



Grundrechte haben keine Katzenklappen

Art. 18 der Standesordnung FMH und dessen Rechtmässigkeit, untersucht am Beispiel der Patientenverfügung

CHRISTA REMPFLE^{*}

Neben dem Vorsorgeauftrag ist die Patientenverfügung ein wichtiges Instrument, mit welchem in der anwaltlichen und notariellen Praxis das Selbstbestimmungsrecht des Individuums nach seinen eigenen Wünschen vorsorglich festgelegt werden kann. Mit Erlass des Medizinberufegesetzes wurde dieses Recht auch bundesgesetzlich noch weiter ausgebaut. Die Standesordnung der FMH erklärt jedoch in Art. 18, dass (derzeit) 13 medizin-ethische Richtlinien der SAMW für FMH-Mitglieder verbindlich seien. Mit Urteil vom 9. Dezember 2021 hat das Bundesgericht indes unmissverständlich festgestellt, dass die SAMW-Richtlinien nicht bindend sind. Solange weder die FMH noch die SAMW bereit sind, den Primat des staatlichen Rechts anzuerkennen, ist es Aufgabe der anwaltlichen und notariellen Beratung, Klienten auf den offenen Widerspruch zwischen Gesetz und FMH-Standesordnung hinzuweisen und die Aufnahme einer entsprechenden SAMW-Ethik-Abwahlklausel in Patientenverfügungen (und Vorsorgeaufträgen) vorzunehmen.

Outre le mandat pour cause d'incapacité, les directives anticipées du patient sont un instrument important qui permet, dans la pratique des notaires et avocats, de définir à titre préventif le droit d'autodétermination de la personne selon ce qu'elle souhaite. L'adoption de la loi sur les professions médicales est venue encore renforcer ce droit au niveau de la législation fédérale. Le code de déontologie de la FMH déclare toutefois à son art. 18 que les directives médico-éthiques de l'ASSM, qui sont (actuellement) au nombre de 13, lient les membres de la FMH. Dans son jugement du 9 décembre 2021, le Tribunal fédéral a cependant clairement indiqué que les directives de l'ASSM n'étaient pas contraignantes. Tant que la FMH et l'ASSM ne sont pas disposées à reconnaître la primauté du droit étatique, il appartient aux avocats et notaires de rendre leurs clients attentifs aux contradictions entre la loi et le code de déontologie de la FMH et d'intégrer une clause de renonciation aux principes éthiques de l'ASSM dans les directives anticipées du patient (et les mandats pour cause d'incapacité).

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Die Patientenverfügung
 - A. Geschichte, oder von «Salus aegroti suprema lex» zu «Voluntas aegroti suprema lex»
 - B. Sinn und Zweck der Patientenverfügung
 - C. Form der Patientenverfügung
 - D. Inhalt der Patientenverfügung
 - E. Urteilsfähigkeit der verfügenden Person im Zeitpunkt der Errichtung
 - F. Zahlen aus der Praxis
 - G. Aktuelle Entwicklungen, die die Patientenverfügung (mit) betreffen
- III. Die Patientenverfügung als besonderer Fall von Art. 40 lit. c MedBG
- IV. Art. 18 der Standesordnung FMH und dessen Rechtmässigkeit resp. Vereinbarkeit mit den Berufspflichten nach Art. 40 MedBG, insb. Art. 40 lit. c MedBG
 - A. Art. 18 der Standesordnung FMH
 - B. Abschliessende Regelung der Berufspflichten in Art. 40 MedBG
 - C. Exkurs: Vertrauen und Vertrauenswürdigkeit im Rahmen einer Polizeibewilligung
 - D. Urteil des Bundesgerichtes 6B_646/2020 vom 9. Dezember 2021, insb. E. 1.6
 - E. Medizin-ethische Richtlinien der SAMW
 - F. Kritische Würdigung der SAMW-Richtlinien

- V. Verletzen SAMW-Richtlinien, welche ethische Postulate enthalten, die (zivilrechtliche) Persönlichkeit der Patienten gemäss Art. 28 ZGB?
- VI. Konsequenzen aus dem Widerspruch zwischen MedBG und der Standesordnung FMH in der anwaltlichen und notariellen Praxis
- VII. Zusammenfassung

I. Problemstellung

Mit dem Urteil des Bundesgerichtes vom 9. Dezember 2021 (6B_646/2020) wurde das bestehende Selbstbestimmungsrecht des Patienten akzentuiert. Das höchste Gericht hat die (strafrechtliche) Verurteilung des Arztes Pierre Beck aufgehoben, der einer gesunden urteilsfähigen 86-jährigen Frau das tödlich wirkende Natriumpentobarbital (kurz NaP) zur Vornahme eines Suizids verschrieben hatte (sog. Bilanzsuizid). Das Bundesgericht hat festgehalten, dass die Verschreibung von NaP an eine gesunde Person kein strafbarer Verstoß gegen das Heilmittelgesetz sei. Ob die Verschreibung gegen das Betäubungsmittelgesetz verstösst, ist derzeit noch Gegenstand des laufenden Verfahrens.¹

Der folgende Aufsatz untersucht das Institut der Patientenverfügung und weist auf einen zwar bereits zuvor bestandenen, durch dieses Urteil aber noch zusätzlich

^{*} CHRISTA REMPFLE^r, lic. iur., Rechtsanwältin und Notarin, St. Gallen. Der Aufsatz ist ein ergänzter Auszug aus der Schlussarbeit der Weiterbildung CAS MedLaw^{UZH} 2022 und wird mit der freundlichen Genehmigung dieses Lehrgangs verwendet. Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet.

¹ Siehe dazu FN 78.

verstärkt ins Licht tretenden Widerspruch zwischen Art. 40 lit. c MedBG² und dem Standesrecht der FMH³ hin. Dieser Widerspruch erscheint derzeit wie eine Katzenklappe in der ansonsten soliden Türe der Patientenrechte. Dazu werden neben der Patientenverfügung auch Art. 40 MedBG, Art. 18 der Standesordnung FMH sowie die Kompetenz der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) zum Erlass von für FMH-Mitglieder verbindlichen Ethik-Vorschriften beleuchtet. Schliesslich wird dargestellt, wie im Bereich der Patientenverfügung in der anwaltlichen und notariellen Praxis auf diesen höchstrichterlichen Entscheid reagiert werden soll.

II. Die Patientenverfügung

A. Geschichte, oder von «Salus aegroti suprema lex»⁴ zu «Voluntas aegroti suprema lex»⁵

Seit Hippokrates galt als oberstes Gebot ärztlichen Handelns die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit des Patienten: *Salus aegroti suprema lex*. Bis in die sechziger Jahre des letzten Jahrhunderts dominierte das *Paternalismus-Prinzip*.⁶ Dabei wurde die Bedeutung der Heilung des Patienten über dessen Willen gestellt. Im Extremfall setzte sich der Arzt also «in väterlicher Fürsorge» sogar über den ausdrücklichen Willen des Patienten hinweg. Doch seit den siebziger Jahren ist im Bereich der Medizin ein *Paradigmenwechsel* erkennbar. Der Arzt wird nicht mehr als generelle Autorität angesehen, sondern vielmehr als Dienstleistungserbringer. Der heutige Patient, auch der ältere, hat zunehmendes Selbstbewusstsein. Er verlangt Selbstbestimmung und Mitsprache. Der moderne Patient sieht sich heute nicht mehr in der Rolle des dankbaren Leistungsempfängers, sondern vielmehr mit dem Arzt als Partner auf Augenhöhe.

An die Seite des Arztes tritt der «mündige» Patient, der ausführlich informiert und, nach entsprechender Aufklärung, an der Entscheidung für medizinische Massnahmen beteiligt werden möchte. Der Arzt soll nicht mehr ausschliesslich aufgrund fachlicher bzw. medizinischer

Aspekte eigenverantwortlich über eine Behandlung entscheiden können. Vielmehr haben bei medizinischen Entscheidungen die *persönlichen Wertvorstellungen* des Patienten zum Tragen zu kommen. Eine ganz wesentliche Rolle spielt hierbei das *Selbstbestimmungsrecht* oder auch die *Autonomie* des Patienten. Heute geniesst der Wille des Patienten gegenüber dem Lebensschutz grundsätzlich Vorrangstellung. Aus dem «*Salus aegroti suprema lex*» ist weitgehend eine «*Voluntas aegroti suprema lex*» geworden.⁷

In der Lehre und Praxis war lange Zeit umstritten, ob eine Person *im Voraus* festlegen können soll, wie sie nach Eintritt ihrer Urteilsunfähigkeit zu behandeln ist.⁸

Am 30. Juni 2006 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des Vormundschaftsrechts, welches neu Erwachsenenschutzrecht heisst. Mit dem *revidierten Erwachsenenschutzrecht per 1. Januar 2013* wurde die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen auf *gesamtschweizerischer* Ebene einheitlich geregelt. Damit wurde die unbefriedigende Situation von kantonal unterschiedlichen Regelungen sowohl für Patienten wie auch für das medizinische Personal verbessert, zumal die Hospitalisierung einer Person nicht immer im eigenen Kanton erfolgt.⁹

B. Sinn und Zweck der Patientenverfügung

Nach Art. 370 Abs. 1 ZGB¹⁰ kann eine urteilsfähige Person «in einer Patientenverfügung festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt». Im zweiten und dritten Absatz derselben Bestimmung wird die Möglichkeit der Bezeichnung einer Vertretungsperson eröffnet.

Durch eine Patientenverfügung erfährt das Selbstbestimmungsrecht eine Stärkung und Erweiterung, indem die verfügende Person eine mögliche künftige Krankheitssituation oder Unfallsituation vorwegnehmen kann. Sie kann in einer Patientenverfügung für den Fall, dass sie mangels Urteilsfähigkeit nicht mehr selbst entscheiden kann, be-

² Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG; SR 811.11).

³ Foederatio Medicorum Helveticorum, der Berufsverband der Schweizer Ärzte.

⁴ Die *Heilung* des Patienten bildet oberstes Gebot.

⁵ Der *Wille* des Kranken ist oberstes Gebot.

⁶ Von lateinisch *paternalis* «väterlich»; *pater* «Vater»; Paternalismus als Ideologie der Bevormundung.

⁷ STEFANIE HAUSSENER, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis, Diss., Luzern 2017, 23 und 24.

⁸ BSK ZGB I-WYSS, Art. 370 N 2, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), ZGB I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-VERFASSER).

⁹ Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006 7001 ff. (zit. Botschaft Erwachsenenschutz), 7030.

¹⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

stimmen, welche medizinischen Massnahmen sie wünscht und welche sie nicht wünscht. Während Patientenverfügungen ursprünglich meist dahingehend verfasst waren, dass in bestimmten Situationen nicht mehr alle zur Verfügung stehenden Behandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden sollen,¹¹ gibt es auch Fälle, in welche Patienten explizit gerade das Ausschöpfen aller medizinischen Möglichkeiten wünschen.

Das Selbstbestimmungsrecht ist Ausfluss der verfassungsrechtlich in Art. 7 der Bundesverfassung verankerten Menschenwürde. Das Selbstbestimmungsrecht ist auch Ausfluss des Grundrechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit nach Art. 10 Abs. 2 BV¹² und Art. 8 Ziff. 1 EMRK¹³ sowie des Persönlichkeitsschutzes des Patienten gemäss Art. 27 und 28 ZGB. Die Pflicht des Arztes, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu respektieren, ergibt sich, neben der gesamten Rechtsordnung, insbesondere aus der privatrechtlichen Treuepflicht des Beauftragten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR¹⁴ sowie aus seinen Berufspflichten gemäss Medizinalberufegesetz (MedBG).

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten wurde sowohl vom Bundesgericht im Jahre 2006 (BGE 133 I 58 E. 6.1) als auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Jahre 2011 (Haas gegen die Schweiz vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07) dergestalt konkretisiert, dass der urteilsfähige Patient das Recht hat, selbst über die Art und den Zeitpunkt des eigenen Todes zu entscheiden. Angesichts dieses klar formulierten und weit gefassten Selbstbestimmungsrechtes sind auch sämtliche weniger weit gehende Varianten (wie etwa die Verweigerung einer medizinischen Behandlung) davon umfasst.

Die Patientenverfügung dient also dann, wenn der Patient nicht mehr selbst entscheiden kann, *primär der Abwehr von Behandlungsmassnahmen*, die er nicht wünscht. *Sekundär* soll eine Patientenverfügung, die vorzugsweise als Präambel eine *Beschreibung der persönlichen Werthaltung*¹⁵ und dann konkrete Anordnungen zu medizini-

schen Massnahmen, Behandlungen und Therapien enthält, aber auch *Angehörige und das Behandlungsteam* in der Entscheidungsfindung entlasten. Darüber hinaus geht es mit der Aufwertung des Selbstbestimmungsrechtes und der Stärkung des Autonomiegedankens, der Legiferierung der eigenen Vorsorge und der Vertretungsmöglichkeiten durch Angehörige im neuen Erwachsenenschutzrecht auch um eine *Entlastung des Staates*.¹⁶

C. Form der Patientenverfügung

Die Patientenverfügung ist gemäss Art. 371 Abs. 1 ZGB *schriftlich* zu errichten, *zu datieren* und (eigenhändig, Art. 14 Abs. 1 OR) *zu unterzeichnen*.¹⁷ Die Patientenverfügung muss also nicht (wie bspw. ein Vorsorgeauftrag, Art. 361 Abs. 1 ZGB, oder wie eine eigenhändige letztwillige Verfügung, Art. 505 Abs. 1 ZGB) eigenhändig niedergeschrieben sein. Damit gelten weniger strenge Formvorschriften. Im Gegensatz zum Vorsorgeauftrag muss zudem die Wirksamkeit der Patientenverfügung nicht von der Erwachsenenschutzbehörde (kurz: ESB) festgestellt werden (Validierung gemäss Art. 363 ZGB). Die Patientenverfügung ist auf den medizinischen Bereich beschränkt, so dass eine Kontrolle durch das Medizinalpersonal besteht.¹⁸

Die *Datierung* dient der zeitlichen Einordnung und damit der Beweissicherung des Errichtungsdatums.¹⁹ Für die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung ist *keine Befristung* vorgesehen.²⁰ Es ist zu empfehlen, insb. bei Veränderung der gesundheitlichen Situation und/oder der Lebensumstände, die Patientenverfügung regelmässig (im Zwei- bis Dreijahresrhythmus) zu prüfen und zum

tungen und Hoffnungen in Bezug auf Gesundheit und Krankheit für den Patientenwillen ausschlaggebend sind. Angaben zur Werthaltung können Hinweise dafür geben, was der Verfasser unter «Lebensqualität» oder einem Leben bzw. Sterben in «Würde» versteht. Angaben zur Werthaltung dienen als Orientierung in Situationen, in welchen nicht absehbar ist, ob eine medizinische Behandlung erfolgreich ist, oder in welchen sich der Verfügende nicht explizit zu bestimmten Massnahmen geäussert hat (SAMW, Patientenverfügungen [FN 11], 9).

¹¹ Botschaft Erwachsenenschutz (FN 9), 7011 und 7012, 7030 und 7031; BSK ZGB I-WYSS (FN 8), Art. 370 N 3; Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Patientenverfügungen, Medizin-ethische Richtlinien und Empfehlungen, 19. Mai 2009, Stand April 2020 (zit. SAMW, Patientenverfügungen), 8 bis 12; vgl. dazu ausführlich HAUSSENER (FN 7), 23 bis 46.

¹² Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101).

¹³ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101).

¹⁴ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220).

¹⁵ Aus der *persönlichen Werthaltung* des Verfügenden geht hervor, welche Lebenseinstellungen, Werte und Wünsche, Ängste, Erwar-

¹⁶ REGINA E. AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, ZBJV 2013, 150 ff.

¹⁷ Botschaft Erwachsenenschutz (FN 9), 7031.

¹⁸ Botschaft Erwachsenenschutz (FN 9), 7031.

¹⁹ CHK-BREITSCHMID/KAMP, Art. 371 ZGB N 2, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016; WALTER BOENTE, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 360–387 ZGB, Der Erwachsenenschutz, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen, Zürich 2015, Art. 371 N 25.

²⁰ BSK ZGB I-WYSS (FN 8), Art. 372 N 24.

Zeichen, dass sie nach wie vor dem Willen der verfügenden Person entspricht, diese erneut zu datieren und zu unterzeichnen. Auf der anderen Seite darf eine fehlende zeitliche Nachführung nicht dazu führen, dass die Patientenverfügung von den Ärzten nicht mehr als verbindlich betrachtet wird.

Die *Verwendung von standardisierten vorformulierten Formularen* ist zulässig und üblich. Individuell formulierte Patientenverfügungen haben den Vorteil, dass sie genauer auf die konkrete Lebenssituation der verfügenden Person angepasst werden können und damit (im Optimalfall) weniger Interpretationsspielraum offenlassen.²¹ Indes: Je differenzierter eine individuell formulierte Patientenverfügung ist, umso eher wird ein Arzt und/oder ein Gericht im Zweifelsfall geneigt sein, im Nichtgeregelten ein qualifiziertes Schweigen anzunehmen. In der Praxis hat sich gezeigt, dass eine individuell formulierte Patientenverfügung nur in speziellen, bereits eingetretenen, schweren Krankheitsfällen Vorteile gegenüber einer standardisierten Patientenverfügung hat. Eine individuelle Patientenverfügung, in welcher zum Teil sehr differenziert über bestimmte Szenarien und/oder Behandlungsanweisungen verfügt wird, benötigt weitaus mehr Aufklärung und daher auch Zeit. In der Praxis kommt sie daher insb. in einer einzigen Grundkonstellation zum Einsatz, nämlich vor planbaren Eingriffen bei schweren Erkrankungen, deren kurative oder palliative Behandlung komplexe, langwierige und belastende Eingriffe nötig macht.

Patientenverfügungen, die an einem Formmangel leiden, sind zwar ungültig, können jedoch als Indiz zur Ermittlung des mutmasslichen Willens dienen. Die nicht zulässige Anordnung aktiver Sterbehilfe kann bspw. so interpretiert werden, dass der Patient auf lebensverlängernde Massnahmen verzichtet und stattdessen eine palliative Behandlung – einschliesslich einer allenfalls lebensverkürzenden Schmerztherapie – bevorzugt.²²

D. Inhalt der Patientenverfügung

Ex lege gibt es zwei unterschiedliche Arten von Verfügungen, welche auch kombiniert werden können: Die betroffene Person kann in der Patientenverfügung festlegen, welchen *konkreten medizinischen Massnahmen* sie in einer bestimmten Situation zustimmt und welche Massnahmen sie ablehnt (Art. 370 Abs. 1 ZGB). Die betroffene Person kann aber auch *eine (oder mehrere) (natürliche)*

Person/en bestimmen, welche für sie über die zu treffenden medizinischen Massnahmen entscheidet/entscheiden, wenn sie selber dazu nicht mehr in der Lage ist. Wünsche und Weisungen können in der Patientenverfügung konkretisiert werden (Art. 370 Abs. 2 ZGB). Ebenso können Ersatzverfügungen getroffen werden (Art. 370 Abs. 3 ZGB), ansonsten die Vertretungsrechte gemäss Art. 378 ZGB zur Anwendung kommen.²³

Idealerweise sollte die Patientenverfügung zu Beginn auch eine sog. *persönliche Werterklärung* enthalten.²⁴ Was für den Staat die Verfassung ist, ist für den Patienten in der Patientenverfügung die persönliche Werthaltung. Mit Hilfe einer differenzierten, klar formulierten Werthaltung lassen sich Lücken einfacher schliessen.

Die Patientenverfügung kann sich auf *alle Arten von Behandlungen* beziehen und sowohl psychische als auch somatische Erkrankungen erfassen.²⁵ Zu beachten ist indes, dass der Patientenverfügung im Zusammenhang mit der Behandlung einer psychischen Erkrankung bei fürsorglicher Unterbringung nur eingeschränkte Bedeutung zukommt (Art. 433 Abs. 3 Satz 2 ZGB).

Eine zu allgemein gehaltene Verfügung könnte dem Verbot der übermässigen Selbstbindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB) widersprechen. Die Ausführungen können dann aber ggf. als Indiz für den mutmasslichen Willen dienen.

E. Urteilsfähigkeit der verfügenden Person im Zeitpunkt der Errichtung

Die gültige Errichtung einer Patientenverfügung setzt gemäss Art. 370 Abs. 1 ZGB Urteilsfähigkeit voraus. Handlungsfähigkeit muss nicht vorliegen,²⁶ da der Entscheid bezüglich medizinischer Massnahmen als höchstpersönliches Recht (Art. 19c ZGB) bloss der Urteilsfähigkeit bedarf. Nicht erforderlich ist daher ein bestimmtes Mindestalter bzw. die Volljährigkeit des Verfügenden. Denkbar ist also, dass auch eine minderjährige Person eine gültige Patientenverfügung errichten kann, welche sowohl für den behandelnden Arzt wie auch für die sorgeberechtigten Eltern verbindlich ist.²⁷

²¹ BSK ZGB I-WYSS (FN 8), Art. 371 N 2.

²² REGINA E. AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE/BRIGITTE TAG, *Arztrecht*, Bern 2016, § 5 N 156.

²³ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG (FN 22), § 5 N 128 bis 130.

²⁴ Vgl. FN 15.

²⁵ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG (FN 22), § 5 N 131.

²⁶ Im Unterschied zum Vorsorgeauftrag nach Art. 360 Abs. 1 ZGB, welcher einzig durch eine handlungsfähige Person erteilt werden kann.

²⁷ ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, in: Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), *FamKomm, Erwachsenenschutz*, Bern 2013, Art. 370 N 16; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG (FN 22), § 5 N 123.

Die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB, *capacité de discernement; discernimento*) wird im Gesetz negativ umschrieben: Urteilsfähig ist, wem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln. Die vom Gesetz genannten Ursachen, welche die Fähigkeit vernunftgemässen Handelns beeinträchtigen, sind *abschliessend*.

Die Urteilsfähigkeit ist demnach die Abwesenheit der Urteilsunfähigkeit oder – positiv – die *Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln*. Urteilsfähig ist, wer einerseits über ein *intellektuelles* Element verfügt, nämlich über die Fähigkeit, den Sinn und Nutzen sowie die Wirkungen eines bestimmten Verhaltens einsehen und abwägen zu können. Andererseits muss ein *Willenselement* gegeben sein, nämlich die Fähigkeit, gemäss der Einsicht und nach freiem Willen handeln zu können.²⁸

Die Urteilsfähigkeit wird *vermutet* und darf nicht leichthin verneint werden.²⁹ Hat eine Person also eine Patientenverfügung verfasst, wird ihre Urteilsfähigkeit vermutet. Bei der Frage der Urteilsfähigkeit handelt es sich um eine *Rechts- und nicht um eine Sachverhaltsfrage*.³⁰

Die Urteilsfähigkeit ist immer *relativ*. Sie muss bezogen auf eine *konkrete Person*, einen *konkreten Rechtsakt* (in casu die Errichtung der Patientenverfügung³¹) und *im Zeitpunkt der Vornahme*³² gegeben sein.³³ Urteilsunfähigkeit braucht daher nicht von Dauer zu sein; sie kann auch bloss vorübergehend bestehen.³⁴

Die *Vernünftigkeit* der Patientenverfügung selbst steht nicht in Frage. Die Frage nach der Urteilsfähigkeit darf nicht zu einer *Inhaltskontrolle* werden.³⁵ Lehnt die verfügende Person also eine nach Ansicht der Ärzte vernünftige medizinische Massnahme ab, darf daraus, auch bei psychischen Erkrankungen, nicht leichthin gefolgert werden, die Person sei nicht urteilsfähig.³⁶

Die Beurteilung, ob der Verfasser im Errichtungszeitpunkt urteilsfähig war, obliegt dem behandelnden Arzt (Art. 372 Abs. 2 ZGB) und nicht etwa der ESB. In der medizinischen Wissenschaft wurden verschiedene Test-

verfahren entwickelt,³⁷ wobei darauf hinzuweisen ist, dass weder in der Medizin noch in der Rechtswissenschaft ein anerkanntes Standardverfahren zur Feststellung der Urteilsfähigkeit besteht.³⁸ Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist daher *immer* auch ein (persönliches) *Werturteil* des beurteilenden *Arztes*.³⁹ Die Urteilsunfähigkeit des Verfassers im Nachhinein zu beweisen, wird für den Arzt insb. dann schwierig, wenn zwischen der Errichtung der Patientenverfügung und dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit ein grosser zeitlicher Abstand liegt. Folglich werden in der Praxis wohl nicht selten Patientenverfügungen trotz Urteilsunfähigkeit des Verfassers im Errichtungszeitpunkt angewendet.⁴⁰

Sofern bei der Errichtung der Patientenverfügung bereits ersichtlich ist, dass im Nachhinein Zweifel am Bestehen der Urteilsfähigkeit auftreten könnten, empfiehlt es sich dringend, «zum Zeitpunkt des Erstellens die Urteilsfähigkeit von einer Fachperson bestätigen zu lassen».⁴¹

F. Zahlen aus der Praxis

Eine repräsentative Umfrage des Marktforschungsinstituts GFS im Auftrag der Pro Senectute Schweiz hat im Jahre 2017 gezeigt, dass nur jede fünfte Person in der Schweiz eine Patientenverfügung errichtet hatte.⁴² Der Anteil war bei Menschen über 65 Jahren bedeutend höher. Sie beschäftigten sich mit diesen Fragen bei der Pensionierung oder erst später, wenn eine persönliche Betroffenheit bestand.⁴³

²⁸ BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 8), Art. 16 N 3 m.w.H.

²⁹ BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 8), Art. 16 N 2.

³⁰ BSK ZGB I-WYSS (FN 8), Art. 370 N 11; AEBI-MÜLLER (FN 16), 157.

³¹ Das Vorliegen einer psychischen Störung hat selten Urteilsunfähigkeit zur Folge, sondern ist stets mit der *konkret* zu beurteilenden Handlung in Bezug zu setzen, vgl. BGE 127 I 6 E. 7b/aa.

³² Ob die Urteilsfähigkeit vorher oder nachher gefehlt hat, ist also unerheblich.

³³ BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 8), Art. 16 N 34.

³⁴ BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 8), Art. 16 N 5a.

³⁵ BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 8), Art. 16 N 38.

³⁶ BSK ZGB I-WYSS (FN 8), Art. 370 N 9.

³⁷ Beispiele: ACE-Test, Silberfeld-Test, Mini Mental State Examination (MMSE) oder der Tur Mental Competency Test. Eine Übersicht solcher Tests findet sich in: FRANK TH. PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Generelle Aspekte, Urteilsfähigkeit als Ehevoraussetzung, zum Testieren, zum willentlichen Sterben sowie Screening-Tools, Zürich/St. Gallen 2008, N 376 bis 409.

³⁸ PETER MAX GUTZWILLER, Zur Feststellung der Urteilsunfähigkeit, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, Referate der Tagung vom 31. Oktober 2012 in Zürich, St. Gallen 2014, 121 ff.; FRANK TH. PETERMANN, Die Bedeutung des Instituts der Urteilsfähigkeit in einem liberalen Staat, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, Referate der Tagung vom 31. Oktober 2012 in Zürich, St. Gallen 2014, 263 ff.

³⁹ EUGEN BUCHER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Rechts- und Handlungsfähigkeit, Art. 11–19d ZGB, 2. A., Bern 2017, Art. 16 ZGB N 14; PETERMANN (FN 37), N 56.

⁴⁰ CLAUDIA SCHNÜRIGER, Die Patientenverfügung und ihre Problematik, Jusletter vom 27.8.2018, N 10.

⁴¹ SAMW, Patientenverfügungen (FN 11), 7 und 8.

⁴² Internet: https://www.caritas.ch/de/artikel/blog/neue-studie-zu-patientenverfuegung-und-vorsorgeauftrag.html?no_cache=1&type=0 (Abruf 21.11.2022).

⁴³ Sonntagszeitung vom 1. Oktober 2017, «Mit der Kesb am Krankenbett; Neue Zahlen zeigen: Nur wenige Schweizer haben eine

Im April 2021 erfolgte zum dritten Mal (nach 2017 und 2020) eine repräsentative Befragung, wiederum von der GFS im Auftrag von Pro Senectute Schweiz, wie bekannt die Patientenverfügung (und der Vorsorgeauftrag) ist.⁴⁴ Mit einem markanten Anstieg um 14% war die Patientenverfügung 2021 deutlich bekannter als in den vorangehenden Erhebungen. Besonders die Corona-Pandemie dürfte dazu beigetragen haben, dass heute vier von fünf Personen dieses Dokument kennen. Allerdings zeigt sich je nach Generation eine sehr unterschiedliche Entwicklung: Die Bekanntheit des Instituts der Patientenverfügung nahm bei den 18- bis 39-Jährigen gegenüber dem Vorjahr um 35% und bei den 40- bis 64-Jährigen um 5% zu, während sie bei den über 64-Jährigen auf hohem Niveau stagnierte. 94% der Befragten mit einer Patientenverfügung gaben an, diese nicht aus einer Drucksituation ausgefüllt zu haben. Entscheidender war der Wunsch nach einer selbstbestimmten Vorsorge und die Entlastung der Angehörigen.

Wie 2017 und 2020 war der Vorsorgeauftrag auch 2021 (65%) weniger bekannt als die Patientenverfügung (82%). *Diese Zahlen aus der Praxis zeigen, dass es noch weiterer Aufklärung und Sensibilisierung bedarf.*

G. Aktuelle Entwicklungen, die die Patientenverfügung (mit) betreffen

Der Bundesrat hat am 18. September 2020 den Bericht zum Postulat «Bessere Betreuung und Behandlung von Menschen am Lebensende»⁴⁵, eingereicht von der Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerats (SR), verabschiedet und darin folgenden Handlungsbedarf aufgezeigt: Patientenverfügungen, anhand derer jede Person unmissverständlich festlegen kann, welche medizinische Behandlung sie möchte oder ablehnt, sind in der Schweiz wenig vorhanden und häufig nicht rechtzeitig auffindbar. Und selbst wenn sie in der Akutsituation vorliegen, erfüllen sie in der medizinischen Praxis nicht immer ihren Zweck: Patientenverfügungen werden

oft zu allgemein, zu unscharf oder widersprüchlich formuliert, als dass daraus konkrete Handlungen abgeleitet werden könnten. Das Lebensende wird meist als akutes und somit unvorhersehbares Ereignis behandelt – obwohl rund 70 Prozent der Todesfälle in der Schweiz zu erwarten sind und damit frühzeitig und vorausschauend vorbereitet werden könnten.

Um die Rahmenbedingungen und Qualitätsstandards der Gesundheitlichen Vorausplanung zu verbessern resp. um ein möglichst einheitliches Verfahren und praxistaugliche Instrumente zu erarbeiten, haben das Bundesamt für Gesundheit (BAG) und die SAMW im Auftrag des Bundesrates im Frühjahr 2021 eine nationale Arbeitsgruppe «Gesundheitliche Vorausplanung» (AG GVP⁴⁶) eingesetzt. Aufgabe der ständigen Arbeitsgruppe war es, die Umsetzung der Massnahmen der Gesundheitlichen Vorausplanung auf strategischer und inhaltlicher Ebene im gesamten Prozess zu steuern sowie inhaltliche Schwerpunkte zu setzen, wie z.B. die Erarbeitung von einheitlichen Qualitätsstandards für Patientenverfügungen, die Verbesserung der Zugänglichkeit der Dokumentation oder Sensibilisierungsmassnahmen bei Fachpersonen und bei der Bevölkerung. In Bezug auf die Patientenverfügung zielt die AG GVP darauf ab, dass diese in Zukunft nur noch gültig sei, wenn vorab eine «Beratung» durch eine «Fachperson» stattgefunden habe. Diese Forderung widerspricht der gesetzlichen Regelung (Art. 371 Abs. 1 ZGB), wonach jede Person eine Patientenverfügung unbürokratisch und unabhängig erstellen kann. Ein solches neues Modell würde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten beschneiden. Das gemeinsam erarbeitete Modell zur Umsetzung der AG GVP stand von Mitte Mai bis zum 15. Juli 2022 in der öffentlichen Vernehmlassung.⁴⁷ Die Vernehmlassungen werden derzeit von der SAMW ausgewertet.

Patientenverfügung oder einen Vorsorgeauftrag. Die Folgen sind einschneidend».

⁴⁴ Internet: <https://gfs-zh.ch/bekanntheitszunahme-bei-vorsorgedokumenten/> (Abruf 21.11.2022).

⁴⁵ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 18. September 2020 in Erfüllung des Postulates 18.3384 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerats (SGK-SR) vom 26. April 2018, Internet: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2018/20183384/Bericht%20BR%20D.pdf> (Abruf 21.11.2022).

⁴⁶ Die AG GVP bestand aus Fachpersonen der Medizin, Pflege, Palliative Care, Sozialen Arbeit, des Rechts und der Ethik. Eingebunden sind zudem Vertretungen von Betroffenenorganisationen sowie Entscheidungsträger aus den nationalen Fach- und Leistungserbringerverbänden.

⁴⁷ Vgl. zum Ganzen Schweizerische Ärztezeitung (SÄZ): Auch bei Urteilsunfähigkeit selbstbestimmt bleiben, BAG und SAMW stellen Modell für Gesundheitliche Vorausplanung vor, 2022; 103 (2526): 852 und 853, veröffentlicht am 22. Juni 2022; Homepage der SAMW, Internet: <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Gesundheitliche-Vorausplanung.html> (Abruf 21.11.2022).

Der Entscheid des Bundesgerichtes vom 9. Dezember 2021 im Fall Pierre Beck in 6B_646/2020 hat das Grundrecht auf Selbstbestimmung des Patienten massgeblich gestärkt.⁴⁸ Auch für die Anordnungen in der Patientenverfügung ist dieser neueste höchstrichterliche Entscheid für die Praxis sehr wichtig. Damit kontrastiert allerdings, dass die SAMW im aktuellen SAMW-Bulletin 3/2022 die SAMW-Richtlinien «als unabdingbaren Bestandteil des Medizinrechts» betitelt, als «Soft Law».

Diese neuesten Entwicklungen zeigen auf, dass die SAMW unverändert weiter vorhat, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten einzuschränken. Diese Haltung der Akademie negiert damit weiterhin (und in voller Kenntnis der tatsächlichen Rechtslage) die geltende schweizerische Rechtsordnung. Vor allem wirft sie die Frage auf, inwieweit das durch die gesamte Rechtsordnung im Allgemeinen und in Art. 40 lit. c MedBG im Besonderen verankerte Grundrecht des urteilsfähigen Menschen auf Selbstbestimmung durch medizin-ethische Richtlinien der SAMW überhaupt relativiert oder eingeschränkt werden kann. Ebenso stellt sich die Frage, ob damit nicht bereits eo ipso die in Art. 8 MedBG festgelegte Würde des Patienten verletzt sein könnte.

III. Die Patientenverfügung als besonderer Fall von Art. 40 lit. c MedBG

Da Patientenverfügungen häufig als Unterlassungsanweisungen das aus medizinischer Sicht bisweilen Sinnvolle und durchaus Mögliche einschränken, sind sie eine schriftliche Ausdrucksform des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten. Nach Art. 40 lit. c MedBG wahren die Medizinalpersonen, die ihren Beruf selbständig ausüben, die Rechte ihrer Patienten. Eine Verletzung dieser Pflicht kann nach Art. 43 MedBG Disziplinarmassnahmen zur Folge haben, die von einer Verwarnung bis zu einem Verbot der selbständigen Berufsausübung führen können.

Diese Berufsregel wurde erst vom Parlament in das Gesetz aufgenommen und findet sich nicht im bundesrätlichen Entwurf. Das Bundesamt für Gesundheit verfasste dazu einen Bericht, in dem es darauf hinwies, in den letzten Jahren habe auf dem Gebiet der *Patientenrechte eine starke Sensibilisierung* der Beteiligten stattgefunden. Die

Wahrung der Patientenrechte könne nicht alleinige Aufgabe der Ärzte sein. Es gehe vielmehr darum, die Patienten zu ermutigen, ihre Rechte trotz des logischerweise immer bestehenden grossen Wissensgefälles zwischen Arzt und Patient einzufordern. Die Aufnahme einer entsprechenden Berufspflicht hat also vor allem *Appellcharakter* an die Patienten.^{49/50}

Der genaue *Inhalt der Pflicht* zur Wahrung der Rechte der Patienten lässt sich dem MedBG nicht entnehmen. Es ist daher das gesamte positive Recht massgebend. Im Vordergrund steht das *Selbstbestimmungsrecht des Patienten* im Verhältnis zwischen Arzt und Patient, das aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie den Persönlichkeitsrechten des Privatrechts nach Art. 27 und Art. 28 ZGB abgeleitet wird. Danach kann jeder Patient über seine Behandlung frei entscheiden. Er darf medizinische Massnahmen jederzeit zurückweisen. Der Arzt hat das Veto des Patienten zu respektieren, selbst wenn er es für unvernünftig hält.⁵¹

Die (formgültige) Patientenverfügung ist damit ein besonderer Fall von Art. 40 lit. c MedBG und vom Arzt unter den Voraussetzungen von Art. 372 Abs. 2 ZGB zu befolgen (Verstoss gegen das Gesetz, begründete Zweifel, fehlender freier Wille, mutmasslicher Wille).

Wenn der behandelnde Arzt von den Anweisungen des Patienten abweicht, müssen die Gründe dafür im Patientendossier festgehalten werden (Art. 372 Abs. 3 ZGB).

⁴⁸ Vgl. dazu auch FRANK TH. PETERMANN, Verschreibung von Pentobarbital: Die richtigen Fragen aufwerfen! Bemerkungen zum Stand der Rechtsprechung bzgl. der Rezeptierung von Natrium-Pentobarbital, AJP 2022, 1124 ff.

⁴⁹ Kommentar MedBG-FELLMANN, Art. 40 N 99, in: Ariane Ayer/Ueli Kieser/Tomas Poledna/Dominique Sprumont (Hrsg.), Basel 2009 (zit. Kommentar MedBG-VERFASSER).

⁵⁰ Bei ihrer Gegenüberstellung von privat- und öffentlich-rechtlichen Pflichten aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis führt KERSTIN VOKINGER, Das Berufsrecht in der Arzt-Patienten-Beziehung – veranschaulicht an einem Fallbeispiel, hll 2012, Nr. 28, dazu in N 107 aus: «Zwar unterscheiden sich gewisse Berufspflichten des Arztes gegenüber seinem Patienten, welche sich aus dem öffentlichen Recht ergeben von gewissen Berufspflichten des Privatrechts, doch sind diejenigen Berufspflichten, welche für die Arzt-Patienten-Beziehung von grosser Bedeutung sind (Beachtung des Selbstbestimmungsrechts, Sorgfaltspflicht, Vorgehen nach dem medizinischen Standard) mit den Berufspflichten des Privatrechts identisch.»

⁵¹ Kommentar MedBG-FELLMANN (FN 49), Art. 40 N 100; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG (FN 22), § 11 N 45; MORITZ W. KUHN/TOMAS POLEDNA, Arztrecht in der Praxis, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2007, 248.

IV. Art. 18 der Standesordnung FMH und dessen Rechtmässigkeit resp. Vereinbarkeit mit den Berufspflichten nach Art. 40 MedBG, insb. Art. 40 lit. c MedBG

A. Art. 18 der Standesordnung FMH

Die FMH ist der Berufsverband der Schweizer Ärzte. Gemäss Homepage der FMH⁵² vertritt sie über 42'000 Mitglieder und ist zugleich der Dachverband von über 70 Ärzteorganisationen. Die FMH gehört damit zu den grössten Berufsverbänden im schweizerischen Gesundheitswesen. Nur ein verschwindend kleiner Teil aller in der Schweiz tätigen Ärzte sind nicht Mitglieder der FMH. Die Mitgliedschaft in der FMH ist für die Ärzteschaft aus juristischer Sicht freiwillig. Aufgrund der vielen Vorteile⁵³, welche eine FMH-Mitgliedschaft mit sich bringt resp. der man im Falle einer Nichtmitgliedschaft verlustig geht, stellt sich die Frage, ob nicht von einem *faktischen* Mitgliedschaftszwang ausgegangen werden muss. Zwar geniesst die FMH Vereinsfreiheit, aber nur solange sie sich damit in den Grenzen der Rechtsordnung bewegt, was angesichts des soeben Ausgeführten auch kartellrechtlich fraglich ist.

Die FMH-Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (UID: CHE-105.892.329) ist als privatrechtlicher Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB organisiert. Oberstes Organ ist – nach der Gesamtheit aller Mitglieder der FMH – die Ärztekammer. Sie fasst die für alle Mitglieder verbindlichen Beschlüsse in den Statuten zusammen.⁵⁴ Gemäss der Homepage der FMH⁵⁵ konkretisiert die Standesordnung die wichtigsten Berufspflichten des Medizinalberufegesetzes (MedBG) und «definiert zusätzliche berufsethische Regeln». Aus der Präambel der Standesordnung FMH (Abs. 3)⁵⁶ geht hervor, dass sie für alle Mitglieder

der FMH *verbindlich* ist. Darüber hinaus beansprucht sie als *Verhaltenskodex* der schweizerischen Ärzteschaft für alle Ärzte Bedeutung.

Weiter heisst es in der Präambel der Standesordnung FMH (Abs. 4), dass die eidgenössische und die kantonale Gesetzgebung – insbesondere das kantonale Gesundheitsrecht – der Standesordnung «in jedem Fall vorgehen».

In Art. 18 der Standesordnung erklärt die FMH, dass die dort erwähnten derzeit total 13 Richtlinien⁵⁷ der Schweizerischen Akademie für Medizinische Wissenschaften («SAMW»)⁵⁸ «gelten». Durch diese Integrierung von SAMW-Richtlinien in das ärztliche Standesrecht sollen diese für FMH-Mitglieder *allgemeinverbindlich* erklärt werden. Wenn sich ein Arzt nicht an die Standesregeln FMH hält, hat er Sanktionen zu gewärtigen.⁵⁹ Gegen den Entscheid der kantonalen Standeskommission kann grundsätzlich Beschwerde bei der Standeskommission FMH geführt werden; deren Beschwerdeentscheid ist endgültig.

Die Ausführungen auf der Homepage der FMH sind damit bereits in sich diametral *widersprüchlich*: Einerseits heisst es dort, dass die Gesetzgebung der Standesordnung «in jedem Fall» vorgehe. So wäre es auch richtig. Andererseits soll die Standesordnung FMH (mit den übernommenen SAMW-Richtlinien) für die Mitglieder «verbindlich» sein. Was gilt nun?

Die SAMW-Richtlinie Patientenverfügungen ist in Art. 18 der Standesordnung FMH nicht explizit erwähnt. Da die Patientenverfügungen aber vielfach Anweisungen zu Themen wie Reanimation, Palliativmedizin, Umgang

⁵² Internet: <https://www.fmh.ch/ueber-die-fmh.cfm> (Abruf 21.11.2022).

⁵³ Wie bspw. umfassende Informations-, Beratungs- und andere Dienstleistungen, (finanzielle) Vorteile bei der Weiterbildung, Sonderkonditionen beim Einkauf von Medikamenten, medizinischen Geräten, medizinischen Verbrauchsmaterialien etc., und schliesslich auch die Möglichkeit der Führung des Kürzels «FMH» im Titel.

⁵⁴ Siehe Statuten der FMH vom 24. Juni 1998, Stand 19. Mai 2022, Internet: <https://www.fmh.ch/files/pdf7/statuten-fmh.pdf> (Abruf 21.11.2022).

⁵⁵ Internet: <https://www.fmh.ch/ueber-die-fmh/statuten-reglemente.cfm^ti112408> (Abruf 21.11.2022).

⁵⁶ Siehe Standesordnung der FMH, genehmigt von der Ärztekammer an der Sitzung vom 12. Dezember 1996, in Kraft per 1. Juli 1997, Stand 19. Mai 2022, Internet: <https://www.fmh.ch/files/pdf7/standesordnung-fmh.pdf> (Abruf 21.11.2022).

⁵⁷ Bspw. SAMW-Richtlinie Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz, Intensivmedizinische Massnahmen, Reanimationsentscheidungen, Palliative Care, Umgang mit Sterben und Tod etc.

⁵⁸ Die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) ist eine im Jahr 1943 von fünf medizinischen und den beiden veterinärmedizinischen Fakultäten sowie der FMH gegründete Stiftung des Privatrechts. Den Gründungsvätern gelang es, die Basler Pharmafirmen und weitere Firmen zu namhaften Donationen zu motivieren und so ein bedeutendes Stiftungskapital zu öffnen. Gemäss den von ihr selbst erlassenen Statuten ist u.a. Aufgabe dieser Stiftung die Erarbeitung von Richtlinien, Empfehlungen und Meinungsäusserungen für die Ärzteschaft zu Problemen, welche durch die Fortschritte der medizinischen und biologischen Forschung und bei der Anwendung neuer Technologien auf den Arzt zukommen. Zuständig für den Erlass dieser Richtlinien ist die im Jahre 1979 gegründete «Zentrale Ethikkommission» der SAMW (ZEK).

⁵⁹ Siehe die Sanktionenliste in Art. 47 der Standesordnung FMH, wobei die folgenden Sanktionen miteinander verbunden werden können: Verweis, Busse bis CHF 50'000, Suspendierung der Mitgliedschaft auf bestimmte Zeit, Ausschluss aus der Gesellschaft/FMH, Veröffentlichung in Publikationsorganen oder geeigneten Krankenversicherungsorganen und/oder Supervision.

mit Demenz, Umgang mit Sterben und Tod etc. enthalten, stellt sich zunächst die Frage, ob dieses Vorgehen der FMH überhaupt rechtmässig ist. Sodann stellt sich auch die Frage, wie sich Art. 18 der Standesordnung FMH mit der «Geltung» von SAMW-Richtlinien zu den Berufspflichten gemäss MedBG, und dort insb. zu Art. 40 lit. c MedBG, verhält.

B. Abschliessende Regelung der Berufspflichten in Art. 40 MedBG

Gemäss Art. 95 Abs. 1 BV hat der Bund das Recht, Vorschriften über die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit zu erlassen. Es handelt sich dabei um eine Kompetenznorm mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Mit dem Medizinalberufegesetz (MedBG), welches am 1. September 2007 in Kraft getreten ist, hat der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht. Ziel des Bundesgesetzes ist es, die Berufspflichten der Medizinalpersonen⁶⁰ *einheitlich und abschliessend* zu verankern und ein funktionsfähiges Gesundheitswesen und qualitativ hochstehende medizinische Dienstleistungen zu gewährleisten.⁶¹

Geregelt sind die *Berufspflichten* in Art. 40 MedBG.⁶² Voraussetzung ist, dass die Ärzte ihren Beruf «selbständig» ausüben. Es geht um *Verhaltenspflichten*, welche Ärzte bei der Ausübung ihres Berufes zu befolgen haben. Sie sind Teil des Berufsrechtes,⁶³ welches die Ausübung der universitären Medizinalberufe regelt.

Das ärztliche Berufsrecht ist *öffentliches Recht*. Der Gesetzgeber hat es im öffentlichen Interesse erlassen.⁶⁴

Die Berufspflichten mit der damit verbundenen Aufsicht (Art. 41 MedBG) haben das *Ziel*, die Medizinalpersonen zu einem Verhalten zu bestimmen, welches das *Vertrauen*⁶⁵ der Patienten zu ihnen, das *Ansehen* der Medizinalberufe in der Öffentlichkeit und die *Qualität* der medizinischen Dienstleistungen sicherstellt. Ferner sollen sie die *Versorgung* der Bevölkerung mit qualitativ hochstehenden medizinischen Dienstleistungen und Heilmitteln gewährleisten.⁶⁶

Die Berufspflichten im Rahmen der «selbstständigen» Berufsausübung sind in Art. 40 MedBG *abschliessend und einheitlich* festgelegt.⁶⁷ Daran ändert nichts, dass sich eine Berufsregelverletzung auch aus der Verletzung allgemeiner Pflichten des Bundesstraf-, Privat-, Verwaltungsrechts oder des kantonalen Rechts ergeben kann.

Im Gegensatz zu den bundesrechtlichen Berufspflichten sind die von Berufsorganisationen erlassenen Standesregeln nur auf die Mitglieder der betreffenden Standesorganisation direkt anwendbar.⁶⁸

In einem neueren Beitrag zur ärztlichen Sorgfalt aus dem Jahr 2021 führt IVANOVIC dazu aus:

«[...] *Standespflichten dürfen in diesem Kontext mangels ausreichender gesetzlicher Grundlage bzw. demokratischer Legitimation sowie zwecks Vermeidung von Interessenkollisionen keine Beachtung finden. Erhebt man privates Standesrecht dessen ungeachtet zu objektivem Recht, würde den Berufspflichten durch die Hintertür [...] der abschliessende Charakter genommen, was der Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufen würde. Eine inhaltliche Ergänzung der öffentlich-rechtlichen Berufspflichten via privatrechtliches Standesrecht ist folglich als unzulässig zu betrachten.*»⁶⁹

⁶⁰ Als universitäre Medizinalberufe gelten gemäss Art. 2 Abs. 1 MedBG neben den Ärzten die Zahnärzte, Chiropraktiker, Apotheker und Tierärzte.

⁶¹ Botschaft vom 3. Dezember 2004 zum Bundesgesetz für die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG), BBl 2005 173 ff., 228.

⁶² In Art. 40 MedBG werden folgende Berufspflichten (abschliessend) normiert: Sorgfaltspflicht (lit. a), Fortbildungspflicht (lit. b), Pflicht zur Wahrung der Patientenrechte (lit. c), Pflicht, nur objektive Werbung zu machen, die dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich ist (lit. d), Pflicht zur Wahrung der Interessen der Patienten bei der Zusammenarbeit mit anderen Medizinalpersonen und Pflicht, unabhängig von finanziellen Vorteilen zu handeln (lit. e), Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses (lit. f), Notfalldienst- und Beistandspflicht (lit. g), Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung oder zur Erbringung gleichwertiger Sicherheiten (lit. h).

⁶³ Vgl. zur entsprechenden Regelung der Berufspflichten der Anwälte im Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61).

⁶⁴ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (FN 22), § 2 N 119.

⁶⁵ Vertrauen (mittelhochdeutsch: «vertrüwen») als festes Überzeugtsein von der Verlässlichkeit, Zuverlässigkeit einer Person, Sache, vgl. Internet: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Vertrauen> (Abruf 21.11.2022).

⁶⁶ Kommentar MedBG-FELLMANN (FN 49), Art. 40 N 9; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (FN 22), § 2 N 118.

⁶⁷ Kommentar MedBG-FELLMANN (FN 49), Art. 40 N 10, 28 und 41.

⁶⁸ BORIS ETTER, Stämpflis Handkommentar, Medizinalberufegesetz MedBG, Bern 2006 (zit. SHK-VERFASSER), Art. 40 MedBG N 1 und 2.

⁶⁹ TANJA IVANOVIC, Die Sorgfalt der Medizinalpersonen nach Art. 40 lit. a MedBG: Generalklausel und Konkretisierung, ZBJV 2021, 126 ff., 133 und 134; BGer, 2C_1083/2012, 21.2.2013, E. 5.1: «Si les règles déontologiques peuvent servir à préciser les obligations professionnelles des personnes exerçant une profession médicale, elles ne permettent en revanche pas de compléter le catalogue exhaustif de l'art. 40 LPMéd.»

Gleicher Meinung ist VOKINGER, die diesbezüglich festhält:

«[...] Da die Berufspflichten gem. Art. 40 MedBG teilweise sehr allgemein formuliert sind, sind sie gem. der Botschaft «im Lichte der Ständesregeln auszulegen». Diese Auslegung ist mit Vorsicht zu handhaben. Bei der Ständesordnung FMH und den Richtlinien der SAMW handelt es sich um Rechtsetzung durch Private. Sie liegen nicht immer im öffentlichen Interesse und erfüllen auch nicht die Voraussetzung einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Ein Rückgriff ist deshalb nur dann möglich, wenn die Ständesregeln zur Präzisierung einer allgemein gehaltenen Berufspflicht des MedBG herangezogen werden soll und sie das im öffentlichen Interesse Geforderte normiert und Ausdruck der herrschenden Sitte und der *communis opinio* der Ärzte bilden. Die *communis opinio* ist gegeben, wenn die Ständesregel den allgemein anerkannten und gültigen Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft entspricht.»⁷⁰

Die SAMW bezeichnet ihre Richtlinien unter anderem als «Soft Law».⁷¹ Der Begriff stammt eigentlich aus dem Völkerrecht; dort «[...] werden solche von den Staaten oder von anderen Völkerrechtssubjekten geschaffenen Normen, die zwar keine rechtliche Bindungswirkung erzeugen, aber trotzdem rechtlich relevant sind, als Soft Law bezeichnet».⁷² NAEF untersucht sodann am Beispiel des Völkerrechts die zentrale Diskriminante, durch welche sich Soft Law von Völkerrecht unterscheidet. Diese zentrale Diskriminante, also den Hauptunterschied, beschreibt er wie folgt:

«Eine Charakteristik des Soft Law ist, dass es nicht einer [...] formellen [Völkerrechtsquelle] entstammt: Es ist nicht rechtsverbindlich. Der schweizerischen Auffassung nach bildet das Soft Law auch keine neue vierte Rechtsquelle, sondern ist rechtsstützend oder rechtsergänzend: Soft Law-Normen haben keinen Rechtscharakter, weisen aber eine besondere Rechtsnähe auf. Die Unverbindlichkeit des Soft Law bedeutet, dass seine Missachtung keine völkerrechtliche Verantwortung des betreffenden Staates auslöst. Repressalien gegen Verletzungen von Soft Law-Normen sind völkerrechtlich unzulässig.»⁷³

Die SAMW-Richtlinien sind also keine «Quasi-Gesetze». Die Berufspflichten nach Art. 40 MedBG sind von den Ständesregeln deutlich zu unterscheiden. Diese werden durch Art. 40 lit. a MedBG nicht zu objektivem Recht erhoben.⁷⁴

Eine inhaltliche Ergänzung der gesetzlichen Berufspflichten via privates Ständesrecht ist demnach unzulässig. Privates Ständesrecht kann die öffentlich-rechtlichen Berufspflichten nicht inhaltlich ergänzen. Der SAMW als auch der FMH fehlt damit die Kompetenz, die ärztlichen Berufspflichten zu ergänzen resp. einzuschränken. Oder anders gesagt: Was durch das Gesetz nicht verboten ist, kann auch durch die SAMW (resp. die FMH) nicht verboten werden.

C. Exkurs: Vertrauen und Vertrauenswürdigkeit im Rahmen einer Polizeibewilligung

Wer selbständig als Arzt tätig sein will, braucht eine Bewilligung gemäss Art. 34 MedBG. Die Berufsausübungsbewilligungspflicht stellt eine *klassische Polizeibewilligung* dar. Diese Bewilligungspflicht ist kantonal geregelt und wird durch eine von demjenigen Kanton zu bezeichnende Behörde erteilt, auf deren Gebiet der Arztberuf ausgeübt werden soll. Die Bewilligung bedarf *subjektiver* Voraussetzungen, deren Erfüllung gänzlich innerhalb der Möglichkeit des Gesuchstellers liegt. Bei Erfüllung der Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf die Bewilligung, und der Inhaber ist berechtigt, seinen Beruf rechtmässig im entsprechenden Kanton auszuüben. Kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen sind gemäss Art. 36 Abs. 1 MedBG, dass der Arzt über ein entsprechendes eidgenössisches Diplom verfügt (lit. a), *vertrauenswürdig* ist sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet (lit. b) sowie über die notwendigen Kenntnisse einer Amtssprache des Kantons, für welchen die Bewilligung beantragt wird, verfügt (lit. c). Sind die Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung nicht mehr erfüllt, verletzt der Arzt die Berufspflichten in gravierender Weise, verstösst er gegen das Gesundheitsrecht oder liegt eine unlautere Praxisführung vor, kann der Entzug der Bewilligung verfügt werden, wobei die einzelnen Voraussetzungen von Kanton zu Kanton variieren.⁷⁵

Verletzt eine Medizinalperson irgendeine der Berufspflichten gemäss Art. 40 MedBG, muss disziplinarrecht-

⁷⁰ VOKINGER (FN 50), N 105.

⁷¹ Siehe SAMW-Bulletin 3/2022, 3.

⁷² FRANCESCO NAEF, Soft Law und Gewaltenteilung, Über die Kunst der Legiferierung durch die Katzenklappe, AJP 2015, 1109 ff., 1110.

⁷³ NAEF (FN 72), AJP 2015, 1110.

⁷⁴ Kommentar MedBG-FELLMANN (FN 49), Art. 40 N 28 und 50; SHK-ETTER (FN 68), Art. 40 MedBG N 2.

⁷⁵ Vgl. zum Ganzen VOKINGER (FN 50), N 6.

lich automatisch immer auch die Frage aufgeworfen werden, ob sie damit gleichzeitig gegen die Generalklausel von Art. 40 lit. a MedBG verstossen hat, wonach sie ihren Beruf «sorgfältig und gewissenhaft» ausüben muss.⁷⁶ Erforderlich ist, dass das Vergehen so schwer wiegt, dass damit die *Vertrauenswürdigkeit* der betreffenden Medizinalperson in Frage gestellt ist.⁷⁷ Mit dieser Vertrauenswürdigkeit ist weniger das eigentliche Vertrauen in die Medizinalperson gemeint, sondern vielmehr, ob sie nach ihrem Verhalten überhaupt noch vertrauenswürdig sein kann.

Disziplinarrechtlich muss also eine Art «Verschuldensprüfung» stattfinden. Bei *vorsätzlich* begangenen Verletzungen der Berufspflichten von Art. 40 lit. a–h MedBG muss immer von einem Verlust der Vertrauenswürdigkeit der Medizinalperson ausgegangen werden. Jeder Bürger hat die Gesetzgebung einzuhalten. Darauf basiert das schweizerische wie jedes andere demokratische Staatsmodell. Das Gesetz ist der kodifizierte Wille des Souveräns, des Gesetzgebers. Das demokratische Staatsmodell fusst auf dem Grundkonsens, dass jeder das Gesetz einhält. Selbst dann, wenn er es persönlich ungerecht findet, gegen das Gesetz und/oder die in ihm verankerten Ziele persönlich eine völlig andere Werthaltung einnimmt oder es innerlich sogar ablehnt. In einer Demokratie darf jeder Bürger sich auch aktiv, innerhalb der Grenzen der Verfassung, an einer Veränderung des Staates beteiligen. Der Staat gibt also jedem Bürger einen Vertrauensvorschuss, dass er sich an das Gesetz hält, selbst wenn er gegen den Staat eingestellt ist. Wer vorsätzlich eine Berufspflicht nach Art. 40 lit. a–h MedBG verletzt, bekundet gerade durch den Vorsatz eben nicht nur seine Nichtachtung des Medizinalberufegesetzes, sondern in dieser Weise auch der grundsätzlichen demokratischen Regeln. Es ist diese Missachtung der grundsätzlichen demokratischen Regeln, welche bei jedem Inhaber einer Polizeibewilligung die Frage nach der (*grundsätzlichen*) Vertrauenswürdigkeit negativ beantwortet. Schwieriger ist die Abgrenzung bei *fahrlässiger* Verletzung der Berufspflichten. Hier gilt es, das Mass der Fahrlässigkeit jeweils im Einzelfall zu klären. Auch hier dürfte eine grobfahrlässig begangene Verletzung der Berufspflichten in der Praxis wohl immer zu einem Verlust der Vertrauenswürdigkeit nach Art. 40 lit. a MedBG führen. Eine grobfahrlässige Verletzung, selbst wenn in *wirklicher* (subjektiver) Unkenntnis der jeweiligen Pflichten erfolgend, verstösst dadurch bereits gegen Art. 40 lit. b MedBG, wonach die Medizinalper-

son auf dem aktuellen Wissensstand zu sein hat. So, wie von jedem Anwalt erwartet wird, dass er mit der aktuellen Rechtsprechung vertraut ist.

D. Urteil des Bundesgerichtes 6B_646/2020 vom 9. Dezember 2021, insb. E. 1.6

Das Bundesgericht hat in dieser Entscheidung die (strafrechtliche) Verurteilung des Arztes aufgehoben, der einer gesunden urteilsfähigen 86-jährigen Frau das tödlich wirkende Natrium-Pentobarbital (kurz NaP) zur Vornahme eines Suizids verschrieben hatte (sog. Bilanzsuizid). Das Kantonsgericht Genf kam als Vorinstanz noch zum Schluss, der Arzt habe mit der Abgabe von NaP an eine gesunde Person gegen die SAMW-Richtlinien verstossen und daher seine Sorgfaltspflichten verletzt. Sowohl die SAMW in ihren Richtlinien als auch die FMH vertreten die Auffassung, dass es sich bei der Suizidhilfe nicht um einen medizinischen Akt handle. Das Bundesgericht entschied entgegen der Auffassung des Kantonsgerichtes Genf, dass das Heilmittelgesetz im besagten Fall nicht zur Anwendung komme. Es hiess die Beschwerde des Arztes gut, hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück. Damit bleibt (noch) offen, ob die Verschreibung von NaP ohne medizinische Indikation durch das Betäubungsmittelgesetz gedeckt ist oder nicht.⁷⁸

Das Bundesgericht hat in diesem (französischen) Entscheid zudem ausgeführt, dass die Regeln der SAMW und der FMH *nicht bindende Regeln privaten Ursprungs* seien:

«[...] règles émanant de l'ASSM et de la FMH, à savoir des règles non contraignantes et d'origine privée [...]»⁷⁹

Damit ist höchstrichterlich erstellt, dass die SAMW-Richtlinien und die FMH-Standesordnung *unverbindlich sind und deren Einhaltung damit freiwillig* ist.⁸⁰

⁷⁶ IVANOVIC (FN 69), 126–140.

⁷⁷ Kommentar MedBG-FELLMANN (FN 49), Art. 40 N 58.

⁷⁸ Die folgenden Autoren haben zu diesem Urteil Stellung genommen und eine Bestrafung nach Betäubungsmittelgesetz verneint: PETERMANN (FN 48), AJP 2022, 1124 ff.; BERNHARD RÜTSCHÉ/DANIEL HÜRLIMANN/MARC THOMMEN, Ist Suizidhilfe für Gesunde mittels Natrium-Pentobarbital strafbar?, *sui generis* 2022, 113 ff.

⁷⁹ BGer, 6B_646/2020, 9.12.2021, E. 1.6.

⁸⁰ Vgl. dazu auch BGer, 2C_901/2012, 30.1.2013, E. 3.4: «Die von Berufsorganisationen erlassenen Ständeregeln stellen kein objektives Recht dar und sind nur für die Mitglieder der betreffenden Berufsorganisation direkt anwendbar», sowie das lesenswerte Urteil des AppGer BS, VD.2017.21, 6.7.2017, E. 5.1.

E. Medizin-ethische Richtlinien der SAMW

Seit über 50 Jahren erarbeitet und veröffentlicht die SAMW medizin-ethische Richtlinien. Diese werden, so die SAMW, regelmässig überprüft und an die Erfahrungen aus der Praxis oder die veränderten Wertvorstellungen angepasst oder gegebenenfalls auch zurückgezogen.

Die SAMW hat auf ihrer Homepage derzeit insgesamt 19 in Kraft stehende medizin-ethische Richtlinien, teilweise mit Anhängen, aufgeschaltet. Diese umfassen zusammen 644 Seiten. 13 dieser Richtlinien sind von der FMH via Art. 18 der Standesordnung übernommen.⁸¹

Die medizin-ethischen Richtlinien sollen, so die 1979 geschaffene Zentrale Ethikkommission (ZEK) der SAMW, den Ärzten und weiteren Gesundheitsfachpersonen Hilfestellungen für die medizinische Praxis bieten. Auf der Homepage der SAMW wird dazu aktuell ausgeführt:

«Die medizin-ethischen Richtlinien werden in der Regel in die Standesordnung der FMH aufgenommen und damit für deren Mitglieder *verbindlich*.»⁸²

Alle SAMW-Richtlinien, auch früher gültige sowie zurückgezogene Richtlinien, und solche, die in Bearbeitung sind, sind (in verschiedenen Sprachen) auf der Homepage der SAMW einseh- resp. bestellbar.⁸³

Eine der ersten erlassenen Richtlinien der SAMW stammt aus dem Jahre 1976 und beschlägt das Thema der Sterbehilfe.⁸⁴ Diese Richtlinie enthält einen Anhang, in welchem die SAMW die massgebenden Gesetzesbestimmungen zur Sterbehilfe aufzählt, nämlich Art. 111 (vorsätzliche Tötung), Art. 112 (Mord), Art. 113 (Totschlag), Art. 114 (Tötung auf Verlangen) und Art. 181 StGB (Nötigung). Art. 115 StGB^{85/86}, Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord, als Basis für die Sterbehilfe in der Schweiz, wurde in diesem Anhang von der SAMW *nicht* aufgeführt. Das bereits im Jahre 1976 begonnene «aktive Schweigen» vermittelt weder den Eindruck fachlicher Kompetenz noch intellektueller Integrität und keiner besonders ethisch geprägten Haltung. Es wird dazu auf die

Vernehmlassung der Vereinigung der Schweizer Medizinalrechtsanwälte (kurz: SMLA) zum Entwurf der Sterbehilfe-Richtlinie an die SAMW vom 22. Februar 2018 verwiesen.⁸⁷ Darin wird anhand etlicher Beispiele, auch bzgl. der Formulierungsweise, das rechtsstaatlich nicht tolerierbare Verhalten der SAMW aufgezeigt. Die Übergriffigkeit besteht in der Anmassung einer in der Rechtswirklichkeit gerade eben nicht bestehenden ethischen Deutungs- und Durchsetzungshoheit.

F. Kritische Würdigung der SAMW-Richtlinien

Die SAMW-Richtlinien enthalten vielfach nicht nur konkretisierende Ausführungsbestimmungen zu den *echten* Berufspflichten gemäss Art. 40 MedBG. Vielmehr enthalten die SAMW-Richtlinien an diversen Stellen auch *eigene Regeln* und *oft ethische Postulate*, welche die gesetzlichen Berufspflichten gar einschränken. Diese Transgression wird an einem konkreten Beispiel aufgezeigt:

In der aktuellen SAMW-Richtlinie Umgang mit Sterben und Tod (genehmigt am 17. Mai 2018, Anpassungen unter 6.2 und 6.2.1 mit Senatsbeschluss vom 25. November 2021 genehmigt, veröffentlicht im Mai 2022), enthält in Ziff. 6.2.1 zur Suizidhilfe⁸⁸ in Ziff. 3 zum «schwerwiegenden Leiden» folgende Ausführung, Zitat:

«*Ethisch nicht vertretbar im Sinn dieser Richtlinie ist Suizidhilfe bei gesunden Personen.*»

Nach Auffassung der SAMW ist also ein sog. Bilanzsuizid einer gesunden Person unethisch und mit dem ärztlichen Handeln nicht vereinbar. Diese verurteilende und verbietenwollende Haltung widerspricht dem Entscheid des Bundesgerichtes in 6B_646/2020 vom 9. Dezember 2021, E. 1.5.2, welches entschieden hat, dass jeder Arzt für sich selbst entscheiden könne, ob er in solchen Fällen ärztliche Hilfe leiste oder nicht:

«Dans le même sens, on peut encore relever que l'assistance au suicide n'est pas une activité à laquelle le médecin est tenu par les règles déontologiques, mais une activité relevant de son libre arbitre (cf. Rapport du Conseil fédéral, juin 2011, p. 25; cf. aussi ATF 133 I 58 consid. 6.3.4 p. 73 s.). Selon l'Académie suisse des sciences médicales elle-même

⁸¹ Die SAMW-Richtlinie Umgang mit Sterben und Tod ersetzt die vorherige Version Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende (2004, aktualisiert 2013).

⁸² Internet: <https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html> (Abruf 21.11.2022).

⁸³ Internet: <https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html> (Abruf 21.11.2022).

⁸⁴ Internet: <https://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Richtlinien-Archiv.html> (Abruf 21.11.2022).

⁸⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

⁸⁶ Gemäss Art. 115 StGB ist e contrario Suizidhilfe legal. Die Norm unterscheidet nicht danach, ob die sterbewillige Person gesund ist oder nicht.

⁸⁷ Internet: <https://www.medizinalrecht.org/vernehmlassung-der-swiss-medical-lawyers-association-smla-zum-richtlinien-entwurf-umgang-mit-sterben-und-tod-der-samw/> (Abruf 21.11.2022).

⁸⁸ Nach Ziff. 2 zum *autonomen Willen*, wonach der Arzt gemäss dieser SAMW-Richtlinie – abgesehen von begründeten Ausnahmefällen – *mindestens zwei ausführliche Gespräche im Abstand von mindestens zwei Wochen* mit dem Patienten führen muss.

me, l'assistance au suicide n'est pas un acte médical auquel les patients peuvent prétendre» (cf. «Attitude face à la fin de vie et à la mort», p. 25, ainsi que «Prise en charge des patientes et patients en fin de vie», p. 9). La FMH a défendu une position similaire en affirmant notamment que l'assistance au suicide n'est pas une activité médicale» (cf. Rapport du Conseil fédéral, juin 2011, p. 24 s.). *Au-delà de ces considérations, il apparaît sans conteste que pour un médecin, prescrire une substance létale à une personne en parfaite santé ne relève pas de l'état des connaissances médicales ou pharmacologiques, non plus que de la science, mais bien de l'éthique et de la morale.*⁸⁹

Im schweizerischen (liberalen) Rechtsstaat hat alleine und abschliessend der Gesetzgeber (als Resultat eines demokratischen Verfahrens) die ethische Deutungshoheit. Unverbindliche, gesetzeswidrige und grundrechtseinschränkende Ethikpostulate einer privaten Stiftung können nicht massgebend sein. Diese widerrechtliche Vermischung von Recht und Moral – auf Kosten der Patientenrechte – ist rechtsstaatlich inakzeptabel und daher abzulehnen.⁹⁰ Es wäre gerade ein Gebot der Ethik⁹¹ und der Transparenz, dass die SAMW wie auch die FMH die Rangordnung der Gesetzgebung so akzeptieren würden, wie es in einem demokratischen Rechtsstaat von allen anderen Rechtssubjekten erwartet wird: *bedingungslos*. Sofern das Standesrecht der FMH und/oder die SAMW-Richtlinien gegen geltendes Völker-, Verfassungs-, Bundes- oder kantonales Recht verstossen, sind sie ex tunc nichtig. In diesen Bereichen können sie *von vornherein* auch niemals als Auslegungshilfe beigezogen werden. Des Weiteren sind sie selbst da, wo sie das nicht tun, unverbindlich und können vom urteilsfähigen Patienten abgewählt werden.

⁸⁹ Letzter Satz (in kursiv) auf Deutsch übersetzt: «Abgesehen von diesen Überlegungen steht ausser Frage, dass die Verschreibung einer tödlichen Substanz an eine gesunde Person für einen Arzt nicht dem Stand des medizinischen oder pharmakologischen Wissens oder der Wissenschaft entspricht, sondern eine Frage der Ethik und Moral ist.»

⁹⁰ Sehr lesenswert zu dieser Unterthematik auch: LORENZ ENGI, Recht und Moral, Herkunft und Aktualität einer Unterscheidung, SJZ 2005, 565 ff. ENGI verweist mit Nachdruck darauf, dass die Trennung von Recht und Moral aus dem römischen Recht stammt, und bezeichnet sie als «dritte Säule der abendländischen Kultur». Die grosse Bedeutung dieser Trennung liege gerade darin, dass es ein Juristenrecht sei, also die Möglichkeit formaljuristischer, von jeder Berufung auf die Moral freier Argumentation geschaffen habe. «Die römischen Juristen konnten sich, ohne an religiöse oder philosophische Dogmen gebunden zu sein, auf vernünftige Begründungen stützen», 566.

⁹¹ Die Ethik ist ein Teilgebiet der Philosophie und behandelt die moralische Bewertung menschlichen Handelns.

Dazu hat das Bundesgericht in einem Entscheid bereits im Jahr 2010⁹² festgehalten, dass die gesetzlichen Verpflichtungen des Arztes jeglichen ethischen Forderungen, so wie sie in den SAMW-Richtlinien enthalten sind, vorgehen (BGE 136 IV 97 E. 6.2.2):

«Mais en cas de divergence entre une règle de droit et l'éthique médicale telle qu'elle est conçue par les directives, les médecins ne peuvent exciper de ces dernières pour se soustraire à l'accomplissement de leur obligation juridique.»⁹³

Es besteht keine reelle Notwendigkeit, dass die FMH oder die SAMW (standesrechtlich) vorschreiben, was «ethisch» ist und was nicht. Die Ethik wird in Art. 8 lit. i MedBG erwähnt: Danach sollen die Ärzte «die Würde und die Autonomie des Menschen [respektieren], die Begründungsweisen der Ethik [kennen], mit den ethischen Problemen ihres Berufsfeldes [vertraut sein] und sich in ihrer beruflichen und wissenschaftlichen Tätigkeit von ethischen Grundsätzen zum Wohl des Menschen leiten [lassen]». Dass damit eine wandelbare Ethik gemeint ist, also eine Ethik, die sich auch der Lebenswirklichkeit anpassen soll und anpassen kann, geht aus dem Kommentar zum MedBG⁹⁴ in aller Deutlichkeit hervor:

«Gemeint ist damit jene konsensfähige Konventionalethik, die trotz allem Wertpluralismus auch heute noch besteht. Ein Verhalten ist danach sittenwidrig, wenn es Werte verletzt oder gefährdet, die nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung moralisch-ethisch zu beachten sind.»

Die SAMW und die FMH (durch die Allgemeinverbindlicherklärung der SAMW-Richtlinien in der Standesordnung) setzen die Ärzte damit einem *unlösbar*en Dilemma aus: Werden die Berufspflichten gemäss Medizinalberufegesetz (insb. Art. 40 lit. c MedBG) nicht beachtet, so sind Disziplinar massnahmen (bis zum definitiven Berufsverbot, Art. 43 MedBG) zu befürchten. Werden die SAMW-Richtlinien, die für FMH-Mitglieder «gelten», nicht be-

⁹² Das Bundesgericht wich bereits in BGE 133 I 58 E. 6.3.5.1 von den damals «geltenden» SAMW-Richtlinien implizit ab, welche Suizidhilfe nur bei Personen zulassen wollten, welche unmittelbar vor ihrem natürlichen Ende stehen, indem es diese für psychisch Kranke zugelassen hat. Bei Letzteren dürfte die «Bedingung» in der Regel nicht erfüllt sein.

⁹³ Auf Deutsch: «Im Falle einer Diskrepanz zwischen einer Rechtsnorm und der medizinischen Ethik, wie sie in den Richtlinien konzipiert ist, können sich die Ärzte jedoch nicht auf die Richtlinien berufen, um sich der Erfüllung ihrer rechtlichen Verpflichtung zu entziehen.»

⁹⁴ Kommentar MedBG-FELLMANN (FN 49), Art. 40 N 53.

achtet, so drohen den Abweichern vereinsintern ähnlich einschneidende Sanktionen durch den ärztlichen Berufsverband (Art. 47 der Standesordnung FMH), aber auch disziplinarische Massnahmen der staatlichen Ärzteaufsicht (Kantonsärzte) und/oder strafrechtliche Eingriffe. Dieser Zustand schafft Rechtsunsicherheit. Ein Zustand der Rechtsunsicherheit ist aber ein denkbar schlechter Boden für jegliches Vertrauen. Diese Rechtsunsicherheit ist unhaltbar und bedarf der Beseitigung.

Im aktuellen SAMW-Bulletin 3/2022 hält der SAMW-Präsident im Editorial eingangs zu Recht fest, dass «die Richtlinien nicht Gesetz sind». Manchmal würden die Richtlinien die gesetzlichen Bestimmungen antizipieren, oftmals ergänzen oder, wenn diese fehlen würden, ersetzen. Ihre Legitimation könne daher, besonders im letztgenannten Fall, so der SAMW-Präsident, diskutiert oder sogar in Frage gestellt werden. Im anschliessenden Artikel in diesem SAMW-Bulletin 3/2022 von Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller, ZEK-Mitglied, zu «SAMW-Richtlinien zwischen Ethik und Recht» werden die SAMW-Richtlinien mit den Standesregeln der FMH dann aber als «*Soft Law*» bezeichnet resp. die Richtlinien als «*unabdingbarer Bestandteil des Medizinrechts*» betitelt. Die medizin-ethischen Richtlinien der SAMW würden eine «Lücke» füllen resp. eine «wichtige Vermittlungs- und Übersetzungsfunktion» wahrnehmen.

Diese Auffassung teilt die Autorin dieses Beitrages nicht. Das Schweizer Recht ist so klar, dass es weder eines «ethischen Übersetzers» noch eines «ethischen Vermittlers» bedarf.⁹⁵ Es wird dadurch das in Art. 5 Abs. 1 BV festgelegte Legalitätsprinzip verletzt, welches besagt, dass jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Ein staatlicher Akt muss sich auf eine materiell-gesetzliche Grundlage stützen, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist. Dieses Legalitätsprinzip, bisweilen auch Grundsatz der Gesetzmässigkeit genannt, dient damit einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Vorausehbarkeit staatlichen Handelns.⁹⁶ Dass die SAMW ihre eigenen Richtlinien und sich selbst als «notwendigen Übersetzer oder Vermittler»

zwischen Patient und Medizin sieht, widerspricht dem schweizerischen Legalitätsprinzip diametral und stellt einen rechtswidrigen Zustand dar.

Insbesondere lässt sich nicht erkennen, warum gerade die SAMW-Richtlinien ein «unabdingbarer» Bestandteil des Medizinrechtes sein sollen. Die SAMW-Richtlinien sind auch kein *Soft Law*, weil sie in weiten Teilen ethische Postulate enthalten; vor allem aber, weil sie sich eben als «für die Ärzteschaft verbindliches *Soft Law*» ansehen, dabei aber übersehen, dass sich *Soft Law* gerade durch seine Unverbindlichkeit auszeichnet. Den medizin-ethischen Richtlinien der SAMW gebricht es im Übrigen noch an einer weiteren, wichtigen Qualität, um sich als *Soft Law* bezeichnen zu können: der *ausdrücklichen Zustimmung einer beträchtlichen Mehrheit* der im betreffenden Fachgebiet tätigen Berufsgenossen und Verbände – eine Voraussetzung, welche bei der Übernahme der aktuellen Sterbehilfe-Richtlinien der SAMW durch die FMH nicht erfüllt wurde. Dieser Vorwurf wurde der SAMW im Übrigen bereits im Jahre 2012 für die damals gültigen Sterbehilfe-Richtlinien gemacht – und zwar von ärztlicher Seite:⁹⁷

«Gerade diese fehlende Basisdiskussion wurde bspw. in einer Entscheidung des Ehrenrats der Ärztesgesellschaft Basel-Land vom 10. Dezember 2012 gerügt. Hintergrund dieses Entscheides war, dass die SAMW aufgrund der geleisteten Sterbehilfe einer Ärztin in einem konkreten Fall an den Ehrenrat der Ärztesgesellschaft Basel-Land gelangte, weil diese Ärztin angeblich die Richtlinien der SAMW bei dieser Freitodbegleitung nicht eingehalten habe. Der Ehrenrat der Ärztesgesellschaft Basel-Land lehnte es nicht nur ab, eine Sanktion auszusprechen, sondern führte wörtlich am Ende des Entscheides noch aus: «Es macht wenig Sinn, dem Arzt Massnahmen zu verbieten, wenn das Gleiche jedem anderen Bürger erlaubt ist.» Und fügte noch an: «Die Richtlinien der SAMW wurden durch Beschluss der Ärztekammer in unser Standesrecht rechtsgültig aufgenommen. Trotz Vernehmlassungen: Eine echte Basisdiskussion hat nicht stattgefunden, und es fand auch keine Urabstimmung statt.»»

⁹⁵ Da die SAMW-Richtlinien in weiten Teilen ethische Postulate und Forderungen enthalten, können sie nicht mit anderen Behandlungsrichtlinien diverser anderer medizinischer Fachgesellschaften verglichen werden. Die SAMW-Richtlinien sind die einzigen Richtlinien, bei denen es vor allem um eine Grösse geht, die weder naturwissenschaftlicher Methodik noch juristischer Hermeneutik zugänglich ist: um die Ethikvorstellungen einer privaten Stiftung.

⁹⁶ Vgl. dazu BGE 141 II 169 E. 3.1.

⁹⁷ PATRICK SCHAEERZ, Polizeigericht des Tribunal du Littoral et du Val de Travers in Boudry (Kanton Neuenburg), Entscheid vom 8. Juli 2013 (POL.2011.256) und Berufungsentscheid der Strafrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Neuenburg vom 8. Mai 2014 (CPEN.2013.75/dhp), Urteilsbesprechung, AJP 2015, 1308 ff., 1323.

Das Beispiel illustriert, dass die SAMW offenbar schon bei der Vorgängerversion der jetzt von ihr als «gültig» erklärten Sterbehilfe-Richtlinien die demokratische Diskussion umgangen hat. Das Beispiel zeigt auch, dass die ethischen Vorstellungen der SAMW dem Präsidenten des Ehrenrates der Ärztesgesellschaft Basel-Land die sehr klare Äusserung entlockten: «*Es macht wenig Sinn, dem Arzt Massnahmen zu verbieten, wenn das Gleiche jedem anderen Bürger erlaubt ist.*»

Zudem zeigt es, dass die SAMW das von ihr nach aussen als Soft Law Dargestellte innerhalb der Ärzteschaft mit grosser Rigidität durchzusetzen versucht. Vor allem aber zeigt es, insb. in Bezug gesetzt mit den oben genannten Fakten, dass *die SAMW selbst* ihre Richtlinien *nicht* als Soft Law betrachtet. Und die SAMW-Richtlinien sind auch in der Realität kein Soft Law, unter anderem nur schon darum, weil beim Verfasser der Richtlinien offenbar ein Grundlagenirrtum über deren rechtliche Verbindlichkeit herrscht.

V. Verletzen SAMW-Richtlinien, welche ethische Postulate enthalten, die (zivilrechtliche) Persönlichkeit der Patienten gemäss Art. 28 ZGB?

Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 28 Abs. 1 ZGB). Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Davon umfasst ist das *körperliche Selbstbestimmungsrecht (Recht auf Körper und Tod)*, welches auch bei der ärztlichen Behandlung und ärztlichen Eingriffen betroffen ist.⁹⁸ Jede Verletzung der Persönlichkeit ist grundsätzlich widerrechtlich. Dies folgt aus Art. 28 Abs. 2 ZGB und belegt zugleich den Charakter des Persönlichkeitsrechtes als eines absoluten, gegenüber jedermann wirkenden Rechtes.⁹⁹ Ein Verschulden ist im Rahmen von Art. 28 ZGB nicht erforderlich.¹⁰⁰

Gemäss Art. 28a Abs. 1 ZGB kann der in seiner Persönlichkeit verletzte Patient, der die ethischen Postulate der SAMW-Richtlinien nicht auf sich angewendet haben

will, dem Gericht beantragen, die drohende Verletzung zu verbieten (lit. a), die bestehende Verletzung zu beseitigen (lit. b) oder die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (lit. c). Gemäss Abs. 3 von Art. 28a ZGB bleiben Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung vorbehalten.

VI. Konsequenzen aus dem Widerspruch zwischen MedBG und der Standesordnung FMH in der anwaltlichen und notariellen Praxis

Es wurde bereits eingangs darauf hingewiesen, dass es gelegentlich vorkommt, dass Klienten in ihrer Patientenverfügung sich des absoluten Maximums an medizinischen Massnahmen versichern wollen. Die Mehrheit der Klienten aber will vom Notar wissen, wie mit Hilfe der Patientenverfügung ihr Selbstbestimmungsrecht maximiert und formell abgesichert werden kann. Die vom Bundesgericht in 6B_646/2020 vom 9. Dezember 2021 klar festgehaltene Rechtslage wird von der FMH und der SAMW faktisch immer noch ignoriert. Es wird wohl noch weiterer höchstrichterlicher Anstösse bedürfen, bis sich auch bei der FMH und der SAMW die Rangordnung des Rechts niederschlagen wird. In der Zwischenzeit haben sich aus dieser Situation in der anwaltlichen und notariellen Praxis der Autorin folgende Konsequenzen ergeben:

1. Bestehende Klienten, für welche schon eine Patientenverfügung erstellt wurde, wurden kontaktiert und auf das Urteil des Bundesgerichtes im Dezember 2021 in der Sache Pierre Beck hingewiesen. Ebenso wurde auf die Unverbindlichkeit der SAMW-Richtlinien und den Widerspruch der FMH-Standesordnung zu Art. 40 lit. c MedBG hingewiesen. Es wurde den Klienten empfohlen, sich beraten zu lassen und sicherheitshalber ihre Patientenverfügung zu erneuern oder zu ergänzen. Auch Klienten, welche sich erstmals wegen einer Patientenverfügung beraten lassen, werden bis zur Klärung der Rechtslage auf diesen Widerspruch hingewiesen.
2. Klienten, welche die SAMW-Ethik nicht für sich angewendet wissen wollen, wird vorgeschlagen, in der Patientenverfügung alle SAMW-Richtlinien, welche ethische Postulate enthalten, für sich und damit auch für alle sie jetzt oder künftig behandelnden Ärzte verbindlich abzuwählen. Die Autorin verwendet dazu die folgende Formulierung:

⁹⁸ BSK ZGB I-MEILI (FN 8), Art. 28 N 17.

⁹⁹ BSK ZGB I-MEILI (FN 8), Art. 28 N 45.

¹⁰⁰ BSK ZGB I-MEILI (FN 8), Art. 28 N 55. Die Voraussetzung eines Verschuldens ist dann aber bei Schadenersatz und Genugtuung im Sinne von Art. 28a Abs. 3 ZGB notwendig.

«Gestützt auf Art. 40 lit. c MedBG und das Urteil des Bundesgerichtes 6B_646/2020 vom 9. Dezember 2021 untersage ich meinen Ärzten die Anwendung aller SAMW-Richtlinien, welche ethische Forderungen und/oder Postulate enthalten, auf meine Behandlung.»

3. Will der Klient die Patientenverfügung nicht oder noch nicht erneuern, empfiehlt sich eine entsprechende Ergänzung der bestehenden Patientenverfügung (aber auch des Vorsorgeauftrags). Der Abwahl-Vermerk kann handschriftlich, mit Hilfe einer Schreibmaschine oder auch mit Hilfe einer Klebeetikette «Keine SAMW-Ethik» auf der Patientenverfügung angebracht werden. Wichtig ist indes bei der Ergänzung einer bestehenden Patientenverfügung immer, dass die Ergänzung vom Klienten datiert und unterschrieben wird.¹⁰¹

VII. Zusammenfassung

Die Patientenverfügung ist ein probates und einfaches Mittel, viele Fragen der künftigen medizinischen Entscheide im Falle der Urteilsunfähigkeit im Voraus festzulegen. Das Bundesgerichtsurteil Pierre Beck hat indes nochmals eine im Bereich des Selbstbestimmungsrechtes bereits bestehende Problematik kontrastiert, wonach die Richtlinien der SAMW unverbindliche Ethik-Richtlinien einer privaten Stiftung sind. Indem die FMH für ihre Mitglieder, immerhin rund 95% der praktizierenden Ärzte in der Schweiz, via Art. 18 ihrer Standesordnung diese nichtbindenden Richtlinien über das Vereinsrecht einfach als «verbindlich» erklärt, verschafft sie einer grundrechtsnegierenden Ethik quasi über die Katzenklappe einen ungehinderten Zugang zum Patienten. Die FMH-Mitglieder werden von der FMH über vereinsinterne Sanktionsdrohungen dazu aufgerufen, Art. 40 lit. c MedBG zu verletzen. Grundrechte, zumindest in einer westlichen, aufgeklärten Demokratie, vertragen indes keine Katzenklappen, über welche selbsternannte Ethik-Übersetzer und -Vermittler sich frei ausserhalb der Rechtsordnung

in das wertvollste Rechtsgut des Menschen, seine Würde, schlechthin nach eigenem ethischem Belieben ein- und ausschleichen können.

Das Recht ist stets eine absolute Schranke, die allen gegenüber gilt, selbst (oder wie hier: gerade auch) der Ethik gegenüber. Niemand muss in der Schweiz eine ethische Einmischung in seine Patientenwürde dulden, wenn er das nicht will, schon gar nicht, wenn er es explizit ablehnt.

Es wird vermutlich noch weitere höchstrichterliche Urteile benötigen, um der SAMW und der FMH klarzumachen, dass ihr klare staatliche Rechtssetzungskompetenz verletzendes Verhalten in einem Rechtsstaat nicht dauerhaft toleriert werden kann. Das Bundesgerichtsurteil Pierre Beck weist einen klaren Weg auf, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten mit Hilfe der Patientenverfügung dergestalt zu verstärken, dass der Patient in der Patientenverfügung die Anwendung sämtlicher SAMW-Ethik auf ihn untersagt, verbunden mit dem klaren Hinweis auf Art. 40 lit. c MedBG und dem Bundesgerichtsurteil 6B_646/2020 vom 9. Dezember 2021.

¹⁰¹ Eine Klientin, welcher ein grösserer gynäkologischer Eingriff bevorstand, wusste, dass sie für diese mehrere Monate dauernde kurative Therapie unzählige ärztliche Aufklärungsformulare würde signieren müssen. Sie liess sich daher nicht nur eine neue Patientenverfügung mit SAMW-Ethik-Abwahl-Klausel erstellen, sondern auch einen selbstfärbenden Stempel mit dem Text: «Keine SAMW-Ethik, Datum: [...], Unterschrift: [...]» anfertigen. Sämtliche von ihr signierten Aufklärungsformulare wurden, nachdem sie ihre Ärzte explizit auf ihre Abwahl der SAMW-Ethik und Art. 40 lit. c MedBG hingewiesen hatte, zusätzlich mit ihrem «Keine SAMW-Ethik»-Stempel versehen.