanden ist und der Arzt den Behandlungsabbruch aufgrund dieser Einwilligung vornimmt: LÜTHI, S. 218. Ebenso ähnlich im Ergebnis SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, wonach der Entscheid von Urteilsfähigen, die sich „im Wissen über ihren Zustand sowie die Behandlungsoptionen frei von äusserem Druck oder Zwang gegen eine weitere Behandlung entscheiden“ zu respektieren sei: SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, BSK, N. 49 vor Art. 111 StGB. Vgl. auch HAUSSENER mit Verweis auf das sog. „informed refusal“: HAUSSENER, S. 80 m.w.Verw.

rechtliche Einwilligung wurde nicht strafgesetzmässig kodifiziert, folgt aber im Wesentlichen ihrem zivilrechtlichen Pendant. Ist die einwilligende Person befugt, über das betreffende Rechtsgut zu verfügen, muss sie ihre Willenserklärung vor der betreffenden Tat äussern.⁵²² Zudem muss der Einwilligende das Wesen und die Konsequenz seiner Entscheidung verstehen können, wobei auf die zivilrechtliche Urteilsfähigkeit verwiesen wird.⁵²³ Schliesslich muss die Einwilligung frei von Willensmängeln sein.⁵²⁴

Der minimal bewusste Patient ist kommunikationsunfähig⁵²⁵ und damit auch unfähig, ein aktuelles Behandlungsveto abgeben zu können. Es wurden allerdings auch Fälle dokumentiert, in denen minimal bewusste Patienten temporär aus ihrem Zustand geholt werden konnten.⁵²⁶ Dies sind allerdings nach heutigem Stand der Medizin noch Einzelfälle. Es muss daher nachfolgend auf die Möglichkeiten eingegangen werden, ob ein minimal bewusster Patient ein Behandlungsveto einlegen kann und unter welchen Voraussetzungen dieses verbindlich würde.

III. Behandlungsveto mittels einer Patientenverfügung

Mit der Revision des Erwachsenenschutzrechts, welche insbesondere das Ziel hatte, das Selbstbestimmungsrecht von urteilsunfähig gewordenen Personen zu schützen, wurde die vorher teilweise kantonal geregelte Patientenverfügung bundesrechtlich kodifiziert.⁵²⁷ Mit diesem Instrument soll es einer urteilsfähigen Person möglich sein, ihren Willen für ihre zukünftige Urteilsunfähigkeit vorab zu äussern und festzulegen.⁵²⁸ Die

⁵²² Zum Ganzen DONATSCH/TAG, S. 260; GETH, S. 45, SEELMANN/GETH, S. 50 ff., und STRATENWERTH, AT I, N. 3 ff. zu § 10.

⁵²³ SEELMANN/GETH, S. 52 und STRATENWERTH, AT I, N. 20 ff. zu § 10 jeweils m.w.Verw.

⁵²⁴ DONATSCH/TAG, S. 260; GETH, S. 45, SEELMANN/GETH, S. 50 ff., und STRATENWERTH, AT I, N. 3 ff. zu § 10.

⁵²⁵ Siehe oben, A I.

⁵²⁶ Siehe oben, A II.

⁵²⁷ BBI 2006, S. 7002 und S. 7030.

⁵²⁸ BBI 2006, S. 7002 f., und 7011 ff.; BOENTE, ZK, N. 75 ff. vor Art. 360 ZGB; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 2 zu Art. 370 ZGB; FASSBIND, N. 1 zu Art. 370 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 2 zu Art. 370 ZGB, und WYSS, BSK, N. 3 zu Art. 370 ZGB. Bzw. eine urteilsfähige Person kann ihren Willen für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit „perpetuieren“: HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.40.

urteilsunfähig gewordene Person, die für diesen Fall eine Patientenverfügung verfasst hat, wird im Folgenden als *Verfasser einer Patientenverfügung* bezeichnet.

Den Anordnungen des Verfassers einer Patientenverfügung ist gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB „grundsätzlich zu entsprechen“.⁵²⁹ Ausserdem kann in einer Patientenverfügung eine natürliche Person als Vertreter bestimmt werden (Art. 370 Abs. 2 ZGB). In formaler Sicht ist die Patientenverfügung schriftlich zu errichten, zu datieren und zu unterzeichnen (Art. 371 Abs. 1 ZGB).

Gemäss Art. 370 Abs. 1 ZGB kann eine *urteilsfähige* Person eine Patientenverfügung errichten. Gefordert ist demnach nicht die Handlungsfähigkeit. Dies ist auch konsequent, da für die Einwilligung in medizinische Massnahmen die Urteilsfähigkeit ausreicht, welche eine Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts gemäss Art. 19c Abs. 1 ZGB darstellt.⁵³⁰ Es wird daher nachfolgend erläutert, was die Urteilsfähigkeit in diesem Zusammenhang konkret bedeutet und voraussetzt. Dabei wird insbesondere auch auf die Aufklärungspflicht des Arztes bzw. die Informiertheit des Patienten eingegangen.

Der Zwölfte Zivilsenat des deutschen Bundesgerichtshofs hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Äusserung in einer Patientenverfügung, „keine lebenserhaltenden Massnahmen“ zu wünschen, nicht konkret ist, um mit Bezug auf den Abbruch der künstlichen Ernährung verbindlich zu sein.⁵³¹ Dies führt zu der Frage, welches Mass an Bestimmtheit die Patientenverfügung eines minimal bewussten Patienten aufweisen muss, damit diese auch verbindlich ist.

1. Urteilsfähigkeit

Da die Errichtung einer Patientenverfügung die Urteilsfähigkeit voraussetzt,⁵³² ist zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen der Verfasser einer Patientenverfügung hinsichtlich der Entscheidung zum Behandlungsabbruch urteilsfähig sein kann. Auf-

⁵²⁹ BBI 2006, S. 7033, und Art. 372 Abs. 2 ZGB.

⁵³⁰ Zum Ganzen WIDMER BLUM, S. 156.

⁵³¹ BGH, Beschluss vom 06.07.2016 - XII ZB 61/16, insbesondere N. 45 ff.

⁵³² Siehe oben, C III.

bauend darauf sind die notwendigen konkreten Voraussetzungen dieser Urteilsfähigkeit mit Blick auf den minimalen Bewusstseinszustand zu erläutern.

a) Grundsätzliches

Die Urteilsfähigkeit ist stets nur hinsichtlich eines konkreten Verhaltens zu beurteilen. Die Urteilsfähigkeit ist damit relativer Natur.⁵³³ Zudem wird die Urteilsfähigkeit nicht abgestuft wie im Gegensatz dazu die strafrechtliche Schuldfähigkeit. Es gilt somit das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“.⁵³⁴ Eine Person ist daher mit Bezug auf ein konkretes Verhalten urteilsfähig oder nicht.⁵³⁵

Der Inhalt der Urteilsfähigkeit wird im Schweizerischen Zivilgesetzbuch negativ umschrieben.⁵³⁶ Urteilsfähig ist gemäss Art. 16 ZGB jede Person, die nicht aufgrund von Kindesalter, geistiger Behinderung o. ä. nicht mehr in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln. Positiv formuliert ist die Urteilsfähigkeit dann gegeben, wenn vernunftgemäss gehandelt werden kann.⁵³⁷ Die Urteilsfähigkeit beinhaltet dabei zum einen die Fähigkeit, einen vernünftigen Willen zu bilden (Willensbildungsfähigkeit), und zum anderen die Fähigkeit, entsprechend diesem Willen zu handeln (Willensumsetzungsfähigkeit). Insbesondere die Willensbildungsfähigkeit kann nur schwer abstrakt definiert werden. Die betreffende Person muss insbesondere in der Lage sein, die sich stellende Situation intellektuell erfassen zu können.⁵³⁸

Da der betroffene Patient aufgrund des Behandlungsabbruchs verstirbt,⁵³⁹ stellt sich jedoch die Frage, ob eine Person auch bezüglich einer Entscheidung urteilsfähig sein kann, die den eigenen Tod zur Folge hat. Die Willensbildungsfähigkeit setzt insbesondere

⁵³³ Zum Ganzen BGE 124 III 5, E. 1b.; BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 5 ff. und 42 ff. zu Art. 16 ZGB, und FANKHAUSER, BSK, N. 34 ff. zu Art. 16 ZGB.

⁵³⁴ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 4 zu Art. 16 ZGB, und FANKHAUSER, BSK, N. 40 f. zu Art. 16 ZGB.

⁵³⁵ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 4 zu Art. 16 ZGB, und FANKHAUSER, BSK, N. 40 zu Art. 16 ZGB.

⁵³⁶ FANKHAUSER, BSK, N. 2 zu Art. 16 ZGB.

⁵³⁷ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 11 ff. und 42 ff. zu Art. 16 ZGB; FANKHAUSER, BSK, N. 3 zu Art. 16 ZGB, und VENETZ, S. 155 ff.

⁵³⁸ Eingehend zum Ganzen BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 45 ff. zu Art. 16 ZGB, und FANKHAUSER, BSK, N. 6 ff. zu Art. 16 ZGB, jeweils m.w.Verw.

⁵³⁹ Siehe oben, B I 3.

voraus, dass eine Person ihre Umwelt erfassen und die verschiedenen Konsequenzen im Grundsatz erkennen und beurteilen kann.⁵⁴⁰ Es kann nicht verlangt werden, dass eine Person das Wesen des eigenen Todes versteht. Sie muss aber verstehen, dass ihre Entscheidung zu ihrem Tod führt und dass dessen Eintritt nicht reversibel ist.⁵⁴¹

Ausserdem muss die betroffene Person mit Bezug auf die zu treffende Entscheidung Motive bilden und gegeneinander abwägen können und zwar insbesondere auch hinsichtlich der entsprechenden Konsequenzen einer Wahl.⁵⁴² Diese Abwägung erfolgt dabei nicht nur rein rational, sondern auch unter Einflussnahme von persönlichen Werten, Zielen und Ambitionen.⁵⁴³ Ein Motiv kann dementsprechend objektiv auch nicht als richtig oder falsch gewertet werden.⁵⁴⁴

Eine Entscheidung oder ein zugrundeliegendes Motiv könnten allerdings als unvernünftig bzw. „krankhaft“ gewertet werden, wenn sie gesellschaftlichen Wertvorstellungen zuwiderlaufen.⁵⁴⁵ So ist beispielsweise an die Selbstverstümmelung oder an die „Selbstvernichtung“ zu denken.⁵⁴⁶ Auf der anderen Seite darf der Sterbewunsch alleine noch nicht dazu führen, dass auf eine fehlende Urteilsfähigkeit geschlossen wird.⁵⁴⁷ Falls das „tragende Motiv des Sterbewunsches“ jedoch nicht nachvollziehbar sei, könne „die Selbsttötung nicht als im urteilsfähigen Zustand getroffener Entscheid verstanden werden.“⁵⁴⁸

Es ist grundsätzlich problematisch, die Vernünftigkeit eines dem Entscheid zugrundeliegenden Motivs anhand der Übereinstimmung mit einer gesellschaftlichen Haltung zu

⁵⁴⁰ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 49 zu Art. 16 ZGB. Vgl. PETERMANN, Suizidprävention, S. 1123.

⁵⁴¹ So auch im Ergebnis BUCHER/AEBI-MÜLLER, dass der Wille, seinem eigenen Leben ein Ende setzen zu wollen, noch keine Urteilsunfähigkeit begründet: BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 59 zu Art. 16 ZGB. Implizit auch Urteil des Bundesgerichts U 256/03 vom 09.01.2004, E. 3.2.

⁵⁴² Eingehend BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 49 ff. und N. 63 ff. zu Art. 16 ZGB m.w.Verw. Siehe auch FANKHAUSER, BSK, N. 6 ff. zu Art. 16 ZGB.

⁵⁴³ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 57 ff. zu Art. 16 ZGB.

⁵⁴⁴ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 57 zu Art. 16 ZGB.

⁵⁴⁵ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 58 zu Art. 16 ZGB.

⁵⁴⁶ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 59 zu Art. 16 ZGB.

⁵⁴⁷ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 59 zu Art. 16 ZGB.

⁵⁴⁸ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 59 zu Art. 16 ZGB. Vgl. PETERMANN, Suizidprävention, S. 1123.

beurteilen. Erstens stellt sich die Frage, was eine gesellschaftliche Wertevorstellung sein soll: Wie viele Anhänger einer Vorstellung bedarf es, bis eine Haltung einiger Personen eine gesellschaftliche Geltung erreicht? Zweitens kann gerade das Beispiel der Selbsttötung illustrieren, dass gesellschaftliche Ansichten einem Wandel unterworfen sind. Während im mittelalterlichen Europa christliche Anschauungen ein stärkeres Gewicht in der Gesellschaft hatten und die Selbsttötung als Sünde gewertet wurde, kommt eine aktuelle Umfrage zu dem Schluss, dass eine relativ hohe gesellschaftliche Zustimmung mit Bezug auf Suizidbeihilfe bei unheilbaren Krebspatienten vorhanden ist.⁵⁴⁹ Wie soll sich eine gesellschaftliche Ansicht ändern, wenn nicht einige Personen eine nicht gesellschaftskonforme, *ergo* eine möglicherweise *unvernünftige* Meinung vertreten? Die Urteilsunfähigkeit mit Bezug auf das Beenden des eigenen Lebens kann deshalb nicht angenommen werden, *nur* weil ein Motiv gesellschaftlich nicht annehmbar erscheint.⁵⁵⁰ Es ist aber zuzugeben, dass die Urteilsfähigkeit hinterfragt werden muss, wenn das Motiv *selbst* nicht nachvollziehbar oder verständlich ist.⁵⁵¹

Ausserdem ist auf konkrete Anhaltspunkte zu achten, die vermuten lassen, dass die betroffene Person die Motive und Konsequenzen einer Entscheidung nicht kritisch oder ausgewogen genug gegeneinander abgewogen hat.⁵⁵² In diesem Sinne rechtfertigt es sich, in „aussergewöhnlichen Stresssituationen“, wie beispielsweise den Verlust einer nahestehenden Person, in denen die betroffene Person ihre Situation im Affekt möglicherweise pessimistischer einschätzt als eine neutrale dritte Person, die Urteilsfähigkeit der betroffenen Person in Frage zu stellen und sie vor einer übereilten Entscheidung zu schützen.⁵⁵³ Ebenso kann davon ausgegangen werden, dass eine Person, die unter starken Schmerzen leidet, oftmals nicht mehr in der Lage ist, ihre Situation vollumfänglich zu erfassen und Motive ausgewogen gegeneinander abzuwägen und zu hinterfragen.⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ LÜTHI, S. 62 ff., und SCHWARZENEGGER et al., S. 6.

⁵⁵⁰ Im Ergebnis wohl auch BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 61 zu Art. 16 ZGB.

⁵⁵¹ Vgl. BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 59 zu Art. 16 ZGB.

⁵⁵² Vgl. BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 64 zu Art. 16 ZGB, und PETERMANN, Suizidprävention, S. 1123.

⁵⁵³ Eingehend PETERMANN, Suizidprävention, S. 1115 ff.

⁵⁵⁴ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 67 f. zu Art. 16 ZGB, und LENKA, S. 99 f.

Mit Bezug auf die vorliegende Thematik sind jedoch weder das Motiv in einem bewusstseinsingeschränkten Zustand nicht leben zu wollen, noch die Entscheidung, stattdessen das Sterben vorzuziehen, *generell* unvernünftig. Folglich kann eine Person für den Fall, dass sie in den minimalen Bewusstseinszustand fällt, hinsichtlich des Behandlungsabbruchs urteilsfähig sein.

b) Aufklärung über den Behandlungsabbruch

Naheliegender ist, dass ein Patient ohne besondere medizinische Kenntnisse eine Diagnose unter Umständen nicht vollständig erfassen kann. Auch kann er verschiedene Entscheidungsmöglichkeiten, sofern er sich dieser überhaupt bewusst ist, kaum sorgsam gegeneinander abwägen.⁵⁵⁵ Aus diesem Grund hat der behandelnde Arzt die Pflicht, seinen Patient vor dessen Einwilligung in eine Behandlung aufzuklären. Insbesondere ist der Patient über die Diagnose, den Verlauf und die Behandlungsmöglichkeiten seiner Erkrankung aufzuklären. Diese Aufklärungspflicht ist in Art. 10 der FMH-Standesordnung und in Art. 5 der Biomedizinkonvention verankert, die von der Schweiz ratifiziert wurde.⁵⁵⁶

aa) Grundlagen der Aufklärungspflicht und der Aufgeklärtheit

Zivilrechtlich betrachtet wird das Arzt-Patientenverhältnis als Auftragsverhältnis gemäss Art. 394 ff. OR qualifiziert. Es wird angenommen, dass die Aufklärungspflicht des Arztes ein Ausfluss seiner Sorgfaltspflicht gemäss Art. 398 OR im Sinne einer vertraglichen Nebenpflicht ist. Der Aufklärung kommt eine Doppelfunktion zu: Die Aufklärung ist zum einen Pflicht des Arztes gegenüber seinem Patienten, damit der Patient überhaupt eine abgewogene Entscheidung treffen kann.⁵⁵⁷ Zum anderen ist die *Aufgeklärtheit*⁵⁵⁸ unabhängig vom Arzt-Patientenverhältnis eine Voraussetzung für die Gültigkeit der Einwilligung des Patienten.⁵⁵⁹ Dies gilt auch für die strafrechtliche Wirksamkeit der

⁵⁵⁵ Vgl. oben, C III 1 a.

⁵⁵⁶ Eingehend zum Ganzen HAAS, S. 200 ff., und TAG, S. 705 ff. Kritisch zur Aufklärung, insbesondere mit Bezug auf die Auswirkungen auf den Patienten: HINDERLING, S. 2 ff.

⁵⁵⁷ GILI, S. 62 und HAAS, S. 206.

⁵⁵⁸ Eingehend HAAS, S. 200 ff.

⁵⁵⁹ FELLMANN, BK, N. 144 ff. zu Art. 398 ZGB; HAAS, S. 200 ff., und MAJID, S. 56 ff. jeweils m.w.Verw. Vgl. BÜCHLER/MICHEL, S. 64.

Einwilligung.⁵⁶⁰ Die Aufklärungspflicht des Arztes kann demnach als abgeleitete Pflicht verstanden werden, da sie sich daraus ergibt, dass ein Patient nur urteilsfähig hinsichtlich der Aufnahme einer medizinischen Behandlung sein kann, wenn er aufgeklärt würde.⁵⁶¹

**bb) Aufklärungspflicht und Aufgeklärtheit hinsichtlich des
Behandlungsvetos**

Es ist allerdings fraglich, ob auch der Verzicht auf eine medizinische Behandlung aufklärungspflichtig ist. Von einer Meinung wird dahingehend unterschieden, ob der Patient sich bereits in einem Behandlungsverhältnis zu einem Arzt befand oder nicht. Falls nicht sei der Arzt noch kein Garant für die Rechtsgüter dieses Patienten, sodass den Arzt weder rechtlich noch praktisch eine Aufklärungspflicht treffen könne. Befand sich hingegen ein Patient bereits in einem Behandlungsverhältnis zu einem Arzt, so folge aus dem Behandlungsvertrag eine „Restpflicht“ des Arztes, seinen Patienten vor einer unbewussten Selbstgefährdung zu schützen, weshalb er seinen Patient aufklären müsse.⁵⁶²

Eine andere Meinung fordert eine Aufklärung des Patienten über seine Situation und Prognose, damit dieser gültig einen Behandlungsabbruch anordnen könne.⁵⁶³ Diese Aufklärungspflicht werde aber durch einen Aufklärungsverzicht des Patienten oder durch die Entscheidung des Arztes begrenzt, seinen Patienten zum Schutz vor einer physischen oder psychischen Gesundheitsschädigung nur teilweise oder gar nicht aufzuklären (sog. „therapeutisches Privileg“).⁵⁶⁴ Eine dritte Meinung stellt sich auf einen ähnlichen Standpunkt und postuliert, dass eine Aufklärungspflicht bestehe. Sollte der Patient diese jedoch ablehnen oder der Arzt im Rahmen des therapeutischen Privilegs auf eine umfassende Aufklärung verzichten, solle dies keine strafrechtlichen Konsequenzen haben.⁵⁶⁵

⁵⁶⁰ TAG, S. 694 ff. m.w.Verw., und TRECHSEL/NOLL/PIETH, S. 141.

⁵⁶¹ Es kann Ausnahmen zur Pflicht zur vollumfänglichen Aufklärung geben. Siehe dazu eingehend TAG, S. 710.

⁵⁶² Zum Ganzen GETH, S. 49 ff.

⁵⁶³ BÜCHLER/MICHEL, S. 167, und HAUSSENER, S. 68 ff. und S. 282 f.

⁵⁶⁴ Eingehend HAUSSENER, S. 72 ff. m.w.Verw.

⁵⁶⁵ Zum Ganzen LÜTHI, S. 219 f.

Für den Fall, dass sich der Patient bereits in einem Behandlungsverhältnis zu einem Arzt befindet, bringt GETH gegen eine Aufklärungspflicht das Argument vor, dass falls das Behandlungsveto lediglich der *Widerruf* der Einwilligung wäre, keine Rechtsgutsverfügung des Patienten vorliege und damit auch keine Aufklärungspflicht begründet werden könne. Allerdings ist ihm zufolge das Behandlungsveto eine Kombination aus dem Einwilligungswiderruf und einer „die Garantenpflicht modifizierende eigenverantwortliche Selbstgefährdung“, womit dem Arzt eine Aufklärungspflicht zukomme, auf die der Patient aber verzichten könne.⁵⁶⁶

Selbst wenn das Behandlungsveto nur ein Widerruf der Einwilligung wäre, die zivilrechtlich möglich ist,⁵⁶⁷ muss davon ausgegangen werden, dass auch der Widerruf der Einwilligung die Urteilsfähigkeit voraussetzt. Dies wurde für die Patientenverfügung in Art. 371 Abs. 3 i.V.m. Art. 362 Abs. 1 ZGB kodifiziert.⁵⁶⁸ Die Urteilsfähigkeit in Bezug auf eine medizinische Entscheidung setzt aber grundsätzlich die Aufgeklärtheit des Patienten voraus.⁵⁶⁹ Folglich ist es konsequent, wenn auch die Ablehnung einer (Weiter-) Behandlung die Aufgeklärtheit voraussetzt.

Falls davon ausgegangen wird, dass der Widerruf der Einwilligung keine ärztliche Aufklärungspflicht voraussetzt,⁵⁷⁰ dann wäre zu klären, ob der Abbruch einer lebenserhaltenden Massnahme eine Rechtsgutverfügung darstellt. Falls eine Rechtsgutsverfügung vorliegt *ergo* mehr als die blosserückführung des Patienten in den *status quo ante* stattfindet, müsste eine Aufklärungspflicht des Arztes angenommen werden.⁵⁷¹ Die lebenserhaltende Behandlung eines stabilen Patienten kann nicht mit einer notfallmässigen lebenserhaltenden Massnahme eines instabilen Patienten gleichgesetzt werden. Das Zunichtemachen der Stabilisierung stellt einen zusätzlichen Eingriff in die physische Integrität des Patienten dar, statt seiner blossen Rückführung in den *status*

⁵⁶⁶ GETH, S. 49 ff.

⁵⁶⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 11.44, und MEILI, N. 49 zu Art. 28 ZGB.

⁵⁶⁸ Art. 371 Abs. 3 i.V.m. Art. 362 Abs. 1 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.46, und WYSS, BSK, N. 14 zu Art. 371 ZGB m.w.Verw.

⁵⁶⁹ Siehe oben, C III 1 c.

⁵⁷⁰ Vgl. GETH, S. 49.

⁵⁷¹ GETH, S. 49 f.

quo ante.⁵⁷² Dementsprechend wird beim Behandlungsabbruch des stabilen Patienten die physische Integrität und damit auch das Leben des Patienten zusätzlich in dem Umfang preisgegeben, in dem eine Besserung stattgefunden hat, während der instabile Patient mit dem Behandlungsabbruch in den natürlichen Kausalverlauf zurückgeführt wird.⁵⁷³ Damit liegt nur im Fall vorausgegangener Stabilisierung eine Rechtsgutverfügung vor. Falls die Aufgeklärtheit nicht schon für den Widerruf der Einwilligung vorausgesetzt wird, müsste diese in jedem Fall beim Behandlungsabbruch eines stabilen Patienten angenommen werden.

Das Behandlungsveto muss voraussetzen, dass die betreffende Person zum Zeitpunkt der Willenserklärung urteilsfähig ist. Um dies sein zu können, muss sie grundsätzlich auch aufgeklärt sein. Es ist der erstgenannten Meinung allerdings insofern zuzustimmen, als faktisch keine Aufklärungspflicht eines Arztes bestehen kann, wenn noch kein Behandlungsverhältnis besteht.⁵⁷⁴ Falls ein Behandlungsverhältnis besteht, trifft den Arzt grundsätzlich eine Aufklärungspflicht auch hinsichtlich des Behandlungsabbruchs.⁵⁷⁵ Eine fehlende Aufklärungspflicht würde allerdings auch nichts an der Notwendigkeit der *Aufgeklärtheit* des Patienten ändern, da diese eine selbständige Gültigkeitsvoraussetzung für das Behandlungsveto ist.⁵⁷⁶

cc) Aufklärungsverzicht

In Lehre und Rechtsprechung werden diverse Gründe diskutiert und anerkannt, um die Aufklärungspflicht des Arztes zu begrenzen.⁵⁷⁷ Es ist an dieser Stelle nur auf den Aufklärungsverzicht einzugehen. Grundsätzlich bleibt es einem Patienten überlassen, ganz oder teilweise auf die ärztliche Aufklärung zu verzichten.⁵⁷⁸ Die Möglichkeit des Aufklärungsverzichts stösst jedoch an eine Grenze, weil ein Patient auf eine Grundauf-

⁵⁷² Siehe oben, B III 3 a bb, und vgl. GETH, S. 49 f.

⁵⁷³ Vgl. oben, B III 3 a bb.

⁵⁷⁴ GETH, S. 49 ff.

⁵⁷⁵ Im Ergebnis auch GETH, S. 49 ff.; BÜCHLER/MICHEL, S. 167; HAUSSENER, S. 282, und LÜTHI, S. 219 f.

⁵⁷⁶ Vgl. HAAS, S. 201 f. Siehe oben, C III 1 b aa.

⁵⁷⁷ Eingehend TAG, S. 710 ff. Siehe auch BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 32 zu Art. 370 ZGB.

⁵⁷⁸ TAG, S. 713.

klärung nicht wirksam soll verzichten können.⁵⁷⁹ Der Patient muss nämlich zumindest rudimentär abschätzen können, worauf er verzichtet.⁵⁸⁰ Hinsichtlich eines Therapie- oder Behandlungsabbruchs ist daher umstritten, in welchem Umfang der Patient auf seine Aufklärung verzichten kann. Eine Ansicht geht wohl davon aus, dass der Patient vollständig auf eine Aufklärung verzichten kann,⁵⁸¹ während eine andere Ansicht die Möglichkeit eines vollständigen Aufklärungsverzichts nur bei einer aussichtslosen Behandlung annimmt.⁵⁸² Grundsätzlich ist nicht ersichtlich, wieso zwischen dem Aufklärungsverzicht hinsichtlich der Einwilligung in die Aufnahme einer Behandlung und eines Behandlungsvetos unterschieden werden sollte. In beiden Fällen muss der Patient eine medizinische Entscheidung treffen, wobei er die Situation aufgrund seines in der Regel fehlenden Fachwissens nicht angemessen einschätzen kann.⁵⁸³ Daher ist auch hinsichtlich des Behandlungsvetos davon auszugehen, dass der Patient nicht wirksam auf eine Grundaufklärung verzichten kann.

dd) *Umfang der Aufgeklärtheit hinsichtlich des Behandlungsvetos*

Urteilsfähigkeit setzt voraus, dass die betroffene Person ihre Situation versteht und hinsichtlich einer Entscheidung Motive bildet und ausgewogen gegeneinander abwägt.⁵⁸⁴ Einer Person ohne medizinisches Fachwissen kann eine Behandlungssituation in der Regel nicht angemessen einschätzen, weshalb sie auf die Aufklärung des Arztes angewiesen ist.⁵⁸⁵ Auf die Grundaufklärung kann die betroffene Person ohnehin nicht verzichten, da sie zumindest rudimentär verstehen sollte, auf was sie verzichtet.⁵⁸⁶ Der gleiche Massstab sollte daher auch an die Aufgeklärtheit des Patienten bei einem Behandlungsveto gelegt werden. Er muss die medizinischen Faktoren zumindest rudimentär in seine Abwägung hinsichtlich des Behandlungsvetos einbeziehen. Die

⁵⁷⁹ BGE 105 II 284, E. 6c.; ERNST, S. 56 f.; HAUSSENER, S. 72 ff., und TAG, S. 713. A. A. wohl CONTI, S. 621 (FN 58) m.w.Verw.

⁵⁸⁰ HAUSSENER, S. 73 m.w.Verw.

⁵⁸¹ GETH, S. 49 ff., insbesondere S. 51, und LÜTHI, S. 219 f.

⁵⁸² TAG, S. 713.

⁵⁸³ Vgl. oben, C III 1 b.

⁵⁸⁴ Siehe oben, C III 1 a.

⁵⁸⁵ Siehe oben, C III 1 b.

⁵⁸⁶ Siehe oben, C III 1 b cc.

Grundaufklärung wird grundsätzlich als die Aufklärung über „Art und Schweregrad des ärztlichen Eingriffs“ definiert.⁵⁸⁷ Die Abwesenheit der Grundaufklärung äussere sich darin, dass ein Patient sich nicht mehr wirklich entscheiden könne, da er nicht einmal eine ungefähre Einschätzung des medizinischen Eingriffs vornehmen könne.⁵⁸⁸

Zu klären ist deshalb, welche medizinischen Faktoren für den Patienten bei einem Behandlungsveto relevant sind. Einem Patient kann die Urteilsfähigkeit abgesprochen werden, weil er die Situation einseitig und zu pessimistisch erfasst und deshalb keine abgewogene Entscheidung fällen kann.⁵⁸⁹ Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der urteilsfähige Patient auf jeden Fall die Alternative zu einem Behandlungsabbruch berücksichtigen muss. Die Alternative zum Behandlungsabbruch ist die Fortführung der lebenserhaltenden Behandlung. Wesentlich ist dabei, dass lebenserhaltende Massnahmen einen *Sinn* haben.⁵⁹⁰ Mit einem Behandlungsveto entscheidet sich ein Patient daher grundsätzlich gegen einen Behandlungssinn. Im optimalen Fall besteht der Sinn der lebenserhaltenden Massnahme darin, dass der Patient so lange am Leben gehalten wird, bis sich sein Zustand bessert.⁵⁹¹

Beim minimal bewussten Patienten besteht der Sinn konkret darin, dass die eingeschränkte Subjektivität des Patienten⁵⁹² und sein Potential auf Ausweitung seiner Subjektivität erhalten und geschützt werden.⁵⁹³ Entscheidet sich demnach ein Patient für den Fall des minimalen Bewusstseinszustandes für ein Behandlungsveto, dann muss er zumindest rudimentär in seine Abwägung mit einbeziehen, dass er dadurch seine eingeschränkte Subjektivität und sein Potential verliert. Aus medizinischer Sicht bedeutet der Behandlungsabbruch, dass der minimal bewusste Patient sein Sterben und

⁵⁸⁷ HAAS, S. 250, und STEFFEN, S. 122 mit Verweis auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Köln. Mit Bezug auf die Grundaufklärung in der Humanforschung vgl. VAN SPYK, S. 283.

⁵⁸⁸ HAAS, S. 250 m.w.Verw.

⁵⁸⁹ Siehe oben, C III 1 a.

⁵⁹⁰ Vgl. oben, B V 4.

⁵⁹¹ SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 11.

⁵⁹² Siehe oben, B II 1 a.

⁵⁹³ Siehe oben, B II 1 b.

allfällige Schmerzen währenddessen womöglich bewusst wahrnimmt⁵⁹⁴ und er sich für den Tod trotz einer relativ guten Prognose entscheidet.⁵⁹⁵

2. Bestimmtheit als Voraussetzung der Verbindlichkeit der Patientenverfügung

Mittels einer Patientenverfügung kann eine Person vorab ihren Willen bezüglich medizinischer Massnahmen für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit festlegen. Zum Zeitpunkt der Errichtung der Patientenverfügung muss die betreffende Person urteilsfähig sein (Art. 370 Abs. 1 ZGB).⁵⁹⁶ Eine Auffassung vertritt den Standpunkt, dass der Verfasser einer Patientenverfügung den Zustand, welcher die Urteilsfähigkeit in der Zukunft einschränken wird, konkret antizipieren und diesbezüglich konkrete medizinische Anordnungen treffen müsse. Erst mit Erfüllung dieser beiden Voraussetzungen solle die Patientenverfügung verbindlich sein.⁵⁹⁷ Dieser Auffassung liegt die Überlegung zugrunde, dass an die Patientenverfügung als Surrogat der aktuellen Einwilligung⁵⁹⁸ möglichst keine geringeren Anforderungen als an die aktuelle Einwilligung gestellt werden sollen.⁵⁹⁹ Eine andere Auffassung wendet dagegen ein, dass sich in Bezug auf die Festlegung „zeitlich und inhaltlich bereits konkretisierter medizinischer Massnahmen“ ein solcher Grad an Bestimmtheit weder vom Gesetzeswortlaut noch aus den Gesetzesmaterialien ableiten liesse.⁶⁰⁰ Einer allgemein gehaltenen Patientenverfügung sei demnach grundsätzlich zu entsprechen, während eine sehr allgemein gehaltene Patientenverfügung anhand des mutmasslichen Willens durch Auslegung konkretisiert werden müsse.⁶⁰¹ Dieser Meinung ist insofern zuzustimmen, als weder der Gesetzeswortlaut noch die Geset-

⁵⁹⁴ Siehe oben, A I und B I 3.

⁵⁹⁵ Siehe oben, B II.

⁵⁹⁶ BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 32 zu Art. 370 ZGB.

⁵⁹⁷ WIDMER BLUM, S. 204 m.w.Verw.

⁵⁹⁸ WIDMER BLUM, S. 205.

⁵⁹⁹ BBI 2006, S. 7032 und SAMW, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 11.

⁶⁰⁰ BOENTE, ZK, N. 46 f. zu Art. 370 ZGB. Vgl. auch BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 22 zu Art. 370 ZGB.

⁶⁰¹ BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 22 zu Art. 370 ZGB.

zesmaterialien explizit den von der Gegenmeinung geforderten Grad an Bestimmtheit voraussetzen. Die Patientenverfügung solle danach lediglich „hinreichend klar“ sein.⁶⁰² Der Gegenmeinung ist aber zuzugeben, dass die Patientenverfügung möglichst konkret sein sollte, damit sie verbindlich wird. Denn die Urteilsfähigkeit, ist lediglich relativer Natur und muss sich damit stets auf eine konkrete Situation beziehen.⁶⁰³

Im Fall einer aktuellen medizinischen Entscheidung sieht sich ein Patient stets mit einer *konkreten* Situation konfrontiert. Um eine wirksame Einwilligung zu einer Behandlung geben zu können, muss der Patient in Bezug auf diese konkrete Entscheidung urteilsfähig sein.⁶⁰⁴ Dieselben Anforderungen an eine Patientenverfügung zu legen, würde demnach bedeuten, dass ein Patient einen konkreten Zustand antizipieren und eine medizinische Massnahme anordnen muss, nachdem er insbesondere auch die Alternativen zu dieser Massnahme abgewogen hat. Das Resultat müsste demnach eine Liste mit allen bekannten Zuständen sein, welche die Urteilsfähigkeit einschränken, und eine dazugehörige medizinische Anordnung.⁶⁰⁵ Abgesehen von dem enormen Aufwand wäre dies für einen medizinischen Laien auch aus fachlicher Sicht nicht alleine zu bewerkstelligen. Daher dürfen an den Grad der Bestimmtheit nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden.

In diesen Kontext fällt die Frage, ob Patientenverfügungen noch verbindlich wären, wenn zum Zeitpunkt ihrer Errichtung noch keine (alternative) Behandlung bekannt war, zum Zeitpunkt des Eintretens des entsprechenden Zustandes allerdings schon. Der betreffende Verfasser hätte diese Behandlungsmöglichkeit dann in seiner Abwägung naturgemäss nicht berücksichtigen können. Ähnlich problematisch würde es sich mit noch nicht bekannten medizinischen Zuständen verhalten. Wäre demnach beispielsweise eine Patientenverfügung in Bezug auf den minimalen Bewusstseinszustand nicht bestimmt genug, wenn sie sich nicht zu diesem konkreten Zustand äussert, weil er zum Zeitpunkt der Errichtung der Patientenverfügung noch gar nicht definiert

⁶⁰² BBI 2006, S. 7033.

⁶⁰³ Siehe oben, C III 1 a.

⁶⁰⁴ Siehe oben, C III 1 a.

⁶⁰⁵ A. A. WIDMER BLUM, wonach ein medizinischer Zustand genügend bestimmt sei, wenn klar sei, dass der Verfasser alle Krankheitssituationen einschliessen wollte: WIDMER BLUM, S. 206.

war? Es ist offensichtlich, dass die Forderung nach dem gleichen Mass an Konkretheit einer Patientenverfügung wie bei einer aktuellen Einwilligung nicht sinnvoll ist, da dies letztlich dem Ziel des Gesetzgebers, eine verbindliche Vorabwillenserklärung zu kodifizieren,⁶⁰⁶ zuwiderlaufen würde.⁶⁰⁷

Da der Verfasser einer Patientenverfügung nicht eine konkrete Situation und Massnahme antizipieren können muss, scheint es naheliegend, dass seine Antizipationen des zukünftigen Zustandes und seine entsprechende Anordnungen zumindest *bestimmbar* sein müssen.⁶⁰⁸ Sofern ein konkreter Zustand der Antizipation des Verfassers subsumiert werden kann, muss die Patientenverfügung als hinreichend klar im Sinne der Botschaft gelten,⁶⁰⁹ womit die entsprechende medizinische Anordnung verbindlich wird.⁶¹⁰ Die Subsumption eines konkreten Zustandes erfolgt aufgrund von objektiven medizinischen Kriterien und ist dann möglich, wenn zumindest die *wesentlichen* grundsätzlichen Eigenschaften dieses Zustandes in der Patientenverfügung antizipiert wurden. Die Antizipation des medizinischen Zustands sollte notfalls anhand des Willensprinzips ausgelegt werden, d.h. es ist dabei der Wille des Verfassers zu ermitteln und nicht wie seine Patientenverfügung verstanden werden darf (Vertrauensprinzip),⁶¹¹ da dies dem Sinn der verbindlichen Patientenverfügung entspricht, dass eine Person *ihren Willen* vorab selbstbestimmt festlegt.⁶¹²

⁶⁰⁶ Siehe oben, C III 2.

⁶⁰⁷ Zum Ganzen vgl. BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 22 zu Art. 370 ZGB; ERNST, S. 58, und WIDMER BLUM, S. 178 jeweils m.w.Verw.

⁶⁰⁸ Vgl. HAUSSENER, S. 216 m.w.Verw.

⁶⁰⁹ Vgl. BBI 2006, S. 7033.

⁶¹⁰ Vgl. WIDMER BLUM, S. 204 f. A. A. wohl BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 22 zu Art. 370 ZGB m.w.Verw.

⁶¹¹ Eingehend WIDMER BLUM, S. 166.

⁶¹² Vgl. WIDMER BLUM, S. 166 ff. m.w.Verw. WIDMER BLUM gelangt zu dem Schluss, dass die Einsetzung des medizinischen Vertreters nach dem Vertrauensprinzips und die Anordnung einer medizinischen Massnahme nach dem Willensprinzip auszulegen sei: WIDMER BLUM, S. 170. A. A. BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 22 zu Art. 370 ZGB.

a) Aufgeklärtheit

Es ist allerdings fraglich, ob die Grundsätze hinsichtlich Aufgeklärtheit des Patienten und Aufklärungspflicht des Arztes⁶¹³ auch für die Patientenverfügung gelten. Die Botschaft geht davon aus, dass der Verfasser „über die für die Willensbildung erheblichen Informationen verfügt und auf zusätzliche Aufklärung verzichtet.“⁶¹⁴ Dies wird so verstanden, dass den Arzt keine Aufklärungspflicht gegenüber dem Verfasser der Patientenverfügung treffe.⁶¹⁵ Der Grundsatz der informierten Zustimmung, wonach die hinreichende Aufklärung der Einwilligung einer urteilsfähigen Person vorausgehen muss,⁶¹⁶ gelte demnach nicht für die Patientenverfügung.⁶¹⁷ Es muss allerdings, wie bereits dargelegt, zwischen der Aufgeklärtheit des Patienten als notwendige Voraussetzung seiner Urteilsfähigkeit und der Aufklärungspflicht des Arztes unterschieden werden. Die fehlende Pflicht des Arztes zur Aufklärung ist kein Argument, auch die Notwendigkeit der Aufgeklärtheit des Patienten zu verneinen.⁶¹⁸

Nach der hier vertretenen Auffassung müssen die Antizipation des zukünftigen Zustandes, der die Urteilsfähigkeit des Verfassers einer Patientenverfügung einschränkt, und die entsprechende Anordnung einer medizinischen Massnahme bestimmbar sein. Der Verfasser muss zumindest die grundsätzlichen wesentlichen Eigenschaften des die Urteilsfähigkeit einschränkenden Zustandes antizipieren, wodurch die Subsumption eines konkreten Zustandes möglich wird.⁶¹⁹ Damit der Verfasser überhaupt in der Lage ist, diese Eigenschaften zu antizipieren, muss er sich zumindest rudimentär mit den in Frage kommenden Zuständen und den entsprechenden medizinischen Massnahmen auseinandergesetzt haben. Dies bedeutet, dass der Verfasser einer Patientenverfügung

⁶¹³ Siehe oben, C III 1 b.

⁶¹⁴ BBI 2006, S. 7033.

⁶¹⁵ GASSMANN, KuKo, N. 2 zu Art. 372 ZGB, und GETH, S. 51 (FN 211). Ablehnend WIDMER BLUM, S. 177.

⁶¹⁶ BÜCHLER/MICHEL, S. 63 ff., und GASSMANN, KuKo, N. 2 zu Art. 372 ZGB.

⁶¹⁷ GASSMANN, KuKo, N. 2 zu Art. 372 ZGB. Vgl. BOENTE, wonach die Patientenverfügung aufgrund der fehlenden Aufklärungspflicht eine „qualifizierte Einwilligung“ sei: BOENTE, ZK, N. 53 zu Art. 372 ZGB.

⁶¹⁸ Siehe oben, C III 1 b aa und C III 1 b bb.

⁶¹⁹ Siehe oben, C III 2.

durch die Formulierung seiner Antizipationen zugleich seine Aufgeklärtheit in diesen Themen demonstrieren muss.⁶²⁰

Eine Ansicht vertritt den Standpunkt, dass der Verfasser der Patientenverfügung nicht einmal rudimentär aufgeklärt sein könne, wenn ein Erfahrungsbezug vollständig fehle.⁶²¹ Sollte damit die *persönliche* Erfahrung des entsprechenden Verfassers gemeint sein, kann dem nicht gefolgt werden. Nur weil etwas persönlich noch nicht erlebt wurde, kann dies nicht bedeuten, dass der betreffenden Person die Möglichkeit verweigert werden darf, für diesen Fall medizinische Anordnungen zu treffen. Gemäss dem Gesagten kann dieser Auffassung nur insoweit gefolgt werden, als eine oberflächliche oder nicht bestimmbare Patientenverfügung eine ungenügende Auseinandersetzung des Verfassers mit der entsprechenden Thematik vermuten lässt.⁶²²

b) Konkreter Inhalt der Patientenverfügung hinsichtlich des Behandlungsabbruchs beim minimal bewussten Patienten

Die Antizipation des zukünftigen Zustandes, der die Urteilsfähigkeit einschränken wird, und die entsprechende medizinische Anordnung müssen bestimmbar sein. Dafür müssen die wesentlichen grundsätzlichen Eigenschaften antizipiert werden.⁶²³ Nachfolgend werden die wesentlichen grundsätzlichen Eigenschaften des minimalen Bewusstseinszustandes und des Behandlungsabbruchs geklärt und entsprechende Formulierungen vorgeschlagen, die genügend bestimmt sind.

aa) *Antizipation des minimalen Bewusstseinszustandes*

Der Verfasser einer Patientenverfügung muss keinen konkreten medizinischen Zustand antizipieren, welcher die Urteilsfähigkeit einschränkt.⁶²⁴ Andererseits sollte er zumindest festlegen, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation

⁶²⁰ Vgl. HAUSSENER, wonach Menschen auch ohne Aufklärung in der Lage seien, grundlegende medizinische Entscheidungen zu formulieren: HAUSSENER, S. 97 f. m.w.Verw. Zum Umfang der Aufgeklärtheit siehe oben, C III 1 b dd.

⁶²¹ BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 32 zu Art. 370 ZGB.

⁶²² Vgl. oben, C III 1 b.

⁶²³ Siehe oben, C III 2.

⁶²⁴ Siehe oben, C III 2.

wollen würde,⁶²⁵ weshalb sich die wesentlichen Eigenschaften des minimalen Bewusstseinszustandes in einer Patientenverfügung finden müssen, wenn für diese Situation ein Behandlungsabbruch gewollt ist.⁶²⁶

Die Urteilsunfähigkeit des minimal bewussten Patienten ist Folge seiner Bewusstseins-einschränkung. Bewusstseinsstörungen, die die Urteilsfähigkeit einschränken oder vollständig aufheben, existieren jedoch in unterschiedlicher Ausprägung und Dauer.⁶²⁷ Zur Verdeutlichung: Die Bewusstseins-einschränkung im minimalen Bewusstseinszustand dauert beispielsweise länger, als die einer nur vorübergehenden Bewusstlosigkeit. Die Dauer bestimmt wesentlich die Lebensqualität, welche die betreffende Person besitzt. Bei der Antizipation des minimalen Bewusstseinszustandes muss von einer längerfristigen Bewusstseins-einschränkung ausgegangen werden.⁶²⁸ Längerfristig bedeutet in diesem Zusammenhang, dass nach der allgemeinen ärztlichen Erfahrung nicht davon ausgegangen werden kann, dass der betreffende Patient innerhalb weniger Tage wieder das volle Bewusstsein erlangt.

Des Weiteren charakterisiert den minimalen Bewusstseinszustand das Vorhandensein des Bewusstseins in einem gewissen Umfang, weil das Bewusstsein unterschiedlich stark eingeschränkt sein kann.⁶²⁹ Bei einem Patienten im minimalen Bewusstseinszustand – ist dieser Grad jedoch so gering, dass keine Kommunikation mit diesem Patienten möglich ist. Anders verhält es sich bei einem Patienten im minimalen Bewusstseinszustand +, der in der Lage ist, einer Aufforderung Folge zu leisten, wie einen Finger zu fixieren und dessen Bewegung mit den Augen zu folgen. Diese Patienten sind in der Lage, bewusst zu reagieren.⁶³⁰ Allerdings muss davon ausgegangen werden, dass sowohl Patienten im minimalen Bewusstseinszustand – als auch im minimalen Bewusstseinszustand + nicht in der Lage sind, einen Willen zu bilden.⁶³¹ Darin unterscheiden sich

⁶²⁵ BGH, Beschluss vom 06.07.2016 - XII ZB 61/16, N. 46.

⁶²⁶ Siehe oben, C III 2.

⁶²⁷ Vgl. oben, A III.

⁶²⁸ Vgl. oben, A II.

⁶²⁹ Siehe oben, A I 2 b.

⁶³⁰ Zum Ganzen siehe oben, A I 2 b.

⁶³¹ Vgl. oben, A I 2 b und C III 1 b.

minimal bewusste Patient von locked-in Patienten, die zwar einen Willen bilden aber diesen aufgrund ihrer Paralyse nicht kommunizieren können.⁶³² Die Urteilsfähigkeit des minimal bewussten Patienten muss somit aufgrund seiner mangelnden Willensbildungsfähigkeit verneint werden, wobei Patienten im minimalen Bewusstseinszustand – zudem kommunikationsunfähig sind. Damit tritt die Suspensivbedingung⁶³³ der Patientenverfügung ein. Darüber hinaus ist anzumerken, dass sich die Feststellung des vorhandenen Umfangs des Bewusstseins beim minimal bewussten Patienten aus medizinischer Sicht schwierig gestaltet.⁶³⁴ Eine diesbezügliche Differenzierung in einer Patientenverfügung ist demnach nicht sinnvoll.

Ausserdem ist davon auszugehen, dass beim minimal bewussten Patienten eine gute Chance besteht, dass er wieder aus dem minimalen Bewusstseinszustand erwacht.⁶³⁵ Im Falle des Behandlungsabbruchs muss der urteilsfähige Patient also wissen, dass er sich gegen sein Potential entscheidet, dass sich seine Bewusstseinsbeschränkung reduzieren oder er vollständig erwachen kann.⁶³⁶ Ferner kann nicht relevant sein, ob die der Besserungsprognose zugrundeliegenden Umständen zum Zeitpunkt der Errichtung dieser Patientenverfügung schon bekannt waren, wie beispielsweise eine erst danach entwickelte medizinische Therapie. Der Verfasser einer Patientenverfügung muss vielmehr antizipieren, dass er ein Potential haben *könnte*. Demgemäss muss er in seiner Abwägung den medizinischen Fortschritt und die Chancen, die sich daraus ergeben können, berücksichtigen.

Allerdings könnte die entsprechende Wahrscheinlichkeit einer Heilung oder Besserung konkretisiert werden. Es sollte dabei jedoch auf *subjektive* Formulierungen, wie die Aussicht auf Erhaltung eines *erträglichen* Lebens, verzichtet werden, da diese den Verfasser der Patientenverfügung zwingen würden, sein Verständnis hiervon näher auszuführen, damit die Patientenverfügung bestimmt genug wäre.⁶³⁷ Sofern sich der

⁶³² Siehe oben, A I 1.

⁶³³ FASSBIND, OFK, N. 1 zu Art. 370 ZGB.

⁶³⁴ Siehe oben, A I 2.

⁶³⁵ Siehe oben, A II.

⁶³⁶ Siehe oben, C III 1 b dd.

⁶³⁷ In Anlehnung an den Inhalt der Patientenverfügung der betroffenen Person in BGH, Beschluss vom 06.07.2016 - XII ZB 61/16, N. 2. Die daraus möglicherweise folgende Widersprüchlichkeit

Verfasser der Patientenverfügung *generell* gegen das Leben im minimalen Bewusstseinszustand und gegen sein Potential entscheidet, ist die Wahrscheinlichkeit seiner Heilung oder Besserung nicht wesentlich, sofern sie empirisch überhaupt vorhersehbar wäre.⁶³⁸

Wer jedoch den Behandlungsabbruch von der Wahrscheinlichkeit der Besserung abhängig machen möchte, sollte eine *objektive* Bedingung wählen, beispielsweise dass auf eine lebenserhaltende Massnahme verzichtet wird, falls keine *realistische Chance* auf Heilung besteht.⁶³⁹ Denn es kann davon ausgegangen werden, dass ein hirntoter Patient keine realistische Heilungschance mehr hat, weil sich sein Körper nicht mehr selbst regenerieren kann und eine Regeneration, zumindest nach aktuellem Stand der Medizin, auch nicht durch medizinische Massnahmen erreicht werden kann.⁶⁴⁰ Demgegenüber kann sich der minimal bewusste Patient unter Umständen wieder selbst regenerieren, wobei die Regeneration auch durch Behandlungen (bspw. die tiefe Hirnstimulation) gefördert werden kann.⁶⁴¹ Sofern *realistisch* so verstanden wird, ob überhaupt eine Heilung möglich ist oder nicht, ist dieser Begriff auch genügend bestimmt, sodass sich auf diesem Wege der Behandlungsabbruch auf andere Bewusstseinszustände begrenzen liesse.

Nicht eindeutig ist es hingegen, wenn beispielsweise von einer *guten* Chance auf Heilung gesprochen wird. Zum einen müsste die Wahrscheinlichkeit der Heilung quantifiziert werden. Es könnte damit beispielsweise eine Chance von 60% aber auch von 80% gemeint sein. Dagegen ist eine Formulierung wie *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* hinsichtlich der Quantifizierung unproblematisch. Zum anderen müsste die Medizin aber auch verlässlich genug sein, um diese Wahrscheinlichkeit konkret feststellen zu können. Insbesondere mit Blick auf den minimalen Bewusstseinszustand, der erst rudimentär erforscht ist, verdeutlicht aber, dass es äusserst problematisch ist, den

der verschiedenen Anordnungen in der Patientenverfügung wird zu Recht kritisiert: BGH, Beschluss vom 06.07.2016 - XII ZB 61/16, N. 47 f., und SEIBL, S. 3280.

⁶³⁸ Vgl. WIDMER BLUM, S. 206.

⁶³⁹ In Anlehnung an den Inhalt der Patientenverfügung der betroffenen Person in BGH, Beschluss vom 06.07.2016 - XII ZB 61/16, N. 2.

⁶⁴⁰ Vgl. oben, B V 2.

⁶⁴¹ Siehe oben, A II.

konkreten Verlauf bei dieser Erkrankung einzuschätzen.⁶⁴² Derartige Formulierungen wären deshalb mangels Bestimmtheit unwirksam.

Das bisher Gesagte führt zu folgendem Vorschlag einer Formulierung, um für den Fall eines minimalen Bewusstseinszustandes eine Verfügung zu treffen:

Für den Fall, dass meine Urteilsfähigkeit aufgrund einer Bewusstseinsstörung längerfristig eingeschränkt oder aufgehoben ist, verfüge ich, auch wenn die Möglichkeit besteht, dass sich diese Bewusstseinsstörung reduziert oder ich erwachen könnte:

bb) Anordnung des Behandlungsabbruchs

Der zwölfte Zivilsenat des BGH hat in dem bereits erwähnten Beschluss aus dem Jahr 2016 festgehalten, dass die Formulierung „keine lebenserhaltende Massnahmen“ zu wünschen nicht konkret genug sei, um den Abbruch der künstlichen Ernährung zu erfassen.⁶⁴³ Wirksam könne diese Formulierung gleichwohl sein, falls durch den Bezug auf hinreichend spezifische ärztliche Massnahmen, Krankheiten oder Behandlungssituationen eine Konkretisierung möglich wäre.⁶⁴⁴ Es muss allerdings entgegen der Ansicht des BGH davon ausgegangen werden, dass die künstliche Ernährung und Beatmung lebenserhaltende Massnahmen darstellen.⁶⁴⁵ Jedoch ist zu spezifizieren, welche wesentlichen Merkmale der Verfasser einer Patientenverfügung hinsichtlich des Behandlungsabbruchs antizipieren muss.⁶⁴⁶

Die Grundsatzfrage, die sich dem Verfasser einer Patientenverfügung hinsichtlich des Behandlungsabbruchs stellt, ist diejenige, ob er in dem von ihm antizipierten Zustand weiterleben möchte oder nicht.⁶⁴⁷ Sofern in der Patientenverfügung nicht konkret auf die künstliche Ernährung oder Beatmung eingegangen wird, muss angenommen wer-

⁶⁴² Siehe oben, A II.

⁶⁴³ Gl. A. WIDMER BLUM, S. 205.

⁶⁴⁴ Zum Ganzen BGH, Beschluss vom 06.07.2016 - XII ZB 61/16, N. 47.

⁶⁴⁵ SAMW, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 12 (Kommentar zu 3.2.); HAUSSENER, S. 34 m.w.Verw.; TAG, S. 737 f., und siehe oben, B I 1.

⁶⁴⁶ Vgl. oben, C III 2.

⁶⁴⁷ Die SAMW spricht von der Antizipation von Therapiezielen, wie beispielsweise, dass primär das Leben erhalten werden soll: SAMW, Patientenverfügungen, S. 9. Vgl. oben, C III 1 b dd.

den, dass es dem Verfasser der Patientenverfügung nicht von Bedeutung ist, aufgrund welcher Nicht-Aufnahme einer lebenserhaltenden Massnahme oder aufgrund welcher Form des Behandlungsabbruchs er verstirbt. Der Verfasser der Patientenverfügung entscheidet sich in diesem Fall *generell* gegen das Leben.⁶⁴⁸ Folglich muss die generelle Entscheidung gegen lebenserhaltende Massnahmen der Bestimmbarkeit genügen.

Es wurde in dieser Arbeit herausgearbeitet, dass dem Verfasser einer Patientenverfügung im Falle des minimalen Bewusstseinszustand klar sein muss, dass er seinen Tod und allfällige Schmerzen bewusst miterleben könnte.⁶⁴⁹ Da sich die Aufgeklärtheit des Verfassers einer Patientenverfügung aus der entsprechenden Formulierung ergibt,⁶⁵⁰ muss er in seiner Patientenverfügung auf diese Möglichkeit eingehen.

Zusätzlich zu der Formulierung, die den minimalen Bewusstseinszustand antizipiert,⁶⁵¹ ist daher die folgende Formulierung bestimmt genug, damit lebenserhaltende Massnahmen wie die künstliche Ernährung oder Beatmung abgebrochen, bzw. nicht aufgenommen werden:

Dass keine lebenserhaltenden Massnahmen aufgenommen werden bzw. bereits begonnene lebenserhaltende Massnahmen abgebrochen werden, auch wenn die Möglichkeit besteht, dass ich mein Sterben bewusst wahrnehme.

c) Vergleich mit bestehenden Vorlagen

Diverse Organisationen bieten Vorlagen von Patientenverfügungen an; dies teilweise kostenpflichtig⁶⁵² oder nur bei einer Mitgliedschaft in dieser Organisation.⁶⁵³ Insbesondere für juristische Laien kann dies ein geeignetes Angebot sein. Allerdings wird die betreffende Person darauf vertrauen, dass die Formulierung der entsprechenden Patientenverfügung auch verbindlich ist. Es stellt sich also die Frage, ob solche Vorlagen den minimalen Bewusstseinszustand und den Behandlungsabbruch bestimmbar

⁶⁴⁸ Vgl. WIDMER BLUM, S. 206.

⁶⁴⁹ Siehe oben, C III 1 b dd.

⁶⁵⁰ Siehe oben, C III 2 a.

⁶⁵¹ Siehe oben, C III 2 b aa.

⁶⁵² <<https://www.caritascare.ch/de/vorsorge/patientenverfuegung.html>> (Stand: 23.02.2019).

⁶⁵³ <<https://www.exit.ch/patientenverfuegung/die-exit-patientenverfuegung>> (Stand: 23.02.2019).

antizipieren. Im Rahmen dieser Arbeit soll zwar kein umfangreicher Vergleich mit sämtlichen verfügbaren Vorlagen erfolgen, es soll jedoch auf Vorlagen exemplarisch eingegangen werden, um die gewonnen Erkenntnisse auf Einzelfälle anzuwenden.⁶⁵⁴ Dazu dienen die ausführliche und kurze Fassung der FMH, die Vorlagen der Krebsliga, des Schweizerischen Roten Kreuzes und des Instituts Dialog und Ethik.

Es zeigt sich vorab, dass insbesondere die Vorlagen der ausführlichen Fassungen der FMH und der Krebsliga spezifische Fragen an den Verfasser stellen, damit dieser seine persönliche Auffassung zu verschiedenen Aspekten des Lebens darlegen kann, wie beispielsweise religiöse Überzeugungen oder dazu, was der entsprechende Verfasser unter Lebensqualität versteht.⁶⁵⁵

Die kurze Fassung der FMH antizipiert keinen bestimmbaren medizinischen Zustand. Es wird lediglich davon ausgegangen, dass die entsprechende Erkrankung bzw. Einschränkung die Urteilsunfähigkeit zur Folge hat. Ausserdem wird zwischen einer Notfallsituation und der Situation nach der Stabilisierung des Patienten unterschieden.⁶⁵⁶ Dies genügt aber den Voraussetzungen für eine hinreichend Bestimmbarkeit des antizipierten medizinischen Zustandes nicht.⁶⁵⁷

Manche Fassungen stellen bei der Antizipation des Zustandes auf die Wahrscheinlichkeit der Genesung bzw. der entsprechenden Aussichtslosigkeit ab.⁶⁵⁸ In diesem Sinn wird bei einzelnen Auswahlmöglichkeiten beispielsweise darauf abgestellt, dass die Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit „unwahrscheinlich“⁶⁵⁹ oder „wenig wahrscheinlich“⁶⁶⁰ ist. Derartige Formulierungen hinsichtlich der Verbesserungswahrscheinlichkeit sind mangels bestimmbarer Quantifizierung der Wahrscheinlichkeit und mangels Möglichkeit der

⁶⁵⁴ Für eine umfangreiche und eingehende Übersicht zu Vorlagen von Patientenverfügungen in der Schweiz siehe ZELLWEGER/BRAUER/GETH/BILLER-ANDORNO, S. 206 ff.

⁶⁵⁵ PV FMH, ausführliche Version, S. 1 f., und PV Krebsliga, S. 10 ff.

⁶⁵⁶ Zum Ganzen siehe PV FMH, Kurzversion, S. 1.

⁶⁵⁷ Vgl. oben, C III 2 b aa.

⁶⁵⁸ PV FMH, ausführliche Version, S. 3; PV FMH, Kurzversion, S. 1, und PV Dialog Ethik, S. 12.

⁶⁵⁹ PV FMH, ausführliche Version, S. 3.

⁶⁶⁰ PV FMH, Kurzversion, S. 1.

präzisen empirischen Feststellung zu vermeiden.⁶⁶¹ Die Fassung des Schweizerischen Roten Kreuzes differenziert dagegen beispielsweise bei der künstlichen Ernährung und Beatmung zwischen der Dauer der Behandlung und ermöglicht die Auswahl bis zu einem Monat oder länger.⁶⁶² Eine klare zeitliche Begrenzung der Behandlung genügt der Voraussetzung der Bestimmtheit.

Von den oben angeführten Vorlagen nimmt allein die Fassung des Instituts Dialog Ethik konkret Bezug auf den „andauernden Verlust der Kommunikationsfähigkeit“, beispielsweise aufgrund eines Unfalls.⁶⁶³ Allerdings wird dieser Zustand mit der Formulierung einer „nur ganz geringer Aussicht, mit anderen Menschen je wieder eine Beziehung haben zu können“ relativiert,⁶⁶⁴ denn auch diese Formulierung erfordert eine Quantifizierung der Chance auf Besserung und zieht die soeben genannten Probleme mit sich.⁶⁶⁵ Ausserdem bringt der Begriff der *Beziehung* eine zusätzliche Unklarheit mit sich. So kann beispielsweise ein gelähmter Patient zwar eine emotionale Beziehung zu anderen Personen pflegen, jedoch ist seine körperliche Beziehungsfähigkeit eingeschränkt oder nicht vorhanden.

Schliesslich nimmt keine der oben erwähnten Vorlagen Stellung dazu, dass der Patient seinen Tod infolge des Behandlungsabbruchs bewusst miterleben könnte.⁶⁶⁶

Es zeigt sich, dass die exemplarische Auswahl an Vorlagen nach der hier vertretenen Ansicht den minimalen Bewusstseinszustand nicht bestimmbar zu antizipieren vermag. Besonders in Anbetracht dessen, dass der Verfasser einer Patientenverfügung darauf vertraut, dass die von ihm verwendete Vorlage im Falle seiner Urteilsunfähigkeit verbindlich ist, scheint mithin Handlungsbedarf zu bestehen.

⁶⁶¹ Siehe oben, C III 2 b aa.

⁶⁶² PV SRK, S. 6 f.

⁶⁶³ PV Dialog Ethik, S. 12.

⁶⁶⁴ PV Dialog Ethik, S. 12.

⁶⁶⁵ Siehe oben, C III 2 b aa.

⁶⁶⁶ Vgl. oben, C III 2 b bb.

d) Verbindlichkeit der Patientenverfügung

Die Revision des Erwachsenenschutzrechtes hatte u.a. zum Ziel, das Rechtsinstitut der verbindlichen Patientenverfügung bundesrechtlich zu regeln.⁶⁶⁷ Sofern diese genügend bestimmt bzw. bestimmbar ist, herrscht darin wohl Einigkeit.⁶⁶⁸ Darüber hinaus wird diskutiert, ob eine gewisse Zeitspanne zwischen dem Zeitpunkt der Errichtung einer Patientenverfügung und dem Eintritt des antizipierten Zustandes, der die Urteilsfähigkeit einschränkt, zur Unverbindlichkeit dieser Patientenverfügung führt, da ihre Aktualität fraglich erscheint. Es ist diesbezüglich WIDMER BLUM zuzustimmen, dass die Aktualität der Patientenverfügung von sachlichen Kriterien abhängt,⁶⁶⁹ wie beispielsweise einen geänderten Willen des Verfassers der Patientenverfügung.⁶⁷⁰ Eine gewisse verstrichene Zeit seit Errichtung der Patientenverfügung ist somit für sich genommen kein Argument gegen die Verbindlichkeit der Patientenverfügung.⁶⁷¹

Ausserdem wäre unklar, was eine zeitliche Begrenzung der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung konkret bedeuten würde. Würde die Verbindlichkeit abgestuft werden, hätte dies mindestens eine Zäsur zur Folge und zwar den Eintritt der Unverbindlichkeit der medizinischen Anordnung nach dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Verfassers. Da es möglich ist, für verschiedene Situationen verschiedene Anordnungen zu verfügen, wäre es demnach denkbar, dass die jeweiligen Anordnungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten unverbindlich werden würden. Es ist jedoch nicht ersichtlich, wie die sachliche Relevanz solcher Zäsuren begründet werden könnte. Daher ist anzunehmen, dass diese Zäsuren letztlich willkürlich wären und damit abzulehnen sind. Die willkürliche Festlegung von Zäsuren hätte zur Konsequenz, dass Unklarheit über die Verbindlichkeit

⁶⁶⁷ BBI 2006, S. 7012 und 7033.

⁶⁶⁸ BBI 2006, S. 7012 und 7033; BOENTE, ZK, N. 38 zu Art. 372 ZGB; ERNST, S. 51 ff.; FASSBIND, OFK, N. 2 zu Art. 372 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 2 zu Art. 372 ZGB; WIDMER BLUM, S. 172 f. m.w.Verw., und WYSS, BSK, N. 10 zu Art. 372. Siehe oben, C III 2.

⁶⁶⁹ Zum Ganzen WIDMER BLUM, S. 188 f. m.w.Verw.

⁶⁷⁰ Siehe unten, C III 2 d cc.

⁶⁷¹ Zum Ganzen WIDMER BLUM, S. 188 f. m.w.Verw. Kritisch dazu GETH/MONA, S. 169 f.

einer Patientenverfügung herrschen würde,⁶⁷² was dem Ziel des Gesetzgebers zuwiderliefe, mit Patientenverfügungen Rechtssicherheit zu schaffen.⁶⁷³

Es ist davon auszugehen, dass die bestimmbare Patientenverfügung verbindlich ist und der behandelnde Arzt dieser folglich zu entsprechen hat.⁶⁷⁴ Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung wird also im Zweifel vermutet.⁶⁷⁵ Die Beurteilung der Verbindlichkeit obliegt dem behandelnden Arzt, vorbehaltlich einer Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 373 ZGB).⁶⁷⁶ Der Gesetzgeber hat jedoch drei Ausnahmen kodifiziert, in welchen von der Patientenverfügung abgewichen werden darf (Art. 372 Abs. 2 ZGB).⁶⁷⁷ Im Hinblick auf den Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten ist nachfolgend der Verstoss gegen gesetzliche Vorschriften und die Divergenz zum mutmasslichen Willen zu erläutern.

aa) *Verstoss gegen gesetzliche Vorschriften*

Eine Patientenverfügung ist gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB unverbindlich, wenn sie gegen gesetzliche Vorschriften verstösst.⁶⁷⁸ Damit sind rechtswidrige Anordnungen nicht umzusetzen.⁶⁷⁹ In diesem Kontext wird insbesondere auf die sog. aktive direkte Sterbehilfe verwiesen.⁶⁸⁰

Die Botschaft folgt der Annahme, dass die Zustimmung zu einer medizinischen Massnahme noch nicht die Rechtmässigkeit des Eingriffs nach sich ziehe. Vielmehr müsse

⁶⁷² Vgl. BBI 2006, S. 7012 und 7033, und WIDMER BLUM, S. 188 f.

⁶⁷³ Vgl. oben, C III.

⁶⁷⁴ Vgl. Art. 372 Abs. 2 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 9 zu Art. 372 ZGB, und BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 5 zu Art. 372 ZGB.

⁶⁷⁵ BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 5 zu Art. 372 ZGB; HAUSSENER, S. 113, und WYSS, BSK, N. 22 zu Art. 372.

⁶⁷⁶ BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 5 zu Art. 372 ZGB, und WIDMER BLUM, S. 158 f. und S. 174.

⁶⁷⁷ Art. 372 Abs. 2 ZGB.

⁶⁷⁸ Eingehend BOENTE, ZK, N. 59 ff. zu Art. 372 ZGB.

⁶⁷⁹ WIDMER BLUM, S. 175.

⁶⁸⁰ BBI 2006, S. 7033; FASSBIND, OFK, N. 2 zu Art. 372 ZGB; GETH, S. 103; WIDMER BLUM, S. 175, und WYSS, BSK, N. 13 ff. zu Art. 372 ZGB.

der Eingriff medizinisch indiziert sein.⁶⁸¹ Eine nicht aussichtslose und nicht wirkungslose lebenserhaltende Massnahme ist grundsätzlich medizinisch indiziert.⁶⁸² Dieser Grundsatz wird bei sterbenden Menschen insofern relativiert, als die lebenserhaltende Massnahme in Anbetracht der Prognose eine Belastung für den Patienten darstellen kann und damit nicht mehr indiziert sei.⁶⁸³ Der minimal bewusste Patient ist allerdings keine sterbende Person,⁶⁸⁴ damit ist seine lebenserhaltende Massnahme medizinisch indiziert.⁶⁸⁵ Im Umkehrschluss ist somit der Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten *nicht* indiziert bzw. nicht geboten.⁶⁸⁶ Ein Patient behält allerdings das Recht, auf seine Behandlung zu verzichten.⁶⁸⁷ Richtigerweise ist daher zwischen einer positiven (Eingriffs-)Anordnung und einer negativen Anordnung (Behandlungsveto) in einer Patientenverfügung zu unterscheiden.⁶⁸⁸ Wesentlich für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Behandlungsvetos in der Patientenverfügung kann demnach nicht die medizinische Indikation sein, sondern nur der Umstand dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten den Behandlungsabbruch rechtfertigt.⁶⁸⁹ Die Anordnung des Behandlungsabbruchs für den Fall des minimalen Bewusstseinszustandes ist demnach keine rechtswidrige Anordnung gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB.⁶⁹⁰

⁶⁸¹ BBI 2006, S. 7031; FASSBIND, OFK, N. 2 zu Art. 370 ZGB, und HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.53. A. A. BOENTE, wonach vielmehr auf die fehlende vertragliche Verpflichtung der Medizinalpersonen abzustellen sei, keine nicht indizierte Massnahmen vornehmen zu müssen: BOENTE, ZK, N. 62 ff. zu Art. 372 ZGB.

⁶⁸² Vgl. SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 15 f. und 19. Vgl. oben, B V 2.

⁶⁸³ SAMW, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 8, und LÜTHI, S. 106 m.w.Verw.

⁶⁸⁴ Siehe oben, B I 1 und B III 1.

⁶⁸⁵ Vgl. oben, B V 2.

⁶⁸⁶ Die SAMW geht davon aus, dass „angesichts des Sterbeprozesses“ der Behandlungsabbruch unter Umständen „geboten sein“ kann: SAMW, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 8 und SAMW, Palliative Care, S. 16.

⁶⁸⁷ Siehe oben, B I 2; C I und II.

⁶⁸⁸ FASSBIND, OFK, N. 2 zu Art. 370 ZGB, und GASSMANN, KuKo, N. 3 zu Art. 372 ZGB.

⁶⁸⁹ Vgl. FASSBIND, OFK, N. 2 zu Art. 370 ZGB, und GASSMANN, KuKo, N. 3 zu Art. 372 ZGB.

⁶⁹⁰ Im Ergebnis auch FASSBIND, OFK, N. 2 zu Art. 370 ZGB und wohl auch GASSMANN, KuKo, N. 3 zu Art. 372 ZGB. Ebenso NEK-CNE, wobei dort davon ausgegangen wird, dass Ablehnungen von medizinisch indizierten Massnahmen verbindlich sind: NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 32.

bb) *Begrenzung des Gegenstandsbereichs der Patientenverfügung?*

Der nationalen Ethikkommission zufolge soll es Bereiche geben, über die in einer Patientenverfügung keine verbindlichen Anordnungen getroffen werden können. Mit Blick auf den minimal bewussten Patienten ist hiervon zu erwähnen, dass eine Person nicht auf „patientengewohnte Nahrung“ oder auf eine Behandlung von unerträglichen Schmerzen verzichten dürfe.⁶⁹¹ Mit *patientengewohnt* ist allerdings nicht die künstliche Ernährung gemeint, womit dieser Aspekt vorliegend nicht wesentlich ist.⁶⁹² Die Ethikkommission begründet ihre Haltung damit, dass es dem Berufsethos der Fürsorge und allgemein der Fürsorgepflicht zuwiderlaufe, würde das Personal einen entsprechenden Willen ausführen und der Patient dadurch verwahrlosen oder unerträgliche Schmerzen erleiden. Auch aus dem Grund, dass dies ein generelles negatives Signal senden würde, rechtfertige sich eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Verfassers einer Patientenverfügung.⁶⁹³ Nach einer ähnlichen Ansicht findet die selbstbestimmte Fürsorge in Form einer Patientenverfügung ihre Grenze an Art. 27 Abs. 2 ZGB, „nach dem sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann“.⁶⁹⁴

In Anbetracht dessen, dass es das Anliegen des Gesetzgebers war, eine grundsätzlich verbindliche Patientenverfügung einzuführen,⁶⁹⁵ sollte nur zurückhaltend von einer Begrenzung des Gegenstandsbereichs der Patientenverfügung ausgegangen werden. Es ist anzunehmen, dass beispielsweise die Behandlung von unerträglichen Schmerzen allgemein befürwortet wird. Darüber hinaus ist die Schmerzbehandlung auch medizinisch indiziert.⁶⁹⁶ Als Lösung wird vorgeschlagen, dass eine Anordnung, die eine Verwahrlosung oder unerträgliche Schmerzen nach sich ziehen würde, regelmässig nicht mehr dem mutmasslichen Willen entsprechen würde.⁶⁹⁷ Womöglich hat sich der Wille

⁶⁹¹ Zum Ganzen NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 7 und S. 25; BRAUER, S. 391 f., und ERNST, S. 39 f.

⁶⁹² NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 25. Vgl. BRAUER, S. 392.

⁶⁹³ Zum Ganzen NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 7 und S. 22 ff.

⁶⁹⁴ BOENTE, ZK, N. 31 vor Art. 360 ZGB.

⁶⁹⁵ Siehe oben, C III 2.

⁶⁹⁶ Vgl. unten, C III 3.

⁶⁹⁷ BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 7 zu Art. 372 ZGB, und ERNST, S. 39 f.

der betroffenen Person aber nicht geändert. Es wäre vielmehr zu hinterfragen, ob die betreffende Person die Situation und die entsprechenden Konsequenzen wohlüberlegt gegeneinander abgewogen hat.⁶⁹⁸ Damit wäre vorrangig zu klären, ob die betroffene Person hinsichtlich dieser Entscheidung urteilsfähig war.

cc) *Divergenz zum mutmasslichen Willen*

Von der Patientenverfügung darf gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB auch abgewichen werden, falls begründete Zweifel bestehen, dass die Patientenverfügung nicht mehr dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht.

Die Botschaft fordert diesbezüglich, dass sich die Zweifel auf konkrete Anhaltspunkte stützen müssen.⁶⁹⁹ Zu Recht differenziert BAUMANN zwischen Indizien, die eine geänderte Meinung des Verfassers der Patientenverfügung andeuten und eine gewisse Intensität aufweisen müssen, und der Meinung zweifelnder Dritter. Im Zweifel muss zugunsten der Patientenverfügung entschieden werden.⁷⁰⁰ So darf beispielsweise der Beitritt zu einer religiösen Gemeinschaft, die jegliche Formen der Sterbehilfe ablehnen, als einziges Indiz für eine allfällig geänderte Weltanschauung des Verfassers mangels genügender Intensität noch nicht genügen, um zur Unverbindlichkeit eines Behandlungsvetos in einer Patientenverfügung zu führen, da die Mitgliedschaft in einer religiösen Gemeinschaft an sich nicht bedeutet, dass vorbehaltlos alle Überzeugungen übernommen werden.⁷⁰¹

Es war die Intention des Gesetzgebers, die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen bundesrechtlich zu kodifizieren.⁷⁰² Dadurch sollte insbesondere das Selbstbestimmungsrecht einer urteilsunfähig gewordenen Person gestärkt werden.⁷⁰³ Diese Stärkung des Selbstbestimmungsrechts muss aber mit der Verpflichtung des Verfassers einer Patientenverfügung einhergehen, sofern er dazu in der Lage ist, seine Patientenverfügung

⁶⁹⁸ Siehe oben, C III 1 a.

⁶⁹⁹ BBI 2006, S. 7033.

⁷⁰⁰ Zum Ganzen BAUMANN, S. 62.

⁷⁰¹ A. A. wohl AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 176, und HAUSSENER, S. 112.

⁷⁰² BBI 2006, S. 7012 und 7033.

⁷⁰³ BBI 2006, S. 7002 f. und 7011 ff.; BOENTE, ZK, N. 75 ff. vor Art. 360 ZGB; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 2 zu Art. 370 ZGB; FASSBIND, N. 1 zu Art. 370 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 2 zu Art. 370 ZGB, und WYSS, BSK, N. 3 zu Art. 370 ZGB.

abzuändern, wenn sie nicht mehr seinem Willen entspricht.⁷⁰⁴ Solange er dies nicht tut, obwohl er es könnte, muss im Zweifel grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass darin der Wille zum Ausdruck kommt, der seiner Meinung nach verbindlich sein sollte.⁷⁰⁵

Es kann freilich sein, dass es einer Person nicht mehr möglich ist, ihre Patientenverfügung zu widerrufen oder zu ersetzen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie beispielsweise aufgrund einer Lähmung faktisch nicht mehr in der Lage ist, die formalen Anforderungen an die Errichtung einer Patientenverfügung bzw. den Widerruf einer solchen (Schriftlichkeit, Datierung und Unterschrift; Art. 371 Abs. 1 ZGB) zu erfüllen.⁷⁰⁶ Denkbar ist auch, dass der Verfasser einer Patientenverfügung dauerhaft urteilsunfähig wird und er aus diesem Grund seine Patientenverfügung nicht mehr widerrufen oder ersetzen kann. Die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung geht also mit der Gefahr einher, an eine Patientenverfügung gebunden zu sein, die nicht mehr dem aktuellen Willen entspricht. Es besteht somit die Gefahr einer übermässigen Selbstbindung des Verfassers einer Patientenverfügung.⁷⁰⁷

Die Intention des Gesetzgebers, das Selbstbestimmungsrecht urteilsunfähig gewordener Personen zu stärken, darf indes nicht dazu führen, dass das Selbstbestimmungsrecht einer Person aufgrund seiner übermässig starken Bindung an diese Patientenverfügung negiert wird.⁷⁰⁸ Um dieser Gefahr zu begegnen, werden in der Lehre insbesondere formale Lösungsvorschläge diskutiert.⁷⁰⁹ Zu diesen gehören die Forderung nach höheren Anforderungen an die Schriftform bei der Errichtung einer Patientenverfügung zwecks verbesserter Warnfunktion⁷¹⁰ oder eine Verringerung der formalen Voraussetzungen für den Widerruf einer Patientenverfügung.⁷¹¹ Die geltenden Formvorschriften gemäss Art.

⁷⁰⁴ Vgl. GETH/MONA, S. 167, und POPP, S. 653 f.

⁷⁰⁵ Vgl. BAUMANN, S. 62, und GETH/MONA, S. 167 f.

⁷⁰⁶ Vgl. GETH/MONA, die deswegen fordern, die formalen Anforderungen an den Widerruf zu verringern: GETH/MONA, S. 166 ff.

⁷⁰⁷ Eingehend zum Ganzen ERNST, S. 51 ff.; WIDMER BLUM, S. 182 ff., und AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 155.

⁷⁰⁸ Vgl. GETH/MONA, S. 163 ff., insbesondere S. 166.

⁷⁰⁹ Eingehend zum Ganzen ERNST, S. 53 ff., und WIDMER BLUM, S. 201 ff.

⁷¹⁰ WIDMER BLUM, S. 202 ff.

⁷¹¹ GETH/MONA, S. 168.

371 Abs. 1 ZGB scheinen einerseits für Sicherheit in dem Sinne sorgen, dass der Wille der betreffenden Person schriftlich festgehalten werden muss und ihm zugeordnet werden kann. Andererseits sind die formalen Hürden aber auch nicht zu hoch, wodurch der Widerruf oder das Ersetzen einer Patientenverfügung nicht als übermässig schwer erscheint. Die geltenden Formerfordernisse scheinen deshalb ein verhältnismässiger Mittelweg zu sein.

Es bleibt jedoch zu klären, ob und wie der mutmassliche Wille als materieller Schutz vor einer übermässigen Selbstbindung des Verfassers einer Patientenverfügung dienen kann.⁷¹² Hierauf soll später eingegangen werden.⁷¹³

3. Exkurs: Allfällige Reduktion der Bewusstseins einschränkung

Die medizinischen Anordnungen in einer Patientenverfügung stehen unter der Suspensivbedingung, dass die Urteils unfähigkeit des Verfassers eintritt.⁷¹⁴ Die Urteilsfähigkeit ist relativer Natur.⁷¹⁵ Es sind Einzelfälle bekannt, in denen die Kommunikationsfähigkeit von minimal bewussten Patienten und damit möglicherweise auch ihre Urteilsfähigkeit temporär wiederhergestellt werden konnte.⁷¹⁶ Ausgehend von der Prämisse, dass es vorzuziehen ist, das aktuelle Behandlungsveto einzuholen, bevor auf eine Patientenverfügung zurückgegriffen wird, sollte wohl grundsätzlich versucht werden, die Urteilsfähigkeit des minimal bewussten Patienten zumindest temporär wiederherzustellen. Diese Überlegung soll aus ethischer Sicht nachfolgend knapp hinterfragt werden.

a) Ethische Perspektive

Diverse Behandlungen haben zum Ziel, eine temporäre oder sogar permanente Reduktion der Bewusstseins einschränkung des minimal bewussten Patienten herbeizuführen.⁷¹⁷ Dies erscheint zunächst positiv, da ein Bewusstseinszustand angestrebt wird, der ge-

⁷¹² Vgl. GETH/MONA, S. 163 ff.

⁷¹³ Siehe unten, C IV 3.

⁷¹⁴ FASSBIND, OFK, N. 1 zu Art. 370 ZGB.

⁷¹⁵ Siehe oben, C III 1 a.

⁷¹⁶ Siehe oben, A II.

⁷¹⁷ Siehe oben, A II.

meinhin als *normal* gelten kann. Dagegen wird jedoch zu bedenken gegeben, dass die Reduktion der Bewusstseinsbeschränkung und die infolgedessen erhöhte Wahrnehmung von sich selbst und seiner Umgebung auch negative Folgen haben kann.⁷¹⁸ Da davon auszugehen ist, dass minimal bewusste Patienten Schmerzen empfinden können,⁷¹⁹ könnten sie nach Reduktion der Bewusstseinsbeschränkung Schmerzen haben, die sie vorher nur in geringem Mass oder sogar gar nicht wahrgenommen haben. Andererseits kann die erhöhte Selbstwahrnehmung auch dazu führen, dass der Patient seine Einschränkungen nun bewusst oder bewusster als zuvor wahrnimmt.⁷²⁰

Eine Reduktion der Bewusstseinsbeschränkung ist demnach nicht vorbehaltlos erstrebenswert. Vielmehr muss der konkrete Einzelfall betrachtet werden. Dabei ist insbesondere wesentlich, bis zu welchem Umfang vor der Behandlung Bewusstsein vorhanden ist, um welches Mass die Bewusstseinsbeschränkung reduziert werden kann und ob durch die Reduktion der Bewusstseinsbeschränkung (stärkere) Schmerzen zu erwarten sind.⁷²¹

b) Anordnung der Behandlung

Ausgehend davon, dass die Behandlungen zur Reduktion der Bewusstseinsbeschränkung im Rahmen eines Heil- bzw. Behandlungsversuchs und nicht als Gegenstand der medizinischen Forschung angewandt werden würden,⁷²² kommen die allgemeinen Regeln der Einwilligung zur Anwendung.⁷²³ Da jedoch vom minimal bewussten Patienten keine aktuelle Einwilligung eingeholt werden kann, ist es denkbar, die Einwilligung zu einer solchen Behandlung vorab in einer Patientenverfügung festzuhalten. Dabei muss die Aufgeklärtheit des Verfassers der Patientenverfügung aus der Formulierung derselben hervorgehen.⁷²⁴

⁷¹⁸ WILKINSON/SAVULESCU, S. 557 f.

⁷¹⁹ Siehe oben, A I 1.

⁷²⁰ Zum Ganzen WILKINSON/SAVULESCU, S. 557 f.

⁷²¹ Zum Ganzen vgl. WILKINSON/SAVULESCU, S. 557 f.

⁷²² Zur Abgrenzung zwischen Behandlungsversuch und medizinischer Forschung siehe VAN SPYK, S. 157 ff.

⁷²³ Siehe oben, C II.

⁷²⁴ Siehe oben, C III 2 a.

Studien zur tiefen Hirnstimulation⁷²⁵ legen beispielsweise nahe, dass sie grundsätzlich eine relativ risikoarme Behandlung ist. Zu den Komplikationen können in wenigen Fällen allerdings Hirnblutungen infolge der Implantation der Elektroden zählen.⁷²⁶ Die wesentlich gewichtigere Problematik scheint demnach die obengenannte ethische Gefahr zu sein, seinen eigenen Zustand und allfällige Schmerzen nach der Behandlung womöglich bewusster wahrzunehmen.⁷²⁷ Der Verfasser einer Patientenverfügung müsste dies ebenso berücksichtigen, wie bei einem Behandlungsveto das womöglich bewusste Miterleben seines Sterbens.⁷²⁸

Ein Formulierungsvorschlag (zusätzlich zur Antizipation des Zustandes),⁷²⁹ um in die Behandlungen zur Reduktion der Bewusstseinsbeschränkung einzuwilligen, lautet wie folgt:

Ich verfüge, dass Behandlungen durchgeführt werden, die zum Ziel haben, die Einschränkung des Bewusstseins zu reduzieren, auch wenn dies zur Folge hat, dass ich meinen Zustand und allfällige Schmerzen bewusst oder bewusster wahrnehme.

Diese Anordnung könnte freilich mit einem Behandlungsveto kombiniert werden. Dabei ist allerdings darauf zu achten, dass das Behandlungsveto *bestimmbar bleibt*.⁷³⁰ Die Behandlungen können nämlich unter Umständen eine lange Zeit dauern, während ihr Erfolg unsicher ist.⁷³¹ Damit wird der Zeitpunkt des angeordneten Behandlungsabbruchs schwerlich bestimmbar. Falls eine Kombination gewollt ist, sollte daher die Behandlung zeitlich konkret begrenzt werden.⁷³² Es wird folgender Wortlaut vorgeschlagen, der sich

⁷²⁵ Siehe oben, A II.

⁷²⁶ Zum Ganzen FENOY/SIMPSON, S. 133 ff., insbesondere S. 136. Siehe auch BEN-HAIM et al., in deren Studie es bei 246 Implantationen in 7 Fällen zu Hirnblutungen kam (2.8%): BEN-HAIM et al., S. 756. Ähnlich auch HU et al., S. 98 (1.53%).

⁷²⁷ Siehe oben, C III 3 a.

⁷²⁸ Siehe oben, C III 2 b aa.

⁷²⁹ Siehe oben, C III 2 b aa.

⁷³⁰ Vgl. oben, C III 2.

⁷³¹ Siehe oben, A II.

⁷³² Vgl. oben, C III 2 c. Grundsätzlich kann die Einwilligung auch an Bedingungen geknüpft werden: NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 21 vor Art. 14 StGB mit Verweis auf BGE 100 IV 155, E. 4.

redaktionell zwischen der obigen Anordnung zur Behandlung und der Anordnung zum Behandlungsabbruch⁷³³ eingliedert:

Die Dauer dieser Behandlungen ist auf X⁷³⁴ zu begrenzen.

4. Notwendigkeit der Anordnung einer Schmerztherapie in einer Patientenverfügung?

Da davon ausgegangen werden muss, dass minimal bewusste Patienten Schmerzen empfinden können,⁷³⁵ kann auch eine Schmerztherapie dieses Patienten angezeigt sein. Die Behandlung von Schmerzen ist medizinisch indiziert.⁷³⁶ Diverse Vorlagen von Patientenverfügungen beinhalten entsprechend Formulierungen, dass eine Schmerztherapie gewünscht wird.⁷³⁷ Teilweise wird weiter unterschieden, ob der Patient auch eine starke Schmerzbehandlung wünscht, die das Leben des Patienten verkürzt (sog. indirekte aktive Sterbehilfe), deren Anordnung in einer Patientenverfügung aber als zulässig angesehen wird.⁷³⁸ Während eine dahingehende Klarstellung sinnvoll erscheint, ist allerdings fraglich, ob die Anordnung einer allgemeinen Schmerztherapie notwendig ist.

HOLZHAUER stellt sich auf den Standpunkt, dass die Anordnung einer Schmerztherapie in einer Patientenverfügung überflüssig sei, da die Schmerzlinderung medizinisch indiziert sei und zum „Pflichtprogramm jeder Klinik und jedes Hausarztes“ gehöre.⁷³⁹ Auch GETH ist der Ansicht, dass mit der Übernahme der Pflicht der Lebenserhaltung auch die Pflicht zur Vermeidung oder Linderung von Schmerzen einhergehe.⁷⁴⁰ Dies decke

⁷³³ Siehe oben, C III 2 b bb.

⁷³⁴ X entspricht einer bestimmten Dauer, die beispielsweise in Wochen oder Monaten angegeben werden kann.

⁷³⁵ Siehe oben, A I 1.

⁷³⁶ HAUSSENER, S. 77 ff.

⁷³⁷ PV FMH, ausführliche Version, S. 1; PV FMH, Kurzversion, S. 1, und PV Krebsliga, S. 13.

⁷³⁸ ERNST, S. 38, und HAUSSENER, S. 80 m.w.Verw. Eingehend zur indirekten Sterbehilfe siehe JENAL, S. 100 ff.

⁷³⁹ HOLZHAUER, S. 248 f.

⁷⁴⁰ GETH, S. 5.

sich auch mit der standesordentlichen Pflicht des Arztes, „Leiden zu lindern“.⁷⁴¹ Sofern also davon ausgegangen wird, dass eine Pflicht des Arztes besteht, das Leben seines Patienten zu erhalten, ist davon auch die mutmasslich gewollte Schmerzbehandlung umfasst. Andernfalls hätte dies die unannehmbare Konsequenz, dass mangels einer Anordnung der Schmerztherapie in einer Patientenverfügung die Schmerzen dieses Patienten nicht behandelt werden müssten,⁷⁴² sofern nicht eine Entscheidung des Vertreters in medizinischen Angelegenheiten gemäss Art. 378 Abs. 3 ZGB vorliegt.⁷⁴³

Eine Anordnung in einer Patientenverfügung, dass eine Schmerztherapie gewünscht wird, ist somit überflüssig.⁷⁴⁴ Die sog. indirekte aktive Sterbehilfe muss allerdings in der Patientenverfügung angeordnet werden, da sie der Lebenserhaltungspflicht des Arztes zuwider läuft.⁷⁴⁵

Beim minimal bewussten Patienten stellt sich die Problematik, dass zur Feststellung, ob Schmerzen vorhanden sind, eingehende Untersuchungen des Gehirns nötig sind.⁷⁴⁶ Ausgehend von der Pflicht des Arztes zur Schmerzbehandlung, muss sinnvollerweise auch die Pflicht des Arztes zur Abklärung allfälliger Schmerzen postuliert werden. Infolgedessen ist es nötig, dass er die notwendigen diagnostischen Abklärungen beim minimal bewussten Patienten vornimmt.⁷⁴⁷

Zur Anordnung einer Schmerztherapie, die eine Verkürzung des Lebens zur Folge haben kann, wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

Ich verfüge, dass meine Schmerzen behandelt werden, auch wenn dies eine Verkürzung meines Lebens zur Folge haben kann.

⁷⁴¹ Art. 2 FMH-Standesordnung. Vgl. GETH, S. 5.

⁷⁴² Vgl. HOLZHAUER, S. 249 und oben, C III 2 d bb.

⁷⁴³ Siehe unten, C IV.

⁷⁴⁴ GETH, S. 5., und HOLZHAUER, S. 248 f., jeweils m.w.Verw.

⁷⁴⁵ Vgl. HAUSSENER, S. 80 ff. m.w.Verw.

⁷⁴⁶ Siehe oben, A I 1.

⁷⁴⁷ Vgl. oben, A I 1.

5. Hinterlegung der Patientenverfügung

Selbst eine verbindliche Patientenverfügung ist nicht von Nutzen, wenn ihre Existenz oder ihr Aufbewahrungsort unbekannt ist.⁷⁴⁸ Der Verfasser einer Patientenverfügung kann deshalb den Hinterlegungsort auf seiner Versichertenkarte eintragen lassen (Art. 371 Abs. 2 ZGB; Art. 6 Abs. 1 lit. i VVK).⁷⁴⁹ Unter Vorbehalt von dringlichen Fällen, ist der behandelnde Arzt verpflichtet, anhand der Versichertenkarte abzuklären, ob eine Patientenverfügung existiert und wo diese hinterlegt worden ist (Art. 372 Abs. 1 ZGB).⁷⁵⁰ Darüber hinaus könne vom behandelnden Arzt nicht verlangt werden, dass er alles unternehme, um herauszufinden, ob der betreffende Patient eine Patientenverfügung errichtet habe.⁷⁵¹ In Notfallsituationen ist dem zuzustimmen.

Abgesehen von der Eintragung auf der Versichertenkarte wird vorgeschlagen, dass der Verfasser einer Patientenverfügung seine Patientenverfügung „breit streuen“ solle, d.h. sie beispielsweise bei seinem Hausarzt, seiner Vertrauensperson und bei seiner vertretungsberechtigten Person hinterlegen solle.⁷⁵² Letztlich sei es also Sache des Verfassers der Patientenverfügung, dafür zu sorgen, dass die Adressaten dieser Verfügung von derselben Kenntnis erhielten, ob durch Eintragung auf der Versichertenkarte oder durch Streuung der Patientenverfügung.⁷⁵³

Dem kann nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Sofern ein Patient mittels lebenserhaltender Massnahmen stabilisiert wurde, liegt keine Dringlichkeit mehr vor.⁷⁵⁴ Wäre der Patient selbst in der Lage, eine medizinische Entscheidung zu treffen, bestünde

⁷⁴⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.50, und Wyss, BSK, N. 7 zu Art. 371 ZGB.

⁷⁴⁹ Wyss, BSK, N. 8 zu Art. 371 ZGB.

⁷⁵⁰ BBI 2006, S. 7032, und BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 3 zu Art. 372 ZGB. Vgl. HAUSSENER, wonach diese Pflicht nicht auf den Arzt begrenzt sei, sondern die Abklärung vielmehr dem Spitalträger obliege. Wie dieser die Abklärung organisiere, sei ihm überlassen: HAUSSENER, S. 226.

⁷⁵¹ BBI 2006, S. 7032 und BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 3 zu Art. 372 ZGB.

⁷⁵² AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 152. Vgl. GASSMANN, KuKo, N. 3 zu Art. 371 ZGB, und Wyss, BSK, N. 7 zu Art. 371 ZGB.

⁷⁵³ GASSMANN, KuKo, N. 3 zu Art. 371 ZGB, und Wyss, BSK, N. 7 zu Art. 371 ZGB.

⁷⁵⁴ Vgl. oben, B III 3 a bb.

eine Aufklärungspflicht des Arztes.⁷⁵⁵ Im Rahmen dieser Aufklärungspflicht liegt es generell auch in der Verantwortung des Arztes, dass sein Patient ihn versteht. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass die Aufklärung auf für den Patienten verständliche Weise erfolgen soll.⁷⁵⁶ Der behandelnde Arzt wird damit bis zu einem gewissen Grad verpflichtet, auf seinen Patienten zuzugehen. Nachdem die Aufklärungspflicht des Arztes in diesem Sinne berechtigterweise relativ weit reicht, erscheint es nicht konsequent, im Falle der Patientenverfügung die Verantwortung hauptsächlich auf den Verfasser der Patientenverfügung abzuwälzen. Es ist dem behandelnden Arzt vielmehr zuzumuten, bei ihm bekannten nahestehenden Personen seines Patienten nach der Existenz einer Patientenverfügung zu fragen, wenn keine dringliche Situation vorliegt.⁷⁵⁷ In der Praxis scheint bereits oft nach einer Patientenverfügung gefragt zu werden.⁷⁵⁸

6. Strafrechtsdogmatische Einordnung der Patientenverfügung

Nachdem geklärt wurde, dass mit einer Patientenverfügung aus zivilrechtlicher Sicht ein Behandlungsveto eingelegt werden kann,⁷⁵⁹ stellt sich die Frage nach dessen strafrechtsdogmatischer Einordnung.

Eine ältere Ansicht gestand der Vorab-Einwilligung keine selbstständige tatbestandsausschliessende (bzw. rechtfertigende) Geltung zu,⁷⁶⁰ sondern räumte ihr lediglich einen Indizcharakter für die Ermittlung des mutmasslichen Willens ein.⁷⁶¹ Dementsprechend wäre der Behandlungsabbruch nicht aufgrund einer Patientenverfügung legitimierbar, sondern aufgrund der mutmasslichen Einwilligung des Patienten. Die beiden

⁷⁵⁵ Siehe oben, C III 1 b.

⁷⁵⁶ TAG, S. 708 ff.

⁷⁵⁷ Zum Ganzen vgl. HAUSSENER, S. 229 m.w.Verw. Ausserdem stellt sich HAUSSENER auf den Standpunkt, dass die Abklärung über das Vorhandensein einer Patientenverfügung bereits bei Institutionseintritt erfolgen solle: HAUSSENER, S. 228 f.

⁷⁵⁸ AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 152.

⁷⁵⁹ Siehe oben, C. I; II und III.

⁷⁶⁰ Zur strafrechtsdogmatischen Einordnung der Einwilligung siehe NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 9 vor Art. 14 StGB; TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 11 zu Art. 14 StGB, und SEELMANN/GETH, S. 49 f., jeweils m.w.Verw.

⁷⁶¹ SEELMANN, FS Trechsel, S. 571 f.

wesentlichen Argumente gegen eine selbstständige Geltung sind nach dieser Ansicht die fehlende Aufklärung und die schwindende Aktualität der Patientenverfügung.⁷⁶² Zu diesen Argumenten wurde bereits insofern Stellung genommen, als der Verfasser seine Aufgeklärtheit durch eine bestimmbare Formulierung seiner Patientenverfügung demonstriert⁷⁶³ und eine gewisse zeitliche Dauer die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung nicht zunichtemacht.⁷⁶⁴

Eine weitere Ansicht gesteht der Patientenverfügung als Surrogat der aktuellen Einwilligung eine selbstständige rechtfertigende Geltung zu.⁷⁶⁵ Eine genügend bestimmbare Patientenverfügung hinsichtlich des Behandlungsvetos ist auch nach der hier vertretenen Auffassung für den behandelnden Arzt verbindlich.⁷⁶⁶ Würde der Arzt diesen Patienten dennoch weiterbehandeln, so griffe er widerrechtlich in dessen Rechtssphäre ein.⁷⁶⁷ Er *darf* daher nicht nur die Behandlung abbrechen, sondern er *muss*.⁷⁶⁸ Dieser rechtliche Zwang ist ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 14 StGB, da sich gemäss Art. 14 StGB derjenige rechtmässig verhält, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet. Dies betrifft auch Normen ausserhalb des Strafgesetzbuches.⁷⁶⁹ Damit hat die verbindliche Patientenverfügung auch eine selbstständig strafrechtlich rechtfertigende Wirkung und ist nicht lediglich ein Indiz für den mutmasslichen Willen.⁷⁷⁰

7. Zwischenfazit

Eine urteilsfähige Person kann den Abbruch lebenserhaltender Massnahmen für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit in einer Patientenverfügung durch ein Behandlungsveto anordnen. Die nötige Aufgeklärtheit demonstriert der Verfasser der Patientenverfügung

⁷⁶² SEELMANN, FS Trechsel, S. 571 f.

⁷⁶³ Siehe oben, C III 2 a.

⁷⁶⁴ Siehe oben, C III 2 d.

⁷⁶⁵ TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 12a f. zu Art. 14 StGB m.w.Verw.

⁷⁶⁶ Siehe oben, C III 2 d.

⁷⁶⁷ Siehe oben, C I.

⁷⁶⁸ Siehe oben, C II.

⁷⁶⁹ NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 9 zu Art. 14 StGB.

⁷⁷⁰ TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 12a f. zu Art. 14 StGB m.w.Verw.

anhand seiner bestimmbaren Antizipation des Zustandes und der bestimmbaren Anordnung einer medizinischen Massnahme bzw. des Behandlungsvetos. Ist der Inhalt der Patientenverfügung bestimmbar, dann ist sie auch verbindlich. Für den Fall des Behandlungsabbruchs im minimalen Bewusstseinszustand inkl. der Anordnung von Behandlungen zur Reduktion der Bewusstseins Einschränkung und der Anordnung einer lebensverkürzenden Schmerztherapie wird folgende Formulierung in der Patientenverfügung vorgeschlagen:

Für den Fall, dass meine Urteilsfähigkeit aufgrund einer Bewusstseinsstörung längerfristig eingeschränkt oder aufgehoben ist, verfüge ich, auch wenn die Möglichkeit besteht, dass sich diese Bewusstseinsstörung reduziert oder ich erwachen könnte:

- dass meine Schmerzen behandelt werden, auch wenn dies eine Verkürzung meines Lebens zur Folge haben kann.*
- dass Behandlungen durchgeführt werden, die zum Ziel haben, die Einschränkung des Bewusstseins zu reduzieren, auch wenn dies zur Folge hat, dass ich meinen Zustand und allfällige Schmerzen bewusst oder bewusster wahrnehme. Die Dauer dieser Behandlungen ist auf X zu begrenzen.*
- dass nach dem Ablauf von X keine lebenserhaltenden Massnahmen aufgenommen werden bzw. bereits begonnene lebenserhaltende Massnahmen abgebrochen werden, auch wenn die Möglichkeit besteht, dass ich mein Sterben bewusst wahrnehme.*

Der Verfasser kann den Hinterlegungsort seiner Patientenverfügung auf seiner Versicherungskarte eintragen lassen. In dringlichen Fällen ist der behandelnde Arzt verpflichtet, die Existenz der Patientenverfügung nur anhand der Versichertenkarte abzuklären. In nicht dringlichen Fällen ist ihm dagegen zuzumuten, bei ihm bekannte nahestehenden Personen seines Patienten nach der Existenz einer allfälligen Patientenverfügung zu fragen. Existiert eine solche, besitzt sie eine selbstständige, strafrechtlich rechtfertigende Wirkung.

IV. Behandlungsveto des Vertreters in medizinischen Angelegenheiten

Sofern keine (verbindlichen) Anordnungen oder Weisungen in einer Patientenverfügung existieren,⁷⁷¹ entscheidet die vertretungsberechtigte Person gemäss Art. 378 Abs. 3 ZGB in medizinischen Belangen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person.⁷⁷² Ein Patient kann zwar auf eine Behandlung verzichten,⁷⁷³ es ist indes erklärungsbedürftig, dass sich diese Entscheidungsbefugnis auch auf die vertretungsberechtigte Person erstrecken soll. Aus materieller Sicht ist zudem zu erläutern, wie der mutmassliche Wille und die Interessen des Patienten bestimmt werden. Schliesslich ist fraglich, ob der Behandlungsabbruch dem mutmasslichen Willen und den Interessen des minimal bewussten Patienten entspricht. Dabei muss auch das Verhältnis zwischen dem mutmasslichem Willen und den Interessen des Patienten für den Fall geklärt werden, dass beide einander zuwiderlaufen.

1. Patientenvertreter

Eine Person hat gemäss Art. 370 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit, in ihrer Patientenverfügung eine natürliche Person zu bezeichnen, die im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit in ihrem Namen über medizinische Massnahmen entscheidet.⁷⁷⁴ Dies ist ein Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts des Verfassers der Patientenverfügung.⁷⁷⁵ Diverse Vorlagen von Patientenverfügungen sehen dementsprechend vor, dass ein Vertreter benannt

⁷⁷¹ Es wird dabei zutreffend vom Subsidiaritätsprinzip gesprochen: EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 1 zu Art. 378 ZGB, und FANKHAUSER, BJM, S. 251. Siehe auch ERNST, S. 43 f., und WIDMER BLUM, S. 133 f. Vgl. oben, C III 2 d und C III 7.

⁷⁷² BBI 2006, S. 7036; BOENTE, ZK, N. 1 ff. zu Art. 378 ZGB; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 12 ff. zu Art. 378 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N. 5 zu Art. 378 ZGB; FASSBIND, OFK, N. 1 zu Art. 378 ZGB, und GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 2 und 26 ff. zu Art. 378 ZGB.

⁷⁷³ Siehe oben, B II 2; C I und II.

⁷⁷⁴ BBI 2006, S. 7036; BOENTE, ZK, N. 27 ff. zu Art. 378 ZGB; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 2 zu Art. 378 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N. 1 zu Art. 378 ZGB; FASSBIND, OFK, N. 1 zu Art. 378 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 13 zu Art. 377/378 ZGB, und GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 7 ff. zu Art. 378 ZGB.

⁷⁷⁵ GASSMANN, KuKo, N. 13 zu Art. 377/378 ZGB; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 10 ff. zu Art. 370 ZGB. Vgl. BOENTE, ZK, N. 26 vor Art. 360 ZGB.

werden kann.⁷⁷⁶ Insbesondere ausführlichere Vorlagen gehen tiefer auf die Person des Vertreters ein und sehen beispielsweise die Möglichkeit vor, einen Ersatzvertreter oder auch eine unerwünschte Person zu benennen, die mit Blick auf Art. 378 Abs. 1 ZGB auf keinen Fall die Vertretung übernehmen soll.⁷⁷⁷ Zur Terminologie ist anzumerken, dass die vertretungsberechtigte Person in medizinischen Entscheidungen gemäss Art. 378 Abs. 1 ZGB im Folgenden als *Patientenvertreter* oder lediglich als *Vertreter* bezeichnet wird.⁷⁷⁸

Sollten die medizinischen Anordnungen oder ein Teil derselben in einer Patientenverfügung unverbindlich sein, wird dadurch nicht auch die Bestellung eines Vertreters in derselben Patientenverfügung (vgl. Art. 20 Abs. 2 OR analog) unverbindlich.⁷⁷⁹ Entscheidend ist lediglich, dass die Patientenverfügung gültig ist. Art. 371 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass die Patientenverfügung schriftlich zu errichten, zu datieren und zu unterzeichnen ist. Hinsichtlich der Datierung ist allerdings umstritten, ob es sich dabei um eine Gültigkeitsvoraussetzung handelt.⁷⁸⁰ Die Kenntnis um den Zeitpunkt der Errichtung der Patientenverfügung ist wichtig, um beurteilen zu können, ob sich der mutmassliche Wille des Verfassers geändert hat oder um die zeitliche Reihenfolge mehrerer vorhandener Patientenverfügungen bestimmen zu können.⁷⁸¹ In Anbetracht dessen, dass es wohl nicht die Absicht des Gesetzgebers war, die Datierung als Gültigkeitsvoraussetzung zu verankern,⁷⁸² darf das Fehlen der Datierung nicht zur Ungül-

⁷⁷⁶ PV Dialog Ethik, S. 9 ff.; PV FMH, ausführliche Version, S. 4; PV FMH, Kurzversion, S. 1; PV Krebsliga, S. 6 ff. und PV SRK, S. 2.

⁷⁷⁷ PV Dialog Ethik, S. 9 ff.; PV Krebsliga, S. 6 ff. und PV SRK, S. 2.

⁷⁷⁸ In der Lehre wird zwischen dem gewillkürten Vertreter, der durch eine Patientenverfügung gemäss Art. 370 Abs. 2 ZGB bestellt wird, und dem gesetzlichen Vertreter, der die Vertretung gemäss Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ff. ZGB übernimmt, unterschieden: AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch, FN 99; AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 109 und FN 192; BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 21 zu Art. 16 ZGB; GETH, S. 14; HAUSSENER, S. 224 f., und WIDMER BLUM, S. 52. Vgl. FANKHAUSER, BJM, S. 250 f. Diese Unterscheidung ist für diese Arbeit jedoch nicht relevant.

⁷⁷⁹ Vgl. BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 10 zu Art. 372 ZGB und ERNST, S. 39 m.w.Verw.

⁷⁸⁰ Zustimmung ERNST, S. 53 und S. 69; GASSMANN, KuKo, N. 1 zu Art. 371 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.48, und wohl auch WYSS, BSK, N. 3 zu Art. 371 ZGB. Ablehnend BREITSCHMID/KAMP, N. 1 zu Art. 371 ZGB; BOENTE, ZK, N. 25 ff. zu Art. 371 ZGB, und FASSBIND, OFK, N. 1 zu Art. 371 ZGB.

⁷⁸¹ BOENTE, ZK, N. 25 ff. zu Art. 371 ZGB.

⁷⁸² Eingehend BOENTE, ZK, N. 27 f. zu Art. 371 ZGB. Vgl. BBI 2006, S. 7031 f.

tigkeit der Patientenverfügung führen, sofern sich der Zeitpunkt der Errichtung nicht anderweitig feststellen lässt.⁷⁸³

Es wird die Ansicht vertreten, dass die Bestellung eines Vertreters unverbindlich sein könne, wenn die Wahl des Vertreters nicht mehr dem mutmasslichen Willen des Verfassers der Patientenverfügung entspreche, beispielsweise wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den betreffenden Personen zerbrochen sei.⁷⁸⁴ Zwar sieht der Gesetzeswortlaut nicht explizit vor, dass auch die Bestellung des Vertreters unverbindlich sein kann. Andererseits ist nicht einzusehen, warum nicht dieselben Überlegungen zur Anwendung kommen sollten, wie bei der (Un-) Verbindlichkeit einer medizinischen Anordnung in einer Patientenverfügung bei divergierenden, mutmasslichen Willen.⁷⁸⁵ Zum Schutz der urteilsunfähigen Person kann daher auch die Bestellung des Vertreters unverbindlich sein, sofern die Wahl nicht mehr dem mutmasslichen Willen der urteilsunfähigen Person entspricht (Art. 372 Abs. 2 ZGB analog).⁷⁸⁶ Allerdings sollte zurückhaltend mit einer Unverbindlichkeit umgegangen werden, da es grundsätzlich die Pflicht des Verfassers einer Patientenverfügung ist, den Vertreter zu ändern, sobald dieser nicht mehr seinem Willen entspricht.⁷⁸⁷

Sollte keine (verbindliche) Bestellung eines Vertreters vorhanden sein, greift subsidiär die gesetzliche Kaskade gemäss Art. 378 Abs. 1 ZGB.⁷⁸⁸ Der Vorentwurf sah noch keine Kaskade vor, sondern dass unter den Angehörigen demjenigen das Vertretungsrecht zukommen solle, der die engste Beziehung zu der urteilsunfähigen Person hat.⁷⁸⁹ Diese Lösung hätte allerdings die Ärzteschaft überfordert, womit die praktikablere Kaskade eingeführt wurde.⁷⁹⁰ Die Reihenfolge der vertretungsberechtigten Personen dieser Kaskade orientiert sich allerdings an der Vermutung der besonderen Nähe und dem

⁷⁸³ Vgl. BREITSCHMID/KAMP, N. 1 zu Art. 371 ZGB.

⁷⁸⁴ WIDMER BLUM, S. 189 f.

⁷⁸⁵ Siehe oben, C III 2 d cc.

⁷⁸⁶ WIDMER BLUM, S. 189 f.

⁷⁸⁷ Siehe oben, C III 2 d cc.

⁷⁸⁸ GASSMANN, KuKo, N. 13 zu Art. 377/378 ZGB.

⁷⁸⁹ BBI 2006, S. 7036.

⁷⁹⁰ BBI 2006, S. 7036.

Vertrauen zwischen diesen Personen und dem urteilsunfähigen Patienten.⁷⁹¹ Es kann daher vermutet werden, dass die Vertretung durch die entsprechende Person dieser Kaskade dem mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten entspricht⁷⁹² und dass diese Person den mutmasslichen Willen der urteilsfähigen Person am zuverlässigsten bestimmen kann.⁷⁹³ Damit schützen diese Vorgaben indirekt das Selbstbestimmungsrecht des urteilsunfähigen Patienten.⁷⁹⁴

Sollten durch die Entscheidung des Vertreters die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet sein, insbesondere weil der Vertreter den mutmasslichen Willen fehlerhaft eruieren,⁷⁹⁵ schreitet die Erwachsenenschutzbehörde auf Antrag oder von Amtes wegen ein (Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 i.V.m. Art. 381 Abs. 3 ZGB). Die Erwachsenenschutzbehörde kann eine Vertretungsbeistandschaft errichten oder eine andere vertretungsberechtigte Person bestimmen (Art. 381 Abs. 2 ZGB), wobei ihr gemäss der Botschaft ein grosser Ermessensspielraum zukommt und sie bei der Auswahl eines neuen Vertreters nicht an die Reihenfolge des Art. 378 Abs. 1 ZGB gebunden ist.⁷⁹⁶ Richtigerweise ist als neuer Vertreter die Person zu benennen, die den mutmasslichen Willen am zuverlässigsten eruieren kann.⁷⁹⁷ Schliesslich kann der potentielle Vertreter auf die Übernahme der Vertretung verzichten oder von seiner Stellung zurücktreten.⁷⁹⁸

⁷⁹¹ FASSBIND, OFK, N. 1 zu Art. 378 ZGB. GASSMANN spricht dabei von der „angenommenen Beziehungsintensität“: GASSMANN, KuKo, N. 13 zu Art. 377/378 ZGB. So auch BOENTE, ZK, N. 2 zu Art. 378 ZGB. Vgl. BOENTE, ZK, N. 44 vor Art. 374 ZGB.

⁷⁹² FASSBIND, OFK, N. zu Art. 378 ZGB.

⁷⁹³ Vgl. BÜCHLER/MICHEL, S. 116.

⁷⁹⁴ Vgl. BBI 2006, S. 7002.

⁷⁹⁵ EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 8 zu Art. 381 ZGB, und WIDMER BLUM, S. 113. Zur Eruierung des mutmasslichen Willens siehe unten, C IV 3 b cc.

⁷⁹⁶ BBI 2006, S. 7038. Gl. A. FASSBIND, OFK, N. 2 zu Art. 381 ZGB, und EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 3 zu Art. 381 ZGB. Für eine grundsätzliche Bindung an die Reihenfolge von Art. 378 Abs. 1 ZGB: GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 12 zu Art. 381 ZGB. Kritisch zum grossen Ermessensspielraum: FANKHAUSER, BJM, S. 258 m.w.Verw.

⁷⁹⁷ GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 1 zu Art. 378 ZGB. Vgl. BBI 2006, S. 7038. Kritisch FANKHAUSER, BJM, S. 258.

⁷⁹⁸ BOENTE, ZK, N. 55 ff. zu Art. 378 ZGB; ERNST, S. 44, und GASSMANN, KuKo, N. 13 zu Art. 377/378 ZGB. Mit Ausnahme des Beistandes gemäss Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB: GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 1 zu Art. 378 ZGB.

2. Zulässigkeit des stellvertretenden Behandlungsvetos

Grundsätzlich schliesst das Schweizerische Zivilgesetzbuch eine Vertretung indes dort aus, wo ein Recht zu eng mit der Persönlichkeit verbunden ist.⁷⁹⁹ Die Rechte, die die Vertretungsfeindlichkeit des betreffenden Geschäfts nach sich ziehen, werden als absolut höchstpersönliche Rechte bezeichnet. Sofern also ein Patient urteilsunfähig ist und es sich um ein absolut höchstpersönliches Recht handelt, hat dies zur Folge, dass dieses Recht nicht mehr ausgeübt werden kann.⁸⁰⁰ Die Abgrenzung zwischen absolut und relativ höchstpersönlichen Rechten soll dabei von Lehre und Rechtsprechung vorgenommen werden.⁸⁰¹

Zur Einordnung einer medizinischen Massnahme unter die absolut oder relativ höchstpersönlichen Rechte stellt eine Meinung darauf ab, ob das Unterlassen eines Eingriffs und die entsprechenden Folgen hinnehmbar seien.⁸⁰² Eine andere Ansicht stellt sich auf den Standpunkt, dass es auf die medizinische Indikation ankomme: Sofern diese fehle und keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen vorlägen, sei die Einwilligung in einen schweren invasiven oder medikamentösen Eingriff absolut höchstpersönlicher Natur.⁸⁰³ Kasuistisch wird dementsprechend beispielsweise die Einwilligung in eine medizinische Massnahme, die eine Verstümmelung oder bleibende schwere Beeinträchtigungen der körperlichen oder geistigen Integrität nach sich zieht, als absolut höchstpersönliches Recht verstanden.⁸⁰⁴ Dies gilt auch bei ausschliesslich ästhetisch motivierten Eingriffen.⁸⁰⁵

⁷⁹⁹ Art. 19c Abs. 2 ZGB.

⁸⁰⁰ Vgl. GASSMANN, der dies als eine Einschränkung der Rechtsfähigkeit des Patienten beschreibt: GASSMANN, KuKo, N. 11 zu Art. 377/378 ZGB. Vgl. auch GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 28 zu Art. 378 ZGB.

⁸⁰¹ Zum Ganzen BBI 2006, S. 7095 f.; BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 239 ff. zu Art. 19 ZGB m.w.Verw., und FANKHAUSER, CHK, N. 5 zu Art. 378 ZGB.

⁸⁰² FANKHAUSER, BJM, S. 261 f.

⁸⁰³ BREITSCHMID, S. 161.

⁸⁰⁴ LANDHOLT, S. 275 f. mit Verweis auf BGE 114 Ia 362, E. 7b.

⁸⁰⁵ FANKHAUSER, BJM, S. 262.

Der Behandlungsabbruch einer nicht aussichtslosen oder wirkungslosen lebenserhaltenden Massnahme ist nicht medizinisch indiziert.⁸⁰⁶ Ausserdem ist das entsprechende Behandlungsveto eine äusserst schwerwiegende Entscheidung mit irreversiblen Folgen. Nicht zuletzt deshalb ist dies eine höchst persönliche Entscheidung. Die Vertretungsfeindlichkeit bei absolut höchstpersönlichen Rechten wird grundsätzlich damit begründet, dass sich die betreffenden Entscheidungen kaum vernunftmässig begründen liessen und sehr eng mit der Persönlichkeitsstruktur des Betroffenen zusammenhängen.⁸⁰⁷ Dies alles spricht dafür, das Behandlungsveto mit Bezug auf nicht aussichts- oder wirkungslose lebenserhaltende Massnahmen als eine Entscheidung höchstpersönlicher Natur und damit als vertretungsfeindlich zu klassifizieren. Dies hätte zum einen die Konsequenz, dass der betreffende Patient womöglich über viele Jahre am Leben gehalten werden muss, obwohl dies vielleicht nicht seinem Willen entspricht. Zum anderen würde aber auch der Patient vor einem stellvertretenden Behandlungsveto geschützt werden, der tatsächlich am Leben gehalten werden möchte.

Um dieses Dilemma zu lösen, ist das Behandlungsveto vertretungsfreundlich,⁸⁰⁸ aber dem Patientenvertreter wird keine Entscheidungsfreiheit gelassen. Der Vertreter muss vielmehr anhand des mutmasslichen Willens und der objektiven Interessen der urteilsunfähigen Person entscheiden (Art. 378 Abs. 3 ZGB).⁸⁰⁹ Das Vertretungsrecht des Vertreters ist folglich von Gesetzes wegen „konditioniert“.⁸¹⁰ Ausserdem steht es einer Person frei, jede natürliche Person insbesondere aufgrund einer besonderen Vertrauensbeziehung und persönlichen Nähe als Vertreter zu benennen,⁸¹¹ und ihm Weisungen zu erteilen (Art. 370 Abs. 2 ZGB) und so das Vertretungsrecht zu präzisieren.⁸¹² Die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Patientenvertreters und die Möglichkeit dessen gewill-

⁸⁰⁶ Siehe oben, C III 2 d aa.

⁸⁰⁷ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 229 zu Art. 19 ZGB.

⁸⁰⁸ Im Ergebnis auch BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 296 zu Art. 19 ZGB m.w.Verw.

⁸⁰⁹ EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 12 zu Art. 378 ZGB.

⁸¹⁰ EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 12 zu Art. 378 ZGB, und FANKHAUSER, BJM, S. 251 und S. 258 ff.

⁸¹¹ Siehe oben, C IV 1.

⁸¹² Vgl. BAUMANN, S. 60, und ERNST, S. 42.

kürter Bestellung schützen somit das Selbstbestimmungsrecht eines urteilsunfähig gewordenen Patienten.⁸¹³

3. Mutmasslicher Wille

Nachfolgend wird zuerst auf die Funktionen des mutmasslichen Willens im Allgemeinen eingegangen. Danach folgt eine Erläuterung, wie der mutmassliche Wille durch den Patientenvertreter im Hinblick auf den Behandlungsabbruch zu bestimmen ist. In diesem Kontext wird auch die Aufklärung des Vertreters näher beleuchtet.

a) Funktionen des mutmasslichen Willens

Der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen Patienten ist eine von zwei Kriterien,⁸¹⁴ anhand deren der Patientenvertreter eine Entscheidung für Patienten treffen muss (vgl. Art. 378 Abs. 3 ZGB). Ist eine verbindliche Patientenverfügung vorhanden, bleibt kein Raum für eine stellvertretende Entscheidung des Patientenvertreters (vgl. Art. 372 Abs. 2 ZGB und Art. 377 Abs. 1 ZGB).⁸¹⁵ Sollte die Anordnung einer Massnahme oder das Behandlungsveto in einer Patientenverfügung unverbindlich sein, ist der Vertreter an allfällige Weisungen in der Patientenverfügung gebunden (Art. 370 Abs. 2 ZGB). Weisungen sind keine an den Arzt gerichteten verbindlichen Anordnungen oder Behandlungsvetos, sondern setzen einen Rahmen für die Entscheidung des Vertreters.⁸¹⁶ Dies kann bedeuten, dass der Verfasser seinen Vertreter anweist, anhand welcher Kriterien dieser entschieden soll oder welche medizinischen Massnahmen abgelehnt werden sollen.⁸¹⁷ Erst wenn auch solche Weisungen keine Handlungsvorgaben enthalten, kommt die Entscheidung des Patientenvertreters nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person gemäss Art. 378 Abs. 3 ZGB zum Zuge. Dem mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten kommt somit auf der einen Seite

⁸¹³ AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch, Rz. 6.93; AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 133; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 5 zu Art. 378 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N. 5 zu Art. 378 ZGB; GETH/MONA, S. 158 ff.; HAUSENER, S. 111 ff., und WIDMER BLUM, S. 101.

⁸¹⁴ GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 26 zu Art. 378 ZGB.

⁸¹⁵ BBI 2006, S. 7036; FANKHAUSER, BJM, S. 251; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 12 zu Art. 377 ZGB, und WIDMER BLUM, S. 133. Vgl. GETH/MONA, S. 162.

⁸¹⁶ BOENTE, ZK, N. 96 ff. zu Art. 370 ZGB.

⁸¹⁷ FASSBIND, OFK, N. 3 zu Art. 370 ZGB.

eine subsidiäre Bedeutung im Verhältnis zu allfälligen Anordnungen oder Weisungen in einer Patientenverfügung zu.⁸¹⁸

Auf der anderen Seite kann ein divergierender mutmasslicher Wille aber zur Unverbindlichkeit einer Behandlungsanordnung oder eines Behandlungsvetos in der Patientenverfügung führen.⁸¹⁹ Dem mutmasslichen Willen kommt damit auch eine die Patientenverfügung korrigierende Funktion zu.⁸²⁰ An die für einen solchen Widerspruch erforderlichen Zweifel sollten jedoch hohe Anforderungen gestellt werden, da es grundsätzlich in der Verantwortung des Verfassers einer Patientenverfügung fällt, diese abzuändern, wenn sein Wille sich ändert.⁸²¹

Der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen Patienten kann dann sowohl als Entscheidungsgrundlage für seinen Vertreter dienen, als auch den Patienten vor der übermässigen Bindung an seine Patientenverfügung schützen.⁸²²

b) Bestimmung des mutmasslichen Willens

Unter dem mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten wird das verstanden, „was der Patient gewollt hätte, wenn er sich frei und in voller Kenntnis der Umstände äussern könnte.“⁸²³ Da versucht wird zu bestimmen, wie die betroffene Person in einer konkreten Situation entschieden hätte, ist der mutmassliche Wille ausschliesslich subjektiver Natur. Auf diese Weise soll das Selbstbestimmungsrecht geschützt werden, auch wenn der Patient aufgrund Urteilsunfähigkeit nicht mehr freiverantwortliche Entscheidungen treffen kann.⁸²⁴

⁸¹⁸ Zum Ganzen EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 1 zu Art. 378 ZGB; ERNST, S. 43 f.; FANKHAUSER, BJM, S. 251, und WIDMER BLUM, S. 128 und 133 f. Siehe oben, C IV.

⁸¹⁹ Siehe oben, C III 2 d cc.

⁸²⁰ Eingehend GETH/MONA, S. 163 ff.

⁸²¹ Siehe oben, C III 2 d cc.

⁸²² Vgl. oben, C III 2 d cc und C IV.

⁸²³ GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 7 zu Art. 379 ZGB.

⁸²⁴ Zum Ganzen AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch, Rz. 6.93; AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 133; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 12 zu Art. 378 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N. 5 zu Art. 378 ZGB; GETH/MONA, S. 158 ff.; HAUSSENER, S. 111 ff., und WIDMER BLUM, S. 101.

Bei der Urteilsunfähigkeit wird zwischen kasueller und habitueller Urteilsunfähigkeit unterschieden.⁸²⁵ Dabei zeichne die kasuelle Urteilsunfähigkeit aus, dass die Urteilsunfähigkeit wegen einer bestimmten Einwirkung verursacht wurde. Der Betroffene wäre also ohne diese Einwirkung urteilsfähig, wie beispielsweise bei einer Bewusstlosigkeit infolge eines Unfalls. Habituell Urteilsunfähige seien dagegen über längere Zeit urteilsunfähig. Dieser Einordnung komme Relevanz bezüglich der Frage zu, ob der Patient selbst einen „rechtsgestaltenden“ Willen besitze.⁸²⁶ Der habituell urteilsunfähige Patient besitze keinen solchen rechtsgestaltenden Willen, weshalb nicht nach dem mutmasslichen Willen des Patienten zu forschen sei, sondern nach dem Willen seines Vertreters.⁸²⁷ Der minimal bewusste Patient lässt sich allerdings in beide Kategorien einordnen: Sein Zustand resultiert einerseits aus einer (häufig traumatischen) Hirnschädigung, ohne die er urteilsfähig wäre. Andererseits kann er über längere Zeit in diesem Zustand und damit habituell urteilsunfähig sein.⁸²⁸ Wesentlich ist jedoch nur, ob der mutmassliche Wille des minimal bewussten Patienten überhaupt bestimmt werden kann. Dies ist insbesondere dann nicht möglich, wenn keine Anhaltspunkte bzw. Indizien vorhanden sind,⁸²⁹ anhand welcher der mutmassliche Willen bestimmt werden kann, oder der Patient noch nie einen Willen entfalten konnte, welcher dann auch nicht bestimmt werden kann.⁸³⁰

aa) Definition des Willens und die Abgrenzung vom Bedürfnis

Bevor auf die Bestimmung des mutmasslichen Willens eingegangen wird, muss zuerst der Wille definiert werden. Dabei ist der Wille vom Bedürfnis abzugrenzen. Um die Abgrenzungsproblematik zu verdeutlichen: Ein schwer dementer Patient hat in einem urteilsfähigen Zeitpunkt eine Patientenverfügung errichtet, in welcher er auf

⁸²⁵ FELLMANN, Arztrecht, S. 191 ff.; LÜTHI, S. 83, und WIDMER BLUM, S. 99 ff.

⁸²⁶ Zum Ganzen BUCHER, S. 168; FELLMANN, Arztrecht, S. 191 f., HAAS, S. 120 f., und WIDMER BLUM, S. 99 ff. Kritisch THOMMEN, S. 24 ff.

⁸²⁷ FELLMANN, Arztrecht, S. 192; HAAS, S. 121 m.w.Verw., und WIDMER BLUM, S. 99. A. A. OFTINGER/STARK, N. 246 zu § 16.

⁸²⁸ Siehe oben, A II.

⁸²⁹ Siehe unten, C IV 3 b cc.

⁸³⁰ Sog. „genuine Urteilsfähigkeit“: THOMMEN, S. 113 ff. und 119 m.w.Verw. Siehe auch GASSMANN, KuKo, N. 12 zu Art. 377/378 ZGB.

lebenserhaltende Massnahmen verzichtet. Als er schliesslich auf künstliche Ernährung angewiesen wäre, weil er manuell nicht mehr ernährt werden kann, macht er allerdings kund, dass er Hunger hat, der ohne künstliche Ernährung nicht gestillt werden kann. Fraglich ist, ob dies als mutmasslicher Wille bezeichnet werden, der eine Patientenverfügung korrigiert.⁸³¹

Auch wenn Demenzerkrankungen nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind, bildet das Beispiel eine Parallele zu der hier diskutierten Thematik. Zwar ist mit Patienten im minimalen Bewusstseinszustand – keine Kommunikation möglich. Allerdings kann beim Patienten im minimalen Bewusstseinszustand + nicht eindeutig geklärt werden, was er versteht, wie er allfällig aufgenommene Informationen verarbeitet und ob etwaige physiologische Vorgänge, wie Bewegungen oder Wörter des Patienten, eine bewusste Reaktion oder nur eine unwillkürliche Folge seiner Hirnschädigung sind.⁸³² Es ist daher die grundsätzliche Frage zu klären, ab wann die Reaktion einer Person als *Wille* definiert werden kann.

Aus psychologischer Sicht kann Hunger als ein *Bedürfnis* bezeichnet werden.⁸³³ Das Bedürfnis selbst kann als ein Drang beschrieben werden, die Divergenz zwischen einem „Ist-Zustand“ und einem „Soll-Wert“ ausgleichen zu wollen.⁸³⁴ Beispielsweise findet im Fall einer Unterernährung eine physiologische Reaktion statt, die das Hungergefühl bei einem Menschen erzeugt, was den Drang weckt, etwas essen zu wollen.⁸³⁵

Der *Wille* wird hingegen eher in der Philosophie verortet. So hat ARISTOTELES postuliert, dass sich die Seele eines Menschen in einen vernunftlosen Teil und einen Teil, der Vernunft besitzt, einteilen lässt. Die Ursache der Ernährung sei beispielsweise ein Teil des vegetativen und vernunftlosen Teils der Seele, welche nicht nur dem Menschen eigen sei.⁸³⁶ Dinge wie der Vorsatz oder das Gewollte lägen dagegen ursprünglich im

⁸³¹ Zum Ganzen eingehend HAUSSENER, S. 245 f.

⁸³² Siehe oben, A I 2.

⁸³³ HERKNER, S. 191 f., und SCHMIDL/KOJER, S. 80 ff.

⁸³⁴ HERKNER, S. 192.

⁸³⁵ HERKNER, S. 191 f.

⁸³⁶ ARISTOTELES, S. 70 f.

Handelnden selbst, der die Umstände und Bedingungen kennt.⁸³⁷ KANT beschreibt den Willen als „eine Art von Kausalität lebender Wesen, sofern sie vernünftig sind.“⁸³⁸ Auf eine eingehende philosophische Untersuchung des Willens kann vorliegend verzichtet werden. Für die Abgrenzung zum Bedürfnis ist lediglich festzuhalten, dass der Wille als eine bewusste kognitive Leistung einer Person verstanden wird, während das Bedürfnis eine nur physiologische Ursache hat. Der Drang, seinen Hunger stillen zu wollen, ist also ein Bedürfnis. Dagegen ist es die bewusste Entscheidung einer Person, ob sie diesem Bedürfnis nachkommt oder nicht, was den Willen kennzeichnet.

Die urteilsunfähige Person ist gemäss Art. 377 Abs. 3 ZGB soweit möglich in medizinische Entscheidungsfindungen einzubeziehen.⁸³⁹ Dies basiert auf der Annahme, dass auch die urteilsunfähige Person einen sog. *natürlichen Willen* hat, der durch das Selbstbestimmungsrecht geschützt wird.⁸⁴⁰ Dieser natürliche Wille beinhaltet bis zu einem gewissen Grad eine bewusste Komponente, aber erfüllt noch nicht oder nicht mehr die erhöhten Kriterien der Urteilsfähigkeit.⁸⁴¹ Damit stellt ein Bedürfnis noch keinen natürlichen Willen dar, sondern erst die Entscheidung, dem Bedürfnis nachzugeben.

Als eines der grundsätzlichsten menschlichen Bedürfnisse wird der Drang angesehen, Leben zu wollen.⁸⁴² Weil das Selbstbestimmungsrecht einer Person aber auch den Verzicht auf lebenserhaltende Massnahmen beinhaltet,⁸⁴³ muss auch der vorab im Zustand der Urteilsfähigkeit gebildete Wille im Hinblick auf den Behandlungsabbruch gewichtiger sein, als ein generell vermutetes Bedürfnis auf Leben. Vom Patientenvertreter wird ferner erwartet, dass er den *urteilsfähigen* Willen der urteilsunfähigen Person in Bezug auf

⁸³⁷ ARISTOTELES, S. 95 ff., insbesondere S. 100.

⁸³⁸ KANT, S. 88.

⁸³⁹ BÜCHLER/MICHEL, S. 125; FANKHAUSER, CHK, N. 5 zu Art. 377 ZGB, und FANKHAUSER, BJM, S. 259 f.

⁸⁴⁰ EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 21 zu Art. 377 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 8 zu Art. 377/378 ZGB, und GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 26 f. zu Art. 377 ZGB.

⁸⁴¹ Zur Urteilsfähigkeit siehe oben, C III 1 a. Eingehend zum natürlichen Willen siehe AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 61 ff., und BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, 70 ff. zu Art. 16 ZGB. Vgl. unten, C IV 3 b dd.

⁸⁴² Vgl. PETERMANN, Suizidprävention, S. 1124.

⁸⁴³ Siehe oben, C I.

eine konkrete Entscheidung bestimmt.⁸⁴⁴ Die Bedürfnisse der urteilsunfähigen Person sind für die Bestimmung des mutmasslichen Willens dieser Person daher an sich nicht relevant.⁸⁴⁵ Es ist jedoch die Aufgabe des Patientenvertreters zu bestimmen, wie sich die urteilsunfähige Person hinsichtlich ihrer Bedürfnisse *entschieden* hätte, wäre sie urteilsfähig gewesen.⁸⁴⁶ Somit ist das Hungergefühl des urteilsunfähigen Patienten nicht als mutmasslicher Wille für die Aufnahme der künstlichen Ernährung zu verstehen. Der Patientenvertreter muss jedoch bestimmen, ob der Patient im urteilsfähigen Zustand diesem Hungergefühl nachgegeben hätte oder nicht. Mit Bezug auf den minimal bewussten Patienten ist festzuhalten, dass zumindest der Patient im minimalen Bewusstseinszustand + in der Lage ist, bewusst zu reagieren.⁸⁴⁷ Allerdings ist davon auszugehen, dass der minimal bewusste Patient generell keine Entscheidung darüber fällen kann, ob er seinen Bedürfnissen nachgeben möchte oder nicht.⁸⁴⁸

bb) *Aufklärung des Patientenvertreters*

Um den mutmasslichen Willen einer anderen Person zu bestimmen, muss der Patientenvertreter zunächst die medizinische Situation der urteilsunfähigen Person erfassen. Infolgedessen ist er gemäss Art. 377 Abs. 2 ZGB aufzuklären.⁸⁴⁹ Grundsätzlich unterliegt der Arzt dem Berufsgeheimnis nach Art 321 StGB auch gegenüber dem Patienten nahestehenden Personen.⁸⁵⁰ Eine Patientenverfügung kann zwar die Entbindung des medizinischen Personals von ihrer Schweigepflicht gegenüber dem Patientenvertreter

⁸⁴⁴ BÜCHLER/MICHEL, S. 117; LÜTHI, S. 100, und SAMW, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 17.

⁸⁴⁵ Vgl. NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 29 ff. Vgl. mit Bezug auf die Partizipation der urteilsunfähigen Person bei der Interpretation ihrer Patientenverfügung A. A. BÜCHLER/MICHEL, wonach die „Wünsche und Bedürfnisse“ der urteilsunfähigen Person zu berücksichtigen seien: BÜCHLER/MICHEL, S. 125 f. Diesbezüglich ablehnend AEBI-MÜLLER, ZBJV, S. 170.

⁸⁴⁶ Vgl. FANKHAUSER, wonach bei der Eruiierung des mutmasslichen Willens „Äusserungen und entsprechendes Verhalten“ mit einzubeziehen sind: FANKHAUSER, BJM, S. 259 f. Vgl. unten, C IV 3 b cc.

⁸⁴⁷ Siehe oben, C III 2 b aa.

⁸⁴⁸ Vgl. oben, C III 2 b aa.

⁸⁴⁹ BOENTE, ZK, N. 47 ff. zu Art. 377 ZGB; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 20 zu Art. 377 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 7 zu Art. 377/378 ZGB und HAUSSENER, S. 130. Eingehend zur Aufklärungspflicht siehe TAG, S. 707 ff., und WIDMER BLUM, S. 90 ff.

⁸⁵⁰ GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 20 zu Art. 377 ZGB.

vorsehen.⁸⁵¹ Da der Vertreter aber vor einer Entscheidung entsprechend aufgeklärt werden muss, ist fraglich, ob die Entbindung von der Schweigepflicht notwendig ist.⁸⁵²

Es wird angenommen, dass die Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber dem Patientenvertreter gemäss Art. 377 Abs. 2 ZGB einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 14 StGB mit Blick auf Art. 321 StGB darstellt.⁸⁵³ Darüber hinaus stellt sich eine Ansicht auf den Standpunkt, dass schon kein tatbestandliches Handeln des Arztes vorliege, falls der Vertreter die offenbarten Tatsachen bereits kennt.⁸⁵⁴ Die Rechtfertigungslösung befriedigt allerdings nicht restlos, denn der Vertreter entscheidet *anstelle* der urteilsunfähigen Person. Insbesondere in Anbetracht dieser besonderen gesetzlichen Stellung und der damit verbundenen Aufklärungspflicht des Arztes gemäss Art. 377 Abs. 2 ist es nicht kohärent, ein (gerechtfertigtes) tatbestandliches Verhalten des Arztes anzunehmen, denn es kommt gerade nicht auf die Entbindung der urteilsunfähigen Person hinsichtlich der Schweigepflicht an. Folglich *kann* der behandelnde Arzt den Tatbestand des Art. 321 StGB gegenüber dem Patientenvertreter im Rahmen seiner Aufklärung gar nicht verwirklichen. Dann hat die Aufklärungspflicht des behandelnden Arztes gemäss Art. 377 Abs. 2 ZGB aber eine tatbestandsausschliessende Wirkung bezüglich Art. 321 StGB.⁸⁵⁵ Gegenüber nicht vertretungsberechtigten Personen gilt freilich weiter die Schweigepflicht.⁸⁵⁶

⁸⁵¹ Vgl. beispielsweise PV FMH, ausführliche Version, S. 4.

⁸⁵² EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 20 zu Art. 377 ZGB; HAUSSENER, S. 129 f., und WIDMER BLUM, S. 92.

⁸⁵³ FANKHAUSER, CHK, N. 4 zu Art. 377 ZGB, und GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 24 zu Art. 377 ZGB. Vgl. GASSMANN, der die Aufklärungspflicht als Entbindung vom Berufsgeheimnis versteht: GASSMANN, KuKo, N. 7 zu Art. 377/378 ZGB. Im Ergebnis auch BOENTE, ZK, N. 53 (FN 76) zu Art. 377 ZGB, und SAMW, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 11.

⁸⁵⁴ TRECHSEL/VEST, SSPK, N. 24 zu Art. 321 StGB m.w.Verw.

⁸⁵⁵ Vgl. BOENTE, ZK, N. 53 (FN 76) zu Art. 377 ZGB. Betreffend die tatbestandsausschliessende Wirkung der Einwilligung vgl. eingehend NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 9 vor Art. 14 StGB und SEELMANN/GETH, S. 49 f., jeweils m.w.Verw. Wurde der Vertreter mittels einer Patientenverfügung durch die urteilsunfähige Person bestellt, könnte das auch als implizite Entbindung des behandelnden Arztes vom Berufsgeheimnis betrachtet werden: Persönliche Anmerkung von BARBARA LIND.

⁸⁵⁶ HAUSSENER, S. 127 m.w.Verw.

Nach Art. 377 Abs. 2 ZGB ist „die vertretungsberechtigte Person über alle Umstände, die im Hinblick auf die vorgesehenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind“ aufzuklären. Der Begriff der *Wesentlichkeit* soll die Aufklärungspflicht gegenüber dem Patientenvertreter nicht einschränken.⁸⁵⁷ Vielmehr ist der Vertreter in derselben umfassenden Weise wie der Patient aufzuklären.⁸⁵⁸ Die Aufzählung des Inhalts der Aufklärung gemäss Art. 377 Abs. 2 ZGB ist beispielhaft und nicht abschliessend zu verstehen.⁸⁵⁹

Zu berücksichtigen ist, dass die Kenntnis des Vertreters über den allgemeinen Gesundheitszustand des urteilsunfähigen Patienten und dessen medizinische Vorgangsgeschichte womöglich nur begrenzt ist, falls sie überhaupt vorhanden ist.⁸⁶⁰ Im Falle des minimalen Bewusstseinszustandes muss der Patientenvertreter die zentrale Frage beantworten, ob lebenserhaltende Massnahmen ergriffen bzw. fortgeführt werden sollen oder die Behandlung abgebrochen wird und der Patient verstirbt. Die Beantwortung dieser Frage obliegt dem Vertreter, da dieser vermutlich den mutmasslichen Willen des minimal bewussten Patienten am zuverlässigsten bestimmen kann und damit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten geschützt wird.⁸⁶¹ Für die Entscheidung des Vertreters wäre insbesondere relevant, mit welcher Lebensqualität der urteilsunfähige Patient unabhängig vom minimalen Bewusstseinszustand und seiner Prognose zu rechnen hat,⁸⁶² weil er etwa zusätzlich an einer terminalen und unheilbaren Krankheit leidet. Der Arzt muss den Vertreter also über den Gesamtzustand des urteilsunfähigen Patienten aufklären und nicht nur über den die Urteilsfähigkeit einschränkenden Zustand wie etwa den minimalen Bewusstseinszustand, soweit allfällige Erkrankungen oder Beeinträchtigungen Auswirkungen auf die Beurteilung der Lebensqualität dieses Patienten haben

⁸⁵⁷ GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 21 zu Art. 377 ZGB m.w.Verw.

⁸⁵⁸ GASSMANN, KuKo, N. 7 zu Art. 377/378 ZGB m.w.Verw., und GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 21 zu Art. 377 ZGB. Zur Aufklärung siehe oben, C III 1 b.

⁸⁵⁹ FANKHAUSER, CHK, N. 4 zu Art. 377 ZGB. Vgl. GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 21 zu Art. 377 ZGB.

⁸⁶⁰ Vgl. NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 34.

⁸⁶¹ Siehe oben, C IV 1. Zur Zulässigkeit des stellvertretenden Behandlungsvetos siehe oben, C IV 2.

⁸⁶² Vgl. NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 26. Zur Lebensqualität siehe SAMW, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 14.

könnten.⁸⁶³ Daher kann sich der Arzt richtigerweise auch nicht auf das therapeutische Privileg berufen, um seine Aufklärungspflicht zu begrenzen.⁸⁶⁴

Die Aufklärung ist zum einen die Voraussetzung dafür, dass der Patientenvertreter gültig entscheiden kann,⁸⁶⁵ und zum anderem die Grundlage für die Bestimmung des mutmasslichen Willens des urteilsunfähigen Patienten, auf die nachfolgend eingegangen wird.

cc) *Eruierung des mutmasslichen Willens*

Die Bildung eines Willens setzt insbesondere die Fähigkeit voraus, die eigene Situation zu verstehen und die Folgen der unterschiedlichen Entscheidungsmöglichkeiten für das eigene Wohlbefinden gegeneinander abwägen zu können. Diese Abwägung erfolgt dabei auf höchst persönlichen Grundlagen.⁸⁶⁶ Es wird also vom Patientenvertreter gefordert, dass er die Abwägung so durchführt, wie sie der urteilsunfähige Patient im Falle seiner Urteilsfähigkeit vornehmen würde.⁸⁶⁷ Folglich *eruiert* der Vertreter den mutmasslichen Willen, den der urteilsunfähige Patient hätte, wenn er urteilsfähig wäre.⁸⁶⁸ Es kann allerdings kein mutmasslicher Wille einer Person eruiert werden, die selbst noch nie urteilsfähig gewesen ist.⁸⁶⁹

Optimalerweise wird der Patient vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit seinem Vertreter seine Wünsche, Vorstellungen und/oder Anordnungen mitgeteilt haben.⁸⁷⁰ Es ist freilich auch

⁸⁶³ Vgl. BOENTE, wonach sich die Aufklärung nicht nur auf die medizinische Massnahme als solche beziehe: BOENTE, ZK, N. 61 ff. zu Art. 377 ZGB.

⁸⁶⁴ BOENTE, ZK, N. 56 zu Art. 377 ZGB; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 20 zu Art. 377 ZGB, und FANKHAUSER, CHK, N. 4 zu Art. 377 ZGB.

⁸⁶⁵ BBI 2006, S. 7036; FASSBIND, OFK, N. 3 zu Art. 377 ZGB, und GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 19 ff. zu Art. 377 ZGB. Vgl. BOENTE, ZK, N. 68 zu Art. 377 ZGB.

⁸⁶⁶ Zum Ganzen siehe oben, C III 1 a.

⁸⁶⁷ AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch, Rz. 6.93; AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 133; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 12 zu Art. 378 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N. 5 zu Art. 378 ZGB; GETH/MONA, S. 158 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.76.; HAUSSENER, S. 111 ff., und WIDMER BLUM, S. 101.

⁸⁶⁸ FANKHAUSER, CHK, N. 5 zu Art. 378 ZGB, und FANKHAUSER, BJM, S. 260. Ebenso ERNST, S. 46, und HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.44.

⁸⁶⁹ Siehe oben, C IV 3 b.

⁸⁷⁰ EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 13 zu Art. 378 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 12 zu Art. 377/378 ZGB, und WIDMER BLUM, S. 112 m.w.Verw.

möglich, dass die urteilsfähige Person in einer Patientenverfügung ihre Wünsche und Vorstellungen bzw. eine „Wertanamnese“⁸⁷¹ oder Werthaltung⁸⁷² dargelegt hat.⁸⁷³ Einige Vorlagen von Patientenverfügungen sehen diese Möglichkeit vor.⁸⁷⁴ Diese spezifischen Wünsche und Vorstellungen des Patienten hat der Vertreter primär umzusetzen.⁸⁷⁵

Sollten die Wünsche und Vorstellungen des Patienten nicht bekannt oder genügend klar sein, muss sich der Vertreter auch mit anderen Vertrauenspersonen des Urteilsunfähigen besprechen können.⁸⁷⁶ Die gesetzliche Vertretungskaskade des Art. 378 Abs. 1 ZGB folgt der Vermutung einer besonderen Vertrauensbeziehung zum Urteilsunfähigen.⁸⁷⁷ Diese Vermutung kann jedoch im Einzelfall unzutreffend sein. Der Vertreter kann zwar von seiner Stellung zurücktreten,⁸⁷⁸ falls gemäss der Kaskade des Art. 378 Abs. 1 ZGB eine dem Patienten näher stehende Person nach ihm zur Vertretung berechtigt ist. Problematisch wird es allerdings dort, wo sich der medizinische Vertreter mit einer Person austauschen möchte, die dem Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 Abs. 1 StGB unterliegt, weil sie aus seiner Sicht dem Patienten näher steht und nicht zur Vertretung berechtigt ist. Zu denken ist hier an den Hausarzt⁸⁷⁹ oder auch an einen Geistlichen. Es wurde bereits dargelegt, dass die Aufklärungspflicht des behandelnden Arztes gegenüber dem Patientenvertreter eine tatbestandsausschliessende Wirkung mit Bezug auf Art. 321 Abs. 1 StGB entfaltet.⁸⁸⁰ Diese Argumentation ist hier zwar nicht übertragbar. Gleichwohl muss die Befugnis des Vertreters es auch umfassen, eine optimale Abklärung der Wünsche und Vorstellungen des urteilsunfähigen Patienten sicherzustellen. Zum Schutz

⁸⁷¹ ERNST, S. 47.

⁸⁷² SAMW, Patientenverfügungen, S. 9.

⁸⁷³ BOENTE, ZK, N. 91 f. vor Art. 360 ZGB m.w.Verw.; ERNST, S. 46 ff. m.w.Verw.; NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 21, und SAMW, Patientenverfügungen, S. 9. Vgl. auch MONA, S. 252 f.

⁸⁷⁴ Siehe oben, C III 2 d.

⁸⁷⁵ Vgl. WIDMER BLUM, S. 112, und NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 21

⁸⁷⁶ Vgl. AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch, Rz. 6.95, und BÜCHLER/MICHEL, S. 117.

⁸⁷⁷ Siehe oben, C IV 1.

⁸⁷⁸ Siehe oben, C IV 1.

⁸⁷⁹ Zum Ganzen siehe AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch, Rz. 6.95, und BÜCHLER/MICHEL, S. 117.

⁸⁸⁰ Siehe oben, C IV 3 b bb.

des Selbstbestimmungsrechts des Patienten⁸⁸¹ müssen folglich die entsprechenden Anfragen des Patientenvertreters an einen Träger des Berufsgeheimnisses als Rechtfertigungsgrund nach Art. 14 StGB mit Blick auf Art. 321 StGB verstanden werden.⁸⁸²

Als Grundlage zur Eruierung des Willens der urteilsunfähigen Person können auch andere Indizien dienen.⁸⁸³ Zu denken ist hier an das bereits erwähnte Beispiel, indem urteilsunfähige Patient einer religiösen Gemeinschaft angehört, die jegliche Massnahmen der Sterbehilfe ablehnt. Die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft bedeutet allerdings nicht zwangsläufig, dass alle deren Überzeugungen geteilt werden.⁸⁸⁴ Ausserdem lässt ein solches Indiz nur mittelbar auf die Ansichten des Urteilsunfähigen schliessen. Solche mittelbaren Indizien sollten folglich nur zurückhaltend bei der Eruierung des mutmasslichen Willens berücksichtigt werden.⁸⁸⁵

Das Selbstbestimmungsrecht des urteilsunfähigen Patienten wird nur soweit geschützt, wie sein Vertreter in der Lage ist, den mutmasslichen Willen des Patienten zu eruieren. Ist der Vertreter dazu nicht in der Lage, beispielsweise weil er die Haltung des Urteilsunfähigen aufgrund eigener, zuwiderlaufender Wertvorstellungen nicht berücksichtigen kann, so hat er seine Vertretung abzulehnen bzw. niederzulegen.⁸⁸⁶

Es wird zudem die Ansicht vertreten, die Entscheidungsfreiheit des Patientenvertreters müsse, neben der Bindung an den mutmasslichen Willen und die Interessen des urteilsunfähigen Patienten,⁸⁸⁷ insoweit begrenzt werden, als der Vertreter nicht in unvernünftige Entscheidungen einwilligen könne.⁸⁸⁸ Der Vertreter kann grundsätz-

⁸⁸¹ Siehe oben, C IV 2.

⁸⁸² Vgl. oben, C IV 3 b cc.

⁸⁸³ Vgl. BAUMANN, S. 62; BREITSCHMID/KAMP, CHK, N. 14 zu Art. 372 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N. 5 zu Art. 378 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 12 zu Art. 377/378 ZGB, und LÜTHI, S. 102 f.

⁸⁸⁴ Zum Ganzen siehe oben, C III 2 d cc.

⁸⁸⁵ Vgl. oben, C III 2 d cc. A. A. wohl AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 176 und HAUSSENER, S. 112.

⁸⁸⁶ AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch, Rz. 6.92; GASSMANN, KuKo, N. 12 zu Art. 377/378 ZGB, und HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.76. Vgl. oben, C IV 1.

⁸⁸⁷ Siehe oben, C IV 2.

⁸⁸⁸ WIDMER BLUM, S. 111. Ähnlich auch WIEGAND, wonach Eltern nicht befugt seien, „unvernünftige Entschlüsse zum Nachteil ihrer Kinder zu treffen“: WIEGAND, Aufklärungspflicht, S. 172 f. (FN. 234).

lich indes auch eine Entscheidung treffen, die von aussen betrachtet als unvernünftig bewertet wird, da auch eine solche Entscheidung dem mutmasslichen Willen des Patienten entsprechen kann.⁸⁸⁹ Wesentlich ist dabei nur, ob der entsprechende Entscheid vertretungsfreundlich, was auf das Behandlungsveto zutrifft,⁸⁹⁰ und der gesetzliche Vertreter selbst urteilsfähig ist.⁸⁹¹

Ein Behandlungsabbruch kann dem mutmasslichen Willen eines urteilsunfähigen Patienten auch dann entsprechen, wenn dieser Patient seinen entsprechenden Willen nie direkt kundgetan hat. Insbesondere dann ist der Patientenvertreter jedoch gehalten, in Anbetracht der absoluten und irreversiblen Natur des Behandlungsabbruchs alle verfügbaren Informationen zu nutzen, um den Willen des urteilsunfähigen Patienten zu eruieren.

Es wird schliesslich vertreten, dass es mit dem definitiven Verlust der Entscheidungsfähigkeit zu einem Bruch der „personalen Identität“ komme.⁸⁹² Ein Bruch der Identität sei dann anzunehmen, wenn die urteilsunfähige Person keinen Bezug mehr zur früheren Identität herstellen könne.⁸⁹³ Nach dem Verlust der Urteilsfähigkeit existiere „eine radikal andere Subjektivität“ bzw. ein anderes „personales Ich“, das als „Nachfolger“ des ursprünglichen Patienten insbesondere die Präferenz habe, leben zu wollen.⁸⁹⁴ Demzufolge wäre der Körper nun der eines anderen, wodurch das ursprüngliche personale Ich nicht (vorab) darüber verfügen könne.⁸⁹⁵ Infolge des Identitätsbruchs seien nach einer Ansicht die wertbezogenen Interessen des ursprünglich Entscheidungsfähigen mit den erlebnisbezogenen Interessen des nachträglich entscheidungsunfähig Gewordenen abzuwägen. Die wertbezogenen Interessen des ursprünglich Entscheidungsfähigen seien mithilfe des mutmasslichen Willens dieser Person zu bestimmen, während die

⁸⁸⁹ Vgl. NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 26. Vgl. oben, C III 1 a.

⁸⁹⁰ Vgl. oben, C IV 2.

⁸⁹¹ Vgl. oben, C III 1 a.

⁸⁹² GETH, S. 85 und MERKEL R., JZ, S. 507 ff.

⁸⁹³ GETH, S. 90.

⁸⁹⁴ MERKEL R., JZ, S. 508.

⁸⁹⁵ MERKEL R., JZ, S. 508. Kritisch zum Identitätsverlust bei Wachkomapatienten vgl. KIELTYKA, S. 125 ff.

erlebnisbezogenen Interessen des nachträglich entscheidungsunfähig Gewordenen vor allem von seiner zu erwartenden Lebensqualität abhängen.⁸⁹⁶ Beim minimal bewussten Patienten kann jedoch aufgrund seines Potentials⁸⁹⁷ nicht von einem definitiven Verlust seiner Urteilsfähigkeit ausgegangen werden, weshalb es auch nicht zu einem Bruch der personalen Identität kommt. Ausserdem kann er auch keine Entscheidung darüber fällen, ob er seinen Bedürfnissen nachgeben möchte oder nicht,⁸⁹⁸ weshalb beim minimal bewussten Patienten auch nicht von einem anderen personalen Ich ausgegangen werden könnte, selbst wenn ein Identitätsbruch angenommen werden würde. Massgebend bleibt somit der mutmassliche Wille des minimal bewussten Patienten.

dd) *Natürlicher Wille als Vetorecht des urteilsunfähigen Patienten?*

Grundsätzlich ist der minimal bewusste Patient zwar kommunikationsunfähig, unter Umständen kann die Kommunikationsfähigkeit im Einzelfall aber temporär durch eine Behandlung wiederhergestellt werden.⁸⁹⁹ Es ist also zu erläutern, inwiefern ein natürlicher Wille des minimal bewussten Patienten zu berücksichtigen wäre. Der natürliche Wille kann zwar nicht genügen, um eine rechtsverbindliche medizinische Anordnung zu treffen.⁹⁰⁰ Unter Umständen könnte ein natürlicher Wille des urteilsunfähigen Patienten aber auch eine Patientenverfügung negieren, die einen Behandlungsabbruch für diesen Zustand regelt.⁹⁰¹

Mit Bezug auf ein solches „Vetorecht“ spricht sich eine Ansicht für eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung einer Patientenverfügung und der Äusserungen des Patienten aus.⁹⁰² Eine andere Ansicht steht auf dem Standpunkt, dass der urteils-

⁸⁹⁶ Eingehend Zum Ganzen GETH, S. 85 ff. m.w.Verw.

⁸⁹⁷ Siehe oben, A II und B II 1 b.

⁸⁹⁸ Siehe oben, C IV 3 b aa.

⁸⁹⁹ Siehe oben, A I; A II und C III 3.

⁹⁰⁰ AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 61 ff., und BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 81 zu Art. 16 ZGB.

⁹⁰¹ Eingehend zum Verhältnis zwischen der Patientenverfügung und dem entgegenstehenden natürlichen Willen siehe HAUSSENER, S. 244 f. m.w.Verw.

⁹⁰² HAUSSENER, S. 247 ff.

unfähige Wille unmassgeblich sei, unabhängig davon, ob damit eine Zustimmung oder Ablehnung ausgedrückt werde.⁹⁰³

Grundsätzlich muss auch der gegen eine Anordnung in einer Patientenverfügung gerichtete natürliche Wille des urteilsunfähigen Patienten genügen, um die Verbindlichkeit seiner Patientenverfügung zu negieren.⁹⁰⁴ Denn für den Fall begründeter Zweifel daran, dass der mutmassliche Wille nicht mehr der Patientenverfügung entspricht, ist die Patientenverfügung unverbindlich (Art. 372 Abs. 2 ZGB).⁹⁰⁵ Auch soll die urteilsunfähige Person, soweit möglich, in die Entscheidungsfindung mit einbezogen werden (Art. 377 Abs. 3 ZGB), insbesondere weil auch der natürliche Wille durch das Selbstbestimmungsrecht des urteilsunfähigen Patienten geschützt wird.⁹⁰⁶ Schliesslich soll der Patient vor einer übermässigen Bindung an seine Patientenverfügung geschützt werden.⁹⁰⁷

Der natürliche Wille kann aber allein nicht genügen, um die Einwilligung in eine Behandlung oder ein Behandlungsveto rechtsverbindlich zu bekunden.⁹⁰⁸ Die Entscheidung über den Behandlungsabbruch liegt daher beim Vertreter der urteilsunfähigen Person.⁹⁰⁹ Nur dieser kann also den natürlichen Willen als Indiz bei der Eruiierung des mutmasslichen Willens des urteilsunfähigen Patienten berücksichtigen.⁹¹⁰ Dem natürlichen Willen kommt jedoch bei der Eruiierung des mutmasslichen Willens im Verhältnis zu Wünschen, Vorstellungen und/oder Anordnungen, die der Patient vor Eintritt seiner Urteilsunfähigkeit mitgeteilt hat, nachrangige Bedeutung zu.⁹¹¹

⁹⁰³ AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 62, und BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 81 zu Art. 16 ZGB.

⁹⁰⁴ Vgl. WIDMER BLUM, wonach ein entgegenstehender natürlicher Wille ein Indiz für den geänderten mutmasslichen Willen sei: WIDMER BLUM, S. 186 f.

⁹⁰⁵ Siehe oben, C III 2 d cc.

⁹⁰⁶ Siehe oben, C IV 3 b aa.

⁹⁰⁷ Siehe oben, C III 2 d cc.

⁹⁰⁸ Vgl. AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 62 und BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N. 81 zu Art. 16 ZGB.

⁹⁰⁹ WIDMER BLUM, S. 187.

⁹¹⁰ Vgl. HAUSSENER, S. 265. Siehe oben, C IV 3 b cc.

⁹¹¹ Vgl. oben, C IV 3 b cc. Vgl. HAUSSENER, wonach der natürliche Wille „ausnahmsweise“ zur Eruiierung des mutmasslichen Willens beitragen kann: HAUSSENER, S. 265.

4. Interessen des Patienten

Der Patientenvertreter soll neben dem mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten auch die Interessen des Patienten einbeziehen (Art. 378 Abs. 3 ZGB).⁹¹² Diese Interessen bestimmen im Gegensatz zum subjektiven mutmasslichen Willen, auf objektive Weise.⁹¹³ Es wird daher eruiert, wie sich eine hypothetische dritte Person in der entsprechenden Situation entscheiden würde, wobei angenommen wird, dass diese Person „vernünftig“ sei.⁹¹⁴ Massgebend ist jedoch nicht die *Vernünftigkeit* des hypothetischen Dritten, da auch subjektiv motivierte Entscheidungen vernünftig sein können,⁹¹⁵ sondern vielmehr, dass der vermutete Entscheid der hypothetischen Person ausschliesslich auf *objektivierten* Werten basiert.⁹¹⁶ Diese Objektivierung bedeutet, dass sich die hypothetische Person an „allgemeinen Wertevorstellungen“ und nicht an den subjektiven Ansichten und Vorstellungen des urteilsunfähigen Patienten orientiert.⁹¹⁷ Als objektivierter Interessen werden insbesondere Lebenserhaltungs- und Gesundheitsinteressen sowie die Würde des Menschen angeführt.⁹¹⁸

Diese generalisierten Interessen sind nachfolgend sowohl allgemein als auch konkret mit Bezug auf den Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten näher zu erläutern. Auf das Verhältnis zwischen dem subjektiven mutmasslichen Willen und den objektivierten Interessen des Patienten wird weiter unten eingegangen.⁹¹⁹

⁹¹² BBI 2006, S. 7037.

⁹¹³ BBI 2006, S. 7037; AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch, Rz. 6.96; AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 136; BÜCHLER/MICHEL, S. 117 f.; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 13 zu Art. 378 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N. 5 zu Art. 378 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 12 zu Art. 377/378 ZGB; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 7 zu Art. 379 ZGB; HAUSSENER, S. 132; LÜTHI, S. 102 f., und WIDMER BLUM, S. 113.

⁹¹⁴ Vgl. NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 26 und S. 35; HAUSSENER, S. 132; LÜTHI, S. 102 f., und SAMW, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 11.

⁹¹⁵ Vgl. oben, C III 1 a.

⁹¹⁶ Vgl. HAUSSENER, S. 132.

⁹¹⁷ Vgl. GETH, S. 71 f. und HAUSSENER, S. 132, jeweils m.w.Verw. Vgl. auch POPP, S. 644 (FN 17).

⁹¹⁸ EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 13 zu Art. 378 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 12 zu Art. 377/378 ZGB, und HAUSSENER, S. 132 m.w.Verw. Vgl. BÜCHLER/MICHEL, S. 118.

⁹¹⁹ Siehe unten, C IV 5.

a) **Lebenserhaltungs- und Gesundheitsinteresse**

Am Leben und gesund zu sein sind zwei der grundsätzlichsten menschlichen Interessen. Im Allgemeinen ist daher anzunehmen, dass ein Mensch sein Leben bewahren und Einschränkungen seiner Gesundheit beheben lassen möchte. Damit ist es naheliegend, dass es den objektivierten Interessen eines Patienten entspricht, eine medizinisch indizierte lebenserhaltende Behandlung⁹²⁰ durchführen zu lassen, um am Leben zu bleiben.⁹²¹ Eine Ansicht dehnt dies so weit aus, dass dem Lebenserhaltungsinteresse⁹²² selbst dann eine massgebliche Bedeutung zukomme, wenn die Erfolgchancen der entsprechenden Behandlung eher gering seien.⁹²³

Das Lebenserhaltungsinteresse wurde durch Art. 10 Abs. 1 BV als verfassungsmässiges Recht verankert (vgl. auch Art. 6 UNO-Pakt II und Art. 2 EMRK).⁹²⁴ Das Recht auf Leben muss allerdings nicht zwingend so verstanden werden, dass das Fortbestehen eines Lebens „um jeden Preis“ geschützt wird.⁹²⁵ Es kann auch bedeuten, dass frei über dieses Leben verfügt werden darf. Dies kann so weit verstanden werden, dass das eigene Leben beendet werden darf.⁹²⁶ Diesbezüglich kann auf das Eigentumsrecht verwiesen werden,⁹²⁷ das auch das Recht des Eigentümers umfasst, im Rahmen der bestehenden Gesetze sein Eigentum zu vernichten (vgl. Art. 641 Abs. 1 ZGB).⁹²⁸ Überwiegend wird das Recht, sein Leben beenden zu dürfen, jedoch auf das Selbstbestimmungsrecht gemäss Art. 10 Abs. 2 BV bzw. auf die Garantie des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK⁹²⁹ und

⁹²⁰ Vgl. oben, B V 2 und C III 2 d aa.

⁹²¹ Vgl. AEBI-MÜLLER, Jusletter, Rz. 136, und BÜCHLER/MICHEL, S. 117 f.

⁹²² JENAL, S. 115.

⁹²³ HAUSSENER, S. 132, und LÜTHI, S. 103, jeweils m.w.Verw., insbesondere betreffend den Grundsatz „*in dubio pro vita*“.

⁹²⁴ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 45.

⁹²⁵ Vgl. BÜCHLER/MICHEL, wonach insbesondere auch die medizinische Indikation einer lebenserhaltenden Therapie zu berücksichtigen sei: BÜCHLER/MICHEL, S. 118.

⁹²⁶ Zum Anspruch auf Lebensbeendigung als Teil des Rechts auf Leben siehe SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 22 zu Art. 10 BV m.w.Verw.

⁹²⁷ Vgl. MERKEL G., S. 325.

⁹²⁸ WIEGAND, BSK, N. 33 zu Art. 641 ZGB m.w.Verw.

⁹²⁹ Zum Geltungsbereich von Art. 8 EMRK und zum Verhältnis zu Art. 10 Abs. 2 BV siehe MÜLLER/SCHEFER, S. 138, und SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 38 ff. zu Art. 10 BV.

nicht auf das Lebensrecht gestützt.⁹³⁰ Worauf das Recht, sein Leben beenden zu dürfen, gestützt wird, ist jedoch mit Blick auf die Bestimmung der objektivierten Interessen des urteilsunfähigen Patienten nicht relevant. Entscheidend ist vielmehr, dass sein Leben beenden zu wollen, eine individuelle Entscheidung und damit subjektiver Natur ist. Daher kann prinzipiell kein objektiviertes Interesse eines Patienten abgeleitet werden, in einer bestimmten Situation lebenserhaltende Massnahmen zu beenden. Dies wäre letztlich ein fremdbestimmter Behandlungsabbruch, der beim minimal bewussten Patienten abzulehnen ist.⁹³¹

Sind einander gegenläufige objektive Gesundheitsinteressen derselben Person vorhanden, liegt eine sog. „individuelle Interessenkollision“ vor.⁹³² Da hier lediglich objektivierte Interessen kollidieren und der mutmassliche Wille des Patienten *nicht* berücksichtigt wird, sind die Regeln der Notstandhilfe anwendbar, womit eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss.⁹³³ Zu nennen ist das Beispiel, dass ein Patient starke Schmerzen erleidet, aber die entsprechende Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung zur Folge hätte.⁹³⁴ In diesem Fall kollidiert das Interesse an Schmerzfreiheit mit dem Lebenserhaltungsinteresse.⁹³⁵ Zu berücksichtigen sind dann insbesondere die Bedeutung des betreffenden Rechtsgutes und die Irreversibilität der Lebensverkürzung bzw. –beendigung.⁹³⁶ Im Falle des minimal bewussten Patienten muss davon ausgegangen werden, dass der Patient Schmerzen empfinden kann.⁹³⁷ Kann diesen Schmerzen nicht durch eine Schmerzbehandlung begegnet werden, dann könnte ein Behandlungsabbruch im objektiven Interesse dieses Patienten liegen, da damit weitere Schmerzen vermieden

⁹³⁰ Zum Ganzen bezüglich Art. 10 BV siehe BIAGGINI, OFK, N. 10 zu Art. 10 BV und SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 22 zu Art. 10 BV. Bezüglich Art. 2 EMRK siehe BGE 133 I 58, E. 6.2.2. und Urteil des EGMR Pretty vs. The United Kingdom vom 29.04.2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-III, S. 155 ff., RN. 40.

⁹³¹ Vgl. die Ausführungen zur Begrenzung der Garantenstellung des Arztes: Siehe oben, B V.

⁹³² DONATSCH/TAG, S. 246 f.; GETH, S. 66 f.; JENAL, S. 113 ff., und THOMMEN, S. 120 m.w.Verw. auf die schweizerische und deutsche Lehre. Siehe unten, C IV 6 a.

⁹³³ JENAL, S. 113 ff., und THOMMEN, S. 120 m.w.Verw. A. A. wohl DONATSCH/TAG, S. 246 f.

⁹³⁴ Vgl. oben, C III 4.

⁹³⁵ JENAL, S. 115.

⁹³⁶ Vgl. GETH, S. 74 f. m.w.Verw.

⁹³⁷ Siehe oben, A I 1.

werden. Der minimal bewusste Patient ist jedoch nicht im terminalen Stadium, daher geht es um mehr als die Frage, ob nur ein letzter qualvoller Lebensabschnitt beendet wird.⁹³⁸ Darüber hinaus besitzt der minimal bewusste Patient ein gutes Potential auf Verbesserung seines gesundheitlichen Zustandes.⁹³⁹ Die Verbesserung des Zustandes des minimal bewussten Patienten kann zwar die Linderung seiner Schmerzen zufolge haben, jedoch kann die Reduktion der Bewusstseinsbeschränkung auch zur bewussten Wahrnehmung der Schmerzen führen.⁹⁴⁰ Folglich ist im Einzelfall zu beurteilen, ob ein Behandlungsabbruch im objektivierten Interesse des minimal bewussten Patienten liegt.⁹⁴¹ Falls von einer Linderung der Schmerzen ausgegangen werden kann, muss dieses Potential ebenfalls in der Abwägung berücksichtigt werden, da es eine aktuelle Eigenschaft des Patienten ist.⁹⁴² Damit bekommt das Lebenserhaltungsinteresse des minimal bewussten Patienten ein zusätzliches ethisches Gewicht. Solange also das Potential auf Verbesserung des Zustandes und auf Linderung der Schmerzen besteht, kann kein überwiegendes *objektiviertes* Interesse an Schmerzfreiheit und damit an einen Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten behauptet werden.

Die lebenserhaltende Massnahme liegt in dem objektivierten Lebenserhaltungsinteresse des minimal bewussten Patienten. Negativ formuliert entspricht der Behandlungsabbruch also *nicht* dem objektivierten Lebenserhaltungsinteresse eines minimal bewussten Patienten.

b) Würde

Der Würdeschutz des minimal bewussten Patienten wurde bereits im Zusammenhang mit einer allfälligen Begrenzung der Garantenstellung des Arztes erläutert.⁹⁴³ Dabei wurde aufgezeigt, dass der Schutz der Menschenwürde sowohl für als auch gegen den Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten angeführt werden kann, wobei

⁹³⁸ Vgl. JENAL, S. 115 f.

⁹³⁹ Siehe oben, A II.

⁹⁴⁰ Siehe oben, C III 3 a.

⁹⁴¹ Vgl. JENAL, der zu Recht darlegt, dass nicht abstrakt gesagt werden kann, wann genau das Interesse an Schmerzfreiheit das Lebenserhaltungsinteresse überwiegt: JENAL, S. 122.

⁹⁴² Siehe oben, B II 1 b.

⁹⁴³ Siehe oben, B V 1.

hier vertreten wurde, dass der Würdeschutz deshalb auf Erhalt des Lebens des minimal bewussten Patienten gerichtet sein muss, weil der Behandlungsabbruch sowohl die eingeschränkte Subjektivität als auch das Potential des minimal bewussten Patienten auf Ausweitung dieser Subjektivität zunichtemachen würde. Infolgedessen kann der Würdeschutz kein *objektiviertes* Interesse eines minimal bewussten Patienten an einem Behandlungsabbruch begründen.

c) Zwischenfazit

Lebenserhaltungsinteresse und Würdeschutz sprechen für die Erhaltung des Lebens des minimal bewussten Patienten. Der Behandlungsabbruch entspricht daher nicht den objektivierten Interessen dieser Patienten. Ein Behandlungsabbruch kann jedoch dem mutmasslichen Willen eines minimal bewussten Patienten entsprechen.⁹⁴⁴ In Ermangelung einer konkreteren positivrechtlichen Regelung als Art. 378 Abs. 3 ZGB muss daher das Verhältnis zwischen diesen beiden Entscheidkriterien des Patientenvertreters geklärt werden.⁹⁴⁵ Zu nennen ist das Beispiel eines schmerzfreien minimal bewussten Patienten, der seinem Vertreter im Zeitpunkt seiner Urteilsfähigkeit mitgeteilt hat, dass er für diesen Zustand einen Behandlungsabbruch wünscht.

5. Verhältnis zwischen dem mutmasslichen Willen und den objektivierten Interessen des Patienten

Es werden hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Entscheidkriterien unterschiedliche Positionen vertreten: Eine Ansicht unterscheidet nach der Art der stellvertretenden Entscheidung und fordert, dass bei der Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff die objektivierten Interessen eine Eingriffsschranke darstellen, während beim Eingriffsveto, als der Entscheidung über einen Behandlungsabbruch, dem mutmasslichen Willen der Vorrang zu geben sei.⁹⁴⁶ Eine andere Ansicht gibt hingegen dem mutmasslichen Willen generell den Vorrang.⁹⁴⁷ Einigkeit besteht wohl darin, dass die objektivierten Interes-

⁹⁴⁴ Siehe oben, C IV 3 b cc.

⁹⁴⁵ Vgl. BÜCHLER/MICHEL, S. 118, und FANKHAUSER, BJM, S. 259.

⁹⁴⁶ Eingehend GETH/MONA, S. 173 f. Siehe auch EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 13 zu Art. 378 ZGB, und FANKHAUSER, BJM, S. 259.

⁹⁴⁷ NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 35; BOENTE, ZK, N. 69 ff. zu Art. 378 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 12 zu Art. 377/378 ZGB; GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 27 zu Art. 378 ZGB; HAUSSENER,

sen nur dann massgebend sind, wenn der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen Patienten nicht bestimmbar ist.⁹⁴⁸

Fraglos berechtigt das Recht auf Selbstbestimmung auch dazu, eine Entscheidung zu treffen, die objektivierte Interessen zuwiderläuft.⁹⁴⁹ Es erscheint jedoch nicht gerechtfertigt, nur dann auf die objektivierten Interessen des Patienten abzustellen, wenn der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen Patienten nicht eruierbar ist. Dem objektivierten Interesse des Patienten käme damit nämlich eine subsidiäre Natur zu,⁹⁵⁰ was sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Botschaft ableiten lässt (vgl. Art. 378 Abs. 3 ZGB).⁹⁵¹ Vielmehr ist GETH zuzustimmen, der eine Risikoabwägung vornimmt. Dabei muss das Irrtumsrisiko hinsichtlich der Bestimmung des mutmasslichen Willens umso niedriger sein, je stärker der mutmassliche Wille den objektivierten Interessen des Patienten zuwiderläuft.⁹⁵² Folglich darf auch das Irrtumsrisiko umso höher sein, je deutlicher ein Interessenübergewicht zugunsten des Behandlungsabbruchs gegeben ist, wie etwa beim Erleiden starker Schmerzen.⁹⁵³

Der minimal bewusste Patient ist nicht sterbend⁹⁵⁴ und empfindet wahrscheinlich Schmerzen.⁹⁵⁵ Es ist auch möglich, dass der minimal bewusste Patient seine Schmerzen ähnlich wahrnimmt, wie eine Person ohne Bewusstseinseinschränkung.⁹⁵⁶ Angesichts der irreversiblen Natur des Behandlungsabbruchs hat dies zur Folge, dass hohe Anforderungen an die Eruierung des mutmasslichen Willens dieser Person zu legen sind bzw.

S. 132 f., und LÜTHI, S. 103. Im Ergebnis auch AEBI-MÜLLER, welche jedoch zwischen kasueller und habitueller Urteilsunfähigkeit unterscheidet: AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch, Rz. 6.87.

⁹⁴⁸ NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 35. AEBI-MÜLLER, Fachhandbuch, Rz. 6.87; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 13 zu Art. 378 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 12 zu Art. 377/378 ZGB, und WIDMER BLUM, S. 113.

⁹⁴⁹ NEK-CNE, Patientenverfügung, S. 35 und LÜTHI, S. 103. Vgl. oben, B II 2.

⁹⁵⁰ LÜTHI, S. 103.

⁹⁵¹ Vgl. BBI 2006, S. 7036 f.

⁹⁵² GETH, S. 72 ff., insbesondere S. 73 f.

⁹⁵³ GETH, S. 75.

⁹⁵⁴ Siehe oben, B I 1 und B III 1.

⁹⁵⁵ Siehe oben, A I 1.

⁹⁵⁶ Siehe oben, A I 2 b.

das entsprechende Irrtumsrisiko gering sein muss.⁹⁵⁷ Insbesondere hat der Patientenvertreter alle verfügbaren Grundlagen zu nutzen, um den mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten zu erforschen. Falls er dazu nicht in der Lage ist oder den mutmasslichen Willen dieses Patienten nicht nach aussen vertreten kann, muss er von seiner Position zurücktreten.⁹⁵⁸ Kommt der Vertreter unter Berücksichtigung der hohen Anforderungen an die Eruiierung des mutmasslichen Willens zu dem Schluss, dass der Behandlungsabbruch dem mutmasslichen Willen der urteilsunfähig gewordenen Person entspricht, dann hat er das rechtsverbindliche Behandlungsveto auszusprechen.

6. Strafrechtsdogmatische Einordnung des stellvertretenden Behandlungsvetos

Die stellvertretende Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ist dem Strafrecht prinzipiell fremd.⁹⁵⁹ Denn ob ein Patient seine körperliche Integrität einem medizinischen Eingriff preisgibt oder nicht wird autonom entschieden. Die stellvertretende Einwilligung bleibt daher ein „Akt der Fremdbestimmung“.⁹⁶⁰ Die Entscheidung des Vertreters wird jedoch als eine Form der Notstandshilfe oder wie eine mutmassliche Einwilligung des urteilsunfähigen Patienten eingeordnet.⁹⁶¹ Auf diese Einordnung ist nachfolgend einzugehen.

a) Notstandshilfe

Die medizinische Entscheidung des Patientenvertreters kann als Sonderfall der Notstandshilfe betrachtet werden. Eine Besonderheit ergibt sich daraus, dass zum Schutz eines Rechtsgutes nicht in die Rechtssphäre eines Dritten eingegriffen wird, sondern die Interessen nur einer Person kollidieren. Es wird daher von einer sog. „individuellen Interessenkollision“ gesprochen.⁹⁶² Eine Ansicht sieht keine Möglichkeit einer individu-

⁹⁵⁷ Vgl. oben, C IV 3 b cc.

⁹⁵⁸ Siehe oben, C IV 3 b cc und C IV 1.

⁹⁵⁹ Eingehend SEELMANN, FS Trechsel, S. 572 f. Gl. A. GETH, S. 61.

⁹⁶⁰ Eingehend THOMMEN, S. 109 f.

⁹⁶¹ THOMMEN, S. 120 ff. Zum Verhältnis zwischen Notstandshilfe und mutmasslicher Einwilligung siehe GETH, S. 66 f.

⁹⁶² DONATSCH/TAG, S. 246 f.; GETH, S. 66 f.; JENAL, S. 113 ff., und THOMMEN, S. 120 m.w.Verw. auf die schweizerische und deutsche Lehre. Vgl. STRATENWERTH, AT, N. 53 ff. zu § 10.

ellen Interessenkollision im Rahmen der Notstandshilfe. Sie führt im Wesentlichen aus, dass Art. 17 StGB dem Nothelfer nur gestatte, anstelle des Bedrohten in die Rechtsgüter Dritter einzugreifen. Andernfalls würde die persönliche Willensfreiheit des Betroffenen beschränkt werden, da „ein Aussenstehender über einen persönlichen Interessenkonflikt entscheiden [könne].“⁹⁶³ Dem wird zu Recht entgegengehalten, dass nicht für alle Fälle der individuellen Interessenkollision die mutmassliche Einwilligung herangezogen werden kann. Dies gilt insbesondere für die Fälle, die der Einwilligungsschranke des Art. 114 StGB unterliegen oder in denen die betreffende Person nie einen rechtswirksamen Willen entfalten konnte.⁹⁶⁴ Zudem ist anzumerken, dass es sich beim minimal bewussten Patienten um einen urteilsunfähigen Patienten handelt. Die Bindung der Entscheidung des Vertreters an den mutmasslichen Willen und die Interessen des Patienten soll dessen Selbstbestimmungsrecht gerade schützen.⁹⁶⁵

Darüber sieht sich die Einordnung der medizinischen Entscheidung des Patientenvertreters weiterer grundsätzlicher Kritik ausgesetzt.⁹⁶⁶ Es ist insbesondere der Einwand zu nennen, dass die Notstandshilfe generell nicht auf „intrapersonale“ (bzw. individuelle) Interessenkollisionen anwendbar sei, weil dies nicht dem Normzweck entspreche. Grundsätzlich sei die Einwilligung (sofern vorhanden) dazu da, individuelle Interessenkollisionen aufzulösen.⁹⁶⁷ Diesem Einwand ist zuzustimmen. Ausserdem ist anzumerken, dass der Gesetzgeber mit der Revision des Erwachsenenschutzrechts dafür gesorgt hat, dass mit der Patientenverfügung (Art. 370 Abs. 1 ZGB) und der Entscheidung des Patientenvertreters (Art. 378 Abs. 3 ZGB) für urteilsunfähige Personen zivilrechtliche Surrogate der Einwilligung gesetzlich verankert wurden.⁹⁶⁸ Es muss also zuerst geprüft werden, ob eine Einwilligung vorliegt, bevor eine Einordnung als Notstandshilfe in Betracht kommt.⁹⁶⁹

⁹⁶³ Zum Ganzen DONATSCH/TAG, S. 246 f.

⁹⁶⁴ Eingehend GETH, S. 67.

⁹⁶⁵ Siehe oben, C IV 2.

⁹⁶⁶ Betreffend die Diskussion um die Einordnung der indirekten aktiven Sterbehilfe als Notstandshandlung siehe JENAL, S. 111 ff. m.w.Verw.

⁹⁶⁷ JENAL, S. 113 f., und STRATENWERTH, AT I, N. 51 zu § 10.

⁹⁶⁸ Vgl. TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 12a zu Art. 14 StGB, und WIDMER BLUM, S. 205.

⁹⁶⁹ THOMMEN, S. 121.

b) Stellvertretender Entscheid als mutmassliche Einwilligung des Betroffenen

Eine Ansicht sieht in der Entscheidung des Vertreters eine mutmassliche Einwilligung des Rechtsgutsträgers, also konkret des urteilsunfähigen Patienten.⁹⁷⁰ Dies hat zur Folge, dass eine medizinische Entscheidung nur bei nachträglich urteilsunfähig gewordenen Patienten und nicht bei „drittnützigen Eingriffen“ rechtfertigbar ist.⁹⁷¹

Die mutmassliche Einwilligung setzt sich zusammen aus dem subjektiven mutmasslichen Willen und den objektivierten Interessen der betroffenen Person.⁹⁷² Auch hier unterscheidet eine Meinung hinsichtlich dieser beiden Kriterien, ob ein Eingriff verweigert oder vorgenommen wird.⁹⁷³ Eine andere Ansicht gibt dem mutmasslichen Willen generell den Vorrang.⁹⁷⁴ Damit sind die Kriterien der mutmasslichen Einwilligung im Strafrecht grundsätzlich deckungsgleich mit denen der zivilrechtlichen Entscheidung des Patientenvertreters (Art. 378 Abs. 3 ZGB).⁹⁷⁵

Die Einordnung der stellvertretenden Entscheidung als mutmassliche Einwilligung der betroffenen Person hätte zur Folge, dass der Arzt⁹⁷⁶ oder im Streitfall ein Strafrichter zu beurteilen hätte, ob der Behandlungsabbruch dem mutmasslichen Willen der betroffenen Person entspricht. Art. 378 Abs. 3 ZGB sieht demgegenüber vor, dass der Patientenvertreter den mutmasslichen Willen der urteilsunfähigen Person eruieren muss.⁹⁷⁷ Die strafrechtsdogmatische Berufung auf den mutmasslichen Willen der betroffenen Person hätte zur Folge, dass die erwachsenenschutzrechtliche Befugnis des Patientenvertreters untergraben werden würde. Dies würde folglich auch dem Ziel des Gesetzgebers zuwiderlaufen, das Selbstbestimmungsrecht urteilsunfähiger Patienten zu

⁹⁷⁰ SEELMANN, FS Trechsel, S. 574 ff.

⁹⁷¹ THOMMEN, S. 123 f.

⁹⁷² NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 61 ff. vor Art. 14 StGB.

⁹⁷³ SEELMANN, BSK (3. Aufl.), N. 19 zu Art. 14 StGB. Vgl. oben, C IV 5.

⁹⁷⁴ DONATSCH/TAG, S. 262; NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 64 vor Art. 14 StGB; STRATENWERTH, AT I, N. 27 zu § 10 und TRECHSEL/NOLL/PIETH, S. 141 f.

⁹⁷⁵ Siehe oben, C IV.

⁹⁷⁶ THOMMEN, S. 125.

⁹⁷⁷ Siehe oben, C IV.

stärken,⁹⁷⁸ da davon auszugehen ist, dass der gesetzliche Vertreter den mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten am zuverlässigsten eruieren kann.⁹⁷⁹ Vielmehr ist auf die Entscheidung des Vertreters und nicht auf die mutmassliche Einwilligung des Patienten abzustellen.⁹⁸⁰ Dem Entscheid des Vertreters sollte also auch eine selbstständige strafrechtliche Bedeutung zukommen.⁹⁸¹

c) Selbstständige strafrechtliche Wirkung der stellvertretenden Entscheidung

Der Patientenvertreter ist befugt, eine stellvertretende Entscheidung für den urteilsunfähigen Patienten zu treffen (Art. 378 Abs. 3 ZGB). Da die stellvertretende Einwilligung dem Strafrecht als Rechtfertigungsgrund grundsätzlich fremd ist, bleibt im Einzelfall aber möglicherweise unklar, ob der betroffene Rechtsgutinhaver seine Rechtsgüter im Einzelfall tatsächlich preisgeben würde, wäre er urteilsfähig.⁹⁸² Dem Autonomieprinzip des Patienten wird allerdings damit Rechnung getragen, dass die Entscheidungsfreiheit des Patientenvertreters konditioniert wird,⁹⁸³ was letztlich zum Ziel hat, das Selbstbestimmungsrecht der urteilsunfähigen Person zu schützen.⁹⁸⁴ Auch um die Einheit der Rechtsordnung zu wahren, kommt der stellvertretenden Entscheidung des Patientenvertreters gemäss Art. 378 Abs. 3 ZGB selbstständige rechtfertigende Wirkung zu, da die stellvertretende Entscheidung ein Surrogat der Einwilligung der betroffenen Person ist.⁹⁸⁵

⁹⁷⁸ Siehe oben, C III 2 d cc.

⁹⁷⁹ Siehe oben, C IV 2.

⁹⁸⁰ Im Ergebnis auch THOMMEN, wonach der Eingriffsentscheid durch den Arzt der „informed consent“-Doktrin zuwiderlaufe, da der Eingriffsentscheid in den Händen des Eingreifenden liege und damit ein ärztlicher Paternalismus sei: THOMMEN, S. 125 m.w.Verw.

⁹⁸¹ THOMMEN, S. 125 ff.; TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 5 zu Art. 14 StGB, und im Ergebnis wohl auch NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 49 vor Art. 14 StGB.

⁹⁸² Betreffend den Einwand des Autonomieprinzips siehe oben, C IV 6.

⁹⁸³ EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 12 zu Art. 378 ZGB, und FANKHAUSER, BJM, S. 251 und S. 258 ff.

⁹⁸⁴ Siehe oben, C IV 2.

⁹⁸⁵ THOMMEN, S. 125 ff.; TRECHSEL/GETH, SSPK, N. 12a zu Art. 14 StGB, und im Ergebnis wohl auch NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 49 vor Art. 14 StGB.

7. Zwischenfazit

Eine Person kann für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit einen Vertreter in einer Patientenverfügung benennen (Art. 370 Abs. 2 ZGB). Andernfalls kommt die Kaskade des Art. 378 Abs. 1 ZGB zur Anwendung. Der Patientenvertreter ist grundsätzlich befugt, ein rechtsverbindliches Behandlungsveto auszusprechen.

Der Behandlungsabbruch bzw. die Nichtaufnahme von lebenserhaltenden Massnahmen kann dem subjektiven mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen minimal bewussten Patienten entsprechen, liegt aber nicht in dessen objektivierten Interesse.

Der subjektive mutmassliche Wille geht den objektivierten Interessen des urteilsunfähigen Patienten grundsätzlich vor. Je stärker der mutmassliche Wille allerdings diesen Interessen zuwiderläuft, desto geringer muss das Irrtumsrisiko bei der Eruiierung des mutmasslichen Willens sein. Folglich muss das Irrtumsrisiko mit Bezug auf den Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten gering sein.

Schliesslich stellt das Behandlungsveto des Patientenvertreters ein Einwilligungssurrogat mit selbstständiger strafrechtlicher Geltung dar.

V. Entscheidung des Arztes in dringlichen Fällen

Der Patientenvertreter ist befugt, ein rechtlich verbindliches Behandlungsveto im Hinblick auf lebenserhaltende Massnahmen beim minimal bewussten Patienten auszusprechen.⁹⁸⁶ Es ist zu klären, ob dazu auch der behandelnde Arzt in dringlichen Fällen gemäss Art. 379 ZGB befugt ist, da in diesem Fall die Entscheidung des Vertreters vorweggenommen würde.

1. Dringlichkeit

Die Dringlichkeit gemäss Art. 379 ZGB enthält einen zeitlichen und sachlichen Faktor.⁹⁸⁷ Der zeitliche Faktor macht es zur Voraussetzung, dass der entsprechende Entscheid

⁹⁸⁶ Siehe oben, C IV 2.

⁹⁸⁷ EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 2 zu Art. 379 ZGB; FASSBIND, OFK, N. 2 zu Art. 379 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 1 zu Art. 379/380 ZGB und GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 5 zu Art. 379 ZGB.

nicht ohne Nachteil für die urteilsunfähige Person aufgeschoben werden kann.⁹⁸⁸ Der sachliche Faktor ist auf jeden Fall in Notfallsituationen erfüllt, in denen unmittelbare Lebensgefahr besteht.⁹⁸⁹

Im Falle eines Patienten, dessen Atmung versagt, kann es infolge des Sauerstoffmangels zu einer hypoxischen Hirnschädigung kommen. Dies bedeutet, dass es bereits nach drei bis sechs Minuten zu irreversiblen Zellverlust und damit zu schwersten Hirnschädigungen kommen kann.⁹⁹⁰ In zeitlicher Hinsicht bleibt demnach für den behandelnden Arzt nur ein kurzes Fenster, um eine Entscheidung hinsichtlich der Aufnahme lebenserhaltender Massnahmen zu treffen. Sobald der Patient einmal durch lebenserhaltende Massnahmen stabilisiert wurde, droht ihm keine unmittelbare Lebensgefahr mehr, sodass keine dringliche Situation mehr besteht.⁹⁹¹

Hinsichtlich der sachlichen Komponente liegt es auf der Hand, dass die unmittelbare Lebensgefahr des Patienten eine dringliche Situation zur Aufnahme lebenserhaltender Massnahmen begründet.⁹⁹² Sollte die lebenserhaltende Behandlung jedoch nicht dem (mutmasslichen) Willen des Patienten entsprechen, dann besteht die Gefahr, dass sein Selbstbestimmungsrecht durch die Aufnahme dieser Behandlung verletzt wird.⁹⁹³ In diesem Fall kann folglich auch von einer Art Dringlichkeit *gegen* die Aufnahme lebenserhaltender Massnahmen gesprochen werden.

⁹⁸⁸ BÜCHLER/MICHEL, S. 120; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 2 zu Art. 379 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 1 zu Art. 379/380 ZGB und GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 5 zu Art. 379 ZGB. Vgl. FASSBIND, OFK, N. 2 zu Art. 379 ZGB.

⁹⁸⁹ BBI 2006, S. 7037; BOENTE, ZK, N. 7 ff. zu Art. 379 ZGB; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 2 zu Art. 379 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 1 zu Art. 379/380 ZGB, und GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 4 ff. zu Art. 379 ZGB. Die Dringlichkeit solle darüber hinaus auch gegeben sein, wenn die Vertretung unklar ist und/oder ein Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde abgewartet werden muss: FANKHAUSER, BJM, S. 252 f.; GETH, S. 118 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.83, und HAUSSENER, S. 138. Kritisch dazu GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 4 ff. zu Art. 379 ZGB. Schliesslich solle auch bereits eine Gefährdung der Interessen der urteilsunfähigen Person ausreichend sein: BOENTE, ZK, N. 10 zu Art. 379 ZGB.

⁹⁹⁰ Zum Ganzen KOLLMANN-FAKLER, S. 8.

⁹⁹¹ Siehe oben, B III 3 a bb. Dies gilt auch dann, falls die Dringlichkeit bei Unklarheit der Vertretung angenommen wird. Siehe dazu FANKHAUSER, BJM, S. 252 f.; GETH, S. 118 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.83, und HAUSSENER, S. 138.

⁹⁹² Vgl. grundsätzlich MÄGLI, S. 113

⁹⁹³ Vgl. GETH, S. 119. Zum Selbstbestimmungsrecht siehe oben, B II 2.

2. Zulässigkeit des Behandlungsvetos des Arztes?

Es stellt sich in diesen Fällen allerdings die grundsätzliche Frage, ob mit der Einführung des Art. 379 ZGB überhaupt bezweckt wurde, dass sich der Arzt in einer dringlichen Situation *gegen* die Aufnahme lebenserhaltender Massnahmen entscheiden kann. Der Wortlaut des Art. 379 ZGB und die Botschaft sehen nämlich vor, dass der Arzt medizinische Massnahmen nur zu *ergreifen* hat,⁹⁹⁴ „die im Interesse der Gesundheit der betroffenen Person notwendig sind“.⁹⁹⁵ Dies impliziert, dass dem Arzt lediglich Raum für Entscheidungen zugunsten des Lebens- und Gesundheitsschutzes des betroffenen Patienten bleibt, sofern diese nicht aussichts- oder wirkungslos sind.⁹⁹⁶

Des Weiteren ist anzumerken, dass in einer Patientenverfügung ein Vertreter für medizinische Fragen bestimmt werden kann (Art. 370 Abs. 2 ZGB). Zu dieser Person wird der Patient in der Regel eine besondere Vertrauensbeziehung haben. Falls eine solche gewillkürte Bestellung fehlt, greift die gesetzliche Kaskade des Art. 378 Abs. 1 ZGB, die auf der Fiktion einer besonderen Vertrauensbeziehung des Patienten zu den dort genannten Personen beruht.⁹⁹⁷ In Anbetracht der zentralen Bedeutung der Vertrauensbeziehung zwischen dem urteilsunfähigen Patienten und seinem Vertreter scheint es nicht angebracht, dem behandelnden Arzt in dringlichen Situationen die Kompetenz einzuräumen, die höchstpersönliche und irreversible Entscheidung über einen Behandlungsabbruch zu treffen.⁹⁹⁸

Auch der Arzt muss anhand des mutmasslichen Willens und den Interessen des urteilsunfähigen Patienten entscheiden (Art. 379 ZGB). Der Entscheid des behandelnden Arztes wird somit auf die gleiche Weise konditioniert wie der Entscheid des Patientenvertreters.⁹⁹⁹ Hier galt das Verhältnis dieser beiden Entscheidkriterien, dass je stärker der subjektive mutmassliche Wille den objektivierten Interessen des urteilsunfähigen

⁹⁹⁴ GETH, S. 119.

⁹⁹⁵ BBI 2006, S. 7037.

⁹⁹⁶ Vgl. GETH, S. 119.

⁹⁹⁷ Zum Ganzen siehe oben, C IV 1.

⁹⁹⁸ A.A. GETH, S. 119. Zur Höchstpersönlichkeit siehe oben, C IV 2.

⁹⁹⁹ Vgl. FANKHAUSER, CHK, N. 1 zu Art. 379 und HAUSSENER, S. 138.

Patienten zuwiderläuft, desto geringer muss das Irrtumsrisiko bei der Eruiierung des mutmasslichen Willens sein.¹⁰⁰⁰

Nach Unfällen ist es beispielsweise durchaus wahrscheinlich, dass der Verunfallte nicht durch seinen Vertrauensarzt behandelt wird. Der Arzt, der eine Person erstmalig behandelt, wird im Regelfall über ungenügendes Wissen verfügen, um den mutmasslichen Willen seines Patienten zu eruieren.¹⁰⁰¹ Dies ergibt sich zum einen daraus, dass der Arzt meist die Diagnose und Prognose seines Patienten noch nicht einschätzen können, weshalb es auch nicht möglich ist, den mutmasslichen Willen für diese unklare Situation zu eruieren. Zum anderen wird in dieser Arbeit der Standpunkt vertreten, dass die Eruiierung des Patientenwillens nur zurückhaltend auf mittelbare Indizien, wie die Angehörigkeit zu einer religiösen Gemeinschaft, gestützt werden sollte.¹⁰⁰² Da der behandelnde Notarzt den mutmasslichen Willen der betroffenen Person nicht eruieren kann, sind für ihn allein die objektivierten Interessen dieses Patienten massgebend.¹⁰⁰³ Der Arzt muss sich also für die Aufnahme lebenserhaltender Massnahmen entscheiden, soweit diese nicht aussichts- oder wirkungslos sind.¹⁰⁰⁴

Anders gestaltet sich die Situation, wenn ein Patient bereits vor der dringlichen Situation eine Vertrauensbeziehung zu seinem behandelnden Arzt aufgebaut hat.¹⁰⁰⁵ Zu denken ist beispielsweise daran, dass er sich bereits in stationärer Behandlung befindet und währenddessen eine Hirnblutung erfolgt.¹⁰⁰⁶ In einer solchen Situation mag der behandelnde Arzt die nötigen Grundlagen zur Eruiierung des mutmasslichen Willens

¹⁰⁰⁰ GETH, S. 119. Siehe oben, C IV 5.

¹⁰⁰¹ GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 7 zu Art. 379 ZGB.

¹⁰⁰² Siehe oben, C IV 3 b cc. A. A. HAUSSENER, S. 138, SEELMANN/GETH, S. 76 f., und TRECHSEL/NOLL/PIETH, S. 142.

¹⁰⁰³ GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm, N. 7 zu Art. 379 ZGB. Vgl. BOENTE, wonach dem mutmasslichen Willen des Patienten, soweit dieser festgestellt werden könne, Vorrang vor dessen Interessen haben solle: BOENTE, ZK, N. 18 zu Art. 379 ZGB. A. A. wohl GASSMANN, der den generellen Vorrang des mutmasslichen Willens fordert, da der Anspruch auf Autonomie höher zu werten sei: GASSMANN, KuKo, N. 1 zu Art. 379/380 ZGB. Ebenso auch HAUSSENER, welche dem mutmasslichen Willen generell den Vorrang gibt: HAUSSENER, S. 138.

¹⁰⁰⁴ Vgl. oben, C IV 4 c.

¹⁰⁰⁵ Vgl. GETH, S. 119.

¹⁰⁰⁶ Vgl. oben, B IV 3.

seines Patienten kennen.¹⁰⁰⁷ Möglicherweise hat der Patient jedoch die grössere Vertrauensbeziehung zu seinem Vertreter. Angesichts dieser Möglichkeit ist es gleichwohl nicht die Sache des Arztes, sich eigenmächtig über die Bestellung eines Vertreters oder über die gesetzliche Kaskade des Art. 378 Abs. 1 ZGB hinwegzusetzen und sich selbst anzumassen, den mutmasslichen Willen des Patienten am zuverlässigsten zu eruieren. Der Patientenvertreter kann sich jedoch mit dem Arzt beraten und sich so sein Wissen zu Nutze machen.¹⁰⁰⁸ Ausserdem ist fraglich, ob der behandelnde Arzt in einer dringlichen Situation, in der es beispielsweise aufgrund eines Sauerstoffmangels auf eine Entscheidung innerhalb weniger Minuten ankommt,¹⁰⁰⁹ den mutmasslichen Willen des Patienten *wohlerwogen* eruieren und damit das Selbstbestimmungsrecht der urteilsunfähigen Person schützen kann.¹⁰¹⁰ Aus diesen Gründen sollte für den Arzt in dringlichen Situationen das Lebens- und Gesundheitsinteresse seines Patienten generell im Vordergrund stehen, sodass er lebenserhaltende Massnahmen zu ergreifen hat,¹⁰¹¹ sofern ihm nicht eine anderslautende Patientenverfügung oder eine Entscheidung des Patientenvertreters bekannt ist. Diese Lösung schafft grösstmögliche Rechtssicherheit für den Arzt, der sich in einer (womöglich unübersichtlichen) Notfallsituation darauf konzentrieren kann, das Leben des Patienten zu erhalten.¹⁰¹²

Dies hat allerdings zur Folge, dass ein urteilsunfähiger Patient, dessen mutmasslicher Wille sich gegen die Aufnahme von lebenserhaltenden Massnahmen richtet, in dringlichen Situationen bevormundet wird.¹⁰¹³ Aufgrund eines Behandlungsvetos in einer Patientenverfügung¹⁰¹⁴ oder eines stellvertretenden Behandlungsvetos¹⁰¹⁵ muss ein Behandlungsabbruch vorgenommen werden. Die genannte Bevormundung hat da-

¹⁰⁰⁷ Vgl. GETH, S. 119.

¹⁰⁰⁸ Siehe oben, C IV 3 b cc.

¹⁰⁰⁹ Vgl. oben, C V 1.

¹⁰¹⁰ Vgl. HAUSSENER, S. 105, und SAMW, Patientenverfügungen, S. 21. Vgl. oben, C IV 3 b.

¹⁰¹¹ A. A. EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 4 zu Art. 379 und N. 12 zu Art. 378 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 1 zu Art. 379/380 ZGB; GETH, S. 119, und HAUSSENER, S. 138. Vgl. oben, C IV 5.

¹⁰¹² Vgl. den Grundsatz *in dubio pro vita*: LÜTHI, S. 103 f. m.w.Verw.

¹⁰¹³ TRECHSEL/NOLL/PIETH, S. 142.

¹⁰¹⁴ Siehe oben, C III.

¹⁰¹⁵ Siehe oben, C IV.

mit nur einen *vorübergehenden* Charakter. Zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts des urteilsunfähigen Patienten vor einer übereilten oder unausgewogenen Eruiierung seines mutmasslichen Willens¹⁰¹⁶ ist diese zeitlich begrenzte Bevormundung jedoch gerechtfertigt.¹⁰¹⁷

3. Strafrechtsdogmatische Einordnung der Entscheidung des Arztes zur Aufnahme lebenserhaltender Massnahmen

Sofern der behandelnde Arzt den mutmasslichen individuellen Willen des urteilsunfähigen Patienten eruieren und danach handeln würde, könnte dieses Verhalten durch die mutmassliche Einwilligung des Patienten gerechtfertigt sein.¹⁰¹⁸ Es ist allerdings davon auszugehen, dass der behandelnde Arzt in dringlichen Situationen den mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten in der Regel nicht eruieren kann. Fraglich bleibt daher, ob die mutmassliche Einwilligung auch lediglich durch die objektivierten Interessen des Patienten getragen wird. Dies ist zu bejahen, da mangels der Möglichkeit der Eruiierung des subjektiven mutmasslichen Willens des Patienten danach gefragt werden muss, wie sich eine hypothetische Person anhand objektiverter Interessen entschieden hätte.¹⁰¹⁹ Der Arzt ist somit durch die mutmassliche Einwilligung des minimal bewussten Patienten gerechtfertigt, wenn er ohne Kenntnis eines vorab verfügbaren oder stellvertretenden Behandlungsvetos in dringlichen Situationen lebenserhaltende Massnahmen beim minimal bewussten Patienten beginnt.¹⁰²⁰ Da in dieser Situation nur die objektivierten Interessen massgebend sind, ist der Eingriff des

¹⁰¹⁶ Zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts vor einer übereilten oder unüberlegten Entscheidung vgl. oben, B II 2. Zur Eruiierung des urteilsfähigen Willens siehe oben, C IV 3 b cc.

¹⁰¹⁷ A. A. wohl TRECHSEL/NOLL/PIETH, S. 142.

¹⁰¹⁸ Vgl. DONATSCH/TAG, S. 262; NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 64 vor Art. 14 StGB; STRATENWERTH, AT I, N. 27 zu § 10; THOMMEN, S. 122 ff., und TRECHSEL/NOLL/PIETH, S. 141 f.

¹⁰¹⁹ Vgl. oben, C IV 4, und C IV 5. Vgl. SEELMANN/GETH, 76 f., STRATENWERTH, AT I, N. 31 zu § 10 und TRECHSEL/NOLL/PIETH, S. 141 f. A. A. DONATSCH/TAG, wonach nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Betroffene mit jeder medizinisch indizierten Operation einverstanden sei: DONATSCH/TAG, S. 262.

¹⁰²⁰ Siehe oben, C IV 4 c.

Arztes auch gerechtfertigt, falls sich nachträglich herausstellt, dass die Aufnahme der lebenshaltenden Massnahmen nicht dem Willen des Patienten entsprach.¹⁰²¹

Die mutmassliche Einwilligung kommt jedoch nur dort in Betracht, wo der Betroffene selbst hätte wirksam einwilligen können.¹⁰²² Dies ist beispielsweise bei genuin Urteilsunfähigen nicht der Fall.¹⁰²³ Der Arzt schützt jedoch mit seiner lebenserhaltenden Behandlung das Leben seines Patienten, allerdings greift er dazu in dessen physische Integrität ein.¹⁰²⁴ Dies ist ein Fall der individuellen Interessenkollision.¹⁰²⁵ Zugunsten des höher wiegenden Lebensschutzes¹⁰²⁶ handelt der Arzt als Notstandshelfer, wenn er in einer dringlichen Situation lebenserhaltende Massnahmen bei einem Patienten beginnt, bei dem keine mutmassliche Einwilligung in Betracht kommt.¹⁰²⁷ Der Eingriff des Arztes in die physische Integrität dieses Patienten in dringlichen Situationen ist folglich gemäss Art. 17 StGB gerechtfertigt.¹⁰²⁸

D. DIE STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DES ARZTES

Das genügend bestimmte Behandlungsveto in einer Patientenverfügung bzw. das Behandlungsveto des Patientenvertreters ist für den Arzt verbindlich.¹⁰²⁹ Setzt der Arzt die Behandlung des Patienten trotzdem fort, ist dies ein Eingriff in die physische Integrität des Patienten gegen dessen Willen. Sofern ein verbindliches Behandlungsveto vorliegt,

¹⁰²¹ Vgl. STRATENWERTH, AT I, N. 31 zu § 10.

¹⁰²² STRATENWERTH, AT I, N. 29 zu § 10, und THOMMEN, S. 123 f. m.w.Verw. Siehe oben, C IV 6 b.

¹⁰²³ THOMMEN, S. 123.

¹⁰²⁴ Siehe oben, A IV.

¹⁰²⁵ Eingehend GETH, S. 66 ff. und THOMMEN, S. 120 f. jeweils m.w.Verw. Vgl. oben, C IV 6 a.

¹⁰²⁶ Siehe oben, B II 1 b cc.

¹⁰²⁷ Eingehend zu den Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes bei der individuellen Interessenkollision siehe GETH, S. 67 f., und THOMMEN, S. 120 ff.

¹⁰²⁸ Mit Bezug auf notwendigen Massnahmen bei einem Kind im Ergebnis auch TAG, S. 698 f. Vgl. THOMMEN, S. 121.

¹⁰²⁹ Siehe oben, C III 7, und C IV 7.

bleibt kein Raum mehr für allgemeine Rechtfertigungsgründe, womit der Arzt sich grundsätzlich einer Körperverletzung strafbar macht.¹⁰³⁰

Beendet der behandelnde Arzt die lebenserhaltende Massnahme ohne ein verbindliches Behandlungsveto, dann ist seine Strafbarkeit gemäss Art. 111 ff. StGB zu prüfen,¹⁰³¹ wobei das entsprechende Verhalten nach der hier vertretenen Ansicht in einem eigenen Tatbestand einzuordnen ist.¹⁰³² Es sind jedoch Situationen mit Bezug auf die lebenserhaltende Behandlung oder den Abbruch derselben beim urteilsunfähigen Patienten denkbar, die diese beiden Grundsätze relativieren. Auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes soll daher in diesen Situationen anhand von zwei Fallbeispielen eingegangen werden.¹⁰³³

I. Fallgruppe 1: Strafrechtliche Konsequenzen bei Verletzung der Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts

Der Fall: Ein Patient befindet sich im minimalen Bewusstseinszustand und wird künstlich beatmet und ernährt. Der behandelnde Arzt erhält eine Patientenverfügung. Die Patientenverfügung ist nicht unterschrieben, scheint jedoch von dem betreffenden Patienten verfasst worden zu sein. In dieser Patientenverfügung fordert der Patient den Abbruch bzw. die Nichtaufnahme von lebenserhaltenden Massnahmen. Dem Arzt ist bewusst, dass diese Patientenverfügung ungültig ist. Da er dies allerdings nur für eine unbedeutende Formalität hält, bricht er die lebenserhaltenden Massnahmen ab.

Dieser Beispielfall soll exemplarisch zur Untersuchung der folgenden Frage dienen: Welche Konsequenz hat die Verletzung der Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes? Zu denken ist auch an Fälle, in denen eine Patientenverfügung unverbindlich oder nicht vorhanden ist. Also

¹⁰³⁰ Zum Ganzen BGE 117 Ib 197, E. 2a.; HAUSSENER, S. 114; HRUBESCH-MILLAUER/JAKOB, S. 97; KUNZ, S. 620 f.; LÜTHI, S. 77, und TAG, S. 738. Vgl. oben, C IV 6.

¹⁰³¹ HAUSSENER, S. 114, und LÜTHI, S. 77 f.

¹⁰³² Siehe oben, C III 6, und unten, E.

¹⁰³³ Vgl. GETH, der auf die pflichtwidrige Vertreterentscheidung und das Nichteinholen einer Vertreterentscheidung eingeht: GETH, S. 124 ff.

Fälle, die vom Vertreter entschieden werden müssten.¹⁰³⁴ Die Problematik soll darin bestehen, dass der Arzt die Entscheidung des Vertreters nicht eingeholt und stattdessen selbst entscheidet.¹⁰³⁵

Falls der behandelnde Arzt selbst eine Entscheidung fällt, dann setzt er sich im Falle eines gewillkürten Vertreters (Art. 370 Abs. 2 ZGB) über den Willen des urteilsunfähigen Patienten hinweg und verletzt damit dessen Selbstbestimmungsrecht. Im Falle der Entscheidungsbefugnis eines gesetzlichen Vertreters gemäss Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ff. ZGB widerspricht der Arzt der gesetzlichen Vermutung einer Nähe zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem urteilsunfähigen Patienten und damit der vermutlich optimalen Eruierung des Willens des Patienten und gefährdet damit das Selbstbestimmungsrecht dieses Patienten. THOMMEN stellt sich somit zu Recht auf den Standpunkt, dass die fehlende Möglichkeit der unmittelbaren Selbstbestimmung des urteilsunfähigen Patienten nichts an dessen Anspruch auf Achtung seiner Subjektivität und Autonomie und damit auch nichts an dessen Schutz vor Fremdbestimmung ändert.¹⁰³⁶ Es ist daher nicht entscheidend, ob der Vertreter inhaltlich ebenso wie der behandelnde Arzt entschieden hätte.¹⁰³⁷ Die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts besteht nämlich bereits darin, dass sich der behandelnde Arzt die Stellung und Entscheidung des Patientenvertreters anmass. ¹⁰³⁸ Damit birgt ein eigenmächtiger Behandlungsabbruch mit Blick auf Art. 111 ff. StGB bzw. auf den in dieser Arbeit vorgeschlagenen Tatbestand des Behandlungsabbruchs einen strafrechtlich relevanten Unwert.¹⁰³⁹

¹⁰³⁴ Vgl. oben, C IV 1.

¹⁰³⁵ Vgl. GETH, S. 125 ff.

¹⁰³⁶ THOMMEN, S. 135 m.w.Verw.

¹⁰³⁷ A. A. GETH, S. 127 f.

¹⁰³⁸ Vgl. THOMMEN, der durch das unbedingten Festhalten an unabhängigen Vertreterentscheidungen einen „ärztlichen Paternalismus zugunsten umfassender Selbstbestimmung über die Körperintegrität“ eindämmt: THOMMEN, S. 11.

¹⁰³⁹ Zum Ganzen siehe eingehend THOMMEN, S. 134 ff. m.w.Verw. A. A. GETH, der keine Verletzung der Autonomie des Patienten annimmt, nur weil eine andere Person (Arzt statt Vertreter) die Entscheidung trifft: GETH, S. 127.

Im Hinblick auf den Unwert des Erfolges ist zu differenzieren. Es ist Sache des Vertreters, den mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten zu eruieren.¹⁰⁴⁰ Da der Vertreter jedoch übergangen wurde, kommt es darauf an, ob er die Entscheidung des Arztes nachträglich billigt.¹⁰⁴¹ Im Streitfall muss das Strafgericht beurteilen, ob die Entscheidung des Arztes dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht und somit ein Erfolgsunwert vorliegt. Dabei hat es auf die Eruierung des Vertreters abzustellen, sofern keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass diese Eruierung fehlerhaft erfolgt.¹⁰⁴² Trifft der behandelnde Arzt selbst eine Entscheidung, dann nimmt er in Kauf, dass der Vertreter den mutmasslichen Willen des minimal bewussten Patienten anders eruert, als er es getan hat.¹⁰⁴³ Der Unwert des Erfolges hängt somit von der Eruierung des mutmasslichen Willens durch den Vertreter ab. Die Entscheidung des Vertreters ist jedoch nicht getroffen. Damit ist zum Zeitpunkt des Behandlungsabbruchs noch nicht klar, ob ein Erfolgsunwert vorliegt oder nicht. Allerdings ist hinsichtlich des Erfolgsunwerts entscheidend, *wie* der Vertreter den mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten eruert und nicht *wann* er dies tut.¹⁰⁴⁴

Sollte der Vertreter zu dem Schluss kommen, dass die Entscheidung des Arztes *nicht* dem mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten entspricht, wäre also ein Erfolgsunwert verwirklicht. Um dies auszuschliessen, müssen Einwilligungen generell vor der Tat erteilt werden.¹⁰⁴⁵ Der behandelnde Arzt würde sich eines Tötungsdeliktes strafbar machen.¹⁰⁴⁶ Problematischer gestaltet sich dagegen die Situation, in der der Vertreter hinsichtlich der Eruierung des mutmasslichen Willens des urteilsunfähigen Patienten zum gleichen Ergebnis wie der behandelnde Arzt gelangt. In diesem Fall

¹⁰⁴⁰ Siehe oben, C IV 3 und 7.

¹⁰⁴¹ GETH, S. 131.

¹⁰⁴² Vgl. oben, C IV 1.

¹⁰⁴³ Vgl. GETH, S. 127 f.

¹⁰⁴⁴ Zum Ganzen vgl. GETH, der eine Ausnahme der Strafbarkeit des Arztes dort sieht, wo der medizinische Vertreter hypothetisch die gleiche Entscheidung gefällt hätte: GETH, S. 129 ff.

¹⁰⁴⁵ Vgl. BGE 124 IV 258, E. 3; NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 19 vor Art. 14 StGB; SEELMANN/GETH, S. 51; TRECHSEL/GETH, N. 11 zu Art. 14 StGB, und TAG, S. 697.

¹⁰⁴⁶ Zum Ganzen GETH, S. 131 f. und im Ergebnis wohl auch THOMMEN, S. 136 f.

hat sich kein Unrecht im Erfolg verwirklicht.¹⁰⁴⁷ Es bleibt aber ein Handlungsunwert des Arztes.¹⁰⁴⁸

Zu Recht gibt GETH zu bedenken, dass der Strafraumen eines vorsätzlichen Tötungsdeliktes in Anbetracht der materiell zutreffenden Entscheidung des Arztes fragwürdig erscheint.¹⁰⁴⁹ Um dieser Problematik zu begegnen, hat der Gesetzgeber in diversen Bereichen durch nebenstrafrechtliche Bestimmungen das Nicht-Einholen der Vertreterentscheidung als eigenständige Tat pönalisiert.¹⁰⁵⁰ Zu nennen ist beispielsweise Art. 69 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 13 Abs. 2 lit. f TxG, der die Entnahme von Organen, Gewebe oder Zellen von urteilsunfähigen Personen ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht.¹⁰⁵¹ Mangels einer gesetzlichen Regelung für den Behandlungsabbruch ohne Einholung des Entscheides des Vertreters muss allerdings auf generelle Lösungsansätze zurückgegriffen werden. So wird zu Recht angenommen, dass ein Verhalten mit Handlungsunwert, aber ohne Erfolgsunwert als Versuch strafbar ist, da diese Konstellation mit dem Versuch übereinstimme.¹⁰⁵² Dem ist mit Bezug auf den dargelegten Fall zuzustimmen.¹⁰⁵³

II. Fallgruppe 2: Verhalten im Irrtum über die (Un-) Verbindlichkeit einer Willenserklärung

Der Fall: Ein minimal bewusster Patient wird künstlich ernährt und beatmet. Der behandelnde Arzt erfährt von der Patientenverfügung seines Patienten. Die Patientenverfügung ist nicht genügend bestimmt. Dem behandelnden Arzt ist dies nicht bewusst.

¹⁰⁴⁷ Vgl. GETH, der von einer hypothetischen Einwilligung des medizinischen Vertreters ausgeht: GETH, S. 129 ff.

¹⁰⁴⁸ Gl. A. wohl THOMMEN, S. 136 f. A. A. GETH, S. 129 f. und S. 132.

¹⁰⁴⁹ GETH, S. 129.

¹⁰⁵⁰ GETH, S. 129 und THOMMEN, S. 133 f.

¹⁰⁵¹ Vgl. THOMMEN, S. 133.

¹⁰⁵² DONATSCH/TAG, S. 221; STRATENWERTH, AT I, N. 109 ff. zu § 10, und TRECHSEL/NOLL/PIETH, S. 114. Vgl. NIGGLI/GÖHLICH, BSK, N. 48 vor Art. 14 StGB.

¹⁰⁵³ Im Ergebnis auch GETH, S. 131. A. A. THOMMEN, der wohl die Strafbarkeit gemäss dem vollendeten Delikt fordert: THOMMEN, S. 136 ff.

Im Vertrauen darauf, dass das Behandlungsveto in dieser Patientenverfügung für ihn verbindlich ist, bricht er alle lebenserhaltenden Massnahmen ab.

Es ist aber auch denkbar, dass der behandelnde Arzt eine verbindliche Patientenverfügung ignoriert, weil er darauf vertraut, dass sie für ihn *unverbindlich* ist. Beide Fälle haben gemein, dass sich der behandelnde Arzt über die Verbindlichkeit bzw. die Unverbindlichkeit einer Willenserklärung irrt.

1. Einordnung des Irrtums

Bei der Einordnung des Irrtums des behandelnden Arztes über die Verbindlichkeit bzw. Unverbindlichkeit einer Willenserklärung kommt ein Irrtum über den Sachverhalt¹⁰⁵⁴ oder ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit in Frage.¹⁰⁵⁵

Im vorliegenden Fall ist die dem Behandlungsabbruch zugrundeliegende Willenserklärung mangelhaft, welche rechtfertigende Wirkung entfalten würde.¹⁰⁵⁶ Der behandelnde Arzt irrt somit *nicht* darüber, dass eine entsprechende verbindliche Willenserklärung sein Verhalten nicht rechtfertigen könnte. Der Irrtum des Arztes bezieht sich vielmehr darauf, dass die Voraussetzungen *tatsächlich* gegeben sind, die zur Verbindlichkeit der Willenserklärung führen und damit seinen Behandlungsabbruch rechtfertigen würden. Der Arzt irrt daher darüber, dass ein ihn rechtfertigender Sachverhalt vorliegt.¹⁰⁵⁷ Ausserdem ist anzumerken, dass ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit nicht bereits schon dann angenommen werden darf, wenn er sich nur als Folge eines Sachverhaltsirrtums

¹⁰⁵⁴ GETH, S. 52, und GETH/MONA, S. 168 f. Vgl. TAG, S. 678.

¹⁰⁵⁵ Vgl. TAG, welche den Irrtum über die Rechtswidrigkeit für möglich hält, sofern der Arzt gegen den Willen des Patienten lebenserhaltende Massnahmen durchführt: TAG, S. 738 (FN 282).

¹⁰⁵⁶ Siehe insbesondere oben, C III 7 und C IV 7.

¹⁰⁵⁷ Vgl. GETH/MONA, S. 168 f.

darstellt.¹⁰⁵⁸ Der vorliegende Fall ist somit als ein Fall der Putativrechtfertigung¹⁰⁵⁹ bzw. des Erlaubnistatbestandsirrtums¹⁰⁶⁰ einzuordnen, womit Art. 13 StGB anzuwenden ist.¹⁰⁶¹

Eine andere Situation liegt allerdings vor, wenn der Arzt über die *rechtlichen* Voraussetzungen der Verbindlichkeit der Willenserklärung irrt.¹⁰⁶² Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn er fälschlicherweise annimmt, dass eine Patientenverfügung nicht unterschrieben werden muss (vgl. Art. 371 Abs. 1 ZGB). Da der Arzt hier über die rechtlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes irrt, ist Art. 21 StGB anzuwenden.¹⁰⁶³

2. Vermeidbarkeit des Irrtums

Falls der Sachverhaltsirrtum vermeidbar gewesen ist, macht sich der Täter gemäss Art. 13 Abs. 2 StGB der Fahrlässigkeit strafbar, sofern die fahrlässige Begehung dieser Tat pönalisiert ist. Hinsichtlich des Irrtums über die Verbindlichkeit bzw. Unverbindlichkeit einer Willenserklärung ist dies zum einen dort relevant, wo der behandelnde Arzt irrtümlich von einem verbindlichen Behandlungsveto ausgeht und den Behandlungsabbruch vornimmt (vgl. Art. 117 StGB). Zum anderen betrifft dies auch den Fall, in dem der behandelnde Arzt entgegen eines verbindlichen Behandlungsvetos den Patienten weiter behandelt und so in dessen physische Integrität eingreift (vgl. Art. 125 StGB).¹⁰⁶⁴ Es stellt sich somit die Frage, wann von der Vermeidbarkeit dieser Sachverhaltsirrtümer auszugehen ist.

¹⁰⁵⁸ NIGGLI/MAEDER, BSK, N. 7 zu Art. 21 StGB m.w.Verw.

¹⁰⁵⁹ Grundsätzlich zur Putativrechtfertigung siehe NIGGLI/MAEDER, BSK, N. 12 ff. zu Art. 13 StGB m.w.Verw.

¹⁰⁶⁰ SEELMANN/GETH, S. 91 f.

¹⁰⁶¹ So auch im Ergebnis GETH, S. 52; GETH/MONA, S. 168 f., und TAG, S. 678 m.w.Verw.

¹⁰⁶² Vgl. GETH, S. 70 m.w.Verw.

¹⁰⁶³ Vgl. GETH, S. 70 m.w.Verw., und TAG, S. 738 (FN 282). Vgl. auch das Urteil des 1.Strafsenats des BGH vom 13.09.1994, in welchem ein Verbotsirrtum gemäss § 17 D-StGB (entspricht Art. 21 StGB) geprüft wurde, als der Sohn einer zerebral schwerst geschädigten Patientin den Abbruch der künstlichen Ernährung entschied, nachdem er vom behandelnden Arzt die Zusicherung erhielt, dass dieses Vorgehen „rechtlich abgesichert“ sei: BGH, Urteil vom 13.09.1994 – 1 StR 357/94, N. 1 ff. und N. 17 ff. Vgl. dazu ZIELINSKI, S. 192 f.

¹⁰⁶⁴ Siehe oben, A IV. Zum Ganzen siehe GETH/MONA, S. 168 f.

GETH und MONA stellen sich auf den Standpunkt, dass der behandelnde Arzt auch minimale Zweifel an einem Behandlungsveto in einer Patientenverfügung berücksichtigen und damit den Patienten am Leben erhalten solle, da ihn damit lediglich das Risiko einer fahrlässigen Körperverletzung treffe.¹⁰⁶⁵ Dem kann nicht zugestimmt werden. Der behandelnde Arzt hat einer Patientenverfügung grundsätzlich zu entsprechen (vgl. Art. 372 Abs. 2 ZGB). Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung wird also vermutet.¹⁰⁶⁶ Nichts anderes sollte für den Entscheid des Patientenvertreters gelten. Aus diesem Grund sollte hinsichtlich der Vermeidbarkeit des Sachverhaltsirrtums differenziert werden: Entspricht der behandelnde Arzt irrtümlicherweise einer *unverbindlichen* Willenserklärung, dann ist grundsätzlich zurückhaltender von der Vermeidbarkeit seines Irrtums auszugehen, als wenn der Arzt von einer Willenserklärung abweicht, weil er irrtümlicherweise davon ausgeht, dass diese *unverbindlich* sei.

Der behandelnde Arzt beurteilt die Verbindlichkeit der Patientenverfügung.¹⁰⁶⁷ Dies ist insofern problematisch, da dem behandelnden Arzt, welcher grundsätzlich ein juristischer Laie ist, die juristische Auslegung der Patientenverfügung überlassen wird.¹⁰⁶⁸ In Anbetracht dessen ist hinsichtlich der Vermeidbarkeit des Sachverhaltsirrtums weiter zu differenzieren: Die Prüfung der Gültigkeitsvoraussetzungen einer Willenserklärung ist grundsätzlich auch einem juristischen Laien zuzumuten. So hat der Arzt zu prüfen, ob die betreffende schriftliche Patientenverfügung datiert und unterschrieben ist (Art. 371 Abs. 1 ZGB) bzw. ob der korrekte Vertreter hinzugezogen wird (Art. 378 Abs. 1 ZGB). Es sollte jedoch Raum für die Einzelfallbeurteilung der Vermeidbarkeit des Irrtums bleiben. So mag beispielsweise die urteilsunfähige Person eine neue Patientenverfügung errichtet haben, von der der Arzt nichts weiss, oder es mag gar ein gefälschtes Dokument vorliegen.

Aus materieller Sicht ist fraglich, ob mangels juristischer Kompetenz des Arztes grundsätzlich zurückhaltend die Vermeidbarkeit des Sachverhaltsirrtums angenommen wer-

¹⁰⁶⁵ GETH/MONA, S. 168 f.

¹⁰⁶⁶ Siehe oben, C III 2 d.

¹⁰⁶⁷ Siehe oben, C III 2 d.

¹⁰⁶⁸ Zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit durch den behandelnden Arzt vgl. WIDMER BLUM, S. 159 f.

den sollte. Im Falle eines Vorsorgeauftrages (Art. 360 ff. ZGB) besteht allerdings die Möglichkeit, dass die beauftragte Person die Erwachsenenschutzbehörde um Auslegung des Vorsorgeauftrages ersuchen kann (Art. 364 ZGB). Eine solche explizite Auslegungskompetenz der Erwachsenenschutzbehörde fehlt für Patientenverfügungen. Der behandelnde Arzt oder auch das Pflegepersonal kann jedoch die Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 373 ZGB anrufen, da diese gemäss der Botschaft auch als dem Patienten nahestehenden Personen gelten.¹⁰⁶⁹ Der Grund kann insbesondere sein, dass eine Patientenverfügung ungerechtfertigterweise nicht umgesetzt wird (Art. 373 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)¹⁰⁷⁰ oder die Interessen der urteilsunfähigen Person *gefährdet* sind (Art. 373 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Die Interessen des Patienten sind u.a. dann gefährdet, wenn eine *unverbindliche* Patientenverfügung umgesetzt wird.¹⁰⁷¹ Durch den Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde wird letztlich die Patientenverfügung näher ausgelegt.¹⁰⁷² Die zutreffende Auslegung der Patientenverfügung liegt im Interesse des urteilsunfähigen Patienten, da die Anordnungen in dieser Patientenverfügung ein Ausdruck seines Selbstbestimmungsrechts sind.¹⁰⁷³ Folglich kann die womöglich unzutreffende juristische Auslegung einer Patientenverfügung durch einen juristischen Laien, der ausserdem den urteilsunfähigen Willen des Patienten kaum wird eruieren können,¹⁰⁷⁴ das Selbstbestimmungsrecht des urteilsunfähigen Patienten gefährden.¹⁰⁷⁵ Dem behandelnden Arzt sollte daher die Möglichkeit offen stehen, die Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 373 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB zur Auslegung der Patientenverfügung

¹⁰⁶⁹ BBI 2006, S. 7034; BOENTE, ZK, N. 14 zu Art. 373 ZGB; BREITSCHMID/KAMP, CHK, N. 3 zu Art. 373 ZGB; BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 1 zu Art. 373 ZGB; EICHENBERGER/KOHLER, BSK, N. 2 zu Art. 373 ZGB; FASSBIND, OFK, N. 1 zu Art. 373 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 1 zu Art. 373 ZGB, und WIDMER BLUM, S. 223.

¹⁰⁷⁰ GASSMANN, KuKo, N. 1 zu Art. 373 ZGB. Siehe auch FASSBIND, der von einer Präventivfunktion zur Sicherstellung der Selbstbestimmung spricht: FASSBIND, OFK, N. 1 zu Art. 373 ZGB.

¹⁰⁷¹ BÜCHLER/MICHEL, FamKomm, N. 5 zu Art. 373 ZGB; GASSMANN, KuKo, N. 1 zu Art. 373 ZGB, und WIDMER BLUM, S. 217.

¹⁰⁷² BOENTE, ZK, N. 27 zu Art. 373 ZGB.

¹⁰⁷³ Siehe oben, C I und III. Vgl. FASSBIND, OFK, N. 1 zu Art. 373 ZGB.

¹⁰⁷⁴ Siehe oben C V 2.

¹⁰⁷⁵ Vgl. GETH, der auf den schwierigen Abwägungsprozess des medizinischen Vertreters hinweist: GETH, S. 135 f.

anzurufen.¹⁰⁷⁶ Ausserdem ist grundsätzlich das Hinzuziehen des Patientenvertreters sinnvoll, insbesondere zur Eruierung des mutmasslichen Willens des urteilsunfähigen Patienten.¹⁰⁷⁷

Gemäss dem bisher Gesagten kann es dem behandelnden Arzt im Einzelfall zur Vermeidung seines Irrtums zugemutet werden, die Erwachsenenschutzbehörde anzurufen oder den Patientenvertreter hinzuzuziehen, sofern Anhaltspunkte für Zweifel an der Verbindlichkeit einer Willenserklärung vorhanden sind.

3. Zwischenfazit

Irrt der behandelnde Arzt über die Verbindlichkeit bzw. die Unverbindlichkeit einer Willenserklärung, dann befindet er sich in einem Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 13 Abs. 1 StGB.

Bezüglich der Gültigkeitsvoraussetzungen der Willenserklärung ist grundsätzlich von der Vermeidbarkeit des Irrtums auszugehen.

Hinsichtlich der Verbindlichkeit ist hingegen zurückhaltender von der Vermeidbarkeit des Irrtums auszugehen, wenn der behandelnde Arzt irrtümlicherweise einer *unverbindlichen* Willenserklärung folgt, als wenn er von einer verbindlichen Willenserklärung irrtümlicherweise abweicht.

Sofern Anhaltspunkte für Zweifel an der Verbindlichkeit einer Willenserklärung vorhanden sind, kann es dem behandelnden Arzt im Einzelfall zugemutet werden, die Erwachsenenschutzbehörde anzurufen oder den Patientenvertreter hinzuzuziehen.

¹⁰⁷⁶ Vgl. GETH, der ein fakultatives Zustimmungserfordernis der Erwachsenenschutzbehörde für den Behandlungsabbruch zum Schutz der Patientenautonomie und der Reduktion des Risikos strafrechtlicher Konsequenzen für den medizinischen Vertreter vorschlägt: GETH, S. 136. A. A. wohl HAUSSENER, welche auf die Verzögerung bei der Entscheidung hinweist: HAUSSENER, S. 234 f. m.w.Verw.

¹⁰⁷⁷ Eingehend HAUSSENER, S. 225. Zum Verhältnis zum Berufsgeheimnis des Arztes siehe oben, C IV 3 b bb. Zur Eruierung des urteilsfähigen Willens siehe oben, C IV 3 b cc.

E. EIN VORSCHLAG ZUR GESETZLICHEN REGELUNG DES BEHANDLUNGSABBRUCHS

Hinsichtlich des Behandlungsabbruchs wurden bereits gesetzliche Regelungen und Änderungen vorgeschlagen.¹⁰⁷⁸ Der vorgeschlagene Tatbestand des Behandlungsabbruchs erfolgt als Ergänzung zu den bestehenden Tötungsdelikten¹⁰⁷⁹ und ist wie ein Unterlassensdelikt zu behandeln.¹⁰⁸⁰ Er kann sowohl durch den Arzt als auch durch einen Dritten verwirklicht werden. Der Patientenvertreter gilt auch als Dritter.

Der Behandlungsabbruch ist grundsätzlich rechtswidrig.¹⁰⁸¹ Er kann jedoch durch ein Behandlungsveto gerechtfertigt werden.¹⁰⁸² Dies gilt sowohl für den Arzt als auch für einen Dritten.¹⁰⁸³ Ausserdem ist der behandelnde Arzt als Garant für das Leben seines Patienten¹⁰⁸⁴ nicht verpflichtet, eine aussichts-/oder wirkungslose Behandlung aufzunehmen oder fortzuführen, weshalb der entsprechende Behandlungsabbruch für den Arzt straflos ist.¹⁰⁸⁵ Da der Tatbestand des Behandlungsabbruchs wie ein Unterlassensdelikt zu behandeln ist, kann die fakultative Strafmilderung des Art 11 Abs. 4 StGB zur Anwendung kommen.

Allerdings sollte die Integrität des Arzt-Patientenverhältnisses insofern geschützt werden, als es einem Dritten verboten bleiben sollte, dem zuständigen Arzt¹⁰⁸⁶ zuzuvorkommen und unbefugterweise den Behandlungsabbruch vorzunehmen.¹⁰⁸⁷ Es wird daher vorgeschlagen, dieses Verbot in einem separaten Tatbestand zu verankern. Dieser Tatbestand des unbefugten Behandlungsabbruchs ist erfüllt, wenn ein Dritter

¹⁰⁷⁸ Für einen detaillierten und eingehend erläuterten Vorschlag siehe LÜTHI, S. 213 ff. Für einen Vorschlag aus geriatrischer Sicht siehe WETTSTEIN, S. 716 ff.

¹⁰⁷⁹ Vgl. LÜTHI, S. 214 f.

¹⁰⁸⁰ Siehe oben, B III 6.

¹⁰⁸¹ Siehe oben, B III 6.

¹⁰⁸² Siehe oben, C I; C II; C III 7 und C IV 7.

¹⁰⁸³ Siehe oben, B III 5.

¹⁰⁸⁴ Siehe oben, B IV 4.

¹⁰⁸⁵ Siehe oben, B V 5.

¹⁰⁸⁶ Siehe oben, B V 2.

¹⁰⁸⁷ Siehe oben, B III 5.

ohne Zustimmung des zuständigen Arztes einen Behandlungsabbruch vornimmt. Da hier die Integrität des Arzt-Patientenverhältnisses geschützt wird, ist unerheblich, ob der Behandlungsabbruch selbst durch ein Behandlungsveto gerechtfertigt ist. Falls der Behandlungsabbruch selbst *nicht* gerechtfertigt ist,¹⁰⁸⁸ steht der Tatbestand des unbefugten Behandlungsabbruchs in Idealkonkurrenz¹⁰⁸⁹ gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zum Tatbestand des strafbaren Behandlungsabbruchs, da mit dem tatsächlichen Behandlungsabbruch eines Dritten beide Tatbestände verwirklicht werden. Hinsichtlich des Strafmasses des unbefugten Behandlungsabbruchs lohnt sich ein Vergleich zum Transplantationsgesetz. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a TxG dürfen Ärzte, die den Tod eines Menschen feststellen, nicht an der Organentnahme oder -transplantation mitwirken. Wer diese Bestimmung verletzt, wird gemäss Art. 70 Abs. 1 lit. b TxG mit Busse bestraft. Art. 70 Abs. 1 lit. b TxG und der unbefugte Behandlungsabbruch weisen die Gemeinsamkeit auf, dass bereits die widerrechtliche Anmassung einer Befugnis im Verhältnis zwischen dem Arzt und dem Spender bzw. seinem Patienten unter Strafe gestellt wird. Aufgrund dieser Gemeinsamkeit ist auch der unbefugte Behandlungsabbruch mit Busse (Art. 103 ff. StGB) zu bestrafen.

Es wird ausserdem vorgeschlagen, das Nicht-Einholen des Vertreterentscheides mit einem separaten Tatbestand unter Strafe zu stellen. Dieser Tatbestand wird verwirklicht, falls ein Behandlungsabbruch bei einem urteilsunfähigen Patienten vorgenommen wird, ohne sich dabei auf ein verbindliches Behandlungsveto zu stützen, während allerdings kein Erfolgsunwert verwirklicht wird, da nachträglich bestätigt wird, dass der Behandlungsabbruch dem mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten entspricht. Somit wird mit diesem Tatbestand lediglich ein Handlungsunwert unter Strafe gestellt. Mit Blick auf Art. 69 Abs. 1 lit. f TxG wird die Androhung einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe vorgeschlagen.¹⁰⁹⁰

Denkbar ist schliesslich, dass eine Person den Behandlungsabbruch ohne ein verbindliches Behandlungsveto vornimmt und der Behandlungsabbruch *nicht* dem (mutmass-

¹⁰⁸⁸ Siehe oben, C II und D II.

¹⁰⁸⁹ Zur Idealkonkurrenz vgl. ACKERMANN, BSK, N. 49 zu Art. 49 StGB, und STRATENWERTH, AT I, N. 4 ff. zu § 19, jeweils m.w.Verw.

¹⁰⁹⁰ Zum Ganzen siehe oben, D I.

lichen) Willen des Patienten entspricht. Der Behandlungsabbruch kann dabei aus selbstsüchtigen, aber auch aus selbstlosen Gründen erfolgen. Ein selbstloser Grund kann darin bestehen, dass eine Person, die nicht zur Vertretung gemäss Art. 378 Abs. 1 ZGB berechtigt ist, den Behandlungsabbruch in der Absicht vornimmt, dem mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten zu entsprechen.¹⁰⁹¹ Dies sollte bei der Strafzumessung berücksichtigt werden (vgl. Art. 114 StGB). Auf diese Weise bleibt dem Strafrichter der nötige Ermessenspielraum gemäss Art. 47 StGB, um Einzelfälle entsprechend würdigen zu können.

Das vorliegend vorgeschlagene Strafmass des Behandlungsabbruchs orientiert sich am Strafmass des Art. 111 und 114 StGB, um sich in die bestehende Gesetzssystematik einzugliedern. Der Begriff *Behandlungsabbruch* wird als Marginalie vorgeschlagen. Gemäss den Ausführungen in dieser Arbeit wird folgende strafgesetzliche Ergänzung vorgeschlagen:¹⁰⁹²

Art. 111^{bis}

¹Wer lebenserhaltende Behandlungen abbricht oder wer lebenserhaltende Behandlungen nicht aufnimmt, obwohl er aufgrund seiner Rechtsstellung gemäss Art. 11 Abs. 2 dazu verpflichtet ist, und die betroffene Person dadurch tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

²Nicht strafbar nach Absatz 1 ist, wer aufgrund seiner Rechtsstellung gemäss Artikel 11 Absatz 2 eine aussichtslose oder wirkungslose lebenserhaltende Behandlung abbricht.

³Nicht strafbar nach Absatz 1 ist, wer den Behandlungsabbruch aufgrund eines Behandlungsvetos vornimmt oder aufgrund eines Behandlungsvetos keine lebenserhaltende Behandlung aufnimmt.

⁴Wer den Behandlungsabbruch bei einer urteilsunfähigen Person nicht aufgrund eines Behandlungsvetos vornimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder

¹⁰⁹¹ Im Falle eines Irrtums vgl. oben, D II.

¹⁰⁹² Vgl. LÜTHI, S. 241.

Geldstrafe bestraft, falls der Behandlungsabbruch dem mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten entspricht.

⁵*Wer den Behandlungsabbruch ohne Zustimmung des zuständigen Arztes vornimmt, wird mit Busse bestraft, auch wenn Abs. 3 anwendbar ist.*

⁶*Wer den Behandlungsabbruch aus achtenswerten Beweggründen vornimmt, ohne dass Absatz 2 oder 3 anwendbar ist, wird milder bestraft.*

⁷*Art. 11 Abs. 4 ist anwendbar.*

SCHLUSS

Der Fortschritt in der medizinischen Forschung stellt die Jurisprudenz, die Moralphilosophie und auch die Gesellschaft als Ganzes vor Herausforderungen.

In dieser Arbeit wurde der minimale Bewusstseinszustand thematisiert. Es ist ein Zustand, der noch nicht lange Gegenstand der medizinischen Diskussion und daher noch nicht eingehend erforscht ist. Der minimale Bewusstseinszustand wird dadurch definiert, dass beim betreffenden Patienten ein gewisses Mass an Bewusstsein vorhanden ist. Dies kann bedeuten, dass dieser Patient Schmerzen empfindet und sich selbst und seinen Zustand auf gewisse Weise bewusst wahrnimmt. Es kann dem Willen der betroffenen Person entsprechen, dass lebenserhaltende Massnahmen abgebrochen werden. Dem Recht einer Person, über das eigene Leben und damit auch über die Beendigung desselben bestimmen zu können, kommt dabei die zentrale Bedeutung zu. Der Betroffene soll selbst entscheiden, ob er weiter am Leben gehalten wird.¹⁰⁹³

Die normative Einordnung des Abbruchs lebenserhaltender Massnahmen ist umstritten. Der Gesetzgeber hat sich bisher in Zurückhaltung geübt. Aus diesem Grund präsentieren diverse Meinungen unter Anwendung von allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen und Grundsätzen unterschiedliche Lösungsansätze. Die eingeschränkte Subjektivität und das Potential des minimal bewussten Patienten erzeugen dabei zusätzliche Fragen und Diskussionspunkte. Im Interesse der Rechtssicherheit müssen die entsprechenden Diskussionen geführt werden. Diese Arbeit will zu dieser Diskussion beitragen und auch einen Appell an den Gesetzgeber richten, zur Klärung der bereits bestehenden Rechtsunsicherheit beizutragen.

Die Revision des Erwachsenenschutzrechtes hat einen bedeutenden Beitrag geleistet, um das Selbstbestimmungsrecht von Personen für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zu schützen. Es bleibt freilich auch hier Klärungsbedarf im Einzelfall, insbesondere hinsichtlich der erforderlichen Bestimmtheit einer Patientenverfügung. Die Diskussion sieht sich hier mit der Frage konfrontiert, welche Anforderungen die betroffene Person

¹⁰⁹³ Vgl. STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 70 f.

zu ihrem eigenen Schutz erfüllen muss, ohne dabei der Gefahr der Bevormundung auf der einen oder der übermässigen Selbstbindung auf der anderen Seite ausgesetzt zu sein.

Angesichts des stetigen Fortschreitens der medizinischen Forschung müssen insbesondere die in der vorliegenden Arbeit angesprochenen juristischen und ethischen Diskussionen intensiver geführt werden. Diese Arbeit versteht sich als ein Beitrag hierzu.