

Der Behandlungsabbruch am Lebensende als intrapersonaler Konflikt grundrechtlicher Interessen

DOMINIC FIERZ*

SCHLAGWÖRTER	Sterbehilfe – Grundrechte – Selbstbestimmungsrecht – Patientenverfügung
ZUSAMMENFASSUNG	Dieser Beitrag untersucht den Abbruch lebenserhaltender medizinischer Massnahmen (Behandlungsabbruch) aus verfassungs- und gesetzesrechtlicher Perspektive. Der Behandlungsabbruch wird als intrapersonaler Konflikt grundrechtlicher Interessen beschrieben, der den Gesetzgeber zur Koordination dieser Interessen verpflichtet. Angesichts der normativen Offenheit der betroffenen Grundrechtsinteressen wird dargelegt, dass diese Koordination nicht durch materielle, sondern nur durch prozedurale Regelungen erreicht werden kann, die eine Verlagerung der grundrechtlichen Interessenabwägung von einer abstrakten Ebene auf den konkreten Einzelfall ermöglichen. Die vor diesem Hintergrund untersuchten strafrechtlichen sowie personen- und erwachsenenschutzrechtlichen Bestimmungen offenbaren mehrere Defizite, die eine effektive Interessenabwägung im Einzelfall erschweren.
RÉSUMÉ	Cette contribution examine l'interruption des mesures médicales de maintien en vie (arrêt de traitement) dans une perspective de droit constitutionnel et de droit législatif. L'interruption de traitement est décrite comme un conflit intrapersonnel d'intérêts protégés par les droits fondamentaux, qui oblige le législateur à coordonner ces intérêts. Compte tenu de l'ouverture normative des intérêts des droits fondamentaux concernés, il est expliqué que cette coordination ne peut pas être atteinte par des règles matérielles, mais uniquement par des règles procédurales qui permettent de déplacer la pesée des intérêts d'un niveau abstrait vers le cas concret individuel. Les dispositions du droit pénal et du droit des personnes et de la protection de l'adulte examinées dans ce contexte révèlent plusieurs déficits qui rendent difficile une pesée effective des intérêts dans les situations concrètes.
ABSTRACT	This article examines the termination of life-sustaining medical measures (treatment withdrawal) from a constitutional and statutory legal perspective. Treatment withdrawal is described as an intrapersonal conflict of fundamental rights, obliging the legislator to coordinate these interests. Given the normative openness of the affected fundamental rights, it is argued that such coordination cannot be achieved through substantive regulations but only through procedural rules that shift the balancing of fundamental rights from an abstract level to the concrete individual case. The criminal law, law of persons, and adult protection law provisions analysed in this context reveal several deficiencies that hinder an effective balancing of interests in individual cases.

I. Einleitung

Der medizinische Fortschritt erschliesst laufend neue Behandlungsmethoden, die es dem ärztlichen Personal im Falle tödlicher Erkrankungen oder Verletzungen erlauben, den Zeitpunkt des Todesintritts innerhalb gewisser

Grenzen zu verzögern.¹ Die Kehrseite dieser vordergründig erfreulichen Errungenschaften ist indes, dass Personen am vermeintlichen Lebensende einer «übereifrigen» Medizin ausgeliefert sein könnten, welche sie zwar am Leben erhält, aber auch am natürlichen und würdevollen Sterben hindert.² An den zuweilen leidvollen Grenzen

* DOMINIC FIERZ, BLaw HSG, wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für öffentliches Recht von Prof. Dr. Benjamin Schindler, Universität St. Gallen.
Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-084-0_08.

¹ Bericht der Arbeitsgruppe Sterbehilfe an das EJPD vom März 1999, 7.

² Vgl. ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, 180; EGE GIAN, Der Behandlungsabbruch bei zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten – eine rechtfertigbare Form der aktiven Sterbehilfe?,

des medizinisch Möglichen können die medizinethischen Grundsätze der Selbstbestimmung, der Schadensminderung und der Fürsorge miteinander in Konflikt geraten.³ In der Medizinethik wird deshalb anerkannt, dass ein *Behandlungsabbruch*, also die Beendigung einer bereits begonnenen lebenserhaltenden Massnahme, zulässig ist.⁴ Zu den lebenserhaltenden Massnahmen werden insbesondere die künstliche Ernährung und Hydrierung sowie die künstliche Beatmung gezählt.⁵ Die Entscheidung, die Massnahme abzubrechen, kann dabei entweder auf den Willen der betroffenen Person (*selbstbestimmter Behandlungsabbruch*) oder, falls massgebliche Willensindizien im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit fehlen, auf das objektive Interesse der betroffenen Person zurückgehen (*fremdbestimmter Behandlungsabbruch*).⁶

Die juristische Beurteilung dessen, unter welchen Umständen ein Behandlungsabbruch zulässig oder gar geboten ist, bedingt auf der grundrechtlichen Ebene eine sorgfältige Abwägung zwischen der Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV⁷), der Menschenwürde (Art. 7 BV) und dem Lebensschutz (Art. 10 Abs. 1 BV). Auf der gesetzesrechtlichen Ebene spiegelt sich diese Abwägung im Strafrecht (welche Handlungen am Lebensende sind verboten?) sowie im Personen- und Erwachsenenschutzrecht (welche Willensbekundungen in welcher Form sind am Lebensende massgeblich?) wider. An dieser Stelle setzt der vorliegende Beitrag an. Nach einer Verortung des Behandlungsabbruchs innerhalb der Sterbehilfeterminologie (II.) wird auf der *Verfassungsebene* dargestellt, dass der Behandlungsabbruch als intrapersonaler Konflikt grundrechtlicher Interessen verstanden werden kann, der den Gesetzgeber zur Koordination dieser Interessen verpflichtet. Aufgrund der normativen Offenheit der einschlägigen Grundrechtsinteressen wird aufgezeigt, dass diese Koordination nicht durch materielle, sondern nur durch prozedurale Regelungen gelingen kann (III.). Auf

der *Gesetzesebene* werden anschliessend die einschlägigen straf-, personen- und erwachsenenschutzrechtlichen Regelungen umrissen und mit Blick auf die grundrechtliche Prozeduralisierungspflicht kritisch gewürdigt, um auf der Rechtsetzungsebene Änderungsbedarf zu benennen (IV.). Zuletzt werden die zentralen Erkenntnisse zusammengefasst (V.).

Die Untersuchung ist in zweierlei Hinsicht eingegrenzt. Einerseits beschränkt sich der Beitrag auf den *selbstbestimmten* Behandlungsabbruch und somit auf Situationen, in denen die betroffene Person ihre Behandlungswünsche entweder unmittelbar und mittelbar, etwa in einer Patientenverfügung, geäussert hat. Andererseits beschränkt sich der Beitrag auf Personen am Lebensende. Personen mit schweren Hirnschädigungen und anhaltendem Verlust der Kommunikationsfähigkeit, wozu etwa Personen im Wachkoma zu zählen sind, werden bewusst ausgeklammert. Aufgrund ihres stabilisierten Zustandes sind diese nicht mit Sterbenden gleichzusetzen.⁸

II. Vorbemerkungen zur Sterbehilfeterminologie

Der Behandlungsabbruch wird in der Regel im Zusammenhang mit dem Oberbegriff der Sterbehilfe thematisiert.⁹ Sterbehilfe ist ein weitläufiger und nicht präzise abgegrenzter Sammelbegriff, der verschiedene Formen des selbstbestimmten oder im Interesse des Subjekts liegenden Herbeiführens, Beschleunigens oder Nichtverhinderns des eigenen Todes durch eine dritte Person umfasst.¹⁰ Darunter fällt auch der Behandlungsabbruch als bewusstes Sterbenlassen durch die Einstellung einer lebenserhaltenden Massnahme.¹¹ Die juristische Beur-

in: Roberto Andorno/Markus Thier (Hrsg.), *Menschenwürde und Selbstbestimmung*, Zürich 2014, 289 ff., 314.

³ Vgl. zu den Begriffen TOM L. BEAUCHAMP, *Der Vier-Prinzipien-Ansatz in der Medizinethik*, in: Nikola Biller-Andorno/Settimio Monteverde/Tanja Kronen/Tobias Eichinger (Hrsg.), *Medizinethik*, Wiesbaden 2021, 71 ff., 74.

⁴ Vgl. für die Schweiz etwa SAMW, *Medizinethische Richtlinien «Umgang mit Sterben und Tod»* (Stand: Mai 2022), 20 f. (zit. Sterben).

⁵ Vgl. ERIC HEMMERLING, *Der Behandlungsabbruch beim minimal bewussten Patienten*, Diss. Basel 2019, Bern 2020, 18.

⁶ Vgl. die Unterscheidung bei ALINE LÜTHI, *Lebensverkürzung im medizinischen Kontext*, Diss. Zürich 2014, Zürich 2014, N 147.

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁸ Vgl. SAMW, *Medizinethische Richtlinien «Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten»* (Stand: November 2003), 5.

⁹ Statt vieler THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE, *Gesundheitsrecht*, 5. Aufl., Basel 2023, N 355 ff.

¹⁰ Vgl. dazu etwa CHRISTOPHER GETH, *Passive Sterbehilfe*, Diss. Basel 2009, Basel 2010, 4 f.; LÜTHI (Fn. 6), N 143 ff.; FRANK TH. PETERMANN, *Sterbehilfe: Eine terminologische Einführung*, in: ders. (Hrsg.), *Sterbehilfe, Grundsätzliche und praktische Fragen*, St. Gallen 2006, 21 ff., 25. Damit ist die Sterbehilfe vom assistierten Suizid abzugrenzen, bei dem eine dritte Person der sterbewilligen Person lediglich die Mittel für einen eigenmächtigen Suizid zur Verfügung stellt, vgl. hierzu GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 359; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER, Art. 115 N 10.

¹¹ Vgl. EGE (Fn. 2), 298 f.; DANIEL HÜRLIMANN, *Recht und Medizin am Lebensende, Menschenrechtliche Anforderungen und Regulierungsvorschläge*, Habil. Luzern 2021, Baden-Baden/Basel 2022, 36 ff.; ähnlich HEMMERLING (Fn. 5), 39.

teilung – insbesondere auch Fragen zur strafrechtlichen Zulässigkeit¹² – einer Sterbehilfehandlung setzt typischerweise an der Unterscheidung zwischen indirekter aktiver, direkter aktiver und passiver Sterbehilfe an.¹³

Die *indirekte aktive* Sterbehilfe beschreibt den Einsatz von leidens- und schmerzlindernden Medikamenten, die als Nebenwirkung zu einer unbeabsichtigten Lebensverkürzung führen können.¹⁴ Sie ist damit vom Abbruch lebenserhaltender Massnahmen abzugrenzen und im Rahmen der vorliegenden Diskussion unbeachtlich.¹⁵

Die *direkte aktive* Sterbehilfe ist die zielgerichtete, im Interesse der betroffenen Person liegende Tötung durch eine dritte Person, die beabsichtigt, das Leiden der getöteten Person zu verkürzen.¹⁶ Sie gilt aufgrund des umfassenden Schutzes des Lebens grundsätzlich als unzulässig.¹⁷ Dies zeigt sich in Art. 114 StGB¹⁸, der eine Fremdtötung auch dann unter Strafe stellt, wenn die betroffene Person in die eigene Tötung eingewilligt hat.¹⁹

Passive Sterbehilfe liegt vor, wenn erforderliche medizinische Massnahmen unterlassen werden, die notwendig sind, um den Eintritt des Todes eines Menschen, der im Sterben liegt, chronisch krank oder schwer verletzt ist,²⁰ zu verhindern oder hinauszuzögern.²¹ Sie gilt als zulässig, wenn die betroffene Person eine Lebensverlängerung ablehnt oder diese nicht mehr in ihrem objektiven Interesse liegt.²²

Mit der steigenden Komplexität der Medizin wird die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe jedoch zunehmend diffus. So lässt sich auch der Behandlungsabbruch nicht abschliessend einer Sterbehilfekategorie zuordnen. Wird zur Abgrenzung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe auf die strafrechtliche Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen angeknüpft,²³ kann sowohl für die passive wie auch für die direkte aktive Sterbehilfe argumentiert werden.

Der aktive Abbruch einer medizinischen Massnahme kann im Sinne eines faktischen Nichtverhindern des natürlichen Sterbeprozesses mit der Unterlassung einer Behandlung gleichgesetzt werden und somit als eine Form der passiven Sterbehilfe verstanden werden.²⁴ Dies entspricht auch der Gleichsetzung der Unterlassung und des Abbruchs einer lebenserhaltenden Massnahme in der Medizinethik.²⁵ In eine ähnliche Richtung argumentieren Vertreter des Ansatzes der «Organisationskreise».²⁶ Danach setzt aktives Handeln stets einen Übergriff in den Organisationskreis der betroffenen Person voraus. Der selbstbestimmte Behandlungsabbruch zeichnet sich jedoch gerade dadurch aus, dass die betroffene Person das medizinische Personal anweist, weitere Übergriffe in den eigenen Organisationskreis zu unterlassen, womit das Unterlassungsmoment normativ zentral ist.

Kritiker des Verständnisses des Behandlungsabbruchs als Unterlassung erkennen darin jedoch, zumindest wenn es um eine tätliche Abbruchshandlung wie das Abschalten eines Beatmungsgeräts geht, eine wertende und ergebnisorientierte Umdeutung eines Tuns in ein Unterlassen, welche das Ziel verfolgt, die ethische Akzeptanz des Behandlungsabbruchs in das Strafrecht zu übertragen.²⁷ Unter Verweis auf die im schweizerischen Strafrecht vorherrschende Subsidiaritätstheorie, wonach immer zuerst zu prüfen ist, ob ein aktives Tun vorliegt, das tatbestands-

¹² Statt vieler MARK PIETH/MONIKA SIMMLER, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2024, 27 f.

¹³ Vgl. etwa EGE (Fn. 2), 292 ff.; GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 355 ff.; dies wird in der neueren Lehre zunehmend kritisiert, vgl. etwa HÜRLIMANN (Fn. 11), 36 ff.; LÜTHI (Fn. 6), N 229.

¹⁴ Vgl. PETERMANN (Fn. 10), 32; ferner SAMW, Medizinethische Richtlinien «Palliative Care» (Stand: Januar 2013), 15 f.

¹⁵ Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass zur Linderung allfälliger Begleitsymptome eines Behandlungsabbruchs Medikamente dieser Art zum Einsatz kommen könnten. Dies steht kausal jedoch nach dem Behandlungsabbruch.

¹⁶ Vgl. Arbeitsgruppe Sterbehilfe (Fn. 1), 12 f.; PETERMANN (Fn. 10), 27 f.; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 65.

¹⁷ Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 360; kritisch mit Blick auf die grundrechtlich begründete, kategorische Ablehnung vgl. LUCIEN MÜLLER, Aufgedrängte Fürsorge, «Paternalistisches» Staatshandeln und die Bestimmung des eignen Wohls, Habil. St. Gallen 2021, Zürich 2024, 213, 491.

¹⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (im Folgenden: StGB; SR 311.0).

¹⁹ Vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), 184; EGE (Fn. 2), 293 f.

²⁰ Vgl. BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 48.

²¹ Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 358; STEFANIE HAUSSENER, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis, Diss. Luzern 2016, Zürich/Basel/Genf 2017, N 61; PETERMANN (Fn. 10), 34 f.

²² Vgl. etwa GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 362 ff.; GETH (Fn. 10), 13 f.; YVO HANGARTNER, Schwangerschaftsabbruch und Sterbe-

hilfe: eine grundrechtliche Standortbestimmung, Zürich 2000, 79 ff.

²³ So etwa ANDREAS DONATSCH, Die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe, recht 2000, 141 ff., 143 f.; GETH (Fn. 10), 23 ff.; PIETH/SIMMLER (Fn. 12), 26.

²⁴ Vgl. PETERMANN (Fn. 10), 35, jedoch mit der Einschränkung, dass dies nur gelten soll, sofern der Abbruch durch das medizinische Personal erfolgt; s. a. GETH (Fn. 10), 31 f.

²⁵ Vgl. statt vieler GUNILLA MELLTORP/TORRE NILSTUN, The difference between withholding and withdrawing life-sustaining treatment, Intensive care medicine 1997, 1264 ff.

²⁶ Dazu vertieft GETH (Fn. 10), 34 ff.; HEMMERLING (Fn. 5), 57 ff.

²⁷ Vgl. EGE (Fn. 2), 304; CHRISTIAN BÄNZIGER, Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2006, 58; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 59; so auch der deutsche Bundesgerichtshof in BGH 2 StR 454/09 (25. Juni 2010), N 27 ff., insbesondere N 31, der dieses Vorgehen als dogmatisch unzulässigen Kunstgriff bezeichnet.

mässig, rechtswidrig und schuldhaft ist, müsse der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung als Abbruch einer rettenden Kausalität und somit als ein aktives Tun aufgefasst werden.²⁸ Dies würde wiederum bedeuten, dass der Behandlungsabbruch in diesen Fällen nicht als passive, sondern als Spezialfall der direkten aktiven Sterbehilfe zu werten ist,²⁹ was jedoch im Widerspruch zur medizinethischen Gleichsetzung der Unterlassung und des Abbruchs einer lebenserhaltenden Massnahme stehen würde.³⁰

Ein weiterer Teil der Lehre stellt bei der Abgrenzung zwischen passiver und aktiver Sterbehilfe auf die Veränderung der Lebenserwartung ab. Demgemäss wird bei der aktiven Sterbehilfe die Lebenserwartung durch eine gezielte Intervention verkürzt, während bei der passiven Sterbehilfe darauf verzichtet wird, die natürliche Lebenserwartung durch gezielte Interventionen zu verlängern.³¹ Nach dieser Abgrenzungstheorie wäre der Behandlungsabbruch der passiven Sterbehilfe zuzuordnen, da hierbei gerade auf die Weiterführung medizinischer Interventionen verzichtet wird, um dem «natürlichen» Sterbeprozess seinen Lauf zu lassen.

Mit der Schwierigkeit, den Behandlungsabbruch innerhalb der Sterbehilfeterminologie zu verorten, fällt auch die Möglichkeit weg, die juristische Beurteilung des Behandlungsabbruchs daran festzumachen. Es würde der Einzigartigkeit und der Komplexität jeder Entscheidung am Lebensende ohnehin nicht gerecht, die Bewertung eines Einzelfalles an eine rigide Einteilung in eine Sterbehilfekategorie zu knüpfen. Für die nachfolgende Betrachtung des Behandlungsabbruchs gilt es daher, sich von der Sterbehilfeterminologie sowie der strafrechtsdogmatischen Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen zu lösen und einen neuen normativen Rahmen zu schaffen.³²

²⁸ Vgl. dazu BÄNZIGER (Fn. 27), 56 ff.; EGE (Fn. 2), 306; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 59 f.

²⁹ Vgl. LÜTHI (Fn. 6), N 226; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 60; ähnlich auch HANGARTNER (Fn. 22), 84

³⁰ Vgl. MELLTORP/NILSTUN (Fn. 25), 1264 ff.

³¹ Vgl. YVES DONZALAZ, *Traité de droit médical*, Vol. III, Bern 2021, N 8213; GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 358; PIETH/SIMMLER (Fn. 12), 26.

³² So auch die Forderung von CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10 N 105; gl. M. EGE (Fn. 2), 299 f., wonach «an die Zuordnung einer ganzen Fallgruppe oder gar eines Einzelfalles zu einer bestimmten Art der Sterbehilfe noch keine juristische Bewertung anknüpfen» sollte; vgl. auch HÜRLIMANN (Fn. 11), 38, wonach die Sterbehilfebegriffe mehr Verwirrung als Klarheit bringen; ferner HANGARTNER (Fn. 22), 69; LÜTHI (Fn. 6), N 272 ff. Auch SAMW, *Sterben* (Fn. 4), 20 ff., erwähnt den Begriff der Sterbehilfe in ihren neuen medizinethischen Richtlinien nicht mehr, sondern spricht etwa von «Handlungen,

Ausgangspunkt für diese Betrachtung bilden die Grundrechte.

III. Behandlungsabbruch: Konflikt grundrechtlicher Interessen?

A. Bedeutung der Grundrechte für den Behandlungsabbruch

Grundrechte sind vordergründig subjektive Abwehrrechte, die das Individuum vor staatlichen Übergriffen in die eigene Freiheitsposition schützen.³³ In ihrer Funktion als objektive Wertentscheidungen mit konstitutiv-institutioneller Wirkung i. S. v. Art. 35 Abs. 1 BV verpflichten sie den Staat, die offen formulierten grundrechtlichen Achtungs- und Schutzaufträge innerhalb der Gesamtrechtsordnung zu Ende zu denken und in die «Rechtswirklichkeit»³⁴ zu tragen.³⁵ Für den Behandlungsabbruch bedeutet dies, dass das einschlägige Straf-, Personen- und Erwachsenenschutzrecht die grundrechtlichen Wertungen für das medizinische Tagesgeschäft operabel machen muss.

die – möglicherweise oder sicher – den Eintritt des Todes beschleunigen». Auch der deutsche Bundesgerichtshof hat sich von der früheren Literatur und Rechtsprechung distanziert: «An diesem an den äusseren Erscheinungsformen von Tun und Unterlassen orientierten Kriterium für die Abgrenzung zwischen gerechtfertigter und rechtswidriger Herbeiführung des Todes mit Einwilligung oder mutmaßlicher Einwilligung des betroffenen Patienten hält der Senat nicht fest» (BGH 2 StR 454/09 [25. Juni 2010], N 28 ff.).

³³ Vgl. REGINA KIENER, § 30 Allgemeine Grundrechtslehren, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, N 62 ff.; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTEBACH, *Grundrechte*, 4. Aufl., Bern 2024, N 114 ff.

³⁴ So PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Habil. Basel 1969, Bern 1970, 294 f.

³⁵ Für das Gesundheitsrecht GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 158; im Allgemeinen vgl. PATRICIA EGLI, *Drittwirkung von Grundrechten*: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2001, Zürich 2002, 155 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH (Fn. 33), N 149; JÖRG PAUL MÜLLER, *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV*, *Der Freiheit Chancen geben*, Bern 2018, 61 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, *Zu Begriff und Verständnis der «Grundrechte» in der neuen Bundesverfassung*, in: Thomas Gächter/Martin Bertschi (Hrsg.), *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung*, Zürich 2000, 51 ff., 54, 59 ff.; ferner Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 192, welche die Grundrechte als das «Fundament unserer Rechtsordnung» bezeichnet; ähnlich auch BGE 134 IV 36 E. 1.4.4.

Dies gilt unabhängig davon, ob die leistungserbringende Person eine direkte Grundrechtsbindung trifft oder nicht.³⁶ Dieses Geflecht der einschlägigen grundrechtlichen Interessen der betroffenen Person gilt es nachfolgend darzustellen.

B. Grundrechtliche Interessen

1. Recht auf Achtung des selbstbestimmten Sterbewunsches

Die *persönliche Freiheit* in Art. 10 Abs. 2 BV umfasst nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung alle Freiheiten, welche elementare Erscheinungen der selbstbestimmten Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen.³⁷ Es werden nur besonders persönlichkeitsnahe Grundentscheidungen des Lebens und Sterbens und somit grundlegende Aspekte der menschlichen Existenz geschützt, womit die persönliche Freiheit nicht als allgemeine Handlungsfreiheit aufzufassen ist.³⁸ Der Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 BV nennt ausdrücklich (aber nicht abschliessend) die körperliche und geistige Unversehrtheit sowie die Bewegungsfreiheit.

Jeder medizinische Eingriff stellt eine Integritäts-, Persönlichkeits- und Körperverletzung dar.³⁹ Aufgrund des verfassungsrechtlichen Schutzes der körperlichen und psychischen Integrität ist ein medizinischer Eingriff nur gerechtfertigt, wenn die betroffene Person diesem ihre aufgeklärte Einwilligung (*informed consent*) erteilt hat.⁴⁰

Dies wird als Selbstbestimmungsrecht bezeichnet.⁴¹ Voraussetzung dafür, dass die Einwilligung rechtliche Wirkung entfaltet, ist die Urteilsfähigkeit der betroffenen Person im Moment der Willensäusserung.⁴²

Mit dem Erfordernis des *informed consent* werden an die Willensbildung im Zusammenhang mit medizinischen Eingriffen besonders hohe Anforderungen gestellt. Die vorgängige Aufklärung bildet die notwendige Informationsgrundlage, um das Ausmass der eigenen Entscheidung erkennen zu können.⁴³ Sie muss so umfangreich sein, dass die betroffene Person in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite der möglichen Behandlungsalternativen zu erfassen, diese in ihr eigenes Wertesystem einzuordnen und auf dieser Grundlage einen wohlüberlegten Willen zu formen.⁴⁴ Gleichwohl steht es der betroffenen Person frei, auf eine *umfassende* Aufklärung zu verzichten. Ohne ein Mindestmass an Aufklärung über die Grundzüge der fraglichen medizinischen Massnahme kann eine Einwilligung nach der h. L. jedoch keine rechtfertigende Wirkung entfalten, weshalb auf ein *Mindestmass* an Aufklärung nicht verzichtet werden kann.⁴⁵

Aus dem Erfordernis des *informed consent* ergibt sich im Umkehrschluss auch die Freiheit, jegliche medizinische Eingriffe abzulehnen, auch wenn der Eingriff für die Lebenserhaltung notwendig und medizinisch indiziert wäre.⁴⁶ Somit vermittelt das Selbstbestimmungsrecht ein Abwehrrecht gegenüber nicht erwünschten medizinischen

³⁶ Dies dürfte indes die Regel sein, da ein Behandlungsabbruch typischerweise auf der Intensivstation eines Spitals stattfindet (vgl. dazu die Szenarien bei GERHARD ROGLER/JULIAN MAUSBACH, *Medizin und Recht: Therapieverzicht am Lebensende durch niedergelassene Ärzte*, Praxis 2014, 19 ff.), welches aufgrund des staatlichen Leistungsauftrags eine öffentliche Aufgabe i.S.v. Art. 35 Abs. 2 BV wahrnimmt (zum Leistungsauftrag vgl. REGINA E. AEBI-MÜLLER et al., *Arztrecht*, 2. Aufl., Bern 2024, N 167).

³⁷ Erstmals in BGE 97 I 45 E. 3.

³⁸ Vgl. etwa BGE 102 Ia 321 E. 3 a); ferner HÄFELIN et al., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 11. Aufl., Zürich/Genf 2024, N 378 ff.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 32, 35.

³⁹ Vgl. BGE 117 Ib 197 E. 2; ferner AEBI-MÜLLER et al. (Fn. 36), N 1119; WALTER FELLMANN, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, in: Moritz W. Kuhn/Tomas Poledna (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, Zürich 2007, 103 ff., 172; GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 363; LÜTHI (Fn. 6), N 104; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10 N 62.

⁴⁰ Vgl. aus strafrechtlicher Optik BGE 124 IV 258 E. 2; 99 IV 208 E. 3; ferner YVES DONZALLAZ, *Traité de droit médical*, Vol. II, Bern 2021, N 3506 ff.; KERSTIN NOËLLE VOKINGER, *Informed Consent in der Medizin – Quo vadis?*, in: Kerstin Noëlle Vokinger/Matthias Kradolfer/Philipp Egli (Hrsg.), *Begegnungen*,

Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter, Zürich 2021, 107 ff., 108 ff.

⁴¹ Vgl. statt vieler GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 169.

⁴² Vgl. EVA MARIA BELSER/SANDRA EGLI, *Das Recht auf einen selbstbestimmten Tod*, Grundrechtliche Erwägungen de lege lata et ferenda, ZBJV 2020, 379 ff., 397 ff.; TOBIAS JAAG/MARKUS RÜSSLI, *Sterbehilfe in staatlichen Spitälern, Kranken- und Altersheimen*, ZBl 2001, 113 ff., 119 f.; dazu kritisch unten, IV.B.1.

⁴³ Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 335.

⁴⁴ Vertieft zu den einzelnen Bestandteilen der Aufklärung vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), 68 ff.; s. a. GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 339 ff.; LÜTHI (Fn. 6), N 120; BRIGITTE TAG, *Strafrecht im Arztalltag*, in: Moritz W. Kuhn/Tomas Poledna (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, Zürich 2007, 669 ff., 697; ferner im Zusammenhang mit dem assistierten Suizid, BSK StGB I-SCHWARZENEGGER, Art. 115 N 3 f.; vgl. auch SAMW, *Sterben* (Fn. 4), 21.

⁴⁵ Vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), 68; HAUSSENER (Fn. 21), N 131; HÜRLIMANN (Fn. 11), 78; TAG (Fn. 44), 713.

⁴⁶ Vgl. JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux II*, Basel 2018, N 1459; FELLMANN (Fn. 39), 172; GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 168; HÄFELIN et al. (Fn. 38), N 382; HAUSSENER (Fn. 21), N 38; HÜRLIMANN (Fn. 11), 213; JAAG/RÜSSLI (Fn. 42), 120; im Zusammenhang mit dem assistierten Suizid REGINA KIENER, *Organisierte Suizidhilfe zwischen Selbstbestimmungsrecht und staatlichen Schutzpflichten*, ZSR 2010, 271 ff., 275; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10 N 72 ff.

Massnahmen. Obwohl dabei gerade eine Ablehnung und nicht eine Einwilligung im Zentrum steht, werden an die Willensäusserung dieselben Anforderungen gestellt.⁴⁷ Es handelt sich somit um einen «*informed dissent*».

Das Recht auf Achtung des Sterbewunsches ergibt sich jedoch nicht nur als Abwehranspruch gegenüber nicht erwünschten medizinischen Massnahmen, sondern auch als eigenständiger Achtungsanspruch. Die Ausgestaltung des eigenen Lebensendes stellt eine grundlegende Entscheidung über das eigene Leben und Sterben dar und fällt damit in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit.⁴⁸ Deshalb anerkennen Rechtsprechung und Lehre das Recht, selbstbestimmt über die letzte Lebensphase und somit auch über die Art und den Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu bestimmen.⁴⁹ Dazu gehört die Freiheit (nicht aber der Anspruch), für die Verwirklichung dieses Rechts die Hilfe Dritter in Anspruch zu nehmen.⁵⁰

Aus der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) können indes keine objektiven Kriterien über die Umstände abgeleitet werden, unter denen ein Behandlungsabbruch erlaubt oder geboten wäre. Die materielle Unbestimmtheit des grundrechtlichen Schutzes am Lebensende zeigt sich auch im Würdekonzept, das der Verfassung zugrunde liegt. Die Menschenwürde (Art. 7 BV) umfasst das nicht fassbare Eigentliche des Menschen und ist auf die Anerkennung des Menschen in «seiner eigenen Werthafteigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit» ausgerichtet.⁵¹ Aufgrund der normativen Of-

fenheit der Menschenwürde muss für die Auslegung von Art. 7 BV ein unbestimmter Ansatz gewählt werden, der allen Formen der menschlichen Existenz Raum bietet.⁵² Die Begrenzung auf ein spezifisches verfassungsrechtliches Würdekonzept würde bereits eine Verletzung von Art. 7 BV darstellen.⁵³ So kann der Menschenwürde auch keine materielle Vorstellung zu einem «würdevollen» Tod entnommen werden.⁵⁴ Sie delegiert die individuelle Konkretisierung der Vorstellung eines «würdevollen» Todes an das betroffene Individuum.⁵⁵ Die Menschenwürde am Lebensende wird dadurch gewahrt, dass die individuelle Vorstellung eines würdevollen Todes geachtet wird. Das Selbstbestimmungsrecht ist somit als mittelbare Verwirklichung der Menschenwürde aufzufassen.⁵⁶

Das Selbstbestimmungsrecht schützt dabei nicht nur aktuelle (unmittelbare), sondern auch frühere (mittelbare) Willensbekundungen, welche die Person im urteilsfähigen Zustand getätigt hat. Indizien, von denen eindeutig auf den mutmasslichen Willen der betroffenen Person geschlossen werden kann, und vorverfügte Anordnungen, etwa eine Patientenverfügung, sind ebenso durch Art. 10 Abs. 2 BV erfasst wie aktuelle Willensäusserungen.⁵⁷ Daraus muss für einen Behandlungsabbruch jedoch mit genügender Bestimmtheit hervorgehen, dass die Todesfolge in Kauf genommen wird.⁵⁸ Anderenfalls gilt *in dubio pro vita*.⁵⁹ Den Staat trifft dabei die Pflicht, regulatorische Vorkehrungen zur Ermittlung eines allenfalls vorhandenen mutmasslichen oder vorverfügten Willens der betroffenen Person zu treffen und die notwendigen Abklärungen im Einzelfall tatsächlich vorzunehmen.⁶⁰

⁴⁷ Vgl. GETH (Fn. 10), 45 ff.

⁴⁸ Vgl. in der deutschen Lehre DIETER GIESEN, Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens, JZ 1990, 929 ff., 937, der in diesem Zusammenhang davon spricht, der Betroffene wähle in diesem Fall ohnehin nicht unmittelbar den Tod, sondern «eine bestimmte Art von Leben von einer bestimmten Dauer mit allen damit verbundenen Risiken und Vorteilen».

⁴⁹ Vgl. BGE 133 I 58 E. 6.1; für Art. 8 EMRK vgl. EGMR *Haas v. Switzerland*, 31322/07 (20. Januar 2011), Ziff. 51; in der Lehre OFK BV-BIAGGINI, Art. 10 N 23; HANGARTNER (Fn. 22), 72 f.; JAAG/RÜSSLI (Fn. 42), 120; KIENER (Fn. 46), 275 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 33), N 588 f.; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 152 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10 N 103; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 41.

⁵⁰ Vgl. dazu eingehend MÜLLER (Fn. 17), 206, 211 ff.; ferner BELSER/EGLI (Fn. 42), 384; KIENER (Fn. 46), 276 f.; DANIEL MOECKLI, Persönlichkeitsschutz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, 1383 ff., N 29; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 24, 36; AXEL TSCHENTSCHER/ANDREAS LIENHARD/Franziska Sprecher, Öffentliches Recht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, N 257.

⁵¹ BGE 132 I 49 E. 5.1; ferner BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 6 ff.; EVA MARIA MOLINARI, Die Menschenwürde in der

schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Fribourg 2018, Zürich 2018, N 150; MÜLLER/SCHNEIDER (Fn. 49), 1.

⁵² Vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 7 N 5; MOLINARI (Fn. 51), N 133; MÜLLER/SCHNEIDER (Fn. 49), 3 f.

⁵³ Vgl. BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 3; MÜLLER/SCHNEIDER (Fn. 49), 3 f.

⁵⁴ Vgl. MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte der Grundrechte, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil. Bern 2001, Bern 2001, 408 f.; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/StösSEL, Vor Art. 111 N 18; ähnlich auch Arbeitsgruppe Sterbehilfe (Fn. 1), 34 f.

⁵⁵ Ähnlich MÜLLER (Fn. 17), 161 ff.

⁵⁶ Vgl. LÜTHI (Fn. 6), N 48 f.; zur Nähe der Menschenwürde zum Selbstbestimmungsrecht auch BGE 127 I 6 E. 5 b).

⁵⁷ Vgl. HANGARTNER (Fn. 22), 79 ff.; LÜTHI (Fn. 6), N 200; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/StösSEL, Vor Art. 111 N 56; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 24.

⁵⁸ Zur Bestimmtheit der Einwilligung im Allgemeinen vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), 65; im Kontext des Behandlungsabbruchs HÜRLIMANN (Fn. 11), 80; vgl. auch TAG (Fn. 44), 697, die von «Akten wahrer Selbstbestimmung» spricht.

⁵⁹ Vgl. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 26.

⁶⁰ Vgl. HANGARTNER (Fn. 22), 73.

2. Recht auf Schutz des Lebens

Das *Recht auf Leben* in Art. 10 Abs. 1 BV schützt den Anspruch jedes einzelnen Menschen auf fortgesetztes Lebendigkeit und steht staatlichen Handlungen, die den Tod eines Menschen beabsichtigen, entgegen.⁶¹ Es beinhaltet einen Leistungsanspruch auf Unterstützung des Lebenserhalts und eine Schutzpflicht vor Fremdtötungen.⁶² Damit steht das Recht auf Leben dem Behandlungsabbruch vordergründig entgegen.

Die Botschaft zur Bundesverfassung spricht von einem «absoluten Schutz» des Lebens.⁶³ Nach BIAGGINI ist dies jedoch zu weit gefasst: Das Recht auf Leben muss einer Abwägung mit anderen grundrechtlichen Interessen zugänglich sein, etwa wenn es um den polizeilichen Einsatz von Schusswaffen zum Schutz grundrechtlicher Interessen Dritter geht.⁶⁴ Im Zusammenhang mit dem Behandlungsabbruch ist das Recht auf Leben auch einer *intra-personalen* Interessensabwägung mit grundrechtlichen Interessen der betroffenen Person, insbesondere ihrem eigenen Selbstbestimmungsrecht, zugänglich.⁶⁵ Objektiv-rechtliche Schutzpflichten zugunsten einer Person können die Einschränkung ihrer subjektiv-rechtlichen Freiheit nicht rechtfertigen, da staatliche Schutzpflichten im tatsächlichen Schutzinteresse der betroffenen Person stehen müssen.⁶⁶ Das Selbstbestimmungsrecht legitimiert die sterbende Person zur Abwehr gegen nicht gewollte Eingriffe in ihre körperliche Unversehrtheit und damit in den «ungestörten Fortgang [des eigenen] Lebens und

Sterbens».⁶⁷ Diese Freiheit lässt sich nicht pauschal mit dem Hinweis auf die staatliche Lebensschutzpflicht einschränken. Anderenfalls würde das Recht auf Leben gegen die grundrechtstragende Person in eine Lebenspflicht gewendet.⁶⁸

In der freiverantwortlichen Disponibilität des eigenen Lebens liegt gerade die Verwirklichung der persönlichen Freiheit.⁶⁹ So anerkennt auch das Bundesgericht, dass das Leben nicht «gegen den ausdrücklichen Willen» der betroffenen Person geschützt werden muss.⁷⁰ Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Lebensschutz im Sinne einer abstrakten grundrechtlichen Interessensabwägung immer hinter das Selbstbestimmungsrecht zurücktritt. Vielmehr wird die staatliche Lebensschutzpflicht in diesem Zusammenhang von einer materiellen auf eine prozedurale Ebene gebracht: Das Bundesgericht und der EGMR reduzieren im Kontext des *assistierten Suizids* die Lebensschutzpflicht darauf, ein geeignetes Verfahren zum Ausgleich zwischen den grundrechtlichen Interessen am Lebensende vorzusehen.⁷¹ Nur wenn der Sterbeentschluss nicht frei und nicht in voller Kenntnis der Umstände erfolgt ist (Selbstbestimmungsdefizit), überwiegt der Lebensschutz, der den Staat zum Schutz vor übereilten Sterbeentscheiden verpflichtet.⁷² Gleiches hat auch für den Sterbeentschluss im Zusammenhang mit dem Behandlungsabbruch zu gelten. Das Recht auf Leben stellt somit

⁶¹ Vgl. MOECKLI (Fn. 50), N 14 ff.; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 49), 49.

⁶² Vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 10, N 8a; STEPHAN BREITENMOSE, Das Recht auf Sterbehilfe im Lichte der EMRK, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Sterbehilfe, Grundsätzliche und praktische Fragen, St. Gallen 2006, 167 ff., 177 f.; KIENER (Fn. 46), 279 f.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 17 ff.; vgl. auch EGMR *Pretty v. United Kingdom*, 2346/02 (29. April 2002), Ziff. 38.

⁶³ Botsch. BV (Fn. 35), BBl 1997 I 146.

⁶⁴ Vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 10 N 11; ähnlich MOECKLI (Fn. 50), N 17.

⁶⁵ Vgl. GETH (Fn. 10), 7; in Abwägung mit der Menschenwürde HANGARTNER (Fn. 22), 71 f., 78 f.; in Abwägung mit dem Selbstbestimmungsrecht als «Grundrechtsverzicht» BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 24; ähnlich im Zusammenhang mit dem assistierten Suizid HÜRLIMANN (Fn. 11), 202; ferner PHILIPP CANDREIA/PHYLLIS SCHOLL, Rahmenbedingungen der EMRK für die nationale Ausgestaltung der Sterbehilfe, in: Patrick Sutter/Ulrich Zelger (Hrsg.), 30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz, Bern 2005, 245 ff., 267; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER (Fn. 50), N 162 f.

⁶⁶ Vgl. MÜLLER (Fn. 17), 407 ff.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 42; a. M. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), 244, wonach aus der Menschenwürde auch bestimmte Pflichten gegenüber sich selbst erwachsen.

⁶⁷ BGH 2 StR 454/09 (25. Juni 2010), N 35.

⁶⁸ Vgl. HÜRLIMANN (Fn. 11), 200; KIENER (Fn. 46), 276; MÜLLER (Fn. 17), 184.

⁶⁹ Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 9), N 169, die dem Selbstbestimmungsrecht «Vorrang vor anderen Interessen» einräumen; GETH (Fn. 10), 13 f.; HANGARTNER (Fn. 22), 71 f.; JAAG/RÜSSLI (Fn. 42), 119; LÜTHI (Fn. 6), N 200; GRISCHA MERKEL, Behandlungsabbruch als Tötung auf Verlangen?, *sui-generis* 2019, 360 ff., N 28; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 49), 152 f.; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 20 ff.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 24; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER (Fn. 50), N 255 ff.; im Resultat auch KERSTIN VOKINGER et al., Zulässigkeit der Deaktivierung implantierter Medizinprodukte am Lebensende?, *Jusletter* 28. Januar 2019, N 25 f.; kritisch SCHEFER (Fn. 54), 409, wonach sich «solche Konflikte abschliessender Lösung aus Sicht grundrechtlicher Kerngehalte entziehen».

⁷⁰ Vgl. BGE 133 I 58 E. 6.2.1.

⁷¹ Vgl. EGMR *Lambert and others v. France*, 46043/14 (5. Juni 2015), Ziff. 181; BGE 133 I 58 E. 6.2.1; in der Lehre auch BELSER/EGLI (Fn. 42), 386 f.; BREITENMOSE (Fn. 62), 182 f.; HÜRLIMANN (Fn. 11), 202; JAAG/RÜSSLI (Fn. 42), 119; MOECKLI (Fn. 50), N 29; MÜLLER (Fn. 17), 445 f.; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10 N 103; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 23.

⁷² Vgl. EGMR *Haas v. Switzerland*, 31322/07 (20. Januar 2011), Ziff. 54; dazu auch HÜRLIMANN (Fn. 11), 201; zum Begriff des Selbstbestimmungsdefizits MÜLLER (Fn. 17), 604 f., 687.

kein kategorisches Verbot eines Behandlungsabbruchs dar. Es stellt vielmehr ein retardierendes Element dar, welches bei Entscheidungen am Lebensende davor bewahren soll, vorschnelle und unreflektierte Entscheidungen mit Todesfolge zu treffen. Das Recht auf Leben erfüllt seine Schutzpflicht im Zusammenhang mit dem Behandlungsabbruch, indem es das notwendige Gegengewicht zu den grundrechtlichen Ansprüchen auf ein würdevolles und selbstbestimmtes Sterben darstellt und den Staat verpflichtet, die Voraussetzungen einer freiverantwortlichen Einwilligung, die ohne Zwang, mit einem Mindestmass an Informiertheit und mit hinreichender Bestimmtheit ergeht,⁷³ sicherzustellen.

3. Zwischenfazit: Grundrechtliche Prozeduralisierungspflicht

Weder das Recht auf Leben noch das Recht auf Achtung des selbstbestimmten Sterbewunsches legen in materieller Hinsicht fest, welche Entscheidung am Lebensende aus grundrechtlicher Sicht geboten ist. Das Recht auf Achtung des selbstbestimmten Sterbewunsches nimmt erst durch die Ermittlung des Sterbewunsches im Einzelfall Gestalt an. Damit ist es in erster Linie ein *verfahrensmässiges* Recht: Nur die Gewährleistung, dass der Wille der betroffenen Person die Grundlage medizinischer Entscheidungen am Lebensende bildet, kann das normative Unvermögen ausgleichen, die Frage nach dem «guten Tod» materiell zu beantworten. Auch das Recht auf Leben setzt keine klare Grenze dafür, unter welchen objektiven Umständen ein Behandlungsabbruch zulässig ist, sondern verpflichtet den Staat dazu, in einem geeigneten Verfahren zu prüfen, dass kein Selbstbestimmungsdefizit vorliegt.

Auf der objektiv-rechtlichen Grundrechtsebene folgt aus dieser normativen Offenheit, dass der Gesetzgeber als Grundrechtsinterpret nicht einen möglichst weiten, sondern einen besonders eng umgrenzten Interpretationsfreiraum hat. Seine Aufgabe beschränkt sich darauf, Verfahren zu schaffen, die eine individuelle Abwägung der grundrechtlichen Interessen im Einzelfall ermöglichen. Die Synthese des Geflechts an Abwehr-, Achtungs- und Schutzansprüchen resultiert in einer *Prozeduralisierungspflicht*, die auf der Gesetzesebene die individuelle und selbstbestimmte Koordination grundrechtlicher Interessen gewährleisten soll.

IV. Koordination grundrechtlicher Interessen auf der Gesetzesebene

Die grundrechtlichen Überlegungen bieten dem medizinischen Personal keine klaren Handlungsvorgaben. Sie zeigen vielmehr die Interessen auf, die im Rahmen der Rechtsetzung im einschlägigen Straf-, Personen- und Erwachsenenschutzrecht miteinander abgestimmt werden müssen. Die aktuelle Gesetzeslage soll nachfolgend überblicksartig dargestellt und kritisch gewürdigt werden.

A. Strafrecht: Strafbarkeit des Behandlungsabbruchs

Die strafrechtlichen Tötungsdelikte (Art. 111 ff. StGB) bilden im medizinischen Kontext den materiellen Rahmen der zulässigen Handlungen Dritter am Lebensende.⁷⁴ Auf objektiv-rechtlicher Ebene sind die Tötungsdelikte als Umsetzung der positiven Schutzpflichten aus Art. 10 Abs. 1 BV aufzufassen.⁷⁵ Die Grundrechte sind dabei im Hinblick auf die «Reichweite des Lebensschutzes [und] die Rechtfertigung von Tötungshandlungen [...] Vorgabe und Grenze zugleich».⁷⁶ Wo grundrechtliche Überlegungen die Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs begründen, ist der Gesetzgeber gehalten, entsprechende Wertungen auch im Strafrecht zu verankern.

Wie bereits einleitend dargelegt wurde, ist der selbstbestimmte Behandlungsabbruch, bei dem eine laufende lebenserhaltende Massnahme bewusst eingestellt wird, aufgrund der in der Schweiz vorherrschenden Subsidiaritätstheorie als aktives Tun aufzufassen. Damit fällt der Behandlungsabbruch grundsätzlich unter den Tatbestand der Tötung auf Verlangen nach Art. 114 StGB.⁷⁷ Es ist umstritten, wie die Strafflosigkeit einer nach grundrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigten Abbruchshandlung strafrechtlich zu begründen ist.

⁷³ Vgl. BELSER/EGLI (Fn. 42), 386 f.; JAAG/RÜSSLI (Fn. 42), 119, 124; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 23.

⁷⁴ Zur Bedeutung des Strafrechts im Zusammenhang mit der Sterbehilfe vgl. BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 44.

⁷⁵ Vgl. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 20.

⁷⁶ BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 4.

⁷⁷ Vgl. dazu vertieft HEMMERLING (Fn. 5), 37 ff.; a. M. GRISCHA MERKEL, Patientenautonomie und Tatherrschaft bei lebensbeendenden Entscheidungen – Orientierungshilfen auf dem schmalen Grat zwischen gebotener, erlaubter und verbotener Sterbehilfe, ZSR 2018, 306 ff., die den Behandlungsabbruch als *mittelbare Selbsttötung* versteht, wobei das medizinische Personal als Tatmittler agiert. Diese Auffassung wird jedoch vorliegend abgelehnt, da damit dem medizinischen Personal jegliche Mitwirkung bei der Willensbildung und jeglicher Handlungsfreiraum bei der Umsetzung eines Sterbewunsches abgesprochen wird.

Ein Teil der Lehre will die Tötung auf Verlangen entgegen dem Wortlaut von Art. 114 StGB zulassen, wenn der aktuelle, vorverfügte oder mutmassliche Wille eines Sterbenden auf den Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung zielt, und führt zur Rechtfertigung eine verfassungsrechtliche Güterabwägung an, welche grundrechtliche Überlegungen *direkt* ins Strafrecht übertragen will.⁷⁸

EGE geht für die Rechtfertigung des selbstbestimmten Behandlungsabbruchs ebenfalls vom verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht aus, anerkennt jedoch, dass mit Art. 114 StGB eine explizite Einwilligungsschranke in die eigene Tötung aufgestellt wurde. Damit das Selbstbestimmungsrecht als Rechtfertigungsgrund überhaupt Eingang ins Strafrecht finden kann, muss eine *teleologische Reduktion* von Art. 114 StGB vorgenommen werden, welche die Einwilligung als Rechtfertigung in gewissen Fällen entgegen dem Wortlaut von Art. 114 StGB zulässt.⁷⁹ Es sei mit Blick auf die Normenhierarchie unzulässig, vom Wortlaut von Art. 114 StGB auf die grundrechtliche Abwägung zwischen dem Recht auf Leben und dem Selbstbestimmungsrecht zu schliessen. Die Bestimmung sei umgekehrt darauf zu überprüfen, ob sie den grundrechtlichen Leitlinien standhält.⁸⁰ Unter diesem Gesichtspunkt und mit Blick auf die nicht vorhersehbaren medizinischen Entwicklungen seit dem Zeitpunkt des Erlasses dieser Bestimmung leitet EGE eine Einwilligungsfähigkeit in den Behandlungsabbruch ab, womit dieser vom Tatbestand der Tötung auf Verlangen i. S. v. Art. 114 StGB ausgenommen wäre.⁸¹

Im Resultat lässt sich die Strafflosigkeit des selbstbestimmten Behandlungsabbruchs zwar auf der grundrechtlichen, nicht aber auf der strafrechtlichen Ebene mit hinreichender Sicherheit begründen. Die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit ist mit Blick auf die grundlegende Bedeutung von selbstbestimmten Entscheidungen am Lebensende nicht hinzunehmen. Der Umstand, «dass Personen, die schwer leiden, nicht wissen können, ob ihnen geholfen wird», stellt nach BELSER/EGLI eine unhaltbare Situation dar.⁸² Die absolute Einwilligungsschranke in die eigene Tötung behindert das Selbstbestimmungsrecht, indem die Person, welche die grundrechtlich gebotene Handlung ausführen müsste, aus Angst vor strafrechtlichen Konsequenzen davon abgehalten wird.⁸³ Dies

stellt eine Grundrechtseinschränkung über eine rein psychologische Motivationskette mit abschreckender Wirkung dar.⁸⁴ Faktisch besteht für das eigene Leben somit ein strafrechtliches Abwägungsverbot.⁸⁵ Dies läuft der grundrechtlichen Prozeduralisierungspflicht, wonach eine individuelle Abwägung der grundrechtlichen Interessen im Einzelfall möglich sein muss, zuwider. Deshalb ist eine explizite strafrechtliche Erfassung des selbstbestimmten Behandlungsabbruchs als eigenständige normative Rechtsfigur zur Absicherung der grundrechtlichen Freiheiten angezeigt.⁸⁶ Eine Orientierungshilfe können hierbei die Regelungsvorschläge von LÜTHI⁸⁷ und HEMMERLING⁸⁸ bieten.

B. Zivilrecht: Beachtlichkeit von Willensbekundungen

Das Zivilgesetzbuch ist die zentrale Fundstelle für verfahrensmässige Vorschriften zur medizinischen Entscheidungsfindung am Lebensende. So legt das Personenrecht (Art. 11 ff. ZGB⁸⁹) fest, unter welchen Voraussetzungen eine Person urteilsfähig und damit in der Lage ist, von ihrem Selbstbestimmungsrecht rechtsverbindlich Gebrauch zu machen. Das Erwachsenenschutzrecht (Art. 360 ff. ZGB) regelt, wie in Fällen der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person vorzugehen ist, und enthält insbesondere Vorschriften zur Patientenverfügung und zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen. Dabei handelt es sich um eine *verfahrensrechtliche Absicherung des Selbstbestimmungsrechts*, indem die Wirkungskraft des Selbstbestim-

⁷⁸ Vgl. BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 61; ähnlich LÜTHI (Fn. 6), N 225; HANGARTNER (Fn. 22), 78 f.

⁷⁹ Vgl. EGE (Fn. 2), 306 ff.

⁸⁰ Zur verfassungskonformen Auslegung von Strafnormen vgl. BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 20.

⁸¹ Vgl. EGE (Fn. 2), 309.

⁸² BELSER/EGLI (Fn. 42), 413.

⁸³ Vgl. Arbeitsgruppe Sterbehilfe (Fn. 1), 33 f.

⁸⁴ Vgl. EGMR *Gross v. Switzerland*, 67810/10 (14. Mai 2013), Ziff. 65 ff., 69 (von der Grossen Kammer des EGMR wegen Missbrauchs des Beschwerderechts jedoch wieder aufgehoben).

⁸⁵ Zur Figur des Abwägungsverbots vgl. BERNHARD RÜTSCHKE, Zwischen Rationalität und Werturteil: Begriff und Methodik der Interessenabwägung, ZSR 2024 II, 5 ff., 28 ff.

⁸⁶ Vgl. Bericht des Bundesrats vom 5. Juli 2000 zum Postulat Ruffy, Sterbehilfe. Ergänzung des Strafgesetzbuches, 14 f., der sich ausdrücklich für eine Regelung der passiven Sterbehilfe aussprach; so bereits Arbeitsgruppe Sterbehilfe (Fn. 1), 44 ff.; die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Erfassung wurde 2006 jedoch wieder verworfen, vgl. Bericht des EJPD vom 24. April 2006, Sterbehilfe und Palliativmedizin – Handlungsbedarf für den Bund?, 24 ff.; dies wird in der Lehre jedoch verschiedentlich kritisiert, vgl. insbesondere HEMMERLING (Fn. 5), 179; LÜTHI (Fn. 6), N 274 ff.; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 49), 155; der deutsche Bundesgerichtshof hat den Behandlungsabbruch in BGH 2 StR 454/09 (25. Juni 2010), N 32 ff. explizit als eigenständige normative Rechtsfigur anerkannt und nicht unter den Gesichtspunkten der Tötung auf Verlangen geprüft.

⁸⁷ Vgl. LÜTHI (Fn. 6), N 354.

⁸⁸ Vgl. HEMMERLING (Fn. 5), 174 f.

⁸⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

mungsrechts über den Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit hinaus ausgedehnt wird. Die Entscheidung am Lebensende wird nicht auf einer materiellen Ebene vorweggenommen, sondern im Sinne des grundrechtlichen Prozeduralisierungsgebots in geeignete Bahnen geleitet.

1. Unmittelbar selbstbestimmter Behandlungsabbruch

Das Primat der Willensäusserungen im medizinischen Kontext ist der *informed consent* – respektive im Falle des Behandlungsabbruchs der *«informed dissent»* – der betroffenen Person. Damit der entsprechende Wille jedoch rechtliche Wirkung entfalten kann, muss die betroffene Person zum Zeitpunkt der Willensäusserung in der geistigen Verfassung sein, um überhaupt selbstbestimmte Entscheidungen treffen zu können. Dies bedingt *Urteilsfähigkeit* i. S. v. Art. 16 ZGB.⁹⁰ Damit wird im Zusammenhang mit dem Behandlungsabbruch die intellektuelle und voluntative Fähigkeit vorausgesetzt,⁹¹ die Konsequenzen im Moment der Entscheidungsfindung in vollem Ausmass überblicken zu können, insbesondere auch die Todesfolge.⁹² Die Nationale Ethikkommission weist darauf hin, dass es aus ethischer Sicht zwar geboten sei, auch Äusserungen von urteilsunfähigen Personen ernst zu nehmen, daraus jedoch keine rechtsverbindlichen Schlüsse zur Einstellung gegenüber medizinischen Massnahmen gezogen werden können.⁹³

Die Urteilsfähigkeit kann damit als faktische Zugangsschranke zum Selbstbestimmungsrecht verstanden werden. Dies birgt die zumindest hypothetische Gefahr, dass das Kriterium der Urteilsfähigkeit dafür missbraucht wird, ungewünschte Entscheidungen der betroffenen Person zu verhindern. GRAF et al. haben gezeigt, dass es Fälle gibt, «wo das medizinische Personal den Grund für den Behandlungsverzicht [...] ablehnt und deshalb [die Urteilsunfähigkeit] vermutet, oder wo erwogen wird, die Urteilsfähigkeit [...] mit medizinisch/somatischen Argumenten in Frage zu stellen, weil [das medizinische Personal] die Behandlung nicht abbrechen will».⁹⁴ Aus

dem Recht auf Leben fliesst die Verpflichtung, in einem geeigneten Verfahren sicherzustellen, dass kein Selbstbestimmungsdefizit vorliegt, worunter auch die Prüfung der Urteilsfähigkeit zu zählen ist. Die Prüfung der Urteilsfähigkeit ist somit als erster Schritt in der grundrechtlichen Prozeduralisierungspflicht zu verstehen. PETERMANN bemängelt daher, dass kein verbindliches Verfahren zur Feststellung der Urteilsfähigkeit entwickelt wurde, obwohl die Beurteilung der Urteilsfähigkeit die juristische Grundlage jeder selbstbestimmten Entscheidung am Lebensende bildet.⁹⁵ Diese ermessensabhängige Schranke zur wirksamen Ausübung der persönlichen Freiheit stellt aus grundrechtlicher Sicht ein Defizit des Handlungsfähigkeitsrechts dar. Es besteht somit das Bedürfnis, zumindest die Grundsätze der Überprüfung der Urteilsfähigkeit einheitlich festzulegen, um den Ermessensspielraum des medizinischen Personals von persönlichen Wertungen zu befreien.⁹⁶

2. Mittelbar selbstbestimmter Behandlungsabbruch

a. ... im Rahmen einer Patientenverfügung

Art. 370 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass eine urteilsfähige Person in einer Patientenverfügung festlegen kann, in welche medizinischen Massnahmen sie im Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit einwilligt und welche sie ablehnt. Dies schliesst auch lebenserhaltende Massnahmen ein.⁹⁷ Das Instrument der Patientenverfügung setzt voraus, dass die betroffene Person zu einem Zeitpunkt, in dem sie noch urteilsfähig war, bereits einen Willensbildungsprozess bezüglich der infrage stehenden Massnahme vollzogen hat. Die Patientenverfügung ist damit Ausdruck des fortbestehenden, vorsorglich ausgeübten Selbstbestimmungsrechts.⁹⁸

E. Aebi-Müller/Bianka Dörr/Andreas Gerber/Daniel Hürlimann/Regina Kiener/Bernhard Rüttsche/Catherine Waldenmeyer, Bern 2014, 71. Dieses Verhalten wird von der SAMW, Medizinethische Richtlinien «Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis» (Stand: Januar 2019), 8 f., indes abgelehnt.

⁹⁰ Statt vieler HAUSSENER (Fn. 21), N 120 ff.

⁹¹ Zum intellektuellen und voluntativen Element der Urteilsfähigkeit statt vieler BGE 124 III 5 E. 1.

⁹² Vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), 65; HANGARTNER (Fn. 22), 80; HAUSSENER (Fn. 21), N 89.

⁹³ Vgl. Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, Patientenverfügung, Ethische Erwägungen zum neuen Erwachsenenschutzrecht unter besonderer Berücksichtigung der Demenz, Stellungnahme Nr. 17/2011, 30; ähnlich GETH (Fn. 10), 80 ff.

⁹⁴ IRIS GRAF et al., Entscheidungen am Lebensende, Sozialempirische Studie nach Konzept und im Auftrag von: Regina

⁹⁵ Vgl. PETERMANN (Fn. 10), 43; vgl. auch MICAELA VAERINI, Droit à l'autodétermination et nouveau droit de protection de l'adulte: la question de la fin de vie, ZKE 2012, 378 ff., 386, wonach der Begriff der Urteilsfähigkeit einen der «points épineux» im Zusammenhang mit der Selbstbestimmung am Lebensende darstellt.

⁹⁶ Vgl. hierzu die Anstösse bei HAUSSENER (Fn. 21), N 345, 354 ff.

⁹⁷ Vgl. ISABEL BAUR/GONÇALVES CRISTINA GARCIA/MARC WOHLWEND, Demenz, Urteilsfähigkeit und Sterbewunsch, Jusletter 27. August 2018, N 27; so explizit auch SAMW, Medizinethische Richtlinie «Patientenverfügung» (Stand: Januar 2013), 11 (zit. Patientenverfügung).

⁹⁸ Vgl. vertieft HAYKAZ ZORYAN, Patientenverfügung im öffentlichen Recht, Zwischen grundrechtlichen Schutzpflichten und

Die Botschaft zur Revision des Erwachsenenschutzes bezeichnet die Patientenverfügung, «sofern sie hinreichend klar ist», als gleich verbindlich wie eine aktuelle Willensbekundung.⁹⁹ Die niederschweligen Formvorschriften – Patientenverfügungen sind nach Art. 371 Abs. 1 ZGB schriftlich zu errichten, zu datieren und zu unterzeichnen – sowie die Zulässigkeit der Verwendung von Standardverfügungen und Vorlagen aus dem Internet¹⁰⁰ sind jedoch mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht zu hinterfragen. Die Gültigkeitserfordernisse der Patientenverfügung nach geltendem Recht gewährleisten nicht, dass tatsächlich eine Reflexion über das eigene Lebensende stattgefunden hat.¹⁰¹ Dies liegt einerseits daran, dass die Bedürfnisse und Wünsche in einer konkreten Leidenssituation kaum prospektiv eingeschätzt werden können und sich im Laufe der Zeit ändern.¹⁰² Andererseits können Entwicklungen in der Medizin, welche sich auf die konkrete Haltung zu einem gewissen Eingriff auswirken könnten, nicht antizipiert werden.¹⁰³ Dieses Problem wird dadurch akzentuiert, dass für eine gültige Einwilligung mittels Patientenverfügung keine Aufklärung erforderlich ist.¹⁰⁴ Aus grundrechtlicher Sicht scheint es mit Blick auf die fundamentale Bedeutung der *aufgeklärten* Einwilligung im medizinischen Kontext als Tabubruch, dass die Aufklärungspflicht nicht auch explizit in Art. 370 ff. ZGB aufgenommen wurde.¹⁰⁵ Somit ist nicht gewährleistet, dass eine Patientenverfügung in jedem Fall als tatsächlicher Akt der Selbstbestimmung aufzufassen ist. Die Defizite der Patientenverfügung nach geltendem Recht zeigen sich auch in der medizinischen Praxis: Patientenverfügungen sind oftmals unbestimmt oder fehlerhaft formuliert und können erst durch weitere

Auslegung als Handlungsanweisung für das medizinische Personal verstanden werden.¹⁰⁶ Insofern ist es fragwürdig, ob der Willensbildungsprozess bei einer Patientenverfügung tatsächlich mit dem aktuellen Willen im Hinblick auf einen konkreten Eingriff gleichgesetzt werden kann.¹⁰⁷

Die Patientenverfügung zielt darauf ab, die Wirkungskraft des Selbstbestimmungsrechts über den Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit hinaus auszudehnen und die betroffene Person dadurch vor Fremdbestimmung zu schützen. Die Stärkung der Selbstbestimmung kann jedoch in einer *übermässig verfestigten* Selbstbestimmung münden, indem eine unvollkommene Willensbildung in der Form der Patientenverfügung zur verbindlichen und auf unbestimmte Dauer gültigen Handlungsanweisung wird.¹⁰⁸ AEBI-MÜLLER et al. sprechen sich deshalb in Fällen, in denen eine Patientenverfügung nicht hinreichend bestimmt und nicht unmittelbar auf die fragliche Situation anwendbar ist, dafür aus, die Patientenverfügung lediglich als ein (unter Umständen besonders deutliches) Indiz früherer Willensäußerungen für die Rekonstruktion des mutmasslichen Willens zu werten,¹⁰⁹ wie dies nach Art. 378 Abs. 3 ZGB bei formungültigen Patientenverfügungen angenommen wird.¹¹⁰ Dies spricht dafür, die Voraussetzungen der aufgeklärten Einwilligung als Gültigkeitserfordernis für die Patientenverfügung in das Erwachsenenschutzrecht aufzunehmen.¹¹¹ Diese Argumente dürfen jedoch nicht überspannt werden und zur Zweckentfremdung einer grundsätzlich verbindlichen Patientenverfügung führen. Die staatliche Schutzpflicht zugunsten des Lebens vermag eine Beschränkung der Verbindlichkeit der Patientenverfügung und damit des Selbstbestimmungsrechts nicht zu rechtfertigen, solange dieses mit genügender Bestimmtheit ausgeübt wurde.¹¹²

Recht auf Selbstbestimmung, Diss. Bern 2018, Basel 2018, N 241.

⁹⁹ Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht), BBl 2006 7001 ff., 7033.

¹⁰⁰ Vgl. bspw. die Patientenverfügung der FMH unter <www.fmh.ch> => Dienstleistungen => Recht => Patientenverfügung (besucht am 21.02.2025).

¹⁰¹ Vgl. HAUSSENER (Fn. 21), N 173; HÜRLIMANN (Fn. 11), 77 ff.

¹⁰² Vgl. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, ZBJV 2013, 150 ff., 165 ff.; ferner GETH (Fn. 10), 98 f.; s. a. die empirischen Befunde bei GRAF et al. (Fn. 94), 78.

¹⁰³ Vgl. HAUSSENER (Fn. 21), N 181.

¹⁰⁴ In der Botschaft ZGB (Fn. 99), BBl 2006 7033 geht der Bundesrat davon aus, dass die betroffene Person entweder bereits über die notwendigen Informationen verfügt oder auf die Aufklärung verzichten will; vgl. dazu auch BSK ZGB I-Wyss, Art. 372 N 21.

¹⁰⁵ Vgl. bereits die Kritik zum Entwurf des neuen Erwachsenenschutzrechts bei FELLMANN (Fn. 39), 211.

¹⁰⁶ Vgl. die empirischen Befunde bei GRAF et al. (Fn. 94), 76 ff.; vgl. ferner die Kritik bei GETH (Fn. 10), 96 f.; HAUSSENER (Fn. 21), N 197 ff.; HÜRLIMANN (Fn. 11), 83.

¹⁰⁷ So auch im Bericht des Bundesrates vom 18. September 2020 in Erfüllung des Postulates der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerats, Bessere Betreuung und Behandlung von Menschen am Lebensende, 26.

¹⁰⁸ Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 102), 150 ff., die von «perpetuierter Selbstbestimmung» spricht.

¹⁰⁹ Vgl. AEBI-MÜLLER et al. (Fn. 36), N 272; ferner LÜTHI (Fn. 6), N 131.

¹¹⁰ Vgl. dazu präzisierend Botschaft ZGB (Fn. 99), BBl 2006 7031 f.

¹¹¹ Vgl. AEBI-MÜLLER (Fn. 102), 163 ff., 176; HAUSSENER (Fn. 21), N 426 ff.; zurückhaltend GETH (Fn. 10), 94; vgl. zudem HÜRLIMANN (Fn. 11), 279 ff., der zur Erhöhung der Bestimmtheit von vorverfügten Anordnungen vorschlägt, die Patientenverfügung durch standardisierte Formulare zu Notfallmassnahmen zu ergänzen.

¹¹² So explizit LÜTHI (Fn. 6), N 300, die im Extremfall gar von Zwang spricht.

In dieser Problematik zeigt sich gerade die Wichtigkeit geeigneter Verfahrensvorschriften, die sicherstellen, dass der selbstbestimmte und freiverantwortliche Willensbildungsprozess der verfügenden Person in einer zuverlässigen und medizinisch verwertbaren Weise in der Patientenverfügung festgehalten wird.

Diesem Umstand war sich auch der Gesetzgeber bewusst.¹¹³ Mit Art. 372 Abs. 2 ZGB versucht er, dieses Defizit zumindest nachträglich auszugleichen, indem eine Patientenverfügung nicht verbindlich ist, «wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht». Damit kann zwar erreicht werden, dass eine *einzelne* Patientenverfügung, welche einen unfreien oder nicht mehr aktuellen Willen wiedergibt, durch einen (mutmasslich) aktuellen Willen ersetzt werden kann. Es wird jedoch nicht gewährleistet, dass die Patientenverfügung als *Institut* eine hinreichende Bestimmtheit und Anwendbarkeit als medizinische Handlungsdirektive gewährleisten kann. HAUSSENER regt daher an, die Kriterien der Bestimmtheit und der vorgängigen ärztlichen Aufklärung als Gültigkeitserfordernisse für die Patientenverfügung in das Erwachsenenschutzrecht aufzunehmen.¹¹⁴ Restriktivere Voraussetzungen bei der Errichtung der Patientenverfügung stärken die Wirkkraft der Patientenverfügung im entscheidenden Moment und sind daher gerechtfertigt.

Neben inhaltlichen Mängeln leidet die Patientenverfügung an einem praktischen Defizit: In der medizinischen Praxis ist die Patientenverfügung im entscheidenden Moment oftmals nicht verfügbar.¹¹⁵ Art. 372 Abs. 1 ZGB verpflichtet das medizinische Personal erst beim Eintritt der Urteilsunfähigkeit dazu, anhand der Versichertenkarte abzuklären, ob eine Patientenverfügung vorliegt. Die dieser Bestimmung zugrunde liegende Idee, mit der Klärung von vorverfügten Wünschen erst mit Eintritt der Urteilsfähigkeit zu beginnen, wird von HÜRLIMANN kritisiert.¹¹⁶ Die SAMW-Richtlinien zum Umgang mit Patientenverfügungen sehen zwar vor, «dass urteilsfähige Patienten beim Eintritt in eine medizinische Einrichtung nach einer Patientenverfügung gefragt werden» und diese «mit dem Patienten besprochen und auf ihre Aktualität hin über-

prüft» wird.¹¹⁷ Diese privaten Richtlinien werden jedoch aufgrund ihrer beschränkten Durchsetzbarkeit nur vereinzelt umgesetzt.¹¹⁸ Insgesamt führt der Umstand, dass kein System besteht, das die Abrufbarkeit der Patientenverfügung zum entscheidenden Zeitpunkt gewährleistet, zu einer faktischen Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts. Entsprechend wäre es aus grundrechtlicher Sicht geboten, einen klaren Rahmen zum institutionellen Umgang mit Patientenverfügungen mit einer adäquaten Dokumentationspraxis zu schaffen, insbesondere im Kontext von elektronischen Gesundheitsakten.¹¹⁹

b. ... im Rahmen von Vertretungsentscheiden

Ist weder ein aktueller noch ein vorverfügter Wille vorhanden, der sich zur fraglichen Behandlungssituation äussert, wird versucht, sich dem mutmasslichen Willen der urteilsunfähigen Person durch den Einbezug von nahestehenden Personen entsprechend der gesetzlichen Vertretungskaskade (Art. 378 Abs. 1 ZGB) zu nähern. Obwohl die vertretungsberechtigten Personen damit gesetzlich berechtigt werden, anstelle der betroffenen Person über medizinische Massnahmen zu entscheiden, richtet sich die Entscheidung nicht nach dem eigenen Ermessen, sondern gemäss Art. 378 Abs. 3 ZGB «nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person». Mit Interessen sind dabei die *objektiven* Interessen gemeint.¹²⁰ Die Verbindung der beiden Entscheidungsgrundlagen mit «und» im Gesetzeswortlaut lässt vermuten, dass das Gesetz keine der beiden Kriterien priorisiert. Die h. L. argumentiert jedoch, der mutmassliche Wille müsse, sofern bekannt und hinreichend bestimmt, mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht stets vorgehen.¹²¹ Erst, wenn der mutmassliche Wille nicht mit hinreichender Bestimmtheit ermittelt werden kann, kommen objektive Interessen zum Zug. Dann handelt es sich jedoch um einen *fremdbestimmten* Behandlungsabbruch, was nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags bildet.

¹¹³ Vgl. Botschaft ZGB (Fn. 99), 7032: Die Patientenverfügung ist eine «Vorausverfügung für eine kaum voraussehbare existentielle Situation und könnte deshalb weder rechtlich noch ethisch mit einer Jetzt-für-jetzt-Erklärung der urteilsfähigen Person verglichen werden».

¹¹⁴ Vgl. HAUSSENER (Fn. 21), N 403 ff.

¹¹⁵ Vgl. GRAF et al. (Fn. 94), 78 f.

¹¹⁶ Zur gesamten Kritik HÜRLIMANN (Fn. 11), 270 f.

¹¹⁷ SAMW, Patientenverfügung (Fn. 97), 15 f.

¹¹⁸ Vgl. HÜRLIMANN (Fn. 11), 276; s. aber § 7 Abs. 3 lit. a Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004 (813.13) des Kantons Zürich: «Urteilsfähige Patientinnen und Patienten werden beim Eintritt gefragt, ob sie eine Patientenverfügung erlassen haben.»

¹¹⁹ So HAUSSENER (Fn. 21), N 451 ff.

¹²⁰ Der Begriff der «objektiven Interessen» war ursprünglich auch im Gesetzestext vorgesehen, vgl. Art. 435 Abs. 2 VE ZGB 2003. Mit der Streichung des Begriffs wurde jedoch keine Änderung beabsichtigt, vgl. dazu ZK ZGB-BOENTE, Art. 378 N 65.

¹²¹ Vgl. AEBI-MÜLLER et al. (Fn. 36), N 703; ZK ZGB-BOENTE, Art. 378 N 69; BÜCHLER/MICHEL (Fn. 2), 126 f.; BSK ZGB-EICHENBERGER/KOHLER, Art. 378 N 13; HAUSSENER (Fn. 21), N 253; HÜRLIMANN (Fn. 11), 85 f.

Wenn eine medizinische Massnahme wegen einer «Gefährdung der Interessen der urteilsunfähigen Person aus medizinischen Gründen»¹²² nicht mehr länger aufgeschoben werden darf, ist das ärztliche Personal nach Art. 379 ZGB berechtigt, ohne Rücksprache mit der vertretungsberechtigten Person zu entscheiden. Es muss sich dabei – soweit in der konkreten Situation möglich – ebenfalls prioritär am mutmasslichen Willen der betroffenen Person orientieren.¹²³ Die positive Formulierung von Art. 379 ZGB, dass das ärztliche Personal in dringlichen Fällen Massnahmen ergreift, darf jedoch nicht dahingehend interpretiert werden, dass ein Unterlassen einer Behandlung verwehrt wäre, wenn dem Personal ein dahingehender Wille bekannt wäre.¹²⁴

Die Figur des mutmasslichen Willens ist jedoch nur ein subsidiäres Hilfskonstrukt und kann nicht mit dem aktuellen Willen der betroffenen Person gleichgesetzt werden. Einerseits ist der Zugang zu der inneren Werthaltung der betroffenen Person nur beschränkt möglich. Andererseits kann sich die vertretungsberechtigte Person nicht gänzlich von ihrem eigenen Werthorizont und ihrer Empfindung gegenüber der betroffenen Person lösen.¹²⁵ So kommt es gemäss einer empirischen Untersuchung von GRAF et al. in der medizinischen Praxis regelmässig dazu, dass nahestehende vertretungsberechtigte Personen auch dann die Aufrechterhaltung lebenserhaltender Massnahmen fordern, wenn dies nicht dem mutmasslichen Willen der betroffenen Person entsprochen hätte.¹²⁶ Somit sind nahestehende vertretungsberechtigte Personen gleichzeitig ungeeignet und dennoch unabdingbar, um den mutmasslichen Willen zu rekonstruieren. Es kann berechtigterweise infrage gestellt werden, inwiefern der mutmassliche Wille tatsächlicher Ausdruck der individuellen Selbstbestimmung darstellt.¹²⁷ Für eine urteilsunfähige Person ohne Patientenverfügung dürfte eine vergangene Willensäusserung, welche dem Massstab des *informed consent* entspricht, nicht die Regel sein. Dennoch muss der Massstab dafür, welche Willensäusserungen für die Rekonstruktion des mutmasslichen Willens infrage kommen, möglichst hoch sein; aus beiläufigen und womöglich unreflektierten Bemerkungen darf nicht leichthin darauf geschlossen werden, dass die betroffene

Person in der konkreten Situation einen Behandlungsabbruch wünschen würde. Zur Ermittlung des mutmasslichen Willens können folglich nur Indizien beigezogen werden, die zuverlässige Rückschlüsse auf die persönliche Werthaltung der betroffenen Person zulassen. Dazu zählen vorgängige Äusserungen zu und Reaktionen auf bisherige Therapien und krankheitsbedingte Leiden sowie ethische und religiöse Überzeugungen.¹²⁸ Ein auf den mutmasslichen Willen gestützter Behandlungsentscheid hat jedoch aufgrund der notwendigen «Übersetzungsarbeit» durch die vertretungsberechtigte Person einen gewissen Anteil an Fremdbestimmung.

Die materiellen Defizite des mutmasslichen Willens kompensiert der Gesetzgeber jedoch teilweise auf der *prozeduralen Ebene* mit den Vorschriften zum Behandlungsplan in Art. 377 ZGB. Diese sehen vor, dass das ärztliche Personal gemeinsam mit der vertretungsberechtigten Person (Abs. 1), welche vorgängig umfassend aufzuklären ist (Abs. 2), einen Behandlungsplan über die erforderlichen medizinischen Massnahmen erstellt und diesen regelmässig aktualisiert (Abs. 4). Dabei ist auch die urteilsunfähige Person so weit wie möglich miteinzubeziehen (Abs. 3). Dieses vorausschauende, partizipative und iterative Verfahren der Willensermittlung trägt dazu bei, die Auswertung der vorhandenen Indizien in ein geeignetes Verfahren zu leiten, um den Anteil der Fremdbestimmung zu minimieren.¹²⁹ Die verfahrensrechtliche Absicherung wird durch das Einschalten der Erwachsenenschutzbehörde auf Antrag des ärztlichen Personals oder einer nahestehenden Person nach Art. 381 ZGB erweitert: Falls unklar ist, wer vertretungsberechtigt ist, bei mehreren vertretungsberechtigten Personen unterschiedliche Auffassungen bestehen oder die Interessen der betroffenen Person gefährdet sind, kann die Erwachsenenschutzbehörde entweder eine vertretungsberechtigte Person bestimmen oder eine Vertretungsbeistandschaft errichten. Mit dieser Bestimmung kann unter anderem dem Missbrauch der individuellen Vertretungsmacht entgegengewirkt werden.¹³⁰ Freilich hat die Vertretungsbeistandschaft einen womöglich noch eingeschränkteren oder gar keinen Zugang zu den inneren Werthaltungen der betroffenen Person, insbesondere wenn diese nicht mehr ansprechbar ist. Im Rahmen des Behandlungsabbruchs wird damit jedoch verhindert, dass das Leben

¹²² BSK ZGB-EICHENBERGER, Art. 379 N 3.

¹²³ Vgl. HÜRLIMANN (Fn. 11), 87.

¹²⁴ Vgl. BSK ZGB-EICHENBERGER, Art. 379 N 3; HAUSSENER (Fn. 21), N 519.

¹²⁵ M. w. H. auf empirische Untersuchungen vgl. Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (Fn. 93), 28 f.; vgl. auch HANGARTNER (Fn. 22), 82; HÜRLIMANN (Fn. 11), 86 f.

¹²⁶ Vgl. GRAF et al. (Fn. 94), 15.

¹²⁷ So etwa bei HANGARTNER (Fn. 22), 81 f.

¹²⁸ Vgl. BSK ZGB-EICHENBERGER, Art. 378 N 13; LÜTHI (Fn. 6), N 312 ff.

¹²⁹ Ähnlich HAUSSENER (Fn. 21), N 246 ff., 258 ff.

¹³⁰ Vgl. BSK ZGB-EICHENBERGER, Art. 381 N 8; OFK ZGB-FASSBIND, Art. 381 N 2; FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD/HERTIG, Art. 381 N 8.

der betroffenen Person gestützt auf eine ungesicherte Erkenntnis beendet wird. Gesamthaft zeigt sich im gesetzlichen Umgang mit urteilsunfähigen Personen *ohne Patientenverfügung* jedoch, dass grundrechtliche Fragen, die nicht auf der materiellen Ebene gelöst werden können, durch eine Prozeduralisierung des Problems weitgehend entschärft werden können.

V. Fazit

Der Behandlungsabbruch kann aus grundrechtlicher Sicht als intrapersonales Koordinationsproblem grundrechtlicher Interessen verstanden werden. Auf der einen Seite vermittelt das Selbstbestimmungsrecht das Recht auf Achtung des selbstbestimmten Sterbewunsches. Auf der anderen Seite verpflichtet das Recht auf Leben den Staat, dafür zu sorgen, dass ein Behandlungsabbruch nur dann vorgenommen wird, wenn die Voraussetzungen einer freiverantwortlichen Entscheidung vorliegen. Art. 35 Abs. 1 BV verpflichtet den Gesetzgeber dazu, die Koordination der grundrechtlichen Interessen auf dem Weg der Rechtsetzung in die Rechtswirklichkeit zu tragen und den grundrechtlichen Wertungen zum Durchbruch zu verhelfen. Aufgrund der normativen Offenheit grundrechtlicher Interessen kann diese Koordination nicht auf einer materiellen, sondern nur auf einer prozeduralen Ebene erfolgen, wodurch eine Interessenabwägung im Einzelfall ermöglicht und sichergestellt wird.

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass weder das Straf- noch das Personen- oder Erwachsenenschutzrecht diesbezüglich vollumfänglich zu überzeugen vermögen. *Erstens* wirkt die Rechtsunsicherheit darüber, unter welchen Bedingungen ein selbstbestimmter Behandlungsabbruch straflos ist, gegenüber dem medizinischen Personal abschreckend, einen grundrechtlich gebotenen Behandlungsabbruch vorzunehmen. *Zweitens* führt das Fehlen verbindlicher Verfahren zur Feststellung der Urteilsfähigkeit dazu, dass die wirksame Ausübung des Selbstbestimmungsrechts und damit die Möglichkeit, unmittelbar über einen Behandlungsabbruch zu entscheiden, von persönlichen Wertungen des ärztlichen Personals abhängig gemacht wird. *Drittens* können die geltenden Vorschriften zur Patientenverfügung nicht gewährleisten, dass der darin geäußerte Wille den Anforderungen einer aufgeklärten Einwilligung genügt oder dass die Patientenverfügung im entscheidenden Moment abrufbar ist. *Viertens* ist die gesetzliche Vertretungskaskade zwar eine fehlbare, jedoch notwendige Erkenntnisquelle, um den mutmasslichen Willen der betroffenen Person zu rekonstruieren, deren materielle Defizite durch ein geeignetes Verfahren zumindest teilweise kompensiert werden können.

Dass der Bundesrat die Notwendigkeit verneint, in diesen Fragen Rechtssicherheit zu schaffen, ist zu bedauern.¹³¹ Der Auffassung des EJPD, wonach das Strafrecht «sich nicht als Gefäss für eine detaillierte Regelung aller denkbaren Konstellationen» des Behandlungsabbruchs eigne,¹³² ist beizupflichten. Die Regulierung des Behandlungsabbruchs muss die Strafbarkeit *gemeinsam* mit den personen- bzw. erwachsenenschutzrechtlichen Fragen, wer aufgrund welcher Kriterien über einen Behandlungsabbruch entscheiden darf, zusammen denken. Wenn das EJPD der strafrechtlichen Erfassung des Behandlungsabbruchs jedoch jeden Nutzen abspricht, da der Gesetzgeber damit nur «die bisherige Praxis etwas transparenter machen»¹³³ würde, räumt es die Defizite der geltenden Regelung implizit ein. Der Gesetzgeber ist daher gehalten, die grundrechtlich verbrieften Interessen auf einer prozeduralen Ebene durch eine koordinierte Revision des Straf-, Personen- und Erwachsenenschutzrechts auf Gesetzesebene abzusichern, um die Autonomie am Lebensende zu stärken.

¹³¹ Vgl. etwa Medienmitteilung des Bundesrates «Sterbehilfe: Geltendes Recht durchsetzen; Bundesrat nimmt Kenntnis von Sterbehilfe-Bericht» vom 31. Mai 2006 im Zusammenhang mit dem Bericht EJPD (Fn. 86); anders noch im Bericht Sterbehilfe (Fn. 86), 14 f., wo er sich für eine ausdrückliche Regelung der passiven Sterbehilfe ausspricht.

¹³² Bericht EJPD (Fn. 86), 24.

¹³³ Bericht EJPD (Fn. 86), 25.