

## Advance Care Planning und Vertreterverfügungen

### Die gesundheitliche Vorausplanung bei urteilsunfähigen Personen

**Autor/Autorin:** Céline Suter

**Beitragsart:** Beiträge

**Rechtsgebiete:** Gesundheitsrecht

**Zitiervorschlag:** Céline Suter, Advance Care Planning und Vertreterverfügungen, in: Jusletter 28. Januar 2019

*Das Ziel dieses Beitrages ist es, die in der Praxis festgestellten Schwächen der Patientenverfügung aufzuzeigen und aufbauend darauf zwei neue Ansätze vorzustellen, die in der heutigen medizinischen Praxis bereits eine Rolle spielen: Einerseits das Advance Care Planning, ein umfassender gesundheitlicher Vorausplanungsprozess, und andererseits die Vertreterverfügung. Die Autorin zeigt deren Bedeutungen für das Selbstbestimmungsrecht auf und untersucht, inwiefern es einer gesetzlichen Aufnahme dieser neuen Entwicklungen bedarf.*

### Inhaltsverzeichnis

#### I. Die Patientenverfügung als Instrument zur Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts

1. Zweck der Patientenverfügung
2. Kritische Würdigung

#### II. Advance Care Planning (ACP)

1. Übersicht
  - 1.1. Was versteht man unter «Advance Care Planning»?
  - 1.2. Zentrale Elemente des ACP
    - 1.2.1. Aufgeklärte und partnerschaftliche Entscheidungsfindung im prozeduralen Verfahren
    - 1.2.2. Koordinierte, systematische und regionale Implementierung
2. Erfahrungen mit ACP in der Schweiz
3. Gesetzlicher Regelungsbedarf
  - 3.1. Ausgangslage
  - 3.2. Gesetzliche Regelung des ACP

#### III. Vertreterverfügungen

1. Übersicht
  - 1.1. Was sind Vertreterverfügungen?
  - 1.2. Anwendungsbereich der Vertreterverfügung
2. Rechtliche Einordnung: Zulässigkeit unter geltendem Recht?

- 2.1. Analoge Anwendung des Stellvertretungsrechts nach Art. 32 ff. OR und somit direkter Ausfluss der Vertretungsbefugnis
- 2.2. Teil eines ärztlichen Behandlungsplans
- 2.3. Gesetzliche Anforderungen an den Vertreterentscheid
- 3. Argumente für und gegen Vertreterverfügungen
  - 3.1. Verzicht auf ärztliche Aufklärung und Abweichen vom mutmasslichen Willen
  - 3.2. Verbesserte Durchsetzung des mutmasslichen Willens
- 4. Gesetzlicher Regelungsbedarf
  - 4.1. Ausgangslage
  - 4.2. Gesetzlich zu regelnde Aspekte
    - 4.2.1. Hinderungsgründe für die Errichtung einer Vertreterverfügung
      - 4.2.1.1. Urteilsfähigkeit
      - 4.2.1.2. Vorliegen einer gültigen, hinreichend konkreten Patientenverfügung
    - 4.2.2. Gesetzliche Beschränkung der Anordnungscompetenz
    - 4.2.3. Gesetzliche Beschränkung der Verbindlichkeit der Vertreterverfügung
    - 4.2.4. Widerrufsmöglichkeit
    - 4.2.5. Entscheidungskriterien
    - 4.2.6. Ärztliche Aufklärungspflicht
    - 4.2.7. Partizipationsrecht
    - 4.2.8. Aktualisierungspflicht

#### IV. Zusammenfassung

### I. Die Patientenverfügung als Instrument zur Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts

#### 1. Zweck der Patientenverfügung

[Rz 1] Der medizinische Fortschritt hat dazu geführt, dass diverse Krankheiten, die vor einigen Jahren innert kürzester Zeit zum Tode führten, heute kontrollierbar sind.<sup>1</sup> Betroffene durchleben deshalb unter Umständen längere Phasen, während deren sie nicht mehr bzw. lediglich beschränkt urteilsfähig sind.<sup>2</sup> Zur Stärkung des individuellen Selbstbestimmungsrechts – insbesondere in Phasen der eigenen Urteilsunfähigkeit – wurde mit der Revision des Erwachsenenschutzrechts im Jahr 2013 das Institut der Patientenverfügung gesetzlich verankert.<sup>3</sup> Mit der gesetzlichen Regelung dieses Instruments wird das Ziel verfolgt, die Selbstbestimmung des Menschen über den Eintritt dessen Urteilsunfähigkeit hinaus zu gewährleisten.<sup>4</sup> Die Patientenverfügung ermöglicht der urteilsfähigen Person, für zukünftige Ereignisse vorzusorgen: Einerseits kann vorgängig festgelegt werden, welchen medizinischen Massnahmen im Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit zugestimmt wird. Andererseits kann darin eine natürliche Person bezeichnet werden, die im Fall der Urteilsunfähigkeit der verfügenden Person stellvertretend für sie über medizinische Massnahmen entscheiden soll.<sup>5</sup> Das Bedürfnis nach einem «vorweggenommenen Surrogat der unmittelbaren Einwilligung»<sup>6</sup> ist deshalb vorhanden, weil nur der Urteilsfähige rechtlich wirksam in einen ärztlichen Heileingriff einwilligen kann.<sup>7</sup> Die Patientenverfügung eröffnet somit die Möglichkeit, auch in Phasen der Urteilsunfähigkeit des Patienten, dessen Autonomie sicherzustellen und sein Recht auf Selbstbestimmung zu «perpetuieren».<sup>8</sup>

## 2. Kritische Würdigung

[Rz 2] Mit Blick auf die Praxis – fünf Jahre nach der Totalrevision des Erwachsenenschutzrechts – können zwei Hauptkritikpunkte an der Patientenverfügung eruiert werden: Einerseits sind Patientenverfügungen im entscheidenden Moment oft nicht auffindbar und andererseits sind sie in zahlreichen Fällen sehr unbestimmt formuliert und somit stark auslegungsbedürftig.<sup>9</sup> Die in der Praxis festgestellte materielle Unbestimmtheit abgeschlossener Patientenverfügungen ist unter anderem auf die fehlende ärztliche Beratung und somit mangelnden Fachkenntnisse der verfügenden Personen zurückzuführen.<sup>10</sup> In der Lehre wird kritisiert, dass eine Patientenverfügung ohne auch nur eine rudimentäre ärztliche Aufklärung des Verfügenden rechtsgültig errichtet werden kann.<sup>11</sup> Im Gegensatz zu dem im Medizinrecht geltenden zentralen Grundsatz des *Informed Consent*<sup>12</sup> geht man im Zusammenhang mit der Patientenverfügung von der Vermutung aus, dass der Patient stillschweigend auf die ärztliche Aufklärung verzichtet und ohne eine solche rechtsgültig in zukünftige medizinische Massnahmen einwilligen kann.<sup>13</sup> Dies erstaunt vor dem Hintergrund, dass eine Patientenverfügung inhaltlich nichts anderes als ein antizipiertes Surrogat der unmittelbaren Einwilligung oder Verweigerung einer urteilsfähigen Person ist.<sup>14</sup>

[Rz 3] Die Praxis zeigt, dass die Patientenverfügung als Instrument zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts ihr Potenzial noch nicht ausgeschöpft hat.<sup>15</sup> Die gesetzliche Verankerung der Patientenverfügung alleine reicht nicht aus, um zu gewährleisten, dass die Menschen gegen Ende des Lebens ihrem Willen entsprechend behandelt werden.<sup>16</sup> Nachfolgend wird aufgezeigt, inwiefern neuere Entwicklungen einen Beitrag zur Verbesserung der aktuellen Situation leisten können.

## II. Advance Care Planning (ACP)

### 1. Übersicht

#### 1.1. Was versteht man unter «Advance Care Planning»?

[Rz 4] Auf der Suche nach überzeugenderen Lösungsansätzen gewinnt das sogenannte Advance Care Planning (ACP) – eine Art gesundheitliche Vorausplanung<sup>17</sup> – an Bekanntheit und Beliebtheit und wird als möglicher «Ausweg aus der Misere» diskutiert.<sup>18</sup> Mit anderen Worten entsteht ACP gerade aus den in der Praxis festgestellten Defiziten im Umgang mit Patientenverfügungen.<sup>19</sup> Es geht dabei um ein aus den USA bekanntes Konzept, mit welchem Wert auf eine umfassende Planung in Form eines organisierten Prozesses gelegt wird.<sup>20</sup> Oder anders formuliert: «Mit ACP bezeichnet man ein Verfahren der vorausschauenden Behandlungsplanung (oder der gesundheitlichen Voraus- bzw. Versorgungsplanung), welches dazu beiträgt, dass aussagekräftige Patientenverfügungen zur Hand sind und stets Beachtung finden [...]»<sup>21</sup> Der Fokus wird dabei nicht – wie bei der herkömmlichen Patientenverfügung – auf das physische *Produkt* gelegt, sondern vielmehr auf den darauf hinzielenden, aus Gesprächen zwischen diversen Beteiligten bestehenden *Prozess*.<sup>22</sup> Es geht also nicht nur um eine einzelne Vorkehrung – das Ausfüllen der Patientenverfügung – sondern um einen Vorgang,

während dem man sich mit der Gestaltung des Lebensabends auseinandersetzt und Entscheidungen trifft.<sup>23</sup> Dabei sind Patientenverfügungen nur als Teilaspekt – als ein Baustein – der gesundheitlichen Vorausplanung zu betrachten.<sup>24</sup> In diesem Zusammenhang wird vertreten, dass die Patientenverfügung erst dann ihren zugesprochenen Zweck der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts erbringen kann, wenn sie in einem umfassenden, regional implementierten System eingebettet ist.<sup>25</sup>

## 1.2. Zentrale Elemente des ACP

### 1.2.1. Aufgeklärte und partnerschaftliche Entscheidungsfindung im prozeduralen Verfahren

[Rz 5] Ein gewichtiger Nachteil der herkömmlichen Patientenverfügung ist, dass diese ohne ärztliche Aufklärung errichtet werden kann und somit in der Praxis unklare, auslegungsbedürftige und auf den konkreten Ernstfall nicht anwendbare Anordnungen enthält.<sup>26</sup> Dieser Nachteil soll durch ACP beseitigt werden, indem ein Gesprächsprozess stattfindet, an welchem eine Person mit ärztlichem Fachwissen beteiligt ist. Eine im Rahmen des ACP gewährleistete ärztliche Aufklärung bezweckt, dass der Patient sein Selbstbestimmungsrecht sinnvoll wahrnehmen kann.<sup>27</sup> Der Mehrwert liegt darin, dass der Einzelne bei seiner Entscheidungsfindung optimal unterstützt und dabei sein medizinisches Umfeld miteinbezogen wird.<sup>28</sup> Geführt werden die ACP-Planungsgespräche durch einen nicht-ärztlichen Gesprächsbegleiter (einem sog. Facilitator<sup>29</sup>), welcher eine für seine Tätigkeit erforderliche Ausbildung abgeschlossen haben muss.<sup>30</sup> Diese spezifische Ausbildung ist bei sämtlichen der bekannten ACP-Konzepte zentraler Bestandteil, weil für die Qualität der Vorausplanung von entscheidender Bedeutung ist, dass der Gesprächsbegleiter<sup>31</sup> über gewisse Eigenschaften, Fertigkeiten und entsprechendes Fachwissen verfügt.<sup>32</sup>

[Rz 6] ACP bezweckt, dass anerkannte medizinrechtliche Grundsätze der Entscheidungsfindung auch bei Behandlungsentscheidungen hinsichtlich künftiger Eingriffe, die in Zeiten bereits eingetretener Urteilsunfähigkeit des Betroffenen erfolgen, beachtet werden.<sup>33</sup> Zum einen wird damit erreicht, dass bei einer medizinischen Anordnung in einer Patientenverfügung von einer aufgeklärten Einwilligung (*Informed Consent*<sup>34</sup>) ausgegangen werden kann. Zum anderen verfolgt ACP Ansätze des Prinzips des sog. *Shared Decision Making*<sup>35</sup>, wobei Entscheidungen vom urteilsfähigen Patienten zusammen und mit Hilfe des behandelnden Arztes sowie – sofern möglich – unter Beizug dessen Angehörigen partnerschaftlich getroffen werden.<sup>36</sup>

[Rz 7] Es ist unter ACP nicht ein einmaliger Akt, sondern ein *kontinuierlicher Prozess* zu verstehen, wobei eine regelmässige Überprüfung der in dem entsprechenden Prozess entstandenen Patientenverfügung unerlässlich ist.<sup>37</sup> Durch das prozessuale, andauernde Vorausplanen kann sichergestellt werden, dass vom Patienten getroffene Entscheidungen dem medizinischen Entwicklungsstand und der eigenen gesundheitlichen Verfassung angepasst sind.<sup>38</sup> Diese neue Herangehensweise ist hinsichtlich der bestehenden Problematik der Selbstbindung aufgrund der fehlenden zeitlichen Befristung von Patientenverfügungen begrüssenswert.<sup>39</sup> Im Unterschied zur Patientenverfügung ist für ACP charakteristisch, dass Betroffene sich erst dann mit der gesundheitlichen Vorausplanung befassen, wenn sie bereits einige Kenntnisse eines

spezifischen Krankheitsverlaufes haben und deshalb Gesundheitsveränderungen aufgrund bereits gemachter Erfahrungen eher antizipieren können.<sup>40</sup> In Bezug auf die Planbarkeit hat der gewählte Zeitpunkt den Vorteil, dass in diesem Stadium die gesundheitliche Entwicklung schon einigermaßen absehbar ist.<sup>41</sup>

### 1.2.2. Koordinierte, systematische und regionale Implementierung

[Rz 8] Die Befürworter des ACP argumentieren, dass die Patientenverfügung im entscheidenden Zeitpunkt nur dann beachtet und umgesetzt wird, wenn dieses Rechtsinstitut im Zusammenspiel mit weiteren Massnahmen im jeweiligen Gesundheitssystem eingebettet ist.<sup>42</sup> Der Erfolg eines ACP-Konzepts hängt demzufolge wesentlich von der reibungslosen Umsetzung und Implementierung desselben in der Praxis ab.<sup>43</sup> Sämtliche Institutionen und Organisationen sind im Rahmen des Implementierungsprozesses mit ACP vertraut zu machen und entsprechend zu schulen.<sup>44</sup> Damit ein solches Konzept erfolgreich eingebunden werden kann, braucht es grundlegende Veränderungen im Gesundheitssystem und verfügbare zeitliche wie auch finanzielle Ressourcen.<sup>45</sup> Ausserdem müssen anerkannte Arbeitsroutinen eingeführt werden, sodass das Vorausgeplante im entscheidenden Moment bekannt ist und umgesetzt werden kann. Durch die Vernetzung der verschiedenen Behandelnden soll erreicht werden, dass im Notfall konkrete Handlungsanweisungen vorliegen und befolgt werden.<sup>46</sup> Diese definierten Vorgehensweisen und Verantwortlichkeiten beginnen bei der Einleitung eines ACP-Prozesses und erstrecken sich bis zum routinierten Ablauf, der festlegt, wie und wo Patientenverfügungen zu hinterlegen sind.<sup>47</sup>

## 2. Erfahrungen mit ACP in der Schweiz

[Rz 9] Im Ausland sind bereits verschiedene ACP-Konzepte sehr erfolgreich in die lokalen Gesundheitssysteme implementiert worden, so bspw. das *Respecting Patient Choices*® in Australien oder das ACP-Modellprojekt mit der Bezeichnung *beizeiten begleiten*® in Deutschland. Angelehnt an eines der am erfolgreichsten ins lokale Gesundheitssystem integrierte und am weitesten entwickelte ACP-Programme, das *Respecting Choices*®-Programm aus den USA, ist auch in der Schweiz ein ACP-Projekt entstanden. Im Rahmen des Nationalen Forschungsprogrammes NFP 67 Lebensende wurde das Projekt «Multiprofessional advance care planning and shared decision making for end of life care (MAPS Trial)» am Universitätsspital Zürich durchgeführt.<sup>48</sup> Es ist das erste interdisziplinäre ACP-Projekt in der Schweiz.<sup>49</sup> Das Zürcher Forschungsteam stand während der gesamten Projektdauer im intensiven Erfahrungsaustausch mit anderen Studienteams wie bspw. dem australischen *Respecting Patient Choices*®-Programm. Es hat dieses vor Ort besucht und die dortige Ausbildung zum ACP-Gesprächsbegleiter absolviert, um so Einblicke in das in Australien angebotene ACP-Training zu gewinnen.<sup>50</sup> Anschliessend wurden auch in der Schweiz Fachkräfte aus diversen Bereichen (wie bspw. der Pflege, dem Sozialdienst, der Patientenberatung und der Seelsorge) zu ACP-Beratern ausgebildet.<sup>51</sup> Die ausgewerteten Ergebnisse dieses Projekts sind sehr positiv: In deutlich mehr Fällen waren Behandlungswünsche der Patienten bekannt und es entstanden dementsprechend weniger Entscheidungskonflikte in Notfallsituationen.<sup>52</sup>

[Rz 10] Zur Umsetzung der in der Agenda Gesundheit2020 festgelegten Prioritäten hat der Bund das Projekt «Koordinierte Versorgung» zur Förderung der gesundheitlichen Vorausplanung lanciert.<sup>53</sup> Es soll eine Bündelung der vorhandenen Ressourcen und bewährten Systeme zu einem übergreifenden, multiprofessionellen Prozess von Kommunikations- und Informationsstrukturen – eine koordinierte Versorgung – avisiert werden.<sup>54</sup> Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) hat dazu eine Taskforce eingesetzt und ein Rahmenkonzept ausgearbeitet, welches als Grundlage für die Implementierung der gesundheitlichen Vorausplanung in der Schweiz dienen soll.<sup>55</sup>

### 3. Gesetzlicher Regelungsbedarf

#### 3.1. Ausgangslage

[Rz 11] ACP ist auf dem Vormarsch, auch in der Schweiz.<sup>56</sup> Es stellt sich die Frage, ob sich diese neue Herangehensweise im Zusammenhang mit der Errichtung von Patientenverfügungen und generell mit der gesundheitlichen Vorausplanung bereits heute in unser Gesetzesgefüge einbetten liesse. Untersucht man die geltenden gesetzlichen Vorschriften zur Patientenverfügung auf ihre Regelungsdichte, kann man feststellen, dass diese nur sehr wenig vorschreiben: Sie lassen zunächst weitgehend offen, wie und unter welchen Umständen die Patientenverfügung bzw. die dieser zugrunde liegende Entscheidungsfindung zustande kommen muss, ob sie bspw. nur nach einer ärztlichen Beratung oder nur in Anwesenheit anderer Personen rechtsgültig errichtet werden kann.<sup>57</sup> Die gesetzlichen Regelungen sehen weiter auch keine Vorschriften zu einer minimalen Bestimmtheit vor.<sup>58</sup> Weder eine gesetzliche Aktualisierungspflicht<sup>59</sup> noch ein einheitlicher zwingender Hinterlegungsort<sup>60</sup> kann dem Gesetz entnommen werden. Letztlich enthalten die zivilrechtlichen Vorschriften auch keine spezifische Regelung zum Errichtungszeitpunkt einer Patientenverfügung, ausser dass die verfügende Person im Zeitpunkt der Errichtung urteilsfähig sein muss.<sup>61</sup>

[Rz 12] Diese Offenheit des Gesetzes darf nicht dahingehend gedeutet werden, dass eine konzeptionelle Herangehensweise im Sinne des ACP, die sämtliche vom Gesetzgeber offen gelassenen Aspekte einbezieht, unzulässig wäre.<sup>62</sup> Vielmehr werden mit ACP verschiedene Ansätze verfolgt, die zu einer Aufwertung der Patientenverfügung beitragen können.

[Rz 13] Im Zusammenhang mit der Diskussion zur gesetzlichen Aufnahme eines Rechtsinstituts sind verschiedene Aspekte zu unterscheiden: Die Grundsatzfrage, *ob* eine gesetzliche Aufnahme erfolgen soll, ist von der Frage zu unterscheiden, *wie detailliert* die entsprechende Regelung auszufallen hat. Selbst wenn man die Auffassung vertritt, eine gesetzliche Aufnahme des ACP sei sinnvoll, so besteht in der konkreten Ausgestaltung ein sehr grosser Spielraum.

#### 3.2. Gesetzliche Regelung des ACP

[Rz 14] Während Argumente wie die übermässige Bürokratisierung sowie das vorhandene Bedürfnis nach der Berücksichtigung der regionalen Eigenheiten *gegen* eine detaillierte und schweizweit einheitliche Regelung des ACP sprechen, gibt es auch Argumente *für* eine gesetzliche

Verankerung. So könnten gesetzliche Anforderungen an ACP-Dienstleistungen bspw. als hilfreiche Abgrenzungskriterien dienen. Solche dürften insbesondere im Zusammenhang mit der Vergütungsfrage der entsprechenden Leistungen eine Grundlage bieten, damit ACP-Leistungen als solche qualifiziert und in die entsprechenden Vergütungssysteme aufgenommen werden könnten.<sup>63</sup> Zudem wäre durch das Vorliegen von gesetzlichen Rahmenbedingungen in Form von zu berücksichtigenden Mindestanforderungen eher garantiert, dass solche Dienstleistungen gewisse Mindeststandards erfüllen. Der behandelnde Arzt, der mit einer im Rahmen eines ACP-Verfahrens errichteten Patientenverfügung konfrontiert wird, könnte sich eher darauf verlassen, dass bspw. eine ärztliche Aufklärung und eine regelmässige Überprüfung hinsichtlich der darin gemachten Anordnungen stattgefunden haben.<sup>64</sup> Als Folge dessen könnte die bestehende Skepsis seitens des behandelnden Personals gegenüber Patientenverfügungen merklich entschärft werden.<sup>65</sup>

[Rz 15] Die Vornahme einer abschliessenden Beurteilung derjenigen Aspekte, die sinnvollerweise ins Gesetz aufgenommen werden müssten, ist zum heutigen Zeitpunkt nicht möglich, da in der Schweiz flächendeckende Erfahrungen mit ACP (noch) fehlen. Es wird sich in der Praxis erst noch zeigen müssen, ob und in welcher Form ACP sich etablieren wird.<sup>66</sup> Bei der Frage, welche Aspekte nach heutiger Einschätzung in einer gesetzlichen Regelung zu berücksichtigen wären, müssten insbesondere die in der Praxis beobachteten und in der Lehre kritisierten Schwachstellen der herkömmlichen Patientenverfügung beachtet werden. Es müsste in diesem Zusammenhang unter anderem die Aufnahme einer gesetzlichen Bestimmung zur ärztlichen Aufklärungspflicht, zu den Anforderungen an die Dokumentation (insbesondere zur hinreichenden Bestimmtheit), zur Aktualisierungspflicht sowie zur Hinterlegungsmöglichkeit (im Speziellen unter Einbezug des elektronischen Patientendossiers) geprüft werden.

### III. Vertreterverfügungen

#### 1. Übersicht

##### 1.1. Was sind Vertreterverfügungen?

[Rz 16] Eine Vertreterverfügung ist eine medizinische Vorausverfügung, die von einem Dritten für eine urteilsunfähige Person erstellt wurde. Es handelt sich um eine Verfügung, in welcher der Vertreter seinerseits schriftliche Anordnungen für zukünftige medizinische Angelegenheiten des Urteilsunfähigen trifft. Dies für den Fall, dass er selber in einer Notsituation nicht anwesend oder erreichbar ist.<sup>67</sup>

[Rz 17] Der relevante Unterschied zwischen der gesetzlich legitimierten Vertretungsmöglichkeit einer urteilsunfähigen Person in medizinischen Angelegenheiten gemäss Art. 377 ff. ZGB und Vertreterverfügungen besteht darin, dass die vertretungsberechtigte Person im Rahmen einer Vertreterverfügung nicht in einen unmittelbar bevorstehenden Eingriff vertretungsweise einwilligt, sondern für (womöglich weit) in der Zukunft liegende medizinische Szenarien schriftliche Anordnungen trifft.

## 1.2. Anwendungsbereich der Vertreterverfügung

[Rz 18] Obwohl das Gesetz zu der Möglichkeit des schriftlichen Vorausplanens durch den Vertreter schweigt<sup>68</sup> und der Begriff der Vertreterverfügung bis heute nicht geläufig ist, besteht ein praktisches Bedürfnis nach diesem Institut.<sup>69</sup> Im Hinblick auf die immer älter werdenden Menschen, die oftmals ihre letzten Lebensjahre urteilsunfähig auf Pflege und Unterstützung – viele davon in Pflege- und Seniorenheimen – angewiesen sind, ist das Bedürfnis nach einer für den Notfall vorsorgenden Vertreterverfügung durchaus vorhanden. Dies, weil gerade in dringlichen Situationen, in welchen schnell gehandelt und entschieden werden muss, der Vertreter oftmals nicht erreichbar ist.<sup>70</sup> Auch in Institutionen für geistig Behinderte sind Vertreterverfügungen beliebt, weil sie dahingehend hilfreich sind, als dass sie in einer Notsituation konsultiert werden und die behandelnden Personen zeitnah entsprechend medizinische Massnahmen einleiten oder eben gerade unterlassen können.<sup>71</sup>

[Rz 19] Zunehmende Aufmerksamkeit geniesst die Vertreterverfügung unter anderem im Kontext mit ACP.<sup>72</sup> In diesem Zusammenhang wird vertreten, dass ACP – bei eingetretener Urteilsunfähigkeit des Patienten – auch mit der vertretungsberechtigten Person durchgeführt werden kann.<sup>73</sup> Dabei werden anlässlich des qualifizierten Gesprächsprozesses vertretungsweise Behandlungsentscheide für den Fall künftiger gesundheitlicher Krisensituationen getroffen und in einer schriftlichen Vertreterverfügung dokumentiert.<sup>74</sup>

## 2. Rechtliche Einordnung: Zulässigkeit unter geltendem Recht?

### 2.1. Analoge Anwendung des Stellvertretungsrechts nach Art. 32 ff. OR und somit direkter Ausfluss der Vertretungsbefugnis

[Rz 20] Verschiedene Autoren bezeichnen die Vertretungsbefugnis in medizinischen Massnahmen als *Bevollmächtigung sui generis* und ziehen deshalb in diesem Zusammenhang die allgemeinen Stellvertretungsbestimmungen nach Art. 32 ff. OR heran.<sup>75</sup> Nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertretungsrechts sind einzelne Rechtsgeschäfte der Vertretung nicht zugänglich; dazu gehört u.a. die Ausübung von absolut höchstpersönlichen Rechten i.S.v. Art. 19c Abs. 2 ZGB.<sup>76</sup> Die absolut höchstpersönlichen Rechte stellen die Schranke der Vertretungsbefugnis dar.<sup>77</sup> Um ein solches absolutes höchstpersönliches Recht, dessen Ausübung nur der betroffenen urteilsfähigen Person zusteht, handelt es sich bei der Errichtung einer Patientenverfügung.<sup>78</sup> Es ist dem Vertretungsberechtigten nach den geltenden stellvertretungsrechtlichen Regeln demzufolge verwehrt, schriftliche Anordnungen im Sinne einer verbindlichen «Vertreter-Patientenverfügung» zu errichten, da das Recht zur Errichtung einer Patientenverfügung aufgrund der absoluten Höchstpersönlichkeit vertretungsfeindlich ist.

### 2.2. Teil eines ärztlichen Behandlungsplans

[Rz 21] Denkbar ist hingegen, dass der Vertretungsberechtigte in einem ärztlichen Behandlungsplan gemäss Art. 377 ZGB vorausschauend medizinische Massnahmen mit dem behandelnden Arzt bespricht und anordnet, die in einer eintretenden hypothetischen Notfallsituation vom Arzt entsprechend eingeleitet oder eben gerade unterlassen werden. In Bezug auf Massnahmen, die



vom Behandlungsplan erfasst sind, braucht der Arzt nicht erneut eine Einwilligung einzuholen.<sup>79</sup> Demzufolge können entsprechende Anordnungen, die der Arzt anlässlich eines solchen Planungsgesprächs protokolliert<sup>80</sup> und im Patientendossier hinterlegt, als eine Art Vertreterverfügung qualifiziert werden.<sup>81</sup> Ordnet man die Vertreterverfügung rechtlich als Bestandteil eines ärztlichen Behandlungsplans, der sich mit zukünftigen, hypothetischen Szenarien befasst, ein, vernachlässigt man jedoch einen wichtigen, letztlich anzustrebenden Teilaspekt derselben: Ihr tatsächliches Vorhandensein in einer Notfallsituation. Der Nachteil entsprechender Anordnungen als Bestandteil eines schriftlichen Behandlungsplans besteht nämlich darin, dass sie nur gerade im Patientendossier des jeweiligen Arztes hinterlegt und somit im Falle der Behandlung durch einen anderen Arzt (bspw. im Akutfall in einem Spital) im entscheidenden Moment kaum zur Hand sind.<sup>82</sup> Ihren Zweck – Auskunft über den mutmasslichen Willen des Betroffenen zu geben – erfüllt die Vertreterverfügung nur, wenn sie im dringlichen Notfall tatsächlich vorliegt. Um dies zu gewährleisten, müsste eine zweckmässige (und möglichst einheitliche) Hinterlegung konstitutives Element der Vertreterverfügung sein.

### **2.3. Gesetzliche Anforderungen an den Vertreterentscheid**

[Rz 22] Nach eingetretener Urteilsunfähigkeit ist der Patient nicht mehr in der Lage, in medizinische Massnahmen einzuwilligen.<sup>83</sup> Es ist anerkannt und vom Gesetzgeber entsprechend umgesetzt worden, dass eine vertretungsberechtigte Person stellvertretend für den Urteilsunfähigen höchstpersönliche Rechte ausüben und in medizinische Massnahmen einwilligen kann.<sup>84</sup> Zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Urteilsunfähigen sieht das Gesetz in Art. 378 Abs. 3 ZGB Entscheidungskriterien vor, nach welchen der Vertretungsberechtigte zu entscheiden hat.<sup>85</sup> Eine der Vertreterverfügung zugrunde liegende Entscheidungsfindung genügt den geltenden gesetzlichen Anforderungen nur dann, wenn die vom Gesetzgeber vorgesehenen Entscheidungskriterien beachtet werden. Der Vertretungsberechtigte ist demnach bei seiner Entscheidungsfindung zwingend an den mutmasslichen Willen des Vertretenen gebunden, unabhängig davon, ob er eine Entscheidung hinsichtlich eines konkreten Einzelfalls oder vorausplanend im Zusammenhang mit einer hypothetischen Notfallsituation in der Zukunft trifft.

[Rz 23] Während für die Patientenverfügung gilt, dass eine solche auch ohne ärztliche Aufklärung rechtsgültig errichtet werden kann,<sup>86</sup> darf nicht von den gleichen, lockeren Formerfordernissen für Vertreterverfügungen ausgegangen werden. Da das Gesetz an die vertretungsweise Einwilligung in medizinische Massnahmen zum Schutz des Vertretenen erweiterte Anforderungen stellt, sind diese auch bei der Errichtung von Vertreterverfügungen zwingend einzuhalten. Eine der Vertreterverfügung zugrunde liegende Entscheidungsfindung ist mit dem geltenden Recht nur dann vereinbar, wenn diese den gesetzlichen Anforderungen von Art. 377 ZGB genügt.

## **3. Argumente für und gegen Vertreterverfügungen**

### **3.1. Verzicht auf ärztliche Aufklärung und Abweichen vom mutmasslichen Willen**

[Rz 24] Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung der Anforderungen an die Vertreterverfügung

besteht die Gefahr, dass der Vertretungsberechtigte Anordnungen in Vertreterverfügungen festhalten könnte, ohne dass er über das erforderliche medizinische Wissen verfügt und es ihm deshalb am Bewusstsein über die Tragweite seiner Anordnungen mangelt. Während dieses Risiko bei der Patientenverfügung durch Verzicht auf die ärztliche Aufklärung vom Betroffenen selber bewusst in Kauf genommen werden kann,<sup>87</sup> ist dies bei Vertreterverfügungen nicht tolerierbar. Dies insbesondere, weil der Vertreter bei der Errichtung einer Vertreterverfügung fremdnützig handelt und sich bei der Umsetzung allfällig ergebende Falschinterpretationen letztlich immer zum Nachteil des Vertretenen auswirken.<sup>88</sup>

[Rz 25] Durch den Zwischenschritt des Errichtens einer Vertreterverfügung nimmt die – an sich immer bestehende – Gefahr zu, dass eine medizinische Massnahme durchgeführt wird, die nicht dem mutmasslichen Willen des Betroffenen entspricht. Einerseits, weil im Rahmen der Vertreterverfügung der mutmassliche Wille hinsichtlich künftiger Gegebenheiten *prospektiv beurteilt* werden muss. Es kann bei schriftlichen Anordnungen hinsichtlich unklarer, zukünftiger Ereignisse kaum je ein Bestimmtheitsgrad erreicht werden, der eine Auslegung überflüssig erscheinen liesse.<sup>89</sup> Andererseits kann die Gefahr einer vom mutmasslichen Willen abweichenden Behandlung auch durch den *Akt der Verschriftlichung* begründet werden: Auf Seiten des Verfassers durch eine unklare, zweideutige Formulierung des mutmasslichen Willens bzw. auf Seiten des Adressaten durch eine Fehlinterpretation des an sich treffend formulierten mutmasslichen Willens. Steht ein Behandlungsentscheid an, so müsste – diesen Ausführungen zufolge – die Vertretungsperson wenn immer möglich beigezogen werden, sodass diese unter Berücksichtigung und in Kenntnis der konkret vorliegenden Umstände den mutmasslichen Willen des Betroffenen ermitteln und entsprechend für den Betroffenen entscheiden könnte.<sup>90</sup>

### 3.2. Verbesserte Durchsetzung des mutmasslichen Willens

[Rz 26] Art. 379 ZGB sieht vor, dass in dringlichen Fällen der Arzt medizinische Massnahmen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person ergreifen kann. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen eine rechtswirksame Einwilligung von der vertretungsberechtigten Person nicht eingeholt bzw. nicht rechtzeitig eruiert werden kann, weil die Vornahme einer medizinischen Massnahme keinen Aufschub duldet.<sup>91</sup> Weil der behandelnde Arzt in dringlichen Fällen kaum die erforderliche Zeit haben wird, um den mutmasslichen Willen des Betroffenen abzuklären, dürften für die entsprechende Behandlung regelmässig die objektiven Interessen des Betroffenen ausschlaggebend sein.<sup>92</sup> An diesem Punkt knüpft die Vertreterverfügung an und bezweckt auch in dringlichen Fällen eine möglichst dem mutmasslichen Willen des Betroffenen entsprechende Behandlung: In der Form einer schriftlichen Vertreterverfügung kann der durch den Vertreter festgestellte mutmassliche Wille des Urteilsunfähigen in einem Notfall dem behandelnden Arzt bekannt sein.<sup>93</sup> Es wird durch die schriftliche Vorausplanung des Vertreters eine «patientenverfügungsäquivalente Lage»<sup>94</sup> geschaffen, indem im dringlichen Notfall auf eine Verfügung zurückgegriffen werden kann, welcher die Behandlungswünsche des Urteilsunfähigen entnommen werden können. In Notsituationen werden demnach nicht routinemässig die akutmedizinischen Standardbehandlungen durchgeführt, sondern der Patient wird nach seinem vom Vertreter eruierten mutmasslichen Willen behandelt.<sup>95</sup> Die Anwendung der akutmedizinischen Standards dürfte nämlich in den meisten Fällen nichts anderes heissen, als dass alles Mögliche getan

wird, um die Person am Leben zu erhalten, auch wenn dies möglicherweise nicht dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht.<sup>96</sup> Das Institut der Vertreterverfügung kann somit dahingehend als eine Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Urteilsunfähigen betrachtet werden, als dass dieses dazu beiträgt, dass sein (mutmasslicher) Wille auch in Notfällen berücksichtigt wird.

[Rz 27] Vertreterverfügungen bergen das Potenzial, zur verbesserten Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts beizutragen, was für eine Förderung und Etablierung derselben spricht. Das Selbstbestimmungsrecht lässt sich jedoch nur ausschöpfen, wenn bei der Errichtung und Verwendung von Vertreterverfügungen gewisse Standards eingehalten und die für den Vertretenen drohenden Gefahren möglichst minimiert werden.<sup>97</sup> Die aufgezeigten Risiken für das Selbstbestimmungsrecht des Vertretenen bestehen heute u.a. deshalb, weil die Vertreterverfügung in der Praxis als Institut verwendet wird, das nicht ausdrücklich von gesetzlichen Vorschriften erfasst ist.<sup>98</sup> Ein möglicher Lösungsansatz besteht somit darin, die Vertreterverfügung als zulässiges, verbindliches Vorsorgeinstrument anzuerkennen und gesetzlich zu legitimieren, sofern sie hinsichtlich ihrer Entstehung und Verwendung ausdrücklichen gesetzlichen Anforderungen genügt.

## **4. Gesetzlicher Regelungsbedarf**

### **4.1. Ausgangslage**

[Rz 28] In der Praxis besteht ein Bedürfnis nach dem Institut der Vertreterverfügung, eine gesetzliche Regelung desselben fehlt jedoch. Die Tatsache, dass in der Praxis solche Vertreterverfügungen bereits heute im Umlauf sind, ohne dass sie ausdrücklich gesetzlichen Vorgaben zu genügen haben, ist aufgrund der geschilderten Gefahren problematisch. Ein gesetzlicher Handlungsbedarf ist folgedessen zu bejahen. Gesetzliche Anforderungen an die Errichtung und Verwendung von Vertreterverfügungen sind geboten, damit sich ein möglichst umfassender Schutz der vertretenen Person garantieren und durchsetzen lässt.

[Rz 29] Im Folgenden ist auf einzelne ausgewählte Aspekte einzugehen, die bei der Ausarbeitung einer gesetzlichen Regelung zur Vertreterverfügung berücksichtigt werden müssten. Es wären diesbezüglich die bestehenden gesetzlichen Regelungen zur Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB) sowie die gesetzlichen Anforderungen an die Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Art. 377 ff. ZGB) heranzuziehen sowie – zum Schutz des Vertretenen – weitergehende gesetzliche Vorschriften zu prüfen. Die nachfolgende Auflistung der in diesem Zusammenhang zu regelnden Aspekte erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

### **4.2. Gesetzlich zu regelnde Aspekte**

#### **4.2.1. Hinderungsgründe für die Errichtung einer Vertreterverfügung**

##### **4.2.1.1. Urteilsfähigkeit**

[Rz 30] Ist der Patient urteilsfähig, so ist er befugt, in medizinische Eingriffe einzuwilligen.<sup>99</sup> Zum Schutz des Betroffenen wäre gesetzlich ausdrücklich festzulegen, dass die (noch) vorliegende Urteilsfähigkeit des zu Vertretenden die Errichtung einer Vertreterverfügung durch den Vertretungsberechtigten ausschliesst.<sup>100</sup>

#### **4.2.1.2. Vorliegen einer gültigen, hinreichend konkreten Patientenverfügung**

[Rz 31] Hinsichtlich der Ausübung des Vertretungsrechts gemäss Art. 377 Abs. 1 ZGB gilt, dass eine Vertretung nur infrage kommt, wenn der Wille des Patienten nicht aufgrund genügend konkreter Anordnungen in einer Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag bekannt ist.<sup>101</sup> Soweit der Betroffene konkrete Anordnungen für eine Behandlungsentscheid erlassen hat, kommt dem Vertreter keine Entscheidungskompetenz zu.<sup>102</sup> In diesem Umfang müsste es dem Vertretungsberechtigten demzufolge verwehrt sein, in einer Vertreterverfügung davon abweichende Anordnungen zu erlassen.

#### **4.2.2. Gesetzliche Beschränkung der Anordnungscompetenz**

[Rz 32] Die Vertreterverfügung bezweckt, durch die schriftliche Vorausplanung des Vertreters eine «patientenverfügungsäquivalente Lage»<sup>103</sup> zu schaffen. Angesichts dieses Zwecks muss der Vertretungsberechtigte befugt sein, in einer Vertreterverfügung in sachlicher Hinsicht dem mutmasslichen Willen des Urteilsunfähigen entsprechend festhalten zu können, welchen medizinischen Massnahmen er zustimmt und welchen nicht. Nur so kann mit der Vertreterverfügung erreicht werden, dass dem Arzt der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen Patienten im dringlichen Fall oder im Fall, dass der Vertreter seinerseits nicht erreichbar oder urteilsunfähig geworden ist, bekannt ist. Diese Anordnungsbefugnis entspricht im Kern letztlich der Kompetenz, die das heutige Kindes- und Erwachsenenschutzrecht der vertretungsberechtigten Person bereits zuspricht.<sup>104</sup>

[Rz 33] In Bezug auf die Bezeichnung einer Ersatz-Vertretungsperson sieht das Gesetz keine Anordnungscompetenz des Vertretungsberechtigten vor. Vielmehr geht das Gesetz davon aus, dass der Betroffene in noch urteilsfähigem Zustand seine Vertreter abschliessend bestimmt. So steht der urteilsfähigen Person nach Art. 370 Abs. 3 ZGB die Möglichkeit offen, Ersatzverfügungen zu treffen. Sie kann eine oder auch mehrere Ersatzperson(en) für den Fall bezeichnen, dass die (primär) bezeichnete Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt.<sup>105</sup> Falls der inzwischen urteilsunfähige Betroffene keine Ersatzperson(en) bezeichnet hat, gelangt die Vertretungskaskade nach Art. 378 ZGB zur Anwendung.<sup>106</sup> Durch die (subsidiär) zur Anwendung gelangende gesetzlich festgelegte Kaskade soll im Ergebnis erreicht werden, dass eine Person für den Urteilsunfähigen über medizinische Massnahmen entscheidet, die eine aufgrund gegebener Tatsachen vermutete natürliche Nähe zum Vertretenen aufweist.<sup>107</sup>

[Rz 34] Aufgrund der heutigen Gesetzssystematik und insbesondere der Möglichkeit des Betroffenen, «Ersatz-Vertretungspersonen» bestimmen zu können, ist eine vertretungsweise Entscheidungskompetenz in personeller Hinsicht des Vertretungsberechtigten nicht gerechtfertigt. Gesetzlich wäre zu regeln, dass der Vertretungsberechtigte ausschliesslich befugt ist, in einer Vertreterverfügung festzulegen, welchen medizinischen Massnahmen er im

Namen des urteilsunfähigen Vertretenen zustimmt und welchen nicht.

### 4.2.3. Gesetzliche Beschränkung der Verbindlichkeit der Vertreterverfügung

[Rz 35] Bei der Patientenverfügung rechtfertigt sich das verbindliche schriftliche Surrogat der direkten Einwilligung deshalb, weil im Zeitpunkt der Vornahme der entsprechenden medizinischen Massnahme der Betroffene mangels Urteilsfähigkeit nicht mehr in eine solche einwilligen kann.<sup>108</sup> Bei der Vertreterverfügung hingegen gestaltet sich die Ausgangslage anders: Der Vertreter muss urteilsfähig sein, ansonsten kann er die vertretungsweise Ausübung von höchstpersönlichen Rechten nicht vornehmen.<sup>109</sup> Ob die vertretungsberechtigte Person auch handlungsfähig sein muss, ist umstritten.<sup>110</sup> Der berechtigte Vertreter hat m.a.W. im Zeitpunkt der vertretungsweisen Entscheidungsfindung urteilsfähig zu sein (ansonsten er nicht vertretungsberechtigt sein kann) und wäre in dieser Hinsicht durchaus in der Lage, auch im Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme einer im Voraus verfügten medizinischen Massnahme über eine solche zu entscheiden. Eine primäre Konsultation des Vertreters müsste deshalb wenn immer möglich erfolgen, sodass er gestützt auf die tatsächlichen Gegebenheiten nach bestem Wissen und Gewissen dem mutmasslichen Willen des Betroffenen entsprechend eine Entscheidung treffen könnte. Selbstverständlich kann diese mit der im Voraus getroffenen und in der Vertreterverfügung schriftlich festgelegten Entscheidung übereinstimmen, sie muss es aber nicht.<sup>111</sup> Die Verbindlichkeit der in einer Vertreterverfügung (im Voraus gestützt auf rein hypothetische Szenarien) angeordneten medizinischen Massnahmen und deren Vornahme ohne Beizug des Vertretungsberechtigten rechtfertigen sich nur in dringlichen Fällen, in denen keine Zeit verbleibt, den Vertretungsberechtigten zu konsultieren bzw. in denen dieser nicht rechtzeitig erreicht werden kann.<sup>112</sup>

[Rz 36] In den Situationen, in welchen der zur Vertretung Befugte nicht erreicht werden kann, sollte der Vertreterverfügung jedoch die gleiche inhaltliche Verbindlichkeit zukommen, wie sie heute der Patientenverfügung gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB zukommt. Die Anordnungen in der Vertreterverfügung sollten demnach nicht nur als Indiz für den mutmasslichen Willen des Patienten gewertet, sondern in den dringlichen Fällen i.S.v. Art. 379 ZGB als verbindlich vom behandelnden Arzt beachtet und umgesetzt werden.

### 4.2.4. Widerrufsmöglichkeit

[Rz 37] Aufgrund der in dieser Arbeit vertretenen Argumente für eine gesetzliche Beschränkung der Verbindlichkeit der Vertreterverfügung auf dringliche Fälle und für die Regelung einer primären Konsultationspflicht des Vertretungsberechtigten<sup>113</sup> dürften die gesetzlichen Anforderungen an den Widerruf einer Vertreterverfügung bzw. der darin angeordneten Massnahmen nicht zu hoch angesetzt werden. Dem Vertreter müsste es ohne Weiteres möglich sein, im konkreten Entscheidungsfall von seinen schriftlich verfügten Anordnungen abweichende Behandlungsentscheide treffen zu können, wenn er zu diesem Zeitpunkt annehmen muss, dass diese dem mutmasslichen Willen des Vertretenen besser entsprechen.<sup>114</sup>

[Rz 38] Bezüglich den Widerrufsansforderungen müsste differenziert werden zwischen einerseits den vom Betroffenen noch in urteilsfähigem Zustand errichteten, hinreichend konkreten schriftlichen

Anordnungen, die in eine Vertreterverfügung aufgenommen werden müssen, und andererseits den vom Vertreter in einer Vertreterverfügung festgehaltenen Anordnungen. Hinsichtlich der vom Betroffenen schriftlich im Voraus in einer Patientenverfügung festgehaltenen Anordnungen dürfte ein Widerruf durch den Vertretungsberechtigten nicht voreilig angenommen werden, ansonsten das Recht des Betroffenen, im Voraus verbindlich die Vornahme bzw. Ablehnung medizinischer Massnahmen anzuordnen, ins Leere laufen würde. In diesem Zusammenhang wird in der Lehre vertreten, dass bei einem mündlichen Widerruf durch eine Drittperson eine Abweichung von den Anordnungen in einer Patientenverfügung nur dann zulässig sei, wenn aufgrund dieser Information begründete Zweifel i.S.v. Art. 372 Abs. 2 ZGB bestehen, dass die Anordnungen dem aktuellen mutmasslichen Willen des Betroffenen (noch) entsprechen.<sup>115</sup>

[Rz 39] Hinsichtlich der vom Vertretungsberechtigten angeordneten schriftlichen Massnahmen, bei welchen es sich nicht um übernommene konkrete schriftliche Anordnungen des Betroffenen selbst handelt, dürften keine hohen Anforderungen an einen Widerruf gestellt werden. Ein solcher müsste durch den urteilsfähigen Vertreter hinsichtlich der von ihm errichteten schriftlichen Anordnungen jederzeit und formlos (somit auch mündlich) gegenüber dem behandelnden Arzt zulässig sein.

#### **4.2.5. Entscheidungskriterien**

[Rz 40] Die Entscheidungsfreiheit des Vertreters müsste auch hinsichtlich seines Entscheides im Rahmen einer Vertreterverfügung ausdrücklich gesetzlich eingeschränkt werden. Um sicherzustellen, dass der Vertretungsberechtigte Anordnungen nicht nach seinen persönlichen Wertungen trifft,<sup>116</sup> müssten gesetzliche Kriterien analog Art. 378 Abs. 3 ZGB aufgenommen werden.

#### **4.2.6. Ärztliche Aufklärungspflicht**

[Rz 41] In Anlehnung an die Regelung in Art. 377 Abs. 2 ZGB wäre eine für die rechtsgültige Entstehung einer Vertreterverfügung unerlässliche ärztliche Aufklärungspflicht zwingend gesetzlich vorzuschreiben. Die Regelung müsste darauf abzielen, dass die Vertreterverfügung nur mit einem Arzt nach einer ärztlichen Beratung errichtet werden könnte. Dadurch wäre sichergestellt, dass diese von Grund auf medizinisch korrekt abgefasst würde.<sup>117</sup> Dem Arzt käme gegenüber dem Vertretungsberechtigten dieselbe umfassende Aufklärungspflicht zu, wie er sie auch gegenüber dem Patienten selbst wahrnehmen müsste.<sup>118</sup> Anlässlich des ärztlichen Aufklärungsgespräches müsste der Arzt zudem die Vertretungslegitimation sowie die Urteilsfähigkeit des (vermeintlich) Vertretungsberechtigten einerseits sowie die fehlende Urteilsfähigkeit des Vertretenen<sup>119</sup> andererseits prüfen und mittels seiner Unterschrift auf der Vertreterverfügung bestätigen.

#### **4.2.7. Partizipationsrecht**

[Rz 42] Analog der Regelung in Art. 377 Abs. 3 ZGB wäre zum Schutz des Betroffenen bei der Errichtung einer Vertreterverfügung gesetzlich ein ausdrückliches Partizipationsrecht zugunsten des Urteilsunfähigen vorzusehen. Danach wäre die urteilsunfähige Person soweit möglich in

den Prozess der vertretungsweisen Entscheidungsfindung anlässlich der Errichtung einer Vertreterverfügung miteinzubeziehen.<sup>120</sup> Dies ergibt sich daraus, dass ein Betroffener, der zwar im Rechtssinne nicht mehr als urteilsfähig gilt, durchaus noch in der Lage sein kann, über einen natürlichen Willen zu verfügen und diesen kund zu tun.<sup>121</sup> Durch das gesetzliche Partizipationsrecht soll somit verhindert werden, dass der Betroffene – sobald dessen Urteilsunfähigkeit festgestellt wurde – vom gesundheitlichen Planungsprozess ausgeschlossen wird und Entscheidungen über seinen Kopf hinweg getroffen werden.<sup>122</sup> Da die Planung bei der Errichtung einer Vertreterverfügung hinsichtlich verschiedener hypothetischer Szenarien mit grosser Wahrscheinlichkeit umfassender ausfällt als die Planung einer unmittelbar bevorstehenden Behandlung und somit für den Betroffenen weitreichendere Folgen hat, drängt sich dessen Einbezug umso mehr auf.

#### 4.2.8. Aktualisierungspflicht

[Rz 43] Entsprechend der Pflicht zur laufenden Aktualisierung des Behandlungsplans nach Art. 377 Abs. 4 ZGB wäre auch bei der gesetzlichen Regelung der Vertreterverfügung dringend geboten, eine Pflicht zur Aktualisierung vorzusehen.<sup>123</sup> Dies, um zu gewährleisten, dass Vertreterverfügungen den aktuellen Umständen angepasst werden.

### IV. Zusammenfassung

[Rz 44] ACP entwickelt sich aus den in der Praxis im Zusammenhang mit der Patientenverfügung beobachteten Schwierigkeiten heraus: Der regional implementierte und strukturierte ACP-Prozess bezweckt, dass im entscheidenden Moment aussagekräftige, aufgeklärte und partnerschaftlich getroffene Behandlungsentscheidungen in Form einer Patientenverfügung vorliegen, die dem aktuellen Willen des Betroffenen entsprechen.<sup>124</sup> Diese Entwicklung ist im Hinblick auf eine angestrebte Stärkung des Selbstbestimmungsrechts begrüssenswert, da Strukturen geschaffen werden, die es dem Einzelnen ermöglichen, wirkungsvoll vorzusorgen. Während aus dem Ausland bereits diverse erfolgreiche ACP-Konzepte bekannt sind, können auch in der Schweiz Ansätze einer ACP-Implementierung erkannt werden.<sup>125</sup> Aufgrund des Spielraumes, der das heutige Kindes- und Erwachsenenschutzrecht im Kontext mit der Entstehung von Patientenverfügungen gewährt, lässt sich die neue Herangehensweise eines umfassenden Vorausplanungsprozesses in unser Gesetzesgefüge einbetten.<sup>126</sup> Ein dringender gesetzlicher Handlungsbedarf besteht nach heutiger Einschätzung nicht. Dennoch könnten gesetzliche Rahmenbedingungen gewährleisten, dass das Vertrauen in regional implementierte ACP-Konzepte gesteigert würde.<sup>127</sup>

[Rz 45] Auch das Institut der Vertreterverfügung birgt das Potenzial, das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu stärken: Durch die schriftliche Vorausplanung des Vertreters kann ermöglicht werden, dass der Betroffene auch in einem dringlichen Fall, in dem der zur Vertretung Berechtigte nicht erreichbar ist, seinem mutmasslichen Willen entsprechend behandelt wird.<sup>128</sup> Nach geltendem Recht ist der Vertretungsberechtigte nicht legitimiert, eine für die behandelnden Ärzte verbindliche Vertreterverfügung zu errichten.<sup>129</sup> Bei den heute in der Praxis verwendeten Vertreterverfügungen ergeben sich gewisse Risiken, da dessen Entstehung und Verwendung gesetzlich nicht geregelt sind. Es besteht diesbezüglich Handlungsbedarf, der in

einer sorgfältigen Prüfung und detaillierten Regelung des anspruchsvollen Instruments der Vertreterverfügung münden müsste.<sup>130</sup>

[Rz 46] Es lohnt sich, diese vielversprechenden neuen Herangehensweisen weiterzuentwickeln und zu fördern. Sie können dazu beitragen, dass Wünsche und Werte von Menschen über ihre Urteilsfähigkeit hinaus respektiert und umgesetzt werden.

---

CÉLINE SUTER hat den Master of Law an der Universität Luzern absolviert und bereitet sich zurzeit auf die Anwaltsprüfung vor. Dieser Beitrag enthält ausgewählte Kernaussagen ihrer Masterarbeit, die in voller Länge in «Magister» publiziert ist.

Die Autorin dankt Prof. Regina E. Aebi-Müller für ihre Unterstützung und wertvollen Kommentare.

- 
- 1 Vgl. HAUSSENER STEFANIE, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion?, Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis, Diss. Luzern 2016, Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 1; LEMMERZ ANNA-LUISA, Die Patientenverfügung, Autonomie und Anknüpfungsgerechtigkeit, Diss. Hamburg 2012, Tübingen 2014, S. 1.
  - 2 Vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), [BBI 2006 7001](#) ff., S. 7011 (zit. Botschaft ZGB).
  - 3 Botschaft ZGB (Fn. 2), S. 7011.
  - 4 Botschaft ZGB (Fn. 2), S. 7011 f.; AEBI-MÜLLER REGINA E., [Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung](#), in: Jusletter 22. September 2014, Rz. 23 ff. vertieft zum Begriff der Urteilsfähigkeit.
  - 5 Botschaft ZGB (Fn. 2), S. 7030 f.; WYSS SABINE, Kommentierung der Art. 370–372 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; [SR 210](#)), in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N 13, 19 zu Art. 370 ZGB (zit. WYSS, BSK ZGB I).
  - 6 WIDMER BLUM CARMEN L., Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 205.
  - 7 HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Urteilsfähigkeit und Zwangsmassnahmen, in: Wiegand Wolfgang/Koller Thomas/Walter Hans P. (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009, S. 237 ff., S. 238 ff.; HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 35 f. zur rechtlichen Qualifikation des ärztlichen Heileingriffs.
  - 8 FASSBIND PATRICK, Kommentierung der Art. 360–456 ZGB, Art. 14, 14a SchIT ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, N 1 zu Art. 370 ZGB (zit. FASSBIND, OFK-ZGB); HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Bern 2014, Rz. 2.40; WYSS, BSK ZGB I (Fn. 5), N 2 zu Art. 370 ZGB.
  - 9 GRAF IRIS et al., Entscheidungen am Lebensende in der Schweiz, sozial-empirische Studie nach Konzept und im Auftrag von: Aebi-Müller Regina E./Dörr Bianka S./Gerber Andreas U./Hürlimann Daniel/Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Waldenmeyer Catherine, Bern 2014, S. 78 f. (zit. BASS-Studie).
  - 10 BASS-Studie (Fn. 9), S. 78; vgl. BORASIO GIAN DOMENICO, Selbstbestimmung im Dialog, Die Beratung über Patientenverfügungen als Ausdruck ärztlicher Fürsorge, in: Meier Christoph/Borasio Gian Domenico/Kutzer Klaus (Hrsg.), Patientenverfügung, Ausdruck der Selbstbestimmung – Auftrag zur Fürsorge, Münchner Reihe Palliative Care, Bd. 1, Stuttgart 2005, S. 148 ff., S. 153 zur Bedeutung der ärztlichen Aufklärung für die Entscheidung des Patienten; JOX RALF J., Sterben lassen, Über Entscheidungen am Ende des Lebens, Hamburg 2013, S. 146 f.



- 11 Statt vieler: AEBI-MÜLLER REGINA E., Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, in: ZBJV 2013, S. 150 ff., S. 162; BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Kommentierung der Art. 370–373 ZGB, in: Böhler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), FamKomm, Kommentar Erwachsenenschutzrecht, Bern 2013, N 32 zu Art. 370 ZGB (zit. BÜCHLER/MICHEL, FamKomm); HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 428 ff.
- 12 Vgl. BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 62 ff. mit Ausführungen zum Informed Consent-Prinzip; FELLMANN WALTER, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn Moritz W./Poledna Tomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 103 ff., S. 167.
- 13 AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung (Fn. 11), S. 162; Botschaft ZGB (Fn. 2), S. 7033; HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Bern 2016, Rz. 09.26; MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte, Articles 360–456 CC, Genf/Zürich/Basel 2016, Rz. 511; SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010, N 13 zu Art. 372 ZGB (zit. SCHMID, ES-Komm).
- 14 Vgl. WIDMER BLUM (Fn. 6), S. 156, 204 ff.
- 15 Vgl. BASS-Studie (Fn. 9), S. 77 ff. zu den in der Praxis festgestellten Schwierigkeiten von Patientenverfügungen.
- 16 Vgl. dazu KRONES TANJA/OTTO THEODORE/KARZIG ISABELLE/LOUPATATZIS BARBARA, Advance Care Planning im Krankenhaussektor – Erfahrungen aus dem Zürcher «MAPS» Trial, in: Coors Michael/Jox Ralf J./in der Schmitt Jürgen (Hrsg.), Advance Care Planning, Von der Patientenverfügung zur gesundheitlichen Vorausplanung, Stuttgart 2015, S. 270 ff., S. 276.
- 17 Die Übersetzung von «Advance Care Planning» ist nicht einheitlich, so wird in diesem Zusammenhang u.a. von «gesundheitlicher Vorausplanung», vom «vorausschauenden Versorgungsplan» oder vom «umfassenden Versorgungsplan» gesprochen; vgl. COORS MICHAEL/JOX RALF J./IN DER SCHMITTEN JÜRGEN, Advance Care Planning: eine Einführung, in: Coors Michael/Jox Ralf J./in der Schmitt Jürgen (Hrsg.), Advance Care Planning, Von der Patientenverfügung zur gesundheitlichen Vorausplanung, Stuttgart 2015, S. 11 ff., S. 21; SAHM STEPHAN, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, Ärztliches Handeln an den Grenzen von Ethik und Recht, Frankfurt am Main 2006, S. 188.
- 18 IN DER SCHMITTEN JÜRGEN et al., beizeiten begleiten<sup>®</sup> – Modellprojekt in den Senioreneinrichtungen einer Region zur Entwicklung aussagekräftiger, valider und wirksamer Patientenverfügungen, in: Höfling Wolfram (Hrsg.), Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis – eine erste kritische Zwischenbilanz, Baden-Baden 2011, S. 81 ff., S. 98.
- 19 COORS MICHAEL, Irgendjemand muss entscheiden, in: Bioethica Forum 9/2016, Nr. 3, S. 119 f., S. 119.
- 20 HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 335.
- 21 RIXEN STEPHAN, Rechtliche Aspekte der vorausschauenden Behandlungsplanung (Advance Care Planning), in: Coors/Jox/in der Schmitt (Hrsg.), Advance Care Planning (RZ 17), S. 164 ff., S. 164.
- 22 Vgl. MONTEVERDE SETTIMIO, Advance Care Planning – mehr als die Betaversion der Patientenverfügung, in: Bioethica Forum 9/2016, Nr. 3, S. 117 f., S. 118.
- 23 SAHM (Fn. 17), S. 188 f.
- 24 Vgl. ALBERS MARION, Inter- und intradisziplinäre Bausteine der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen, in: Albers Marion (Hrsg.), Patientenverfügungen, Baden-Baden 2008, S. 9 ff., S. 38; JOX (Fn. 10), S. 140 f.; OTTO DORLE, Advance Care Planning – eine Patientenverfügung «plus» mit Schwerpunkt Beratung, in: palliative ch 2017, S. 27 ff., wonach von der «Patientenverfügung plus mit dem Schwerpunkt Beratung» die Rede ist.
- 25 Vgl. MARCKMANN GEORG/IN DER SCHMITTEN JÜRGEN, Patientenverfügungen und Advance Care Planning: Internationale Erfahrungen, in: ZfmE 59/2013, S. 213 ff., S. 225.
- 26 Vgl. I. 2. zur kritischen Würdigung.
- 27 Vgl. MANAI DOMINIQUE, Le devoir d'information du médecin, in: Bertrand Dominique et al. (Hrsg.), Médecin et droit médical, Présentation et résolution de situations médico-légales, 3. Aufl., Chêne-Bourg 2009, S. 104 ff., S. 106.
- 28 COORS/JOX/IN DER SCHMITTEN (Fn. 17), S. 20.
- 29 Diese gesprächsführende Person wird im englischsprachigen Raum als «Facilitator» bezeichnet, in

- deutschsprachigen Ländern spricht man meist vom «Gesprächsbegleiter» oder «Berater»; vgl. dazu COORS/JOX/IN DER SCHMITTEN (Fn. 17), S. 15 f.
- 30 Vgl. COORS/JOX/IN DER SCHMITTEN (Fn. 17), S. 13 f., wonach für diese Funktion Angehörige verschiedener Gesundheitsprofessionen in Betracht kommen können.
- 31 Es wird im Folgenden in diesem Beitrag im deutschen Kontext den Begriff des «(ACP)-Gesprächsbegleiters» verwendet.
- 32 Vgl. COORS/JOX/IN DER SCHMITTEN (Fn. 17), S. 14.
- 33 Vgl. dazu COORS/JOX/IN DER SCHMITTEN (Fn. 17), S. 13.
- 34 Vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 12), S. 62 ff. mit Ausführungen zum Informed Consent-Prinzip; FELLMANN (Fn. 12), S. 167.
- 35 Vgl. HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 309 f.; RITZENTHALER-SPIELMANN DANIELA, 25 Jahre Patientenverfügungen in der Schweiz, Wie hat sich die Patientenautonomie verändert?, in: Wiesemann Claudia/Simon Alfred (Hrsg.), Patientenautonomie, Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen, Münster 2013, S. 420 ff., S. 427; zum Prinzip des *Shared Decision Making* vgl. GERBER MICHELLE/KRAFT ESTHER/BOSSHARD CHRISTOPH, Shared Decision Making – Arzt und Patient entscheiden gemeinsam, in: SÄZ 2014, S. 1883 ff.
- 36 IN DER SCHMITTEN JÜRGEN/MARCKMANN GEORG, Das Pilotmodell beizeiten begleiten, in: Coors Michael/Jox Ralf J./in der Schmitten Jürgen (Hrsg.), Advance Care Planning, (RZ 17), S. 234 ff., S. 241 f.
- 37 Vgl. IN DER SCHMITTEN/MARCKMANN (Fn. 36), S. 252.
- 38 Vgl. dazu ALBERS (Fn. 24), S. 29; HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 482 f.
- 39 AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung (Fn. 11), S. 177.
- 40 Vgl. HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 335.
- 41 SAHM STEPHAN, Patientenverfügung oder advanced care planning?, in: Höfling Wolfram (Hrsg.), Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis – eine erste kritische Zwischenbilanz, Baden-Baden 2011, S. 123 ff., S. 135; SAHM (Fn. 17), S. 188, 192.
- 42 IN DER SCHMITTEN et al. (Fn. 18), S. 104; vgl. IN DER SCHMITTEN JÜRGEN/MARCKMANN GEORG, Erfolgreiche ACP-Implementierung durch regionale Koordination: Warum eine gute ACP-Gesprächsbegleitung (facilitation) alleine nicht ausreicht, in: Bioethica Forum 9/2016, Nr. 3, S. 113 f. vertieft zur notwendigen erfolgreichen ACP-Implementierung.
- 43 Vgl. IN DER SCHMITTEN/MARCKMANN (Fn. 42), S. 114.
- 44 IN DER SCHMITTEN JÜRGEN/MARCKMANN GEORG, Was ist Advance Care Planning? Internationale Bestandsaufnahme und Plädoyer für eine transparente, zielorientierte Definition, in: Coors Michael/Jox Ralf J./in der Schmitten Jürgen (Hrsg.), Advance Care Planning (RZ 17) S. 75 ff., S. 91.
- 45 Vgl. HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 337; IN DER SCHMITTEN JÜRGEN et al., Patientenverfügungen im Rettungsdienst (Teil 2), Neue Perspektiven durch Advance Care Planning und die «Hausärztliche Anordnung für den Notfall», in: Notfall Rettungsmed 2011, S. 465 ff., S. 466.
- 46 Vgl. COORS (Fn. 19), S. 119; IN DER SCHMITTEN et al. (Fn. 45), S. 466.
- 47 IN DER SCHMITTEN JÜRGEN/MARCKMANN GEORG, Vorausschauende Behandlungsplanung, in: Marckmann Georg (Hrsg.), Praxisbuch Ethik in der Medizin, Berlin 2015, S. 53 ff., S. 55; vgl. dazu GRAF IRIS, [Entscheidungen am Lebensende: Empirische Befunde](#), in: Jusletter 25. Januar 2016, Rz. 14, wonach der Informationsfluss bereits schon innerhalb eines Spitals Schwierigkeiten bereiten kann.
- 48 KRONES/OTTO/KARZIG/LOUPATATZIS (Fn. 16), S. 276.
- 49 KRONES TANJA, [Familienangehörige als vertretungsberechtigte Personen](#), in: Jusletter 25. Januar 2016, Rz. 14.
- 50 KRONES/OTTO/KARZIG/LOUPATATZIS (Fn. 16), S. 278.
- 51 KARZIG ISABELLE/OTTO THEODORE/LOUPATATZIS BARBARA/KRONES TANJA, Advance Care Planning: One size does not always fit all, in: Bioethica Forum 9/2016, Nr. 3, S. 106 ff., S. 106.
- 52 KARZIG/OTTO/LOUPATATZIS/KRONES (Fn. 51), S. 106.
- 53 Gesundheitliche Vorausplanung mit Schwerpunkt «Advance Care Planning», Nationales Rahmenkonzept für die Schweiz, Bundesamt für Gesundheit (BAG) und palliative ch, Bern 2018, S. 4 (zit. Rahmenkonzept Vorausplanung).
- 54 Vgl. dazu Rahmenkonzept Vorausplanung (Fn. 53), S. 4.

- 55 Die Hauptführung dieser Taskforce übernimmt «palliative ch»; vgl. Rahmenkonzept Vorausplanung (Fn. 53), S. 7.
- 56 Vgl. vorne, II. 2. zu den Erfahrungen mit ACP in der Schweiz.
- 57 Vgl. WYSS, BSK ZGB I (Fn. 5), N 1 ff. zu Art. 371 ZGB zu den vom Gesetz vorgeschriebenen formellen Voraussetzungen einer Patientenverfügung.
- 58 AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung (Fn. 11), S. 163.
- 59 Vgl. Botschaft ZGB (Fn. 2), S. 7027.
- 60 Vgl. WYSS, BSK ZGB I (Fn. 5), N 8 f. zu Art. 371 ZGB zur *Möglichkeit*, nicht aber *Pflicht* einer Eintragung der Tatsache und des Hinterlegungsortes auf der Versichertenkarte.
- 61 BÜCHLER/MICHEL, FamKomm (Fn. 11), N 14 zu Art. 370 ZGB zur Urteilsfähigkeit als Voraussetzung der Errichtung.
- 62 Vgl. dazu RIXEN (Fn. 21), S. 170 ff., wonach die Möglichkeit der Einbettung des ACP ins deutsche Recht geprüft wird.
- 63 Vgl. dazu Rahmenkonzept Vorausplanung (Fn. 53), S. 20.
- 64 Vgl. HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 438 zu den Vorteilen einer validierten ärztlichen Aufklärung.
- 65 Vgl. BASS-Studie (Fn. 9), S. 79 zur skeptischen Haltung des medizinischen Personals gegenüber Patientenverfügungen; vgl. dazu auch HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 335.
- 66 Vgl. ähnlich dazu HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 337, welche die Umsetzung von ACP vorerst dem medizinischen Handlungsbereich zuordnet.
- 67 AEBI-MÜLLER REGINA E., Gesetzliche Vertretung (Abschnitt II), in: Fountoulakis Christiana et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 133 ff., Rz. 6.100; AEBI-MÜLLER REGINA E. et al., Arztrecht, Bern 2016, N 89 zu § 5.
- 68 Vgl. AEBI-MÜLLER, Vertretung (Fn. 67), Rz. 6.100; KARZIG/OTTO/LOUPATATZIS/KRONES (Fn. 51), S. 107.
- 69 Vgl. dazu AEBI-MÜLLER et al., Arztrecht, (Fn. 67), N 89 zu § 5; IN DER SCHMITTEN JÜRGEN/JOX RALF J./RIXEN STEPHAN/MARCKMANN GEORG, Vorausplanung für nicht-einwilligungsfähige Personen – «Vertreterverfügungen», in: Coors Michael/Jox Ralf J./in der Schmitten Jürgen (Hrsg.), Advance Care Planning, (RZ 17), S. 119 ff., S. 120 f. zum häufigen Vorkommen von Vertreterverfügungen in deutschen Altenheimen; vgl. dazu IN DER SCHMITTEN et al. (Fn. 18), S. 112.
- 70 IN DER SCHMITTEN/JOX/RIXEN/MARCKMANN (Fn. 69), S. 120.
- 71 Vgl. dazu AEBI-MÜLLER et al., Arztrecht (Fn. 67), N 89 zu § 5.
- 72 Vgl. dazu eingehend IN DER SCHMITTEN/JOX/RIXEN/MARCKMANN (Fn. 69), S. 119 ff.
- 73 JOX RALF J., Lost decisional capacity – lost chance of Advance Care Planning?, in: Bioethica Forum 9/2016, Nr. 3, S. 109 f., S. 109.
- 74 IN DER SCHMITTEN/JOX/RIXEN/MARCKMANN (Fn. 69), S. 121.
- 75 ERNST CORNELIA, Die Patientenverfügung, Errichtung und gesetzlicher Inhalt, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 20; FASSBIND, OFK-ZGB (Fn. 8), N 1 zu Art. 370 ZGB und N 1 zu Art. 377 ZGB; vgl. auch HÄFELI (Fn. 13), Rz. 09.22; WIDMER BLUM (Fn. 6), S. 156 f.; WYSS, BSK ZGB I (Fn. 5), N 6 zu Art. 370 ZGB.
- 76 Vgl. HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, Rz. 07.28 f.; SCHÖBI CHRISTIAN, Kommentierung der Art.32-40 OR, in: Kostkiewicz Jolanta Kren et al. (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, N 3 zu Art. 32 OR.
- 77 EICHENBERGER THOMAS/KOHLER THERES, Kommentierung der Art. 373 Art. 377–381 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N 14 zu Art. 377 ZGB (zit. EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I); vgl. auch FANKHAUSER ROLAND, Kommentierung der Art. 374–381 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB, PartG, Band I, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 6 zu Art. 378 ZGB (zit. FANKHAUSER, CHK).
- 78 Statt vieler: BOENTE WALTER, Zürcher Kommentar, Der Erwachsenenschutz, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen, Art. 360–387 ZGB, Zürich/Basel/Genf 2015, N 39 zu Art. 370 ZGB (zit. BOENTE, ZK); FASSBIND, OFK-ZGB (Fn. 8), N 1 zu Art. 371 ZGB; GASSMANN JÜRIG, Kommentierung der Art. 370-373 ZGB und Art. 377–381 ZGB, in: Rosch Daniel/Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.),

- Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015, N 6 zu Art. 370 ZGB (zit. GASSMANN, ESR-Komm); HÄFELI (Fn. 13), Rz. 09.08; PETERMANN FRANK TH., Kommentierung der Art. 16–19d ZGB, in: Kostkiewicz Jolanta Kren et al. (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, N 6 zu Art. 19c ZGB.
- 79 BÜCHLER/MICHEL (Fn. 12), S. 118 f.
- 80 Vgl. FASSBIND, OFK-ZGB (Fn. 8), N 2 zu Art. 377 ZGB, wonach das Gesetz für den Behandlungsplan i.S.v. Art. 377 Abs. 1 ZGB keine Schriftlichkeit vorschreibt, eine Dokumentationspflicht jedoch aufgrund des kantonalen öffentlichen Rechts bestehen kann.
- 81 Vgl. MONTEVERDE (Fn. 22), S. 118, der im Zusammenhang mit Vertreterverfügungen von der Erstellung eines verbindlichen Behandlungsvertrages mit dem Vertretungsberechtigten nach dem mutmasslichen Willen des Betroffenen spricht.
- 82 Vgl. BASS-Studie (Fn. 9), S. 32 f. zur Problematik des Informationsflusses.
- 83 Vgl. AEBI-MÜLLER REGINA E., Selbstbestimmung und Palliative Care – die Perspektive des Rechts, in: palliative ch 2015, S. 18 ff., S. 18.
- 84 Vgl. GUILLOD OLIVIER/HERTIG PEA AGNÈS, Kommentierung der Art. 377-381 ZGB, in: Büchler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), FamKomm, Kommentar Erwachsenenschutzrecht, Bern 2013, N 27 zu Art. 378 ZGB (zit. GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm); vgl. HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 235 zur Situation vor Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts.
- 85 AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Erwachsenenschutzrecht in der Schweiz – Patientenverfügung, Vertretung bei medizinischen Massnahmen, fürsorgerische Unterbringung, Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen, in: BtPrax 2013, S. 180 ff., S. 182; AEBI-MÜLLER, Vertretung (Fn. 67), Rz. 6.87; FANKHAUSER, CHK (Fn. 77), N 5 zu Art. 378 ZGB.
- 86 AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung, (Fn. 11), S. 162; Botschaft ZGB (Fn. 2), S. 7033.
- 87 AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung, (Fn. 11), S. 162; Botschaft ZGB (Fn. 2), S. 7033.
- 88 Vgl. AEBI-MÜLLER, Vertretung, (Fn. 67), Rz. 6.92.
- 89 Vgl. dazu BOBBERT MONIKA, [Patientenverfügungen zwischen Antizipation, Selbstbestimmung und Selbstdiskriminierung](#), in: Jusletter 25. Januar 2016, Rz. 48 zur analogen Sachlage bei der Patientenverfügung.
- 90 Vgl. AEBI-MÜLLER, Vertretung, (Fn. 67), Rz. 6.95.
- 91 BOENTE, ZK (Fn. 78), N 7 zu Art. 379 ZGB; Botschaft ZGB (Fn. 2), S. 7037; EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 77), N 2 zu Art. 379 ZGB; vgl. auch AEBI-MÜLLER, Vertretung, (Fn. 67), Rz. 6.106.
- 92 Vgl. dazu AEBI-MÜLLER, Vertretung, (Fn. 67), Rz. 6.107.
- 93 AEBI-MÜLLER et al., Arztrecht, (Fn. 67), N 89 zu § 5, wonach Vertreterverfügungen als Anhaltspunkt für den mutmasslichen Willen hilfreich sein können.
- 94 IN DER SCHMITTEN/JOX/RIXEN/MARCKMANN (Fn. 69), S. 137.
- 95 Vgl. dazu IN DER SCHMITTEN/JOX/RIXEN/MARCKMANN (Fn. 69), S. 128.
- 96 Vgl. dazu Botschaft ZGB (Fn. 2), S. 7011, wonach die Patientenverfügung u.a. bezwecken kann, dass im Einzelfall nach dem Willen des Betroffenen gehandelt wird und nicht jegliche Behandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden.
- 97 Vgl. dazu IN DER SCHMITTEN/JOX/RIXEN/MARCKMANN (Fn. 69), S. 138.
- 98 Vgl. exemplarisch IN DER SCHMITTEN/JOX/RIXEN/MARCKMANN (Fn. 69), S. 138 zur Situation in deutschen Altenheimen, wo hinsichtlich der vorliegenden Vertreterverfügungen weitgehend unklar ist, wie und durch wen diese entstanden sind.
- 99 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 76), Rz. 07.24 f., wonach es sich bei der rechtfertigenden Einwilligung in eine Körperverletzung im Zusammenhang mit dem ärztlichen Eingriff um ein relatives Höchstpersönlichkeitsrecht handelt, welches vom Berechtigten ausgeübt wird, sofern dieser urteilsfähig ist; vgl. SCHMID, ES-Komm (Fn. 13), N 2 zu Art. 378 ZGB; vgl. dazu auch AEBI-MÜLLER, Vertretung (Fn. 67), Rz. 6.73.
- 100 Vgl. AEBI-MÜLLER, Patient, (Fn. 4), Rz. 65 ff. zur Urteilsfähigkeit mit Bezug auf die Einwilligung zur Behandlung.
- 101 EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 77), N 12 zu Art. 378 ZGB.

- 102 AEBI-MÜLLER, Vertretung, (Fn. 67), Rz. 6.77; MEIER (Fn. 13), Rz. 589.
- 103 IN DER SCHMITTEN/JOX/RIXEN/MARCKMANN (Fn. 69), S. 137.
- 104 Vgl. Art. 378 Abs. 1 ZGB, wonach die vertretungsberechtigte Person über die Vornahme medizinischer Massnahmen entscheiden und in solche einwilligen kann.
- 105 FASSBIND, OFK-ZGB (Fn. 8), N 4 zu Art. 370 ZGB; WYSS, BSK ZGB I (Fn. 5), N 25 zu Art. 370 ZGB.
- 106 BREITSCHMID PETER/KAMP ANNASOFIA, Kommentierung der Art. 370–373 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB, PartG, Band I, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 21 zu Art. 370 ZGB; FASSBIND, OFK-ZGB (Fn. 8), N 4 zu Art. 370 ZGB.
- 107 GUILLOD/HERTIG PEA, FamKomm (Fn. 84), N 3 zu Art. 378 ZGB; FASSBIND, OFK-ZGB (Fn. 8), N 1 zu Art. 378 ZGB.
- 108 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 7), S. 238 ff.; HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 35 f. zur rechtlichen Qualifikation des ärztlichen Heileingriffs.
- 109 WYSS, BSK ZGB I (Fn. 5), N 20 zu Art. 370 ZGB.
- 110 Vgl. WIDMER BLUM (Fn. 6), S. 162 f.; WYSS, BSK ZGB I (Fn. 5), N 20 zu Art. 370 ZGB, wonach Urteilsfähigkeit genügt; vgl. demgegenüber SCHMID, ES-Komm (Fn. 13), N 10 zu Art. 370 ZGB, der Handlungsfähigkeit fordert.
- 111 Vgl. nachfolgend III. 4.2.4. zur Widerrufsmöglichkeit.
- 112 Vgl. BOENTE, ZK (Fn. 78), N 7 zu Art. 379 ZGB; FANKHAUSER, CHK (Fn. 77), N 2 zu Art. 379 ZGB.
- 113 Vgl. vorne, III. 4.2.3. zur Beschränkung der Verbindlichkeit der Vertreterverfügung.
- 114 Vgl. dazu IN DER SCHMITTEN/JOX/RIXEN/MARCKMANN (Fn. 69), S. 137.
- 115 FASSBIND PATRICK, Erwachsenenschutz, Zürich 2012, S. 193; GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 78), N 5 zu Art. 371 ZGB.
- 116 Vgl. AEBI-MÜLLER, Vertretung, (Fn. 67), Rz. 6.92.
- 117 HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 440.
- 118 Vgl. EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 77), N 20 zu Art. 377 ZGB.
- 119 Vgl. vorne, III. 4.2.1.1. zur Urteilsfähigkeit des Betroffenen als Hinderungsgrund.
- 120 Vgl. dazu AEBI-MÜLLER et al., Arztrecht, (Fn. 67), N 90 zu § 5; BOENTE, ZK (Fn. 78), N 74 zu Art. 377 ZGB; GUILLOD/HERTIG PEA (Fn. 80), N 27 zu Art. 377 ZGB.
- 121 GASSMANN, ESR-Komm (Fn. 78), N 8 zu Art. 377/378 ZGB; vgl. dazu HAUSSENER (Fn. 1), Rz. 259; vgl. dazu SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger – Veto- und Partizipationsrechte Urteilsunfähiger in medizinischen Angelegenheiten und ihre (spezialgesetzliche) Regelung im schweizerischen Recht, in: FamPra.ch 2011, S. 270 ff., S. 281.
- 122 Vgl. AEBI-MÜLLER, Vertretung, (Fn. 67), Rz. 6.101 ff. zum angestrebten *Schutz der Persönlichkeit* des urteilsunfähigen Betroffenen durch das Partizipationsrecht; vgl. dazu auch EICHENBERGER/KOHLER, BSK ZGB I (Fn. 77), N 21 zu Art. 378 ZGB; vgl. auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 8), Rz. 2.56.
- 123 Vgl. Botschaft ZGB (Fn. 2), S. 7036; vgl. FASSBIND, OFK-ZGB (Fn. 8), N 5 zu Art. 377 ZGB; vgl. MEIER (Fn. 13), Rz. 605.
- 124 Vgl. dazu vorne, II. 1.2. zu den zentralen Elementen des ACP.
- 125 Vorne, II. 2.
- 126 Vorne, II. 3.1.
- 127 Vorne, II. 3.2.
- 128 Vorne, III. 3.2.
- 129 Vorne, III. 2.1.
- 130 Vgl. dazu vorne, III. 4.2.