

## Entscheidfindung und Umsetzung

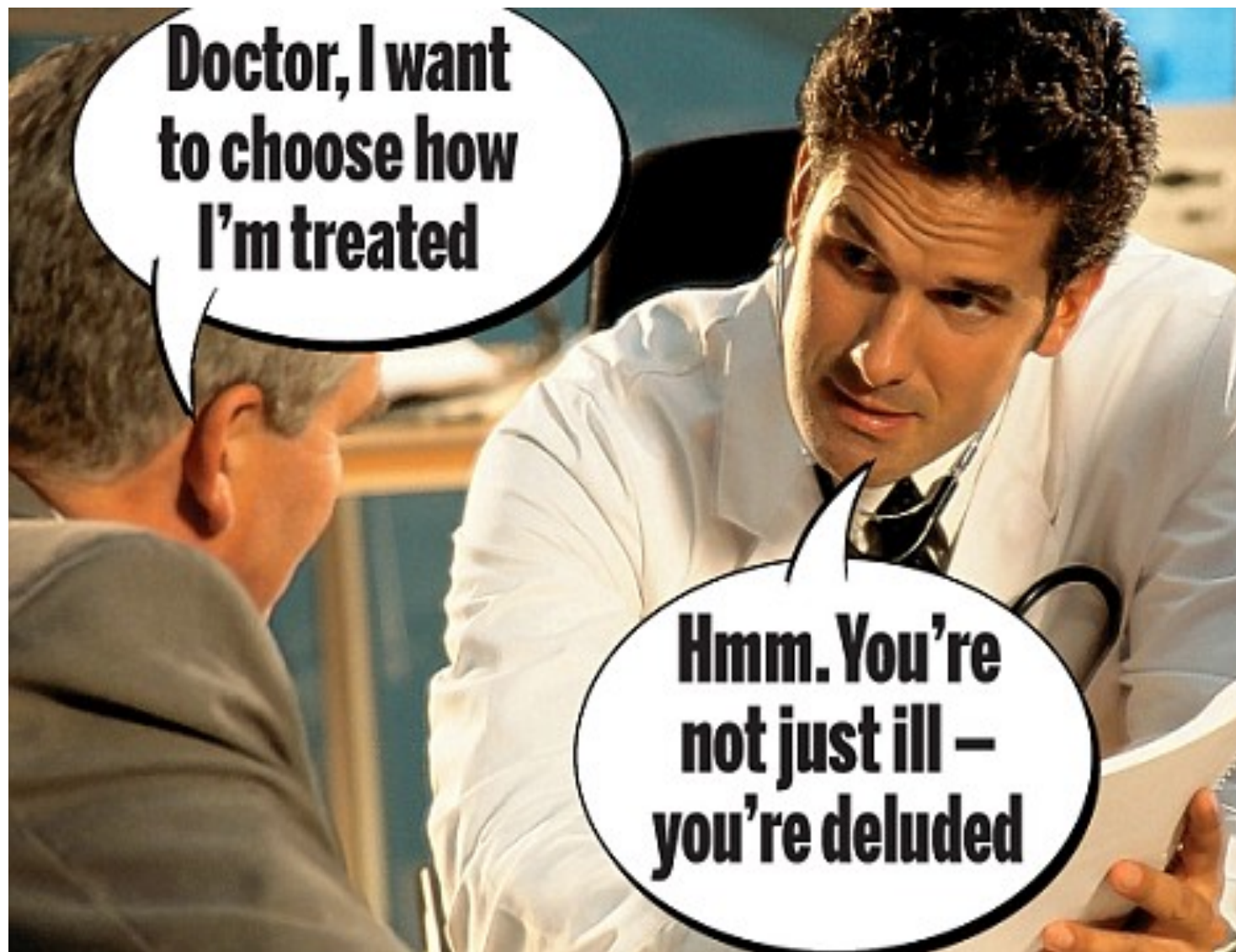
14. Schweizerischer Kongress für Gesundheitsökonomie  
und Gesundheitswissenschaften

3. November 2017

# Patient knows best?

**Prof. Dr. iur. Regina Aebi-Müller**

Ordentliche Professorin für Privatrecht und  
Privatrechtsvergleichung



**Doctor, I want  
to choose how  
I'm treated**

**Hmm. You're  
not just ill -  
you're deluded**

# Fallbeispiel „Brustkrebs“

Kantonsgericht Basel-Land, 13. April 2016

Bei A. erfolgt im Zusammenhang mit einer stationären psychiatrischen Therapie eine gynäkologische Untersuchung. Diese führt zum Befund, dass A. an einem curativ operablen Mammakarzinom (Brustkrebs) leidet. A ist nicht krankheitseinsichtig, obschon die Tumorerkrankung von blossem Auge sichtbar ist; sie besteht darauf, sie habe sich bloss gestossen. Aus medizinischer Sicht ist ein operativer Eingriff dringend indiziert. A. verweigert ihre Zustimmung.

Aufgrund der psychiatrischen Abklärung steht fest, dass A. an einer langjährigen paranoiden Schizophrenie mit ausgebautem, unverrückbarem Wahnsystem leidet.

- Fehlende Urteilsfähigkeit zufolge psychischer Erkrankung?
- Wer entscheidet im Falle der Urteilsunfähigkeit an Stelle der Frau?
- An welchen Kriterien misst sich ein allfälliger Stellvertreterentscheid?
- Ist für die Behandlungsentscheid die Zustimmung eines Gerichts/einer Behörde erforderlich?
- Darf auch behandelt werden, wenn sich die Patientin körperlich zur Wehr setzt?

## öffentliches Recht, u.a.

- KVG und Verordn.
- kantonale GG
- EpidemienG
- TransplantationsG
- HumanforschungsG
- GUMG, FMedG
- MedBG
- Tarifrecht
- Heilmittelrecht
- Spezialitätenlisten usw.
- Kindes- u. Erw.schutz

## Strafrecht

- Suizid
- Körperverletzung
- Tötungsdelikte
- Abtreibung
- Geheimnisverl.
- Nebenstrafrecht!!!

## Akteure, insbes.

- Bundes- und kant. Behörden
- öff. Spitäler
- Privatspitäler
- Klinikverbände
- SAMW
- Krankenkassen
- SUVA
- Berufsverbände (FMH, SAMW...)
- KESB
- Gutachter

# Arzt-Patienten-Verhältnis

## Privatrecht

- Auftragsrecht
- Haftpflicht + PrHG
- Handlungsfähigkeit
- Beweis- und Prozessrecht
- Persönlichkeitsschutz
- Stellvertretung
- Elterliche Sorge
- VVG
- IPRG + LugÜ

## „Informelles Recht“

- Standesregeln, SAMW-Richtl. usw.
- „State of the Art“, Qualitätsrichtlinien
- Tarifvereinbarungen u.dgl.

## Internationales Recht, z.B.

- EMRK
- BRK
- Biomed.konv.
- HESÜ

# Rechtsgrundlagen der Selbstbestimmung im medizinischen Kontext

- Die Idee der Selbstbestimmung im Arzt-Patienten-Verhältnis ist zwar nicht vom Recht ausgegangen, hat sich aber, mit einer gewissen Verzögerung, im Recht niedergeschlagen.
- **Zahlreiche Rechtsgrundlagen der Selbstbestimmung:**
  - EMRK, Biomedizinkonvention, Behindertenrechtskonvention
  - Bundesverfassung
  - Zivilgesetzbuch (Handlungsfähigkeitsrecht, Persönlichkeitsschutz, Erwachsenenschutzrecht)
- Juristische Literatur und Rechtsprechung knüpfen die Selbstbestimmung des Patienten dogmatisch i.d.R. beim **Persönlichkeitsschutz** an:

# Rechtliche Einordnung des Arzthandelns

- Jede **medizinische Behandlung** stellt eine **grundsätzlich widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung** dar.
- Folglich **bedarf jede Behandlung der gültigen Einwilligung des Patienten** oder von dessen Vertreter.

## Voraussetzungen der gültigen Einwilligung

**Urteilsfähigkeit**

**Aufklärung**

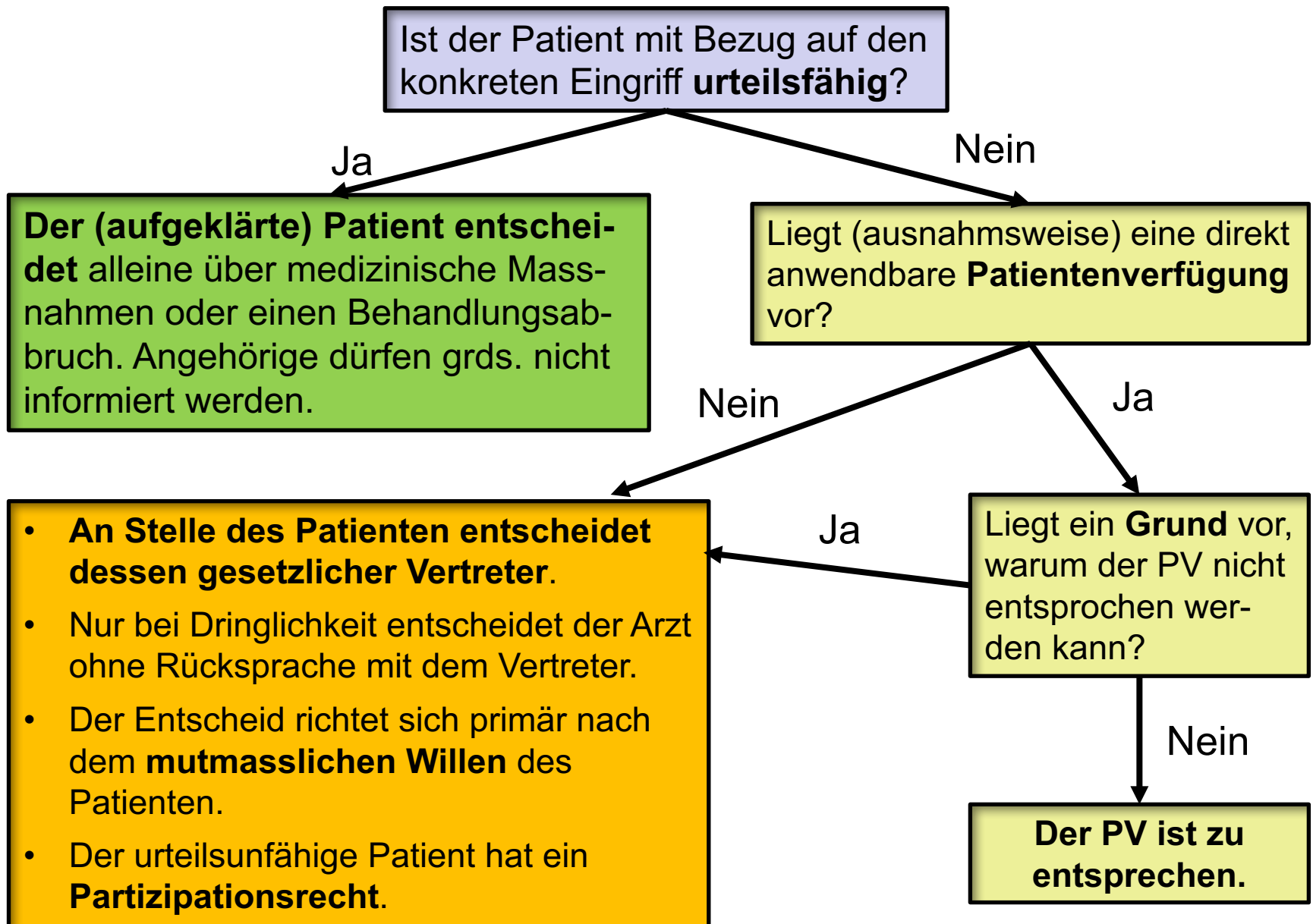
Hinreichende Bestimmtheit

Freiheit der Entscheidung und Abwesenheit von Willensmängeln

Freiheit von Inhaltsmängeln (insbes. Rechts- und Sittenwidrigkeit)

Kein Widerruf der Einwilligung

# Gesetzliches Modell der Entscheidungsfindung



# Zwischenergebnis

- Das Flussdiagramm zeigt die **zentrale Rolle der Selbstbestimmung**: Jede Behandlung ohne gültige Einwilligung ist rechtswidrig, auch wenn sie lege artis erfolgt und medizinisch indiziert ist.
- Das Selbstbestimmungsrecht wird beim **urteilsfähigen Patienten** durch die aktuelle Willensäußerung / Entscheidung gewahrt.
- Beim **urteilsunfähigen Patienten** wird die (nun verunmöglichte) Selbstbestimmung durch verschiedene Instrumente substituiert:
  - **Vertreterentscheid** nach dem **mutmasslichen Willen** des Patienten;
  - **Partizipationsrechte** des Urteilsunfähigen;
  - **Patientenverfügung** (sofern vorhanden und anwendbar).



# Entwicklung der Rechtslage

- Vom Wohl des Patienten (Fürsorgeprinzip) als oberste Richtschnur zum **Willen des Patienten als oberste Richtschnur**:
- **Doctor knows best > informed consent > Patient knows best**:

An adult patient who (...) suffers from no mental incapacity has an absolute right to choose whether to consent to medical treatment, to refuse it or to choose one rather than another of the treatments being offered. This right of choice is not limited to decisions which others might regard as sensible. It exists notwithstanding that the reasons for making the choice are rational, irrational, unknown or even non-existent. (English Court of Appeal in Re T (1992), 786)

- Dem Patienten kommt ein **Verfügungsrecht** über seine körperliche Integrität und damit alleinige **Entscheidungshoheit**.
- In letzter Konsequenz geht dieses Konzept erheblich weiter als die „aufgeklärte Einwilligung“ bzw. ein „informed consent“.

# Leitbild des Gesetzgebers

## Leitbild des Gesetzgebers

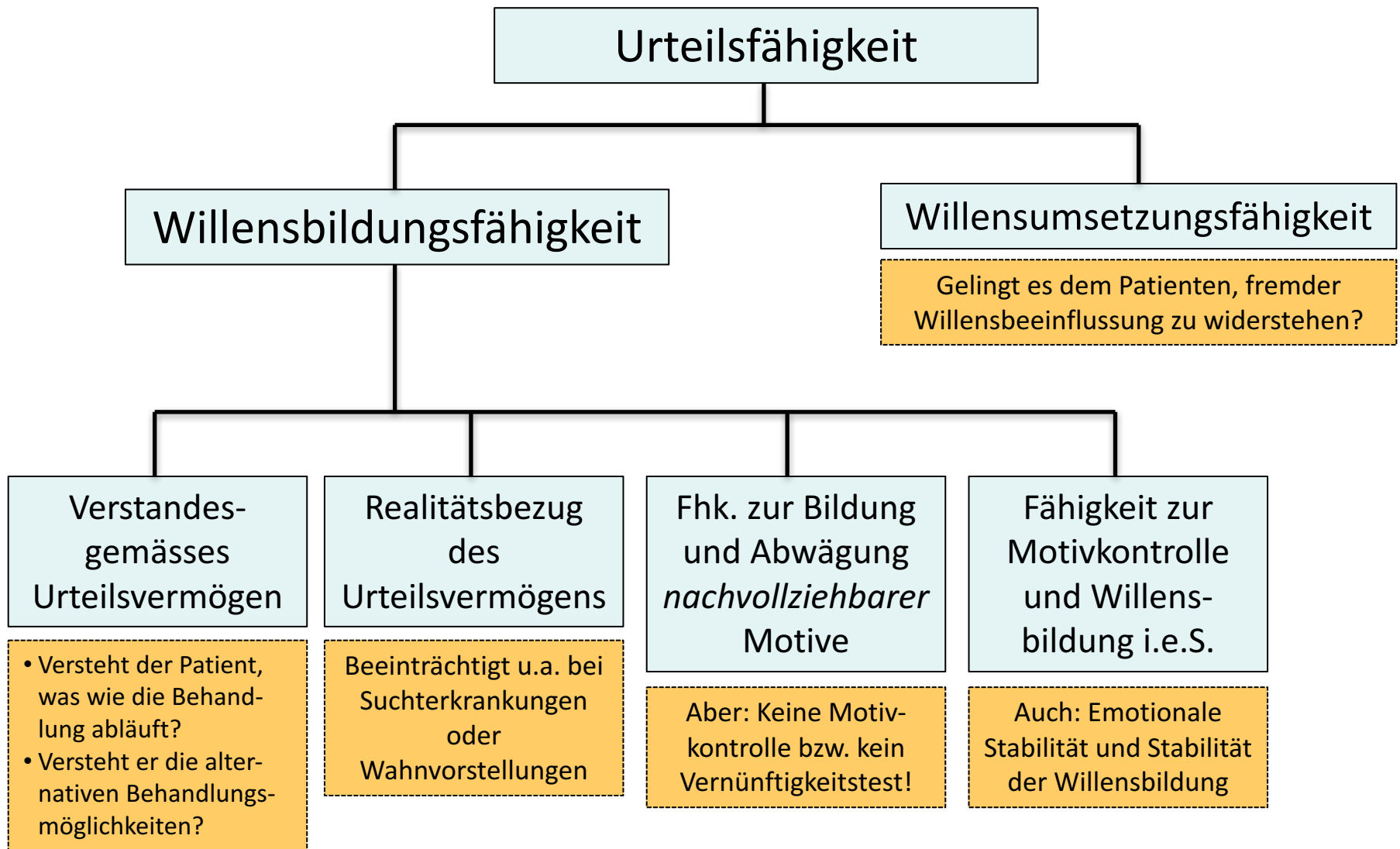
ist der selbstbestimmte **Patient**, der auf- und abgeklärt, wohlinformiert, souverän und autonom über die Wahl des Gesundheitsdienstleistungserbringers und über die konkrete Behandlung entscheidet, während der **Arzt** zum Dienstleister (degradiert) wird, der Aufklärung schuldet, den Patienten zum Entscheid befähigt und im Anschluss an den Patientenentscheid eine entsprechende Behandlung lege artis erbringt.



# Insbesondere zur Urteilsfähigkeit als Voraussetzung der Selbstbestimmung des Patienten

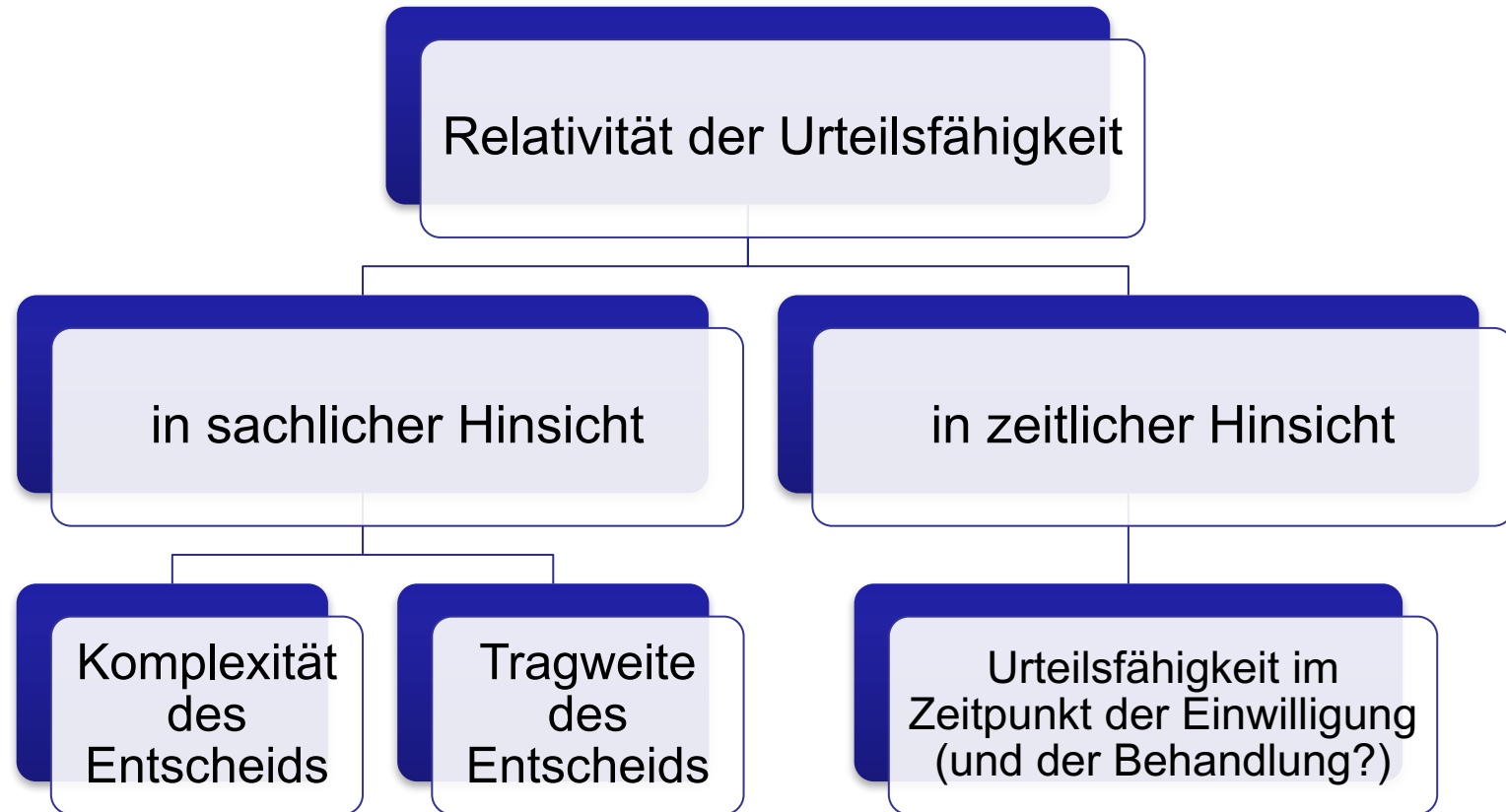
- Der **urteilsfähige Patient** entscheidet alleine über medizinische Behandlungen.
  - Volle Handlungsfähigkeit (d.h. Volljährigkeit, keine umfassende Beistandschaft) ist nicht erforderlich!
  - Der Behandlungsentscheid muss nicht „vernünftig“ sein!
- Nach einer Studie aus GB können bis zu 40% der hospitalisierten Erwachsenen, 70% der älteren Patienten und schätzungsweise 95% der schwerstkranken Erwachsenen keine eigenen medizinischen Entscheidungen mehr treffen (WENDLER & RID, 2011). Die Zahlen dürften in der Schweiz ähnlich sein.

# Teilvoraussetzungen der Urteilsfähigkeit mit Bezug auf medizinische Behandlungsentscheide



# Relativität der Urteilsunfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit ist stets für einen bestimmten Zeitpunkt und mit Blick auf ein ganz konkretes, rechtlich relevantes Verhalten zu klären:



## Beispiele:

- Urteilsfähigkeit für pflegerische Massnahmen oder für Behandlungsentscheid.
- Schwankende Urteilsfähigkeit bei Verabreichung starker Schmerzmittel.

# Konkretes Vorgehen bei Urteilsunfähigkeit

- 1 Hat sich eine urteilsunfähige Person zur Behandlung nicht in einer Patientenverfügung geäußert, so plant die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person die erforderliche Behandlung.
  - Planung durch den Arzt
  - Zustimmung oder Verweigerung durch Vertreter
- 2 Die Ärztin oder der Arzt informiert die vertretungsberechtigte Person über alle Umstände, die im Hinblick auf die vorgesehenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind, insbesondere über deren Gründe, Zweck, Art, Modalitäten, Risiken, Nebenwirkungen und Kosten, über Folgen eines Unterlassens der Behandlung sowie über allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten.
  - Aufklärungspflicht (informed consent) gegenüber dem Vertreter
- 3 Soweit möglich wird auch die urteilsunfähige Person in die Entscheidungsfindung einbezogen.
  - Partizipationsrecht
- 4 Der Behandlungsplan wird der laufenden Entwicklung angepasst.

# Wer ist Vertreter des Urteilsunfähigen?

1. Hat der Patient (im urteilsfähigen Zustand) keinen **Vertreter eingesetzt** (Patientenverfügung/Vorsorgeauftrag) und besteht auch keine
2. **Beistandschaft** mit Bezug auf medizinische Behandlungsentscheide,  
  
so besteht nach Art. 378 Abs. 1 ZGB eine **gesetzliche Vertretungsbefugnis** folgender Personen:
  3. wer als Ehegatte (od. eingetragene/r Partner/in) einen gemeinsamen Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führt *oder* ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;
  4. die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt *und* ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;
  5. die Nachkommen, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;
  6. die Eltern, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;
  7. die Geschwister, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten.

# Wie hat der Vertreter zu entscheiden?

- **Nicht massgeblich** sind die eigenen Wertungen und Auffassungen des Vertreters oder des Arztes.
- Soweit möglich ist für den Vertreterentscheid vielmehr auf den **mutmasslichen Willen** des Patienten abzustellen, d.h. **es ist zu fragen, wie der Betroffene, wäre er urteilsfähig, entscheiden würde.**
- Der mutmassliche Wille ist aufgrund der **Umstände** (Wertvorstellungen, frühere Behandlungsentscheide und Äusserungen, Lebensumstände usw.) zu erschliessen, wobei glaubwürdige Aussagen nahestehender Personen (auch nicht vertretungsberechtigter Angehöriger) ein grosses Gewicht haben.
- Problem: Der mutmassliche Wille ist immer ein **Konstrukt** – ein Abstellen auf früher geäusserte Behandlungswünsche ist problematisch.
- Kann der mutmassliche Wille nicht eruiert werden, ist nach den **objektiven Interessen** des Patienten (d.h. nach dem medizinisch Gebotenen) zu entscheiden.



# Partizipationsrechte Urteilsunfähiger

- Das Gesetz erfordert einen „Alles-oder-nichts-Entscheid“ über die Urteilsfähigkeit:
  - Der urteilsunfähige Patient, der bei Bewusstsein und noch (partiell) äusserungsfähig ist, empfindet den medizinischen Eingriff u.U. als Verletzung seiner Integrität – und zwar auch dann, wenn der gesetzliche Vertreter die entsprechende Einwilligung erteilt hat.
- Partizipationsrechte als Lösungsansatz:
  - Die Entscheidungsbefugnis liegt zwar beim Vertreter des urteilsunfähigen Patienten,
  - der urteilsunfähige Patient wird aber, soweit möglich, in den Behandlungsentscheid einbezogen (Art. 377 Abs. 3 ZGB).
  - Umstritten ist, ob bei anhaltender Weigerung des Patienten körperlicher Zwang ausgeübt werden darf (Bsp. Impfung des Kindes, Delir nach Herzoperation, Magensonde beim Demenzpatienten).

# Vorgehen bei Dringlichkeit (Art. 379 ZGB)

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

- Bei Dringlichkeit entscheidet somit der **Arzt** und nicht die an sich vertretungsberechtigten Personen.
- **Dringlichkeit** liegt vor, wenn keine Zeit bleibt, um die vertretungsberechtigte Person zu informieren und deren Entscheid einzuholen:
  - Vertretungsberechtigung ist unklar, es gibt keine gesetzlichen Vertreter oder diese Entscheiden offensichtlich entgegen dem Patienteninteresse bzw. dem mutmasslichen Willen
  - und aus medizinischen Gründen kann der Entscheid der ESB nicht abgewartet werden, oder mit dem Aufschub ginge der therapeutische Nutzen der Intervention ganz oder teilweise verloren.
- Massgeblich für den Entscheid sind wiederum der **mutmassliche Wille** und die **Interessen** des Patienten, wobei der Arzt in dieser Sachlage wohl nicht Zeit hat, den mutmasslichen Willen im Einzelnen zu erforschen und daher das objektiv Gebotene vorkehren wird.

# Zur Patientenverfügung insbesondere

- Liegt eine **formgültige** (schriftliche, datierte und unterzeichnete) PV vor, die der **Patient** im Zustand der **Urteilsfähigkeit** verfasst hat,
- die auf die **konkrete Situation** anwendbar ist,
- dann müssen die **Anordnungen grundsätzlich befolgt** werden, sobald der Patient **urteilsunfähig** ist.
- **Inhalt der PV:**
  - Konkrete *Anordnungen* betreffend die Behandlung
  - und/oder *Bestimmung eines Vertreters* (ggf. verbunden mit Weisungen).

# Probleme der Information und Antizipation

- Nach schweizerischem Recht **keine Beratungspflicht** – weder juristischer noch medizinischer Art.
- Gefahr: Die PV wird unter **mangelhaften oder fehlenden medizinischen Kenntnissen** und ohne Kenntnis der juristischen Bedeutung der PV verfasst. Erschreckende Ergebnisse ausländischer Studien!
- Dieses Risiko besteht insbesondere bei **zeitlich länger zurückliegenden PV's** und bei Verfügungen, die durch den (noch) völlig gesunden Patienten verfasst wurden (oder auch bei durch Arzt-Fernsehserien beeinflussten Patientenverfügungen).
- Kann man eine erst bevorstehende Krankheitssituation überhaupt **antizipieren?**
- Die PV vermag das grundsätzliche Spannungsfeld zwischen Autonomie und Fürsorge nicht zu lösen, sie spielt vielmehr mit der Urangst des Menschen vor Kontrollverlust.

# Unbeachtlichkeit der PV

- **Verstoss gegen gesetzliche Vorschriften**
  - z.B. PV, die direkte, aktive Sterbehilfe verlangt oder den Formvorschriften nicht genügt.
- Aber auch:
  - **Fehlende massnahmebezogene Bestimmtheit oder**
  - **Fehlende situationsbezogene Bestimmtheit.**
  - „Generaleinwilligungen“ (und wohl auch „Generalverweigerungen“) kommt nach der ganz h.L. keine rechtliche Bewandtnis zu.
- **Zweifel am freien Willen**
  - z.B. bei Sektenzugehörigkeit, nachgewiesenem Druck usw.
- PV entspricht **nicht mehr dem mutmasslichen Willen**
  - z.B. Zeitablauf, neue medizinische Möglichkeiten, neue Lebenssituation (Elternschaft usw.)
  - Bedeutung des aktuellen „natürlichen Willens“?

# Chancen der neuen Rechtslage

- Klärung der Verantwortlichkeit und der Entscheidzuständigkeit.
- Klärung der Bedeutung (grundsätzliche Verbindlichkeit) der Patientenverfügung.
- Bessere Verankerung der Patientenselbstbestimmung auch bei geschwächten und urteilsunfähigen Patienten (mutmasslicher Wille, Partizipation).
- Stärkere Einbindung der Angehörigen in Behandlungsentscheide für urteilsunfähige Patienten (?).

# Herausforderungen des Autonomiekonzepts

- Wer vom Patienten eine selbstbestimmte Entscheidung einfordert, nimmt diesen in die Pflicht und bürdet ihm die **Verantwortung** auf. Der Rückzug des Fürsorgeprinzips auf Kosten der Eigenverantwortung kann eine **Zumutung** sein.
- Die einseitige Betonung der Patientenautonomie verkennt sodann die **Asymetrie im Arzt-Patienten-Verhältnis**.
- **Vertrauen** in den Arzt bzw. das medizinische Personal scheint für den Betroffenen in vielen Fällen wichtiger zu sein als Selbstbestimmung.
- Ohnehin kann in Lebensendsituationen und bei **schweren Erkrankungen** oft nicht die Rede sein von einem kompetenten Patienten, der dank eines ‚non-directive counseling‘ durch den Arzt zu einem Experten für seine Gesundheit geworden ist.

# Selbstbestimmung im Beziehungskontext

- Zunehmende **Kritik** der Ethik, der Philosophie, der Theologie, der Soziologie am (verabsolutierten) Konzept der Autonomie; wenn schon, muss es sich um eine **relationale Autonomie** handeln.
- In letzter Konsequenz lässt das Paradigma der Selbstbestimmung das **existenzielle Angewiesensein des Menschen auf Andere** ausser Acht und beruht auf einem elitären Menschenbild.
- Die **Aussprache mit den Angehörigen** und die Berücksichtigung von deren Meinung ist vielen Patienten wichtiger als die autonome Entscheidungsfindung. Gewisse Behandlungssituationen verlangen nach einem **Einbezug der Angehörigen** selbst dann, wenn der Patient selber urteilsfähig ist.
- Umgekehrt liegt **bei Urteilsunfähigkeit** allenfalls zu viel Verantwortung bei den Angehörigen – und evtl. auch bei den „falschen“ Angehörigen.



# Selbstbestimmung und Fürsorge als notwendige Faktoren der gelingenden Arzt-Patienten-Beziehung

- Selbstbestimmung des Patienten und ärztliche Fürsorge bilden kein Gegensatzpaar (Autonomie vs. Fremdbestimmung):
  - Richtig verstandene ärztliche Fürsorge respektiert den Patienten,
  - und richtig verstandene Selbstbestimmung bedarf einer vertrauensvollen Beziehung zum Arzt.
  - Die Arzt-Patienten-Beziehung muss m.a.W. dialogisch sein.
- **Wichtiger als ein verabsolutiertes Autonomiekonzept ist letztlich die Frage, wie der Entscheid zustande kommt und ob die Bedürfnisse und Wünsche der Betroffenen respektiert werden.**

# Fallbeispiel „Brustkrebs“

Kantonsgericht Basel-Land, 13. April 2016

Bei A. erfolgt im Zusammenhang mit einer stationären psychiatrischen Therapie eine gynäkologische Untersuchung. Diese führt zum Befund, dass A. an einem curativ operablen Mammakarzinom (Brustkrebs) leidet. A ist nicht krankheitseinsichtig, obschon die Tumorerkrankung von blossem Auge sichtbar ist; sie besteht darauf, sie habe sich bloss gestossen. Aus medizinischer Sicht ist ein operativer Eingriff dringend indiziert. A. verweigert ihre Zustimmung.

Aufgrund der psychiatrischen Abklärung steht fest, dass A. an einer langjährigen paranoiden Schizophrenie mit ausgebautem, unverrückbarem Wahnsystem leidet.

- Fehlende Urteilsfähigkeit zufolge psychischer Erkrankung?
- Wer entscheidet im Falle der Urteilsunfähigkeit an Stelle der Frau?
- An welchen Kriterien misst sich ein allfälliger Stellvertreterentscheid?
- Ist für die Behandlungsentscheid die Zustimmung eines Gerichts/einer Behörde erforderlich?
- Darf auch behandelt werden, wenn sich die Patientin körperlich zur Wehr setzt?

## Entscheidfindung und Umsetzung

14. Schweizerischer Kongress für Gesundheitsökonomie  
und Gesundheitswissenschaften

3. November 2017

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

**Prof. Dr. iur. Regina Aebi-Müller**

Ordentliche Professorin für Privatrecht und  
Privatrechtsvergleichung